

OS TEÓLOGOS IBÉRICOS DA SEGUNDA ESCOLÁSTICA E A FUNDAÇÃO DA
ECONOMIA MODERNA

*THE IBERIANS THEOLOGIANS OF THE SECOND SCHOLASTICISM AND THE
FOUNDATION OF THE MODERN ECONOMY*

Antônio Celso Alves Pereira.¹

Resumo: Pretendo, neste texto, discutir o pioneirismo teórico-econômico dos teólogos-juristas dominicanos e jesuítas, professores nas grandes universidades ibéricas, que integraram a segunda escolástica, ou escolástica tardia, no século XVI e nas primeiras décadas do século XVII. Segundo Schumpeter, foi “no contexto dos seus sistemas de teologia moral e direito que a economia adquiriu uma existência definida, se não separada, e são eles que se aproximam, mais do que qualquer outro grupo, da condição de ‘fundadores’ da economia científica”.

Palavras-chave: Segunda Escolástica. Escolástica Tardia. Economia Moderna. Mercantilismo. Era Moderna. Escola de Salamanca. Império Espanhol.

Abstract: In this text, I intend to discuss the theoretical-economic pioneering of the Dominican and Jesuit theologians-jurists, professors in the great Iberian universities, who integrated the second scholasticism, or late scholasticism, in the sixteenth century and in the first decades of the seventeenth century. According to Schumpeter, “it is within their systems of moral theology and law that economics gained definite if not separate existence, and it is they who come nearer than any other group to having been the ‘founders’ of scientific economics”.

Keywords: Second Scholasticism. Late Scholasticism. Modern Economy. Mercantilism. School of Salamanca. Spanish Empire.

*O ofício do teólogo tem tal amplitude que
nenhum tema, nenhuma discussão, nenhum
assunto se pode considerar como sendo-lhe
alheio.*

Francisco de Vitoria (1483-1546)

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Sócio Titular do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Reitor da UERJ-1996-2000.

O mercado é tão complexo que somente Deus, e não o homem, poderá entendê-lo.

Juan de Salas, S. J. (1553-1612)

1. INTRODUÇÃO

Pretendo, neste texto, discutir o pioneirismo teórico-econômico dos teólogos-juristas dominicanos e jesuítas, professores nas grandes universidades ibéricas, que integraram a segunda escolástica, ou escolástica tardia, no século XVI e nas primeiras décadas do século XVII, os quais, antenados às profundas transformações políticas, socioeconômicas e aos novos paradigmas decorrentes da emergência da Era Moderna, pensaram e analisaram, pioneiramente, o fenômeno econômico, tendo como fundo a ascensão do Estado moderno, da burguesia e do capitalismo mercantil e, principalmente, a entrada na Europa, via Casa de Contratação das Índias², dos fabulosos tesouros, em ouro e prata, oriundos das colônias espanholas do Novo Mundo. Em razão disto, o comércio e a nova economia europeia, sob forte monetarização, e liberados das amarras de natureza moral e religiosa e do conceito metafísico de *economia natural*, princípios que prevaleceram na Idade Média (BELL, 1961, p. 76-78), transformaram-se em instrumentos de realização do poder dos emergentes Estados nacionais – em especial da Espanha – cujas monarquias absolutas necessitavam, cada vez mais, completar a centralização do poder, organizar e remunerar o nascente aparato de Estado e financiar suas participações nas guerras de conquista ou de motivação religiosa, que marcaram a história europeia no século XVI e nas décadas iniciais do século XVII.³ Apontando o pioneirismo científico dos escolásticos ibéricos do século XVI na

² A Real Casa de Contratação das Índias (*Real Casa de la Contratación de Indias*), fundada pelos Reis Católicos, Fernando de Aragão e Isabel de Castela, em 1503, tinha como finalidade desenvolver, normatizar e controlar o comércio e a navegação para a América espanhola. Os fabulosos tesouros em ouro e prata extraídos das minas do Novo Mundo eram enviados e centralizados nesse estabelecimento, sediado em Sevilha.

³ Entre outros, o mais trágico dos conflitos armados que marcaram a história europeia no século XVI e na primeira metade do século XVII, a Guerra dos Trinta Anos, embate que conformou uma série de guerras que eclodiram a partir de 1618, decorrentes da Reforma, nas quais se envolveram diversos Estados europeus, e ocorreu, em grande parte, em território alemão. Estima-se que oito milhões de pessoas perderam a vida neste conflito. Também a destacar no período, a Guerra de Independência dos Países Baixos, contra a Espanha, que durou oitenta anos – 1568-1648; a Guerra Civil Inglesa, 1639-1652; a Guerra entre Portugal e os Países Baixos, 1588-1654, que teve como teatro de operações o vasto império português, especialmente o nordeste do Brasil. Este conflito, inicialmente com o reino luso sob a coroa espanhola, estendeu-se, posteriormente, ou seja, a partir de 1640, ao Portugal restaurado; a Guerra Civil francesa (Fronde, 1648-1653), no contexto das Guerra Franco-Espanhola, que ocorreu entre 1635 e 1659.

construção teórica da economia moderna, afirma Schumpeter que foi “no contexto dos seus sistemas de teologia moral e direito que a economia adquiriu uma existência definida, se não separada, e são eles que se aproximam, mais do que qualquer outro grupo, da condição de ‘fundadores’ da economia científica” (1954, p. 93, tradução nossa)⁴. No capítulo segundo (*The Scholastic Doctors and the Philosophers of Natural Law*) de sua obra, *History of Economic Analysis*, Schumpeter discute o pensamento econômico filosófico da Idade Média até o século XVIII. Ao analisar os autores da segunda escolástica, ele concentra sua atenção na obra do jesuíta Luis de Molina (1535-1600), *De Justitia et Jure Opera Omnia*, edição de 1659, como se pode observar em sua afirmação: “*Our chief guide will be Molina*”. (1954, p. 92). O destaque precursor do pensamento econômico da escolástica tardia em Espanha e em Portugal, como se discutirá adiante, está em seu viés liberal, manifestado, praticamente, dois séculos antes da fundação das duas primeiras escolas econômicas científicas, ou seja, a Fisiocrata, que, como se sabe, alicerçou-se a partir do *Tableau Economique*, escrito, em 1758, pelo médico de Luis XV, François Quesnay, e a Clássica, que se projetou a partir da publicação, em 1776, da obra de Adam Smith, *The Wealth of Nations*.

“A teologia – escreveu Canovas del Castillo –, tal como se processava nos séculos XVI e XVII, não era apenas a ciência de Deus, mas sim a ciência da razão e da consciência dos homens” (MERÊA, 2004, p. 112). Nessa perspectiva, os escolásticos ibéricos foram também vanguardistas em matéria política, uma vez que defenderam a soberania popular, os direitos naturais do ser humano, a obrigação do rei de subordinar-se, como qualquer pessoa, à lei, e, em caso de opressão governamental, o direito de desobediência civil, uma vez que a sociedade tem o direito de recuperar o poder que o governante dela, inicialmente, recebera, além da liberdade de comércio e de navegação. Desta forma, anteciparam, em mais de um século, princípios liberais que se manifestariam na Revolução Gloriosa Inglesa (1688-1689), nas obras de John Locke (1632-1704), *Cartas sobre a Tolerância* e os dois *Tratados sobre o Governo Civil*, publicadas entre de 1689-1690, bem como nos *Federalist Papers* (1787-1788)⁵ e na fase inicial da Revolução Francesa. Deve-se ainda destacar a

⁴ “[...] It is within their systems of moral theology and law that economics gained definite if not separate existence, and it is they who come nearer than does any other group to having been the ‘founders’ of scientific economics”.

⁵ Série de 85 artigos escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, publicados em 1787 e 1788, inicialmente no *Independent Journal* de Nova York e, posteriormente, em vários jornais dos Estados Unidos,

importância da doutrina da comunidade jurídica internacional da segunda escolástica, fundada nos pensamentos de Francisco de Vitoria e de Francisco Suárez, autores cujas obras constituem ponto de partida à formação do direito internacional moderno. Dito isso, creio que é conveniente apresentar, em síntese, esclarecimentos sobre a ambiência histórico-acadêmica em que se deu a criação e o desenvolvimento do pensamento econômico dos escolásticos tardios, que escreviam e ensinavam nas grandes universidades ibéricas no período que passou à história como *Século de Ouro* da cultura e da prevalência do poder político e econômico do Império Espanhol na Europa. A escolástica tardia foi um dos grandes destaques desta importante fase da história cultural ibérica.

2. O SÉCULO DE OURO ESPANHOL

A partir do século XV, aceleram-se no Ocidente europeu os acontecimentos sociais e político-econômicos que operavam a paulatina transformação da sociedade medieval. Em consequência dos sucessos marítimos obtidos por portugueses e espanhóis, os europeus entraram em contato com terras e povos desconhecidos, ocasionando novas visões de mundo, tudo muito diferente das percepções até então dominantes na sociedade medieval, que, naquela altura, entrava em seu ocaso. Nesse tempo, fundava-se a Ciência Política moderna, essencialmente a partir das obras políticas de Nicolau Maquiavel (1469-1527)⁶ e, de forma coetânea, no contexto renascentista, a Reforma Protestante, o Concílio de Trento (1545-1563), e a Revolução Científica eram divulgados em toda a Europa Ocidental, por meio da intensiva utilização do invento de Johannes Gutenberg (1394-1468), ou seja, o sistema mecânico de tipos móveis que revolucionou a arte de imprimir textos e contribuiu para transformar o Mundo.

A Espanha vivia, por essa época, o período de fastígio de seu Império, cuja construção fora iniciada, no século XV, pela a Casa Real de Trastâmara, dinastia castelhano-aragonesa, que, em 1492, encerrou as seculares Guerras Ibéricas de Reconquista, com a tomada do emirado Nasrida de Granada pelos reis católicos Isabel de Castela (1451-1504) e

com a finalidade de persuadir os delegados de Nova York a votarem pela aprovação da Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo Thomas Jefferson, tais escritos expressavam “o melhor comentário jamais escrito sobre princípios de governo”.

⁶ Obras políticas de Nicolau Maquiavel (1469-1527), publicadas postumamente – *O Príncipe*, escrito em 1513 e publicado em 1532, e *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, redigido entre 1512 e 1517 e publicado em 1531.

Fernando de Aragão (1452-1516), além do desembarque de Colombo no Novo Mundo. O Império Espanhol atingiria seu auge sob a Casa de Habsburgo,⁷ principalmente nos reinados dos chamados *Áustria Maiores*, Carlos I de Espanha e V do Sacro Império Romano-Germânico (1500-1558), e de seu filho e sucessor, Filipe II (1527-1598). Sob os chamados *Áustria Menores*, Filipe III (1578-1621), Filipe IV (1605-1666) e Carlos II (1661-1700), último soberano Habsburgo de Espanha, avançou-se o processo de decadência do Império, fato que já se manifestava nos anos finais do reinado de Filipe II, e que se consumaria ao longo do século XIX (PÉREZ, 2016, p. 177-238). Vale lembrar que, em 1557, Filipe II decretou a bancarrota e suspendeu o pagamento das dívidas do Império com os banqueiros europeus.

Coincidente com os períodos de ascensão e de apogeu do Império espanhol, desenvolveu-se a fase histórico-cultural, largamente influenciada pelo humanismo renascentista, conhecida como *Siglo de Oro* da cultura espanhola. Embora não se possa nomear, com precisão, o início e o fim dessa etapa de florescimento cultural na Espanha, na medida em que não há consenso entre os historiadores sobre o assunto,⁸ assinala-se, por exemplo, como acontecimento indicador do seu começo, a publicação da *Gramática Castellana* de Elio Antonio de Nebrija (1441-1522), em 1492, a primeira obra do gênero redigida e publicada em linguagem vulgar na Europa Ocidental. Por que a publicação de uma gramática teria tanta influência na vida cultural e política de um país? Inspirando-se nas sentenças de Lorenzo Valla, humanista e filólogo renascentista, segundo as quais “o

⁷ A Casa de Habsburgo foi fundada por Rodolfo I (1218-1291), Sacro Imperador Romano de 1273 a 1291. A família é originária – século XI – do cantão suíço de Argóvia, de cultura alemã. Trata-se de uma das mais poderosas e influentes casas reais da história europeia. A primeira imperatriz do Brasil, Dona Leopoldina (1797-1826), era arquiduquesa austríaca, filha de Francisco I de Habsburgo-Lorena, imperador da Áustria, último imperador Romano-Germânico, como Francisco II. Em 1806, o Sacro Império foi extinto por Napoleão Bonaparte. O ramo espanhol da Casa de Habsburgo governou o país de 26 de novembro de 1504 a 1º de novembro de 1700. Na Áustria a dinastia reinou de 1278 a 1918. O último soberano Habsburgo foi Carlos I (1887-1922), que governou de 1916 a 1918, como imperador da Áustria e rei da Hungria. Carlos I foi beatificado pela Igreja Católica, em 2004, no pontificado do Papa João Paulo II.

⁸ Como mencionei, não há consenso entre os historiadores espanhóis sobre a cronologia desse período de esplendor da cultura espanhola: há referências de que teria se iniciado nos anos finais do século XV e encerrado nas últimas décadas do século XVII, isto é, até o reinado de Carlos II (1661-1700), o derradeiro monarca do ramo espanhol da Casa de Áustria; por outro lado, aparecem indicações mais restritivas, isto é, teria durado entre os anos 1492 e 1648, da conquista de Granada ao término da Guerra dos Trinta Anos, período em que a Espanha foi hegemônica no continente europeu. Dentre os intelectuais e artistas, cujas obras definitivas, criadas no *Siglo de Oro*, fazem parte do grande legado da Espanha à cultura universal, aponta-se, entre outros, os dramaturgos Calderón de la Barca (1600-1681) e Lope de Vega, o romancista, poeta e dramaturgo Miguel de Cervantes (1547-1616), autor do primeiro romance moderno, obra-prima da literatura ocidental, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, além dos pintores Doménikos Theotokópoulos, mais conhecido como El Greco (1541-1614), Diego Velásquez (1599-1660) e Esteban Murillo (1617-1682).

idioma latino sempre foi companheiro do Império, e isso é tão verdadeiro que os dois nasceram ao mesmo tempo” portanto, “onde quer que o idioma latino domine, há o Império Romano”, Nebrija, ao compor a *Gramática Castellana*, percebeu o papel que o idioma castelhano poderia desempenhar nas ambições geopolíticas da coroa espanhola, ou seja, com a conquista de Granada e a descoberta do Novo Mundo, em 1492, devia-se “fazer do castelhano o que tinha sido o latim para a Roma imperial”. (AGUADÉ NIETO, 2016, p. 866-867). O *Século de Ouro* teria se encerrado com a morte de Calderón de la Barca, em 1681 (FAZIO, 2017, p. 13).

É relevante assinalar que os sucessos do Século de Ouro espanhol não se deram apenas nas Artes e na Literatura, mas, também, na Filosofia, no Direito, na Ciência Política, na Economia, bem como no processo de construção da Ciência Moderna.⁹ Nas Universidades de Salamanca e de Alcalá e, posteriormente, nas Universidades de Valladolid, Coimbra e Évora, nasceu e prosperou a chamada segunda escolástica, ou escolástica tardia, movimento de adaptação da escolástica tomista às realidades históricas que construíam a transição para a Era Moderna. Escolástica, originariamente, significava doutrina da escola, compreendendo o método de pensamento crítico que se desenvolveu nas universidades da Europa medieval do século IX ao século XVII. Buscava, sobretudo, conciliar fé cristã (verdade revelada) e razão, recorrendo à filosofia grega, especialmente Platão e Aristóteles. O período áureo da escolástica medieval se deu com o estudo da filosofia aristotélica, trazida para o Ocidente pelos filósofos árabes e judeus, e, desta forma, alicerçou a filosofia cristã de Tomás de Aquino. “Os escolásticos usaram um método dialético e um raciocínio silogístico para apresentar as suas doutrinas. Em economia codificaram as leis e regras temporais que serviram durante muitos séculos de guia para os homens em suas transações comerciais” (BELL, 1961, p. 72).

No século XVI, nas grandes Universidades ibéricas, no contexto da Contra Reforma, ou Reforma Católica, os mestres da segunda escolástica, por meio de suas *relectiones*, edificaram um corpo doutrinário que expressava, para a época, uma nova e revolucionária

⁹ “O surgimento da ciência moderna, suas causas e seus significados foram interpretados de diversas maneiras. A novidade da ciência moderna já foi caracterizada por seu método, pelas mudanças culturais da Europa, como quebra da noção de autoridade da tradição, de dissolução do feudalismo e da unidade da visão de mundo cristã, pela descoberta de novos fenômenos, mas é sob a imagem da revolução que ela tem, entre nós, sua representação mais difundida. A revolução científica é um dos mitos de origem da modernidade, que caracterizaria muitos dos nossos *modos vivendi*”. OLIVEIRA, Bernardo Jefferson de. *Francis Bacon e a Fundamentação da Ciência como Tecnologia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 31.

concepção de comunidade universal, uma *societas gentium*, fundada na sociabilidade natural e na unidade do gênero humano, portanto de alcance universal. Tais contribuições teóricas, alicerçadas no direito natural, formariam, no campo jurídico, o magistral legado humanista da Escola de Salamanca, fundada por Francisco de Vitoria (1483-1546), frade dominicano, teólogo, filósofo, jurista, catedrático de *Prima Teologia* na Universidade de Salamanca e iniciador do movimento que, ao longo do século XVI, congregou teólogos, juristas e romanistas, cuja contribuição doutrinária é altamente relevante na formação do Direito Internacional¹⁰ e da Economia modernos. A Escola de Salamanca, desenvolvida inicialmente pelos dominicanos e, a partir da segunda metade do século XVI, com a forte presença dos jesuítas,¹¹ expressa, genericamente, o movimento não somente de renascimento do tomismo no século XVI, como também o florescimento de importantes estudos em outras áreas do conhecimento humano, uma vez que, de forma positiva, seus teólogos viram-se obrigados, como já foi dito, a refletir sobre as substanciais demandas sociais e políticas suscitadas pela chegada dos europeus à América, como a questão da condição dos índios do Novo Mundo, os problemas econômicos decorrentes da formação do capitalismo moderno, enfim, a transição à Idade Moderna. Afirmavam, apoiados no pensamento tomista, o reconhecimento da dignidade do ser humano e, na mesma linha, a necessária relação entre o *ético* e o *jurídico* e a primazia da moral sobre a política. Nessa condição, concebiam a comunidade mundial sob um prisma completamente diferente do modelo medieval, isto é, sob o medievo compreendia-se a comunidade universal como restrita nos termos do que então se entendia como *Cristandade* e, para Vitoria e seus seguidores, de forma pioneira, uma vez que, até então, não existiam estudos teológicos, filosófico-jurídicos e políticos sobre as relações entre cristãos e não cristãos, a comunidade universal deveria ser entendida, numa perspectiva secularizada, fundamentada em um *ius communicationis*, ou seja, na liberdade de comunicação de todos os povos, em uma sociedade que abarcava o mundo inteiro (*totus orbis*), ou seja, o conjunto de povos e nações, cristãos, ou não. Ao lado de Francisco de Vitoria, outros teólogos-juristas, também notáveis, tiveram destacada participação na construção doutrinária e na ação da Escola de

¹⁰ Hugo Grório perfila, com destaque, entre os chamados fundadores do Direito Internacional moderno. Ele foi fortemente influenciado pelos escolásticos espanhóis, em especial Vitoria e Suárez, principalmente na elaboração de sua doutrina sobre a guerra justa. VER, sobre o assunto, NUSBAUM, Arthur. *História del Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, p. 110-121.

¹¹ A Companhia de Jesus foi fundada, em 1534, por um grupo de estudantes da Universidade de Paris, liderados por Inácio de Loyola, e confirmada, como Ordem da Igreja, em 1540, pelo papa Paulo III.

Salamanca: Domingo de Soto (1495-1560), suplente de Vitoria e, posteriormente, seu sucessor na cátedra em Salamanca, após Melchor Cano (1509-1560) (NUSSBAUN, 1947); Martin de Azpilcueta (1492-1586), também, conhecido como doutor Navarro; Juan de Salas (1553-1612); Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577); Luis Saravia de la Calle (1485-1546); Fernando Vazquez de Menchaca (1512-1569); Bartolomé de Medina (1527-1580); Baltasar de Ayala (1548-1584); Domingos Bañez (1528-1604); Luis de Molina (1535-1600); Bartolomé de las Casas (1474-1566); Jerónimo Castillo de Bobadilla (c. 1547 - c., 1605); e o radical Juan de Mariana (1536-1624), apontado como o último dos grandes escritores da segunda escolástica.

3. A VISÃO ECONÔMICA DOS TEÓLOGOS DA SEGUNDA ESCOLÁSTICA

Quais foram os acontecimentos econômicos e financeiros que levaram os escolásticos ibéricos a elaborarem teorias econômicas pioneiras, caracterizadamente originais e modernas, em muitos aspectos revisionistas em relação ao tratamento da questão econômica sob o prisma da escolástica tomista? Nessa perspectiva, estudaram e escreveram, precursoramente, sobre a importância econômica da propriedade privada, da liberdade econômica e do livre comércio, discutiram e teorizaram sobre questões monetárias, que mais tarde redundariam na teoria quantitativa da moeda, redigiram estudos sobre a atividade bancária, discutiram os problemas relativos aos tributos, à formação competitiva dos preços e ao orçamento público. Assim, desafiados pelos acontecimentos econômicos e pelas inovações financeiras e bancárias, decorrentes do surgimento de fenômenos como inflação, desvalorização da moeda em razão dos metais oriundos do Novo Mundo, cuja abundância transformou a Espanha, nos séculos XVI e XVII em “*la fábrica de moneda del mundo*” (CARCEL, 2003, p. 21), os escolásticos tardios, como professores de Teologia Moral e Direito Natural, analisaram tais sucessos e buscaram responder a pergunta, que, para eles, era fundamental: qual seria o modo justo de proceder? Assim, legaram estudos precursores que expressaram suas respostas a esta indagação (BUENO, 2018, p.13). Nessa linha, “articularam a tradição subjetivista, dinâmica e libertária a que, duzentos e cinquenta anos depois, Carl Menger e seus seguidores da Escola Austríaca, iriam dedicar tanta importância” (IORIO, 2013). A relevância desse pioneirismo pode ser

avaliada, considerando a seguinte afirmação do economista espanhol (HUERTA DE SOTO (2017)):

A pré-história da Escola Austríaca pode ser encontrada nas obras dos escolásticos espanhóis durante o “*Siglo de Oro Español*. [...] Tenho uma carta de Hayek, datada de 7 de janeiro de 1979, na qual ele diz que os princípios básicos da teoria da concorrência de mercado já haviam sido delineados pelos escolásticos espanhóis do século XVI, e que o liberalismo econômico não havia sido criado pelos calvinistas, mas sim pelos jesuítas espanhóis.

A Espanha, no século XVI, passou por grave crise inflacionária, com a consequente triplicação dos preços dos produtos. O governo espanhol, incompetente em matéria econômico-financeira, não percebia a conexão causal entre o excesso de moeda metálica e a formação dos preços. Naquela altura, a Espanha constituía um poderoso Estado moderno, o mais rico e militarmente dominante na Europa, porém, faltava-lhe uma burocracia capacitada, em matéria econômica e financeira, para administrar uma empresa da grandeza que a situação se apresentava. A salientar também, como agravante, o fato de que os gastos militares da Monarquia Hispânica consumiam 80% do orçamento do Estado. Quando se viu rico, o novo Império não havia ainda superado a economia fundamentalmente agrícola da Idade Média. O descontrole da economia espanhola era de tal ordem que, na segunda metade do século XVI, uma grave crise bancária levou à falência os principais bancos do país, quebradeira que logo depois atingiu os bancos menores. Informa Huerta de Soto (2012, p. 99), que não se tem dados sobre a porcentagem de suas reservas, mas, em muitas ocasiões, os bancos investiram em negócios específicos, relacionados à armação de navios para negociar com a América, como também em contratos de arrendamento de impostos e outras transações altamente arriscadas. Este mesmo economista, lembrando a presença e o comentário de Thomas Gresham, que viajou de Londres a Sevilha, com o propósito de retirar em Bancos desta localidade trezentos e vinte mil ducados em dinheiro, para o que havia obtido a necessária licença do imperador e da rainha Mary, registra que Gresham ficara impressionado ao notar que havia uma grande escassez de dinheiro na cidade receptora dos tesouros do Novo Mundo, bem como nas feiras, e que ele, até conseguir retirar os fundos correspondentes às ordens que portava, temera não ser bem sucedido, ao perceber que quase todos os bancos de Sevilha estavam suspendendo os pagamentos.

No século XVI, dependendo da região do Império espanhol, os preços dispararam. Subiram entre 150 a 400%. Os manufaturados importados tiveram os preços aumentados

mais do que os aluguéis e os salários. “O novo dinheiro fluiu pela primeira vez no Velho Continente no principal porto espanhol de Sevilha e, em seguida, espalhou-se para os outros países da Europa, e a geografia dos aumentos de preços seguiu, naturalmente, em conformidade com essa expansão” (IORIO, 2013). A prata da América alimentava os mercados financeiros da Itália, do sul da Alemanha, dos Países Baixos e da França. Por outro lado, os metais oriundos da América espanhola chegavam também à Inglaterra, levados nos barcos espanhóis que transportavam lá para o norte da Europa e que compravam produtos manufaturados na Inglaterra, realizando os pagamentos em dinheiro vivo. A Casa de Contratação de Sevilha era o centro de intercâmbio de toda a movimentação comercial da Espanha e mesmo da Europa. Na capital da Andaluzia, transformada em centro comercial e financeiro do mundo, comerciantes e banqueiros europeus, principalmente flamengos, genoveses, venezianos, alemães e turcos efetuavam grandes transações financeiras, vendiam produtos manufaturados, pagos em prata que era levada para os mercados de seus países. É relevante destacar que entre os séculos XIV e XV estagnara-se a produção de ouro e prata na Europa. O comércio se expandia com rapidez, fato que agravava a escassez de moeda. A situação começou a melhorar a partir da última década do século XV, em razão do ouro que os portugueses traziam da Feitoria de São Jorge da Mina, estabelecimento criado por D. João II, em 1481, e situada no Golfo da Guiné, Costa Ocidental da África. Antes disso, o comércio europeu abastecia-se do ouro importado do Sudão e da prata das minas alemães. O ouro da Guiné era transportado para Lisboa e, de lá, penetrava nos grandes circuitos mercantis da Europa; em Antuérpia, ao ouro dos portugueses, juntava-se a prata das minas alemãs; no Mediterrâneo este mesmo ouro reequilibrava as balanças comerciais (BRAUDEL, 1983, p. 518-519), Em Sevilha, antes das riquezas do Novo Mundo, os mercadores genoveses se abasteciam do ouro africano. A partir da segunda metade do século XVI, a Espanha passou a receber ouro e prata em abundância, mais prata do que ouro. Entre 1503 e 1660, a Casa da Contratação de Sevilha recebeu das minas da América mais de 185 toneladas de ouro e 16.886 toneladas de prata. Estas cifras, por sua magnitude, careciam, na matéria, de precedente na história europeia. (CÁRCEL, 2013, p. 21). A produção de prata multiplicou-se por dez a partir da introdução, por Bartolomeu de Medina, do mercúrio na extração do mineral nas minas do Vice-Reinado da Nova Espanha, que compreendia, entre 1535 e 1821, na América do Norte, os territórios do Arizona, Califórnia, Colorado, Nevada, Novo México e Utah; na América Central, a

Costa Rica e o México, país que sediava a capital e a Real Audiência de Charcas, da qual fazia parte a cidade de Potosí, em 1611, a maior produtora de prata de mundo. Esta cidade era a segunda mais populosa do Ocidente, atrás de Paris, e a mais rica do Planeta, nessa época. Tinha 150 mil habitantes. Em 1825, com o esgotamento das minas de prata, era uma das pobres do mundo. Sua população estava reduzida a menos de 08 mil habitantes. Esta realidade é apenas um dos exemplos do que foi o saque realizado pelos europeus no Novo Mundo.

Na mesma intensidade que entravam, os metais saiam da Espanha para os principais centros comerciais e financeiros da Europa, como pagamento das importações do país. Braudel cita, como exemplo da incapacidade espanhola para produzir bens manufaturados, o caso da lona utilizada para a confecção de velas de navio, produto que era importado da França. Da mesma forma que a importação das velas, o trigo comprado era pago em dinheiro vivo. Havia, ainda, as saídas ilícitas de ouro e prata, em forma de contrabando, para vários países europeus, inclusive para a Turquia. A assinalar, também, o fato de que o ouro e a prata oriundos da América eram prodigamente gastos pelas constantes guerras empreendidas pelos reis espanhóis, principalmente contra a França. Na Guerra dos Trinta Anos, a Espanha liderava o partido católico e tinha como inimigos a Inglaterra, a França, a Suécia, esta última, à época, potência militar, os Países Baixos, e diversos reinos europeus contrários aos Habsburgos. Não fora isso, os espanhóis, durante a Guerra dos Trinta Anos, estavam enfrentando sérios problemas político-militares no *front doméstico*, principalmente a revolta pela independência da Catalunha, que tomou corpo no dia de *Corpus Christi* de 1640, fato que incentivou Portugal a proclamar sua independência da Coroa Espanhola, na Revolução de 1º de Dezembro de 1640. Guerrear estava no espírito da época. “A guerra não era um ‘esporte’ para os príncipes, era seu destino; para além da finita diversidade de inclinações e personalidades individuais, ela o invocava, inexoravelmente, como uma necessidade social de sua profissão” (ANDERSON, 2016, p. 34).

Apesar da fabulosa riqueza que entrava no país, a Espanha empobrecia. Enormes fortunas foram empregadas nos oitenta anos de guerra para impedir a independência dos Países Baixos. Durante esta guerra, diz Braudel, as Cortes se queixaram tantas vezes, em 1537, em 1548, em 1559 e, ainda, em 1563, das saídas constantes de metais preciosos com destino aos principais países da Europa, fato que empobrecia o país. “Ou dir-se-ia tão

comumente que os Reinos de Espanha são as Índias dos outros reinos estrangeiros” (BRAUDEL, 1983, p. 525-526).

Os teólogos escolásticos tinham uma visão holística do fenômeno social. É nesta circunstância que Tomás de Aquino teoriza, no século XIII sobre economia, com o propósito de orientar o cristão nessa matéria. Em sua *Suma Teológica* III – Parte II-II Cap. 25, questão 77, artigos 1, 2, 3 e 4 e questão 78, artigos 1, 2 e 3. (1990, p. 593-607) Aquino procura conciliar o dogma cristão com as condições reais da vida econômica. Na linha do pensamento aristotélico sobre a propriedade privada, ele considera que esta não é contrária à lei natural, destacando sua função preservadora da paz e da ordem social. Ao referir-se ao comércio, Aquino afirma que tal atividade, embora não natural, deve ser tolerada para o bem das famílias e do Estado. Ele estuda a atividade comercial quando avalia a moralidade das profissões. Para ele o comércio poderia ser considerado exercício justo, quando a troca da mercadoria se efetuasse com igualdade de valor (*ibid.*, p. 593/606). Sobre o assunto, escreve John Fred Bell (1961, p. 73):

Ele parece admitir uma vaga teoria do valor de troca com base no custo de produção, que tem significado ético. O comércio e a troca eram intensamente praticados nessa época, fato que desagradava aos eclesiásticos, mas que eles não podiam abolir. Se o preço das mercadorias era o preço justo, então o comércio era moralmente quase justificável, especialmente se contribuía para o bem comum e garantia de igual vantagem para ambas as partes. [...] Como o comércio era essencial para a vida do cristão, o importante era dar à essa atividade econômica um conteúdo moralmente justificável.

Assim, um comerciante não podia omitir qualquer defeito de sua mercadoria ao comprador, bem como recorrer à fraude para vender um produto. Isto era pecar. (AQUINO, op. cit., p. 593-600) Contudo, admitia-se que o vendedor podia ocultar ao comprador um defeito em seu produto, desde que o vendesse por preço abaixo do valor justo que seria cobrado caso a mercadoria não apresentasse defeito. “O comércio podia tornar-se lícito e honesto quando praticado com algum objetivo bom, tal como contribuir para o bem público” (BELL, op. cit., loc. cit.). Em relação a preços futuros, Tomás de Aquino considerava lícito que um indivíduo, que negociava com transporte de grãos, não pecava se deixasse de informar que outro vendedor do produto estava para chegar em breve; “o preço justo era o preço apropriado no presente, e não o que prevaleceria no futuro” (BACKHOUSE, 2007, p. 63). Tomás de Aquino condenava a usura. Para ele o dinheiro era

uma coisa estéril, portanto, não podia gerar nenhum fruto. Ganhar dinheiro emprestando a juros violava os direitos divino e natural. Nessa linha, Aquino (1990, p. 600-607) não admitia que o emprestador auferisse lucro como compensação por pretensas oportunidades perdidas, durante o período de tempo que seu capital ficou na posse do tomador. Entretanto, achava justo o emprestador receber compensação por ocasionais perdas oriundas da incapacidade do tomador de saldar o empréstimo no prazo acordado. A finalidade do dinheiro, para Tomás de Aquino, era tornar possíveis as trocas, considerando o seu poder de compra intrínseco. No século XII a usura foi relacionada pela Igreja como negócio ilícito, contrário à lei divina, portanto, pecado, de acordo com o Cânone 13 do Segundo Concílio de Latrão – 1113, decisão confirmada, em 1311, pelo Concílio de Viena (BELL, 1961, p. 73).

A situação da Europa nos primórdios da Era Moderna era, evidentemente, em tudo e por tudo, completamente diferente da sociedade medieval, ao tempo em que pontificava Tomás de Aquino e a primeira escolástica. A economia mercantilista tornara o mercado bastante complexo e, em razão disto, os escolásticos tardios alertavam que a intervenção injustificada no mercado violava o direito natural. Observando o que acontecia na Espanha e na Europa no século XVI, para os teólogos salmantinos ficava claro que era preciso reformular o pensamento econômico escolástico tradicional. Sobre a natureza da volta, nos séculos XVI e XVII, ao pensamento de Tomás de Aquino, esclarece António Manuel Espanha (2005, p. 292-293):

Apesar de uma fidelidade fundamental (pelo menos nas afirmações) a São Tomás, esta escola integra uma boa parte da contribuição cultural e filosófica do *humanismo* (então no seu auge) e não é estranha a muitos temas da filosofia franciscana. Assim, uma análise mais profunda da sua obra está longe de assegurar a tal a alegada fidelidade fundamental a São Tomás; em muitos pontos, há um nítido revisionismo das posições tomistas. E é isto que acontece com a doutrina do direito natural. [...] A Escola Ibérica de Direito Natural teve enorme importância para o devir do pensamento jurídico europeu. O racionalismo, o contratualismo e outros ingredientes do direito moderno encontram aí os seus princípios.

Considerando o já exposto, passo a apresentar uma síntese do pensamento econômico dos dominicanos e jesuítas que são considerados como expoentes da segunda escolástica. Escrevendo sobre o pensamento econômico de Vitoria, registra Cendejas Bueno (2018, p. 17):

Nos tratados *De Legibus* e *De Iustitia et Iure*, embora não exclusivamente, foram recolhidos os fundamentos jurídicos do pensamento escolástico. A busca pelo justo (comutativo, distributivo e político) informa tanto o direito humano quanto a ação dos governantes e dos governados. Subordinado a este quadro, na esfera econômica é formada uma ordem baseada no empreendedorismo e na economia de mercado - dita em termos atuais - onde surgem questões sobre a relação entre valor e preço (teoria do preço justo), dinheiro e crédito (natureza dos juros e da usura), benefício (teoria do lucro), estabilidade fiscal e monetária (impostos justos e moeda forte) e o exercício e sentido de esmolas e remédios da pobreza.

Francisco de Vitoria considerava que o valor dos bens não derivava de sua natureza, mas da estimativa que deles os homens poderiam ter, isto é, da utilidade dos mesmos bens. Vê-se, nessa afirmação, a influência do direito romano, segundo o qual o preço justo é aquele que é livremente acordado entre as partes. Esta posição de Vitoria rechaça o pensamento dos escolásticos medievais sobre o assunto. Para eles, o valor e o preço justo dos bens fundavam-se no custo de produção, não em sua maior ou menor utilidade. Vitoria apresenta também uma distinção entre bens de luxo e bens ordinários. Para ele os bens de luxo poderiam ser vendidos a “*precio caprichoso*”, pois o comprador paga voluntariamente, ou, como ele diz, “*de buena gana*” o alto preço fixado.¹² Como teólogo preocupado com os aspectos morais, com o “justo natural” (BUENO, 2018, p. 14) Vitoria, em defesa do comprador, no caso, seguindo Tomás de Aquino, afirma que a venda de uma mercadoria com algum vício ou defeito só terá seu preço justo se o vendedor comunicar o fato ao comprador. Se ele, sabendo do defeito, pagar o preço que lhe foi apresentado, não haverá fraude na transação. De outra forma, em posição contrária às ordens mendicantes medievais, para as quais a propriedade privada era moralmente condenável, afirma que a riqueza particular, obtida sem fraude, estimula a atividade econômica e, como tal, pode beneficiar a sociedade. Apresenta firme defesa da liberdade dos mares (PEREIRA, 2018, p. 75), do livre comercio e da livre circulação de pessoas, ao asseverar que existe uma sociedade natural entre todos os povos, ou seja, um direito natural de comerciar e de comunicação, independente da religião e da vontade dos Estados. Diego de Covarrubias y Leyva, dominicano, professor de Direito Canônico na Universidade de Salamanca, seguindo os passos de Francisco de Vitoria, elabora a teoria subjetivista do valor, ao dizer que o valor de um bem não depende de sua natureza essencial, mas da estimativa dos homens a seu

¹² Disponível em: <http://www.escolasticos.ufm.edu/index.php/Pensamiento_Francisco_de_Vitoria>. Acesso em: 17 jul. 2017.

respeito. Assevera, ainda, em complemento à ideia de Vitoria, “mesmo que tal estima seja insensata”. Jesus Heurta Soto (2008), autor cujas obras sobre o tema foram de substancial importância como fonte para o presente trabalho, diz que Covarrubias ilustra sua tese assinalando “que nas Índias, o trigo é mais precioso do que na Espanha porque os homens o estimam mais favoravelmente, apesar de a natureza do trigo ser a mesma em ambos os lugares”. Covarrubias é autor de importante estudo sobre as oscilações do poder aquisitivo do maravedi, fato que lhe permitiu analisar e apresentar, pioneiramente, questões e elementos de teoria monetária, que serviram de fonte às análises e às conclusões doutrinárias de Martin de Azpilcueta e Juan de Mariana, entre outros, sobre a teoria quantitativa da moeda. Esse estudo de Covarrubias, exposto em seu livro *Veterum collatio numismatum – Compilação das moedas antigas*, “foi muito elogiado na Itália por Davanzaty e Galiani e foi também citado por Carl Menger em seu livro *Princípios de Economia Política*” (SOTO, 2008). A tradição subjetivista iniciada por Covarrubias, diz ainda o mesmo autor, é objeto de estudo de outro expoente da Escola de Salamanca, Luis Saravia de La Calle, Apontado como o primeiro autor a escrever tratado versando sobre economia e finanças, em espanhol, e a tornar clara a verdadeira relação que existe entre preços e custos no mercado, no sentido de que, em todas as situações, são os custos que tendem a seguir os preços, Saravia de La Calle, publicou, em 1544, em Medina del Campo, uma instigante obra sob o título *Instrucción de mercaderes*. Tive acesso à edição de 1949. Com prólogo e exortação iniciais, Saravia de la Calle distribuiu seu discurso em 14 capítulos, 211 páginas, nas quais estuda, à luz da tradição escolástica, a formação e a questão do justo preço, disserta sobre a natureza da atividade mercante e da qualidade das mercadorias postas à venda, bem como a questão da moeda e do câmbio, e, entre outros temas, trata do dano emergente e do lucro cessante. Desse modo, assevera que “para arbitrar o preço justo da mercadoria, apenas três coisas devem ser consideradas: a abundância ou falta dos produtos, de comerciantes e de moeda, ou de coisas que são cometidas, troca e mudança no lugar do dinheiro. [...] A necessidade dos homens põe o preço nas coisas” [...] porque o preço justo nasce da abundância ou falta de mercadorias, de empresários e de moeda, e não dos custos, trabalhos e riscos. (1949, p. 47-48, tradução nossa). No capítulo XIX, que trata da usura, ele a caracteriza da seguinte forma: “*La usura, que se dice usus aeris, uso de metal o dinero, se define así: usura es ganancia más y allende del principal, que viene del empréstito por razón del pacto o intención principal*” (1949, p.

73). Martin de Azpilcueta, professor nas Universidades de Salamanca e Coimbra, conhecido também como doutor Navarro, foi um dos mais destacados integrantes da segunda escolástica. Em matéria econômica sua contribuição mais destacada está em seu livro *Comentário resolutório de câmbios*, publicado em 1565, no qual ele lança os elementos teóricos que, séculos depois, estariam nos fundamentos da Teoria Quantitativa da Moeda. Para ele o valor da moeda não era fixo, nem determinado apenas por sua soma, ou pela quantidade do metal precioso com que ela foi cunhada. Seu valor dependia de vários fatores: de sua escassez, da demanda pela mesma, e da incerteza sobre seu valor, ou seja, se seria aumentado ou diminuído, ou mesmo se seria rejeitada. É válido apontar que, segundo Azpilcueta, era lícito a um cambista lucrar com as variações do valor da moeda, comprando onde ela estivesse mais barata e vendendo nos mercados nos quais se podia lucrar com tal transação. Isto era moralmente aceitável, porque

[...] toda mercadoria fica mais cara quando está com grande procura e pouca oferta, e que o dinheiro na medida em que pode ser vendido, permutado ou trocado por alguma forma de contrato, é mercadoria e, portanto, fica mais caro quando está com grande procura e pouca oferta (BACKHOUSE, 2007, p. 82).

Preocupado com os aspectos morais de tal negócio, afirmava que não era aceitável que o cambista criasse escassez artificial de moeda. É importante assinalar que Azpilcueta “tinha uma visão mais flexível da usura, apresentando um leque maior de compensações, em caso de prejuízo do emprestador” (*ibid.*, loc. cit.). Luis de Molina, jesuíta e professor da Universidade de Évora, teoriza também sobre justo preço em sua obra *La teoria Del Justo Precio*, publica em Cuenca, em 1597. Para ele o preço justo das coisas depende, principalmente, da estimativa comum dos homens de cada região; e quando em uma região ou lugar um bem geralmente é vendido, por certo preço, sem haver fraude, monopólio ou outras astúcias ou armadilhas, esse preço deve ser tomado como uma medida e uma regra para julgar o preço justo do referido bem naquela região ou local, sempre e quando não mudem as circunstâncias com as quais o preço justificadamente oscile para cima ou para baixo. Tomás de Mercado, padre dominicano, que viveu em Sevilha e no México, integrante proeminente da segunda escolástica, publicou, em 1569, um livro sobre o comércio, que teve grande repercusão em sua época, intitulado *Tratos y Contratos de Mercaderes y Tratantes discididos y determinados* (MERCADO, 2010). A obra foi escrita por solicitação de comerciantes que dele queriam conselhos sobre as questões morais e de

consciência relativas à atividade comercial executada dia a dia. No livro, Mercado define o que é vender, trata da questão cambial, elogia a função social do comércio e fornece lições objetivas para os empresários. Em 250 páginas, prólogo e um extenso anexo, Mercado, sob influência tomista, porém, consciente da realidade do seu tempo, especialmente as mudanças operadas na sociedade a partir da chegada de Colombo ao Novo Mundo, nomeia os princípios morais que devem reger a atividade mercantil, que, para ele, deve se dar com a observância do bem comum, da equidade e da justiça. Trabalha seu texto considerando, na devida conta, o fato de que o comércio, até então centrado no Mediterrâneo, desloca-se para o Atlântico, tendo como centros determinantes as cidades de Lisboa e Sevilha. As mudanças que se operavam no comércio europeu e, nessa perspectiva, a revolução nos preços derivada da inflação decorrente do ouro e da prata da América, levaram Tomás de Mercado a considerar que

[...] o valor de um produto deve ser universal, afirmação que não valia para o ouro e a prata. Explicava que os indígenas americanos utilizavam estes metais como adorno e não como medida de valor e instrumento de troca. Como eram valorizados na Europa, tais metais deveriam ter seu valor determinado pelo Estado. Neste sentido, Tomás Mercado apoiava a política monetária da coroa castelhana. Como qualquer outro objeto de comércio podia-se vender e comprar a moeda metálica, porém, considerando seu preço justo, ou seja, por sua pureza, e quando cunhada, deveria manter o valor intrínseco do metal. (PEINADO, 2010, p. 16).

O texto de Tomás de Mercado, dividido em tratados, exerceu grande influência sobre obras publicadas posteriormente sobre a natureza dos contratos, até meados do século XVII. Esquecido durante anos, *Tratos y Contratos de Mercaderes* é recuperada e estudada a partir dos anos finais do século XIX. Os principais responsáveis pelo resgate da obra de Mercado não foram teólogos ou filósofos, e sim economista que reconheceram suas importantes análises e originais questionamentos sobre a moral econômica e a necessária destinação da economia à realização do bem comum (*ibid.*, loc. cit.). No primeiro tratado (MERCADO, 2010, p. 1-75) apresenta um longo estudo sobre a origem do comércio e dos mercadores, analisa a questão do justo preço das mercadorias, teoriza sobre a compra e venda, sobre as empresas e monopólios; em seguida, no tratado segundo (p. 76-129), discute o valor da moeda na mesma linha de pensamento do pioneiro no assunto, Martín de Azpilcueta. Nesta matéria trata da fuga de moeda espanhola para as principais praças comerciais da Europa, afirmando, que as leis proibindo a saída de moeda do território

espanhol não teriam eficácia, pois, se estava sendo exportada, era porque teria mais valor no estrangeiro. A única maneira de impedir tal expediente seria aumentar seu valor na esfera doméstica. “Como Navarrus – cognome de Martin Azpilcueta –, Mercado argumentava que essas variações naturais do valor do dinheiro em lugares diferentes justificavam o lucro em transações com moeda estrangeira” (BACKHOUSE, 2007, p. 83). O terceiro tratado do livro de Tomás de Mercado é dedicado ao estudo da usura (p. 130-165) e, no quarto e último, concentra-se, entre outros temas, no exame das restituições e reparações, em razão de contratos injustos de vendas, de empréstimos e de câmbio.

Ainda pontuando sobre posição precursora dos teólogos-juristas da Escola de Salamanca, é importante lembrar que Gerónimo Castillo de Bobadilla, em sua obra *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares, jueces de comisión, regidores, abogados y otros oficiales públicos* (1597) “defendeu a competição dinâmica como um processo e não como o estudo de casos de equilíbrio, antecipando Menger, Mises, Lachmann e Kirzner em 400/500 anos”. (IORIO, 2013).

Preocupado com as questões morais e políticas decorrentes da nova conjuntura econômica na Espanha do seu tempo, em especial o papel do Estado, Juan de Mariana, jesuíta libertário espanhol, teólogo, filósofo, historiador e jurista, que, com enorme erudição, coragem, vida pessoal, religiosa e intelectual irretocável, construiu uma obra cuja repercussão se estendeu além da Espanha, em especial na França, no contexto das Guerras Religiosas e, posteriormente, entre os revolucionários de 1789. Mariana expõe seu pensamento econômico no capítulo VIII, Livro III, páginas 168-173 da edição em espanhol do *De Rege et Regis Institutione - Del Rey y de la Institución de la Dignidad Real* (2017a) - e, de forma específica, em seu livro *Discurso sobre la moneda de vellón*, manuscrito que, em 1609, foi publicado sob o título *De monetae mutatione* (2017b).

Del Rey y de la Institución de Dignidad Real foi escrito por solicitação de Garcia Loaysa y Girón, amigo de Mariana, clérigo que, à época, era o preceptor do príncipe herdeiro, Filipe, mais tarde, Filipe III de Espanha. A obra foi redigida para orientar a formação do príncipe, isto é, no modelo dos *Espelhos de Príncipe* (*Specula Principum*),¹³

¹³ Da Idade Média ao século XVI, vários autores escreveram livros desse gênero literário. É o caso, entre outros tantos, de *De regimine principum – Do governo dos príncipes ao rei de Cipro*, de Santo Tomas de Aquino, obra concluída por Ptolomeu de Luca; de outro *De regimine principum*, de autoria de Egidio Romano, preceptor do futuro Filipe IV de França; do *Speculum Regum* do Frei Álvaro Pais, dedicado a Afonso

gênero literário voltado à educação e ao aconselhamento de presuntivos herdeiros reais. Nos dois textos, Mariana apresenta, na linha precursora da Escola de Salamanca, teorias econômicas de fundamento liberal, uma vez que centraliza seu pensamento na defesa da propriedade privada, na liberdade econômica, no equilíbrio orçamentário e na estabilidade da moeda. Em relação ao exercício tirânico do poder, Mariana radicaliza e defende o tirancídio (2017a, p. 36-43). Assevera que o príncipe não tem direito algum sobre os bens dos súditos, e que só por capricho poderá tomá-los e transferi-los a terceiros sem causa justa, Afirma também que o governante não pode impor novos tributos sem que haja concordância formal do povo. Se assim não procede, o príncipe obra como tirano e não como rei, que deve moderar a autoridade que recebeu do povo, das leis e da razão. (2017a, p. 169). Dissertando sobre a moeda, Mariana afirma que esta tem dois valores: um intrínseco natural, que resulta da qualidade do metal em que ela foi cunhada; outro, de natureza extrínseca, que é determinado pelas leis, pois o príncipe pode estabelecer o valor da moeda, como acontece no caso de determinadas mercadorias. “*El verdadero uso de la moneda y lo que en las repúblicas bien ordenadas se ha siempre pretendido y practicado es que estos valores vayan ajustados, porque cómo sería injusto en las demás mercadurías que lo que vale ciento se tase por diez, así es en la moneda*” (MARIANA, 2017b, p. 32-33) Na mesma linha, repete a advertência sobre a questão dos impostos lançados sobre o povo de forma injusta no capítulo II de *De monetae mutatione*, e, discutindo a questão da desvalorização da moeda por iniciativa real, afirma “[...] se o príncipe não é senhor, mas administrador da propriedade dos indivíduos, nem por este caminho nem por outro, poderá ele tomar parte de seus bens, como faz toda vez que desvaloriza a moeda” (op. cit., p. 27).

Em outra referência ao tema, adverte:

[...] *el rey no puede, por su voluntad, y sin que medie el consentimiento del pueblo, adulterar la moneda: esta es un género de tributo que se saca de los bienes de los súbditos. Nadie podrá conceder que el oro en peso igual tenga el mismo valor que la plata, o esta que el hierro. Y esto es lo que sucede cuantas veces se adultera el dinero, pues que es lo mismo que dar una moneda de plata en lugar de*

XI, rei de Castela; *Do reino e da educação do Rei*, de Francesco Patrizi, escrito para aconselhar o Papa Sisto IV; *Tratado da Virtuosa Benfeitoria*, escrito pelo príncipe D. Pedro de Portugal, 1º Duque de Coimbra, oferecido ao infante D. Duarte, seu irmão mais velho e herdeiro de D. João I; *A Educação do Príncipe Cristão*, de Erasmo, destinado a *regia instrução* de Carlos I de Espanha. Diferentemente dos *Espelhos* tradicionais, que indicavam seus destinatários que os caminhos para boa, piedosa e justa governança estavam no cumprimento dos ensinamentos cristãos, Maquiavel, em *O Príncipe*, aconselha, para conquistar e manter o principado, que o príncipe deve valer-se de sua *virtu* e contar com a *fortuna*, e, no caso, utilizar-se de todos os meios para conquistar e manter seu poder sobre o principado, sem se prender a princípios ético-religiosos.

oro, o al contrario, no teniendo más que una pequeña parte o cantidad de este metal. (2017a, p. 169).

Desse modo, investe, igualmente, contra as autoridades monetárias, reafirmando sua denúncia sobre a adulteração da moeda. “*Nuestro maravedi, primeiro en oro, pouco después de plata, y ahora absolutamente en cobre*” (2017b, p. 169). Deve-se acrescentar que, nas duas obras apontadas, ele acaba por construir dura crítica à nobreza e ao governo do seu país. Mirando no que acontecia na Espanha à época, Mariana indica ao príncipe que, para o êxito de seu governo, além cumprir o direito natural e evitar a excessiva intervenção do Estado na atividade econômica, deverá reduzir e limitar os gastos públicos; moderar nos benefícios concedidos aos ministros, funcionários e validos reais; extinguir monopólios, que impõem preços em detrimento do povo. Por outro lado, deverá lançar impostos sobre os artigos de luxo e equilibrar o orçamento, pois o descontrole nessa matéria – diz Mariana – gera mais impostos, emissão de moeda e aumento dos preços das mercadorias. Situação que hoje se denomina inflação, termo, à época, inexistente. Ele encerra o capítulo VIII, libro III, do *De Rege et Regis Institutione* com as seguintes palavras:

Concluiremos amonestando a los príncipes, que nunca alteren los primeros fundamentos del comercio como son los pesos, las medidas y la moneda, si quieren tener segura y tranquila la república; pues bajo la apariencia de una utilidad del momento, están escondidos el fraude y el engaño (2017a, p. 174).

Em razão das críticas que expressara em seus escritos políticos e sobre economia, contra ministros do rei da Espanha, logo após a publicação de *De monetae mutatione*, Mariana foi duramente atacado pelo Duque de Lerma¹⁴, protegido de Filipe III, que o acusou de vários crimes, entre os quais o de lesa-majestade. O próprio Mariana, no prólogo de seu livro *De monetae mutatione*, queixa-se da hostilidade que lhe é dirigida pelos poderosos do reino, ao afirmar que “*alguns me tendrán por atrevido, otros por inconsiderado*”. (2017b, p. 10). Em consequência, aos 73 anos, ele foi encarcerado pela Inquisição no Convento de São Francisco, em Madrid. Ficou detido por 18 meses. Não chegou a ser julgado, não se retratou e, para a época, surpreendentemente, não sofreu outras punições. Morreu em Toledo, aos 88 anos, em 1624.

Em suma,

¹⁴ Francisco Gómez de Sandoval-Rojas y Borja (1553- 1625).

os escolásticos espanhóis do Século de Ouro de Espanha foram capazes de articular o que depois constituiriam, entre outros, princípios de teoria econômica que hoje são defendidos pela Escola Austríaca de Economia: a teoria subjetiva do valor, apresentada por Diego de Covarrubias y Leyva; Luis Saravia de la Calle demonstrou a relação entre preços e custos; Luis de Molina apontou a rivalidade entre vendedores como essencial ao entendimento do conceito dinâmico de concorrência; Juan de Lugo e Juan de Salas, mostraram que a natureza dinâmica do mercado é obstáculo à possibilidade de se alcançar o modelo de equilíbrio; Luis de Molina e Juan de Lugo asseveraram que “os depósitos bancários são parte da oferta monetária”;¹⁵ as observações e conclusões sobre o excesso de moeda em circulação, elaboradas por Martin de Azpilcueta, Tomás Mercado e Juan de Mariana figuram entre os estudos teóricos pioneiros que se traduziram na Teoria Quantitativa da Moeda. (SOTO, 2010).

É interessante salientar que Martin de Azpilcueta Navarro, em 1556, foi o primeiro a teorizar sobre a questão segundo a qual o nível dos preços é estabelecido pela quantidade e velocidade de moeda em circulação, 12 anos antes de Jean Bodin referir-se ao assunto em seu texto *Réponses au Paradoxes de M. de Malestroit touchant le fait des monnaies et l'enrichissement de toutes choses*, de 1568. Considerando o exposto, vale registrar que, vez por outra, de forma equivocada, encontra-se em alguns autores, como em Jean-Marc Daniel (2013, p. 136), afirmação atribuindo a Jean Bodin a primazia na formulação da teoria quantitativa da moeda. “Además, el autor navarro desarrolla su primitiva teoría cuantitativa de una forma más completa que Bodin, empleándola como punto de partida para elaborar una teoría de paridad de poder adquisitivo del dinero en los cambios internacionales”. (GRICE-HUTCHINSON, 1989, p. 10).

4. PALAVRAS FINAIS

A contribuição dos escolásticos tardios para a teoria econômica moderna ficou praticamente ignorada até o século XIX, ocasião em que o fundador da Escola Austríaca de Economia, Carl Menger, iniciou o resgate da tradição subjetivista dos mestres de Salamanca. São vários os motivos que os levaram ao esquecimento. Os sucessos da Revolução Industrial, a projeção das obras dos grandes escritores anglo-saxões, a partir da fundação da Escola Clássica, além, evidentemente, da campanha de desmoralização da Espanha e de tudo que a ela dizia respeito pela chamada *Lenda Negra*, campanha

¹⁵ Para um melhor conhecimento sobre o pensamento da segunda escolástica sobre o sistema bancário, ver SOTO, 2012, p. 101-112 e 498-506.

difamatória que repercutiu na Europa e em outras partes do mundo, principalmente a partir da obra *Apologia*, de Guilherme de Orange, publicada, originalmente, em francês e imediatamente traduzida para o flamengo, inglês, latim e alemão. Guilherme acusa Filipe II de sanguinário, cruel e tirano, e descreve o povo espanhol como uma nação dominada por frades, pela Inquisição, fanatizada e responsável por matanças e massacres de índios na América. Este foi o ponto de partida, dizem os historiadores espanhóis, da *Lenda Negra* (*Leyenda Negra*) antiespanhola, que tanto crédito encontrou nos países anglo-saxões e que ainda não foi totalmente esquecida.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

AGUADÉ NIETO, Santiago. Humanismo y Orígenes del Estado Moderno. In: ÁNGEL, Vicente; PALENZUELA, Álvarez (Coords.). *Historia de España de la Edad Media*. Barcelona: Editorial Planeta, 2016.

AQUINO, Tomás. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. v. 3 (partes II-II, cap. 25, qu. 77, arts. 1-4 e qu. 78, arts. 1-3). Disponível em: <<https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/3.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BACKHOUSE, Roger E. *História da economia mundial*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BELL, John Fred. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

BERTRÁN, Lucas. *Estudo introdutório a De monetae mutatione*. Disponível em: <http://www.riosmauricio.com/wpcontent/uploads/2013/11/Mariana_Tratado-y-Discurso-sobre-la-Moneda-de-Vell%C3%B3n.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRAUDEL, Fernand. *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrânico*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1983. v. 1.

CÁRCEL, Ricardo García. La Significación de la dinastía de los Austrias. In: CARCEL, Ricardo García (Coord.). *Historia de España Siglos XVI y XVII*. Madrid: Cátedra, 2003.

BUENO, José Luis Cendejas. Justicia, mercado y precio en Francisco de Vitoria. *Revista Empresa y Humanismo*, v. 21, n. 1, p. 9-38, 2018. Disponível em: <<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/19738/24875>>. Acesso em 16 nov. 2018.

DANIEL, Jean-Marc. *8 Lições de História Económica*. Tradução de Jorge Costa. Coimbra: Conuntura Atual Editora, 2013.

FAZIO, Mariano. *El Siglo de Oro Español: De Garcilaso a Calderón*. Madrid: Ediciones Rialp, 2017.

GRICE-HUTCHINSON, Marjorie. El concepto de la escuela de salamanca: sus orígenes y su desarrollo. *Revista de Historia Económica*, Madri: Universidad Carlos III, ano 7, n. 2, 1989.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *As raízes escolásticas da Escola Austríaca e o problema com Adam Smith*, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=688>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

HUERTA DE SOTO, Jesús. Escolásticos: uma entrevista. *Austrian Economics Newsletter (Mises Institute)*. Publicada em português pela Revista Calibre, n. 15, mar. 2017. Disponível em: <<http://revistacalibre.blogspot.com.br/2017/03/escolasticos-uma-entrevista-com-jesus.html?view=timeslide>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Juan de Mariana: a influência dos escolásticos espanhóis*. 2008. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=83>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Moeda, Crédito Bancário e Ciclos Econômicos*. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: Edição do Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/moeda.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

IORIO, Ubiratan Jorge. *A importância dos pós-escolásticos para a Escola Austríaca*. 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1694#>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

MARIANA, Juan de. *Del Rey y de la Institución de la Dignidad Real*. Traducido de la segunda edición hecha en 1640. Madrid: Sociedad Tipográfica y Literaria, 1845. Edição fac-símile Lexington, KY USA, 2017a.

MARIANA, Juan. *De monetae mutatione. Tratado y Discurso sobre la Moneda de Vellón*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2017b. Pode ser também consultado na publicação do *Ministerio de Economía y Hacienda*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987. Disponível em: <http://www.riosmauricio.com/wp-content/uploads/2013/11/Mariana_Tratado-y-Discurso-sobre-la-Moneda-de-Vell%C3%B3n.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MERCADO, Thomas de. *Tratos y Contratos de Mercaderes y Tratantes discididos y determinados*. Facsímil de Salamanca: Mathias Gast, 1569. Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2010.

MERÊA, Paulo. *Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Doutrinas Políticas*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. High seas: Historical bases of the principle of freedom of navigation and its expression in US Convention on the Law of the Sea. In: CATILLO, Victor L. Gutiérrez; VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta (Coords.). *Latin America and the Law of the Sea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

NUSBAUM, Arthur. *História del Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947.

OLIVEIRA, Bernardo Jefferson de. *Francis Bacon e a Fundamentação da Ciência como Tecnologia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

PARADINAS FUENTES, Jesús L. *El pensamiento económico de la Escuela de Salamanca*. Disponível em: <http://www.fundacionorotava.org/media/web/files/page161__pensamiento-economico-escuela-salamanca_n8kbCeg.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

PEINADO, José Luís et alii. *Presentación a la obra de Tomás Mercado. Tratos y Contratos de Mercaderes y Tratantes discididos y determinados.* Facsímil de Salamanca: Mathias Gast, 1569. Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2010.

PÉRES, Joseph. Idade Moderna. In: VALDEÓN, Julio; PÉREZ, Joseph; JULIÁ, Santos. *História de Espanha*. Lisboa: Edições 70 /Almedina, 2016.

SARAVIA DE LA CALLE, Luis. *Instrucción de Mercaderes*. Introducción por Pablo Ruiz de Alda, 1949. Disponível em: <http://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=10077312>. Acesso em: 12 nov. 2018.

SCHUMPETER, JOSEPH A. *History of Economic Analysis*. Edited from Manuscript by Elizabeth Boody Schumpeter and with an Introduction by Mark Perlman. Abingdon: Routledge Publisher, 1954.

O QUE CONSTITUI O SUJEITO QUE ESTÁ EM TODA A PARTE? OU O PROBLEMA DA
IRREDUTIBILIDADE DA PLURALIDADE À UNIVERSALIDADE

*WHAT CONSTITUTES THE SUBJECT WHO IS EVERYWHERE? OR THE PROBLEM OF
THE IRREDUCIBILITY OF PLURALITY TO UNIVERSALITY*

Ricardo Nery Falbo;¹

Attila Ruschi Secchin.²

Resumo: Universal por estar no direito e particular por estar fora do direito, o “sujeito” objeto de referência neste trabalho é o “autista”. A escolha do direito determinou a escolha do sujeito. Esta escolha garantiu a definição do sistema social e do sistema jurídico. O sistema médico foi definido segundo o modo como os autistas se viam ou eram vistos no sistema social. O sistema de pensamento foi delimitado segundo tradições intelectuais que problematizam o “sujeito” de acordo com questões semelhantes àquelas formuladas pelos demais sistemas ou campos empíricos. Este esquema metodológico de investigação possui como objetivo reconhecer a existência de distintas perspectivas sob as quais o “sujeito” existe, se manifesta e é concebido por dentro dos sistemas e entre eles. Do ponto de visto teórico, o objetivo deste trabalho consiste em pensar *uma* hipótese teórica sobre o “sujeito do direito” com base no pressuposto segundo o qual o universal do direito não resulta da pluralidade do sujeito.

Palavras-chave: Sujeito. Teoria do sujeito. Ser autista.

Abstract: Universal because he is inside the law and particular because he is outside the law, the "subject" who is the object of reference in this work are the "autistic people". The specification of the law determines the definition of both the subject and the social system as well as the legal system. The medical system was defined according to the way the autistic people see themselves and are seen in the social system. The system of thought was delimited according to intellectual traditions that problematize the "subject" according to questions similar to those formulated by other systems or empirical fields. This methodological research scheme aims to recognize the existence of different perspectives under which the "subject" exists, is manifested and conceived within and between systems. From the theoretical point of view, the objective of this work is to think a theoretical hypothesis about the "subject in law" based on the assumption that the universal of the law does not result from the plurality of the subject.

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: neryfalbo@gmail.com ORCID: <https://orcidemorg/0000-0002-4954-4696>

² Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. LL.M. pela faculdade de Direito de Harvard. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: attila.secchin@gmail.com ORCID: <https://orcidemorg/0000-0002-9719-9890>

Keywords: Subject. Theory of the subject. To be autistic.

1. INTRODUÇÃO

“O direito ocidental é o lugar próprio (...) da emergência e da autoridade do sujeito, do conceito de sujeito. Se ele está mantido no direito, está por toda a parte. Como extirparíamos o sujeito do direito?” (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004, p. 74). Esta citação dos autores de *De que amanhã... diálogo* permite pensar o caráter universal do “sujeito” que está em toda a parte no mundo como referência à universalidade do direito ocidental. Como lugar privilegiado do direito universal, a lei é também o lugar comum do “sujeito”. Por outro lado, “mantido no direito”, o “sujeito” pode ser definido como categoria tanto “prática” (na sua “emergência” e “autoridade”) como teórica (na sua “conceituação”). Assim, o caráter universal da relação que articula estas duas dimensões permite pensar o “sujeito” sem predicado outro que não a própria universalidade. É o “sujeito-forma”. É o “sujeito-estrutura”.

No entanto, considerando que, “por toda a parte” em que se encontra, o “sujeito” existe determinado e se determina por significações distintas e diversas como função das formas particulares de interação com outros “sujeitos” que existem em outros “lugares” que não o próprio direito – ainda que com este possam estar em algum tipo de relação –, é possível, então, reconhecer que o sujeito passa a existir de forma qualificada. É o “sujeito-conteúdo”. É o “sujeito-contingência”.

Neste trabalho, a parte em que está o sujeito – universal ou particular - será denominada de “sistema” ou “campo”. Ela será abordada como expressão de “fenomenologias”, que, quanto a dimensões tanto práticas quanto teóricas, caracterizam-se não por “essencialidades” próprias, e sim por revelarem instâncias que são definidas por sistemas classificatórios particulares, ainda que elas se pensem e/ou se afirmem como sendo “universais” ou “universalisáveis”.

Universal por estar no direito – ainda que definido de forma particular – e particular por estar fora do direito – ainda que contemplado por vezes de forma universal –, o “sujeito” objeto de referência neste trabalho de caráter exploratório é o “sujeito autista”. Em razão da amplitude tanto do “sujeito no direito” como do “direito do sujeito”, a determinação “empírica” ou “prática” de ambos procura atender à necessidade de

identificar e escolher os “elementos” que possam expressar e garantir a discussão quanto a “o que” é o “direito” e quanto a “quem” é o “sujeito” referentemente às diversas “fenomenologias”. Assim, a escolha do direito determinou a escolha do sujeito. O direito escolhido representa a lei brasileira que consagra a “Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista”. Promulgada em 2012, a lei 12.764 consagra direitos que têm fundamento em outras normas e leis. Esta foi a razão de sua escolha.

Esta escolha garantiu a definição inicial de dois campos ou sistemas de investigação do “sujeito” em sua dimensão “prática” ou “empírica”. Primeiro: o sistema social, definido pelo campo das relações dos autistas. Segundo: o sistema jurídico, definido pelo campo das normas. O sistema médico, como campo “empírico” ou “prático” dos diagnósticos, foi assim definido segundo o modo como os autistas se viam ou eram vistos no sistema social. Definido pelo campo das definições de natureza “teórica”, o sistema de pensamento foi delimitado segundo tradições intelectuais que problematizam o “sujeito” de acordo com questões semelhantes àquelas formuladas pelos demais sistemas ou campos empíricos.

O campo social foi definido segundo a realização de entrevistas – diretas ou indiretas - com autistas e/ou com seus familiares; o campo jurídico, pelas regras em vigor no Brasil quanto à proteção dos direitos do autista enquanto pessoa. O sistema médico foi definido segundo a evolução histórica do critério definidor do conceito de “autista”; o sistema de pensamento, pela diversidade de perspectivas, interesses e objetivos de seus autores quanto ao tema “sujeito”. Este plano de investigação possui como objetivo, através da comparação entre os diversos sistemas, reconhecer não o caráter tópico da linguagem “sujeito” nestes sistemas, e sim a existência de perspectivas ou pontos de vista específicos e diversos sob os quais o “sujeito” existe, se manifesta e é concebido por dentro dos sistemas e entre eles.

Do ponto de vista metodológico, o modo de proceder neste trabalho, segundo descrições e explicações da categoria “sujeito” quanto à universalidade que iguala desiguais e quanto à particularidade que desiguala iguais, possui como principal objetivo questionar a determinação recíproca e mútua entre os diversos sistemas de investigação, bem como a existência de meta-interpretação ou meta-conceito capaz de instaurar definição universal de “sujeito” capaz de entrar e sair dos diversos campos com sua “identidade” imaculada. Com base na construção de generalizações específicas, os diversos sistemas procedem até

mesmo como se eles ou se anulassem de forma recíproca ou se compatibilizassem de forma geral. Do ponto de vista epistemológico, essa problemática desautoriza seja a relação entre as categorias práticas e teóricas para pensar o “sujeito” definido como “relação de subsunção”.

Este questionário teórico-metodológico quanto à abordagem das diversas “fenomenologias” referidas ao “sujeito” constitui condição fundamental de formulação de problema de pesquisa e de definição de *uma* “teoria do sujeito” no Direito. Este é o objetivo de natureza substantiva ou teórica deste trabalho: pensar *uma* hipótese teórica sobre o “sujeito do direito” com base no pressuposto segundo o qual o universal do direito não resulta da pluralidade do sujeito.

2. IDENTIDADE, SUJEITO E SISTEMA SOCIAL

“A gente precisa adivinhar muita coisa. Demorei muito a entender o que era, porque ele não conseguia me explicar. Tivemos que fazer uma microcirurgia no dente, com anestesia geral.”³ Este é o relato da mãe de Joab, de 22 anos de idade, que narra as dificuldades de conviver com um filho autista que não fala, que sente dor, que não consegue explicar sua dor, que é completamente sedado e que sofre intervenção cirúrgica para que seja eliminada a causa de sua dor. O convívio com um autista sem funcionamento verbal, mesmo para um parente imediato, define o problema do tempo quanto ao diagnóstico de um problema de saúde. Eis aqui um sujeito que não fala e que depende da fala de outro sujeito para que seus problemas sejam conhecidos e tratados.

No entanto, enquanto sujeito que fala e que possui qualidades do sujeito de ação, o autista revela problemas de outra ordem.

Aí, uma vez ele, ele começou a comprar uma van. Aí virou pra mim e falou assim: “mamãe, me dá seu cartão de crédito”. Eu falei: “oi?! Você quer meu cartão de crédito porque João?” “Não, mamãe, é pra eu fechar uma compra”. Quando eu fui ver, ele tava comprando uma van. Aí eu falei: “rapaz!”. E se ele pega meu cartão de crédito, ele decora o número, nunca mais esquece. Se ele faz uma vez, ele sabe o meu CPF, sabe o CPF dele. Ele decora tudo: endereço, CEP, tudo.⁴

³ BANDEIRA, Gabriela. *Autismo não verbal: mães explicam como é comunicação com filhos adultos*. Disponível em: <<http://www.portalsingularidades.com.br/2018/02/22/autismo-nao-verbal/>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

⁴ As falas sobre “João” e “Leonardo” foram extraídas de entrevistas realizadas em pesquisa empírica pelos autores durante a pós-graduação (mestrado) de Attila Secchin, orientado por Ricardo Nery Falbo. SECCHIN,

Neste relato, João⁵, de 16 anos de idade - com autismo de maior funcionamento verbal – revela possuir algum grau de consciência e de vontade, algum nível de memória e de conhecimento do mundo. Ele tem acesso ao computador da família e capacidade de usar a *internet*. Ele quer realizar uma relação de compra e venda *on line*. Ele sabe onde e como efetuar esta operação. Ele sabe que precisa de um meio de pagamento que ele não possui e sabe a quem recorrer para obtê-lo. O temor da mãe revela a capacidade do filho. João é capaz de memorizar todos os dados necessários para efetuar compras pela *internet*. Afinal, uma compra realizada importaria a realização de outras compras, passadas ou futuras. Assim, enquanto sujeito que fala e que age, João depende da vigilância e do controle a serem exercidos por outros sujeitos.

“Queria falar com o senhor João”. Aí eu falei: “olha só”. Aí eu já comecei: “ai meu Deus, porque que ele (...) se cadastrou num site de imóveis?”. Colocou o tipo de imóvel que ele queria, quantos metros quadrados, quantos quartos, quantos tudo. A localização, mais ou menos e tal. A corretora me liga: “não, sabe o que que é, porque o senhor João ligou, cadastrou e tal, e não sei o quê”. Aí eu expliquei a situação pra ela. “Ah, tá, mas, e agora, como que eu fico?” Aí eu falei: “não sei, minha filha”.

Este relato confirma a capacidade que possui João de comunicar-se e agir em relação a terceiros e o temor de sua mãe quanto às consequências possíveis das ações de seu filho, que, num primeiro momento, é levado a sério por seu interlocutor. João já havia iniciado o processo de compra e venda de um imóvel. Uma vez esclarecida pela mãe a situação real de João junto à corretora, a compra e venda não foi realizada.

Eu acho também que tá faltando muito dos pais que têm filho, independente de ser deficiente ou não, (...) saber ensinar respeitar o direito das outras pessoas. Porque tem gente que chama de retardado, de doido. E não foi por pais. Foi pelos próprios filhos. (...) raramente chegou alguma mãe que o filho fez isso e pediu desculpa. Ou tentou ensinar pro filho que era pra fazer diferente. Hoje, a pessoa fala “é doido”, as pessoas acham graça. (...) normalmente, o autista é chamado disso, de doido, retardado.

Attila Ruschi. . *Pessoa com autismo e direito brasileiro: uma contradição com síntese?* 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito)–Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

⁵ “João”, “Priscila” e “Leonardo” são nomes fictícios, usados para preservar a identidade das pessoas entrevistadas.

De acordo com este relato, o outro com quem o autista se relaciona adota comportamento considerado desrespeitoso por sua mãe. Afinal, o autista é desqualificado como sendo “normal” e definido por seus colegas como sendo “retardado” em razão de sua diferença de comportamento na escola. A mãe do autista identificado como sendo “doido” reconhece que o desrespeito para com o seu filho decorre da falta de educação dos pais que negligenciam simplesmente a lição segundo a qual o “outro” - enquanto pessoa - possui direitos. Assim, a violação do direito da pessoa está associada à identidade que é atribuída à pessoa, isto é, à negação do “outro” como pessoa.

Eu sempre (...) ando com o Leonardo (...) com a blusa dizendo que ele é autista, porque eu acho que isso protege ele. Por mais que rotule, eu acho que protege mais. Porque quando (...) [eu ando com] ele vestido normalzinho, (...) e ele [começa a] gritar (...) e ficar correndo, rindo, (...) [isto] pra ele é maravilhoso. E [se] as pessoas olharem com cara feia. Aí você (...) vira. Muda. Bota blusa [onde está] escrito; “sou autista”. A cara das pessoas muda na hora. Sabe. Fica, ahh tadinho. (...) Tadinho?! Mas pelo menos te respeita em relação às suas necessidades, a necessidade dele. Não a minha necessidade. A mesma coisa [ocorre quando] você para numa vaga especial (...), o que (...) esse moleque tem? Esse moleque não tem nada, ele corre, ele anda. Eles acham que necessidade é só física.

Este relato da mãe de Leonardo revela circunstância ou situação em que o autista pode ser considerado como adolescente igual a outro adolescente por sua condição física ou por sua vestimenta. A igualdade determinaria que a criança autista pudesse, por terceiros, ser chamada de “moleque” ou ser considerada como sendo “normal”, como qualquer outra criança. O relato da mãe de Leonardo deixa ainda claro que o autista é visto como um problema quando a “molequice” e a “normalidade” que ele encarna deixam de corresponder ao padrão de comportamento esperado pelo “outro”. Esta é a hipótese segundo a qual a igualdade, em cedendo lugar à diferença de comportamento, implica a distinção entre criança autista e criança normal. Ela instaura ainda a desigualdade quanto ao direito de o autista estar ou permanecer em determinados lugares.

Para a mãe de Leonardo, o direito de seu filho estar num determinado lugar e de nele adotar determinado comportamento está associado ao respeito quanto às necessidades de seu filho. Para ela, a condição de realização da relação que articula o de direito um e o respeito pelo outro supõe a identidade de Leonardo como sendo autista. Ao definir “identidade” como sendo a afirmação de um “rótulo”, a mãe de Leonardo comprehende a identidade do filho como sendo a “etiqueta” que é atribuída ao rotulado por aquele que

rotula. A natureza da relação entre aquele que recebe o rótulo e aquele que atribui o rótulo supõe padrão de avaliação e relação de poder que explica que a própria mãe possa vestir o filho com os seguintes dizeres: “sou autista”. Se, de um lado, a condição verbal e visualmente afirmada do ser autista expressa a diferença que, aos olhos de terceiros, faz com que ele seja visto ou tratado como um “coitado”, por outro lado, ela produz o reconhecimento das necessidades do autista quanto a seu comportamento. Neste sentido, o relato da mãe de Leonardo encerra a ambiguidade ou a contradição de todo direito que possui seu fundamento em diferença social e negativamente discriminada. Daí o fato de ela reconhecer que a identidade e o direito do filho envolvem ao mesmo tempo “proteção” e “desproteção”.

[Quando] eu vejo os autistas mais severos (...), eu não sei o que passa na cabeça deles, (...) mas também têm os autistas com grau mais leve, (...) [mas] que eu (...) não sei o que (...) passa na cabeça [deles]. Talvez eles possam ter futuros, pensando em futuros, pensando no que (...) eles querem fazer, eu sinceramente, particularmente, não sei.⁶

Para além da questão do direito que interpela o relato da mãe de Leonardo quanto à identidade particular de autista de seu filho, a fala de Nicolas, de 16 anos de idade, remete o tema da identidade do autista não à distinção de qualidade entre “quem é” e “quem não é” autista, e sim à distinção de grau entre “autistas severos” e “autistas leves”. A diferenciação interna quanto à identidade do “autista” que aparece na fala de Nicolas está na base da problematização da própria categoria que é o autismo enquanto condição definida segundo conceito universal.

Ao se identificar como autista, Nicolas identifica tipos distintos de autistas que sustentam sua identidade específica quanto a alguém que pode ter futuro, pensar em seu futuro e ter vontade para querer agir. No entanto, como autista, Nicolas reconhece não poder ocupar o lugar de outro autista para falar em seu nome e saber o que ele pensa.

Apesar de afirmar “eu amo ser autista”⁷ e de não imaginar que o autismo como doença devesse ser curado quanto a tudo aquilo que o caracteriza e o define, Nicolas revela consciência acerca daquilo que o incomoda na sua realidade de autista:

⁶ ALYSSON MUOTRI CONVERSA COM O JOVEM AUTISTA NICOLAS BRITO SALES. *G1*, 29 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/v/alysson-muotri-conversa-com-o-jovem-autista-nicolas-brito-sales/4573372/>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

⁷ *Ibidem*.

Só que se fosse uma pílula, para que pelo menos curasse não tudo do autismo, mas a parte dele que, por exemplo, eu tenho, a estereotipia. Se eu não gostasse da estereotipia, eu gostaria que só tirasse a estereotipia. Se eu tenho o sotaque pausado, eu quero tirar o sotaque pausado, mais nada (...).⁸

Perguntado sobre a razão da existência dos autistas no mundo, Nicolas como que afirma que a humanidade é constituída de pluralidades distintas e diversas de seres humanos e que os autistas, fazendo parte desta humanidade, comumente vítimas do preconceito alheio, reúnem as mesmas condições que qualquer outro ser humano para estabelecer relações familiares e entre amigos: “Eles estão para mostrar que eles não são nenhum monstro, nenhum retardado. Eles têm a condição de viver nesse planeta e que eles têm condição de também ter uma família, amigos e não podem também ser tratados como lixo, como as pessoas preconceituosas fazem.”⁹

Esta é a fala direta de um autista com seu interlocutor sobre autistas. Nicolas se comunica oralmente por si só, mas nem sempre foi assim. “[Antes de eu me comunicar pela fala], eu só mexia a cabeça. E já era suficiente”.¹⁰ No contexto dos relatos de Nicolas, a comunicação – ainda que apenas gestual – é condição suficiente – e assim necessária – para que o autista exista e seja reconhecido como ser humano. Esta relação que articula “comunicação” e “pessoa humana” – ou a definição do sujeito pela comunicação – é afirmada de forma expressa – e às avessas – na seguinte fala de Susan Rubin, de 26 anos: “Quando eu não era capaz de me comunicar, na verdade, eu era uma não-pessoa”.¹¹ Assim como Nicolas, nem sempre Susan pôde comunicar-se.

Eu, certamente, comprehendo porque assumiram que eu era retardada. Todos os meus movimentos muito esquisitos e todos os meus sons sem sentido me faziam parecer retardada. Talvez eu fosse. Vozes flutuavam sobre mim, eu ouvia sons, e não palavras. Isto foi assim até eu ter um sistema de comunicação que me permitiu comunicar a partir dos sons. Quando eu comecei a digitar, a minha mente começou a acordar.¹²

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ ALYSSON MUOTRI CONVERSA COM O JOVEM AUTISTA NICOLAS BRITO SALES. *G1*, 29 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/v/alysson-muotri-conversa-com-o-jovem-autista-nicolas-brito-sales/4573372/>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

¹¹ AUTISM Is a World. Direção: Gerardine Wurzburg. Produção: Gerardine Wurzburg. Estados Unidos das Américas, 2004.

¹² *Ibidem*.

Nesta sua afirmação, Susan revela a distinção de dois momentos em sua vida referidos a dimensões de sua identidade que expressam a oposição entre “pessoa” e “não-pessoa” segundo o critério “comunicação”. Quando não se comunicava, Susan era considerada como sendo “retardada”.¹³ A comunicação como fato mediatizado pelo uso de aparelho é considerada por Susan como condição do despertar de sua consciência e de sua emergência como pessoa humana. Daí Susan não se surpreender com o fato – que ela não qualifica como sendo expressão de preconceito – de parecer ser “retardada” por não se comunicar com as demais pessoas e como as demais pessoas.

Por outro lado, a despeito da ausência da capacidade de comunicação, o “retardamento” pode ser associado à presença daquilo que nem mesmo o autista é capaz de explicar de forma satisfatória: “Eu contribuo conscientemente para a minha aparência retardada ao carregar para todos os lados uma colher de plástico. Mas colheres são o meu conforto. Eu não consigo explicar como ou porque eu preciso delas, eu simplesmente preciso delas.”¹⁴

A despeito da consciência de sua trajetória e da capacidade de falar de sua identidade de autista segundo a ideia de que “comunicação” define “pessoa”, Susan não deixa de reconhecer que o autista – ainda que considerado como pessoa pode ser definido também – e ao mesmo tempo – segundo o critério de normalidade: “Eu amo ir para a pista de corrida [de cavalos], pois é um lugar onde eu posso me misturar com a multidão e parecer normal. Todo mundo está olhando para os cavalos, e não para mim.”¹⁵ No entanto, a normalidade – como desejo, necessidade ou sentimento de Susan – importa a invisibilidade do autista. Na multidão, Susan desaparece como autista, mas não apenas ela. Na multidão, todas as demais pessoas também desaparecem, segundo o entendimento de Susan. Para ela, a normalidade está associada ao desaparecimento que invisibiliza e iguala as pessoas ao mesmo tempo. Afinal, “todo o mundo está olhando para os cavalos”.¹⁶ Para ela, o oposto da multidão pode ser a sala de aula: “O autismo é uma luta constante. Ele toma cada gota de energia que eu tenho para sentar um tanto quieta durante uma aula de duas horas.”¹⁷ A oposição entre o prazer de parecer normal na multidão que se encontra

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ AUTISM Is a World. Direção: Gerardine Wurzburg. Produção: Gerardine Wurzburg. Estados Unidos das Américas, 2004.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

nos espaços abertos de uma corrida de cavalos e o desprazer pelo dispêndio real de energia para manter-se calma nos limites de uma sala de aula durante um certo tempo expressa tanto os espaços de socialização e convivência de Susan como os elementos que compõem e definem sua identidade.

Apesar do autoreconhecimento como sendo “não-pessoa” em seu passado, pela incapacidade de comunicação – e de até mesmo compreender possa ainda ser considerada como sendo “retardada”, a despeito de sua capacidade de comunicar-se –, Susan afirma que há elementos da identidade do autista que não são conhecidos em razão da ausência de comunicação adequada: “Odeio muito o fato de que pessoas não-verbais com autismo não tenham oportunidade de mostrar a sua inteligência.”¹⁸ Assim, para Susan, a inteligência, comunicada ou não, também define o autista. O sentimento de ódio que Susan expressa talvez possa ser explicado pelo fato de que a inteligência não comunicada – e assim ignorada – possa contribuir para que o autista permaneça aprisionado à incapacidade de comunicação daquilo que é próprio do ser humano e que assim seja definido ou percebido como sendo “não-pessoa”.

A passagem da condição de “não-pessoa” para a de “pessoa”, como expressão da superação da incapacidade absoluta de comunicação - e assim da afirmação da liberdade que define o ser humano –, parece não ser idealizada por Susan enquanto processo ou fato que corresponda à realidade de fato dos autistas: “Por mais independente que eu possa ter me tornado, o fato triste é que eu sempre precisarei de outros para me comunicar. E emoções são as mais difíceis de falar a respeito.”¹⁹

Assim, livre e independente porque capaz de afirmar sua inteligência, Susan considera-se presa e dependente de terceiros porque incapaz de falar sobre suas emoções. No entanto, essa dependência diz respeito também à vida no seu quotidiano rotineiro: “Eu preciso de uma ajudante comigo 24 horas por dia para me ajudar com a vida no dia-a-dia. Limpar a casa, fazer compras, estudar e visitar a família. (...) O fato é que eu preciso de ajuda durante 24 horas. Eu não conseguaria ligar para o 911 se eu estivesse em apuros.”²⁰ Embora afirme positivamente estar incluída social e intelectualmente, cultural e pessoalmente, e reconheça a excelência de sua família e da escola no seu processo de

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ AUTISM Is a World. Direção: Gerardine Wurzburg. Produção: Gerardine Wurzburg. Estados Unidos das Américas, 2004.

²⁰ *Ibidem*.

interação com o mundo a seu redor, Susan revela visão negativa acerca da relação que articula “autismo” e “autista”: “Nunca se estará livre do autismo. As tendências de ser e de agir de certas formas diminuem, mas eu sempre serei autista.”²¹ Para Susan, é como se o autismo aprisionasse o autista em sua identidade, é como se o autista não pudesse liberta-se do autismo que o constitui.

3. SISTEMATIZAÇÃO DOS RELATOS, CRÍTICA DA REALIDADE E PERSPECTIVAÇÃO TEÓRICA

Os relatos acima constituem narrativas de processos de interação e comunicação do autista com o mundo ao seu redor.

Eles são produzidos de forma direta na situação em que o autista domina o sistema de comunicação e é capaz de falar com seu interlocutor ou de escrever sobre si próprio para ser lido por quem nem mesmo conhece. Esta é também a hipótese em que o autista revela possuir consciência e vontade, pensamento e sentimento, conhecimento e necessidade, inteligência e emoção, razão e desejo, que podem operar como fatores capazes de explicar suas ações e condutas.

Do contrário, a incapacidade de comunicação verbal determina a produção de relatos indiretos. Alguém fala em nome do autista e age em seu lugar. Esta situação não define quanto a este tipo de autista a ausência comprovada dos elementos ou propriedades que caracterizam o autista que se comunica, mas produz problemas ou dificuldades quanto à sua representação.

Os processos de interação e comunicação com o mundo são a expressão das experiências concretas que vivenciam os autistas em suas relações – frequentemente problemáticas – com outras pessoas nas esferas tanto pública quanto privada da vida social.

Na escola, e longe da família, o autista pode sentir medo e ser tratado como “retardado” por seus colegas em razão de seu comportamento. No mercado, ele pode ser levado a sério pelo interlocutor que não o vê, comprar de forma indireta e ter sua compra anulada com a intervenção direta de sua família, que o vigia e o controla. No hospital, e com a presença da família que o acompanha, ele recebe tratamento e cuidados especiais em razão de suas necessidades, principalmente na hipótese em que ele é incapaz de comunicar-

²¹ *Ibidem.*

se e depende de terceiros para fazer-se representar. Na família, ele é educado e apoiado para viver no mundo e assistido quanto às suas necessidades, materiais ou psicológicas. No clube, ele pode ser tratado como igual a todo o mundo e sentir-se assim como sendo “normal” na medida em que sua diferença permanece desconhecida. Na rua, em razão de sua aparência física, que iguala o autista a qualquer outra pessoa, ele pode ser considerado como sendo normal até o momento em que a diferença quanto ao seu comportamento implique seja ele discriminado e tratado com desrespeito, e a intervenção e a proteção da família se fazem necessárias.

Associada à negação da condição de pessoa e a sinal de desrespeito, a identificação social do autista como “retardado” mental produz como consequência a negação do direito de ele permanecer em seus próprios espaços de interação com o mundo.

Se, quanto ao critério de diferenciação natural por idade, o autista é criança, adolescente ou adulto, ele pode também ser distinguido como sendo “autista severo” ou “autista leve”, segundo sua capacidade de maior ou menor comunicação verbal.

Por outro lado, as experiências de vida do autista relativizam o caráter mecânico e estático das classificações que não levam em conta a história particular dos autistas. Os autistas revelam formas de comunicação, tipos de comportamento e níveis de liberdade que variam ao longo de suas vidas e que não são necessários, próprios e exclusivos dos autistas. Daí eles se verem ou serem vistos como sendo normais ou anormais, saudáveis ou doentes, iguais ou diferentes, autônomos ou dependentes, pessoas ou não-pessoas, feliz ou infeliz em situações e momentos específicos quanto a seus espaços de socialização e convivência. Daí o próprio autista que avalia o que é mudança e o que é continuidade em sua vida através de sua história.

A “realidade” dos autistas através dos relatos traz não apenas a crítica a uma suposta “identidade” propriamente “autista” ou do “autista”, mas principalmente à concepção de sujeito ou ser humano que não considera a diversidade de formas e a pluralidade de modos que definem a condição que constitui a pessoa humana no mundo de suas interações e comunicações. A descrição do mundo das interações e comunicações reais dos autistas através de narrativas individualizadas garante perspectivação teórica do sujeito ou do ser humano com base não na abstração, e sim na afirmação da complexidade que caracteriza a organização pessoal não apenas dos autistas, mas como de qualquer outra

pessoa, como resultante das formas, dos modos e dos limites de suas interações com o mundo.

Assim, constituído por processos complexos de “identificação” segundo vivências e experiências múltiplas e diversas, o mundo dos autistas questiona “identidade” e “sujeito” enquanto categorias tanto práticas quanto teóricas que “aprisionam” e “libertam” o ser humano segundo variáveis tão distintas quanto diversas. Se esta é a condição fundamental de uma “teoria geral do sujeito”, ela vem expressa na linguagem da “normalidade” usada no mundo dos autistas e associada aos sistemas médico, jurídico e social.

4. IDENTIDADE, SUJEITO E SISTEMA MÉDICO

Não existe exame de sangue ou de imagem que identifique o autismo.²² O diagnóstico passa a ser possível a partir dos 9 meses²³ de idade. A Academia Americana de Pediatria recomenda a observação da criança a cada checkup.²⁴ A precisão e a precocidade do diagnóstico variam e dependem do profissional médico.

A condição de autista pertence ao campo das “desordens mentais”. A abrangência de sua definição varia. Ela é descrita segundo os sistemas classificatórios mais adotados no mundo: o DSM-5 (“The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders”²⁵) e o CID-10²⁶ (“International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems”²⁷). O primeiro é mais restrito que o segundo, uma vez que se limita à descrição de transtornos mentais. Ainda que o segundo seja o “padrão internacional”, publicado pela Organização

²² Extensos debates sobre as possíveis causas do autismo são travados desde sua identificação e popularização. Vacinas, glifosato e outros já foram acusados de desencadearem a condição. Muitos pesquisadores da área, entretanto, argumentam não haver uma única causa. Ver HAPPÉ F.; RONALD, A.; PLOMIN, R.. Time to give up on a single explanation for autism. *Nature Neuroscience*, v. 9, n. 10, p. 1218–20, 2006.

²³ Pode-se considerar um avanço contemporâneo a precocidade do diagnóstico. Entretanto, ainda se realizam diagnósticos muito tardios no Brasil, o que tem levado até os primeiros anos da infância para que os pais percebam a condição em seus filhos. Ver <<https://drauziovarella.uol.com.br/geral/diagnostico-de-autismo-demora-muito-no-brasil/>>.

²⁴ COMMITTEE ON CHILDREN WITH DISABILITIES. *Developmental surveillance and screening of infants and young children*. Disponível em: <<http://pediatrics.aappublications.org/content/108/1/192.full>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

²⁵ Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais.

²⁶ O autismo é descrito no CID-10 no grupo dos “Transtornos globais do desenvolvimento” (F84). Seus subtipos são: “Autismo infantil” (F84.0), “Autismo atípico” (F84.1), “Síndrome de Rett” (F84.2), “Outro transtorno desintegrativo da infância” (F84.3), “Transtorno com hipercinesia associada a retardamento mental e a movimentos estereotipados” (F84.4), “Síndrome de Asperger” (F84.5), “Outros transtornos globais do desenvolvimento” (F84.8) e “Transtornos globais não especificados do desenvolvimento” (F84.9).

²⁷ Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde.

Mundial de Saúde (OMS) – e seja adotado pelo Brasil²⁸ –, é o DSM, editado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), que é amplamente adotado. Ele influencia a clínica psiquiátrica e a indústria farmacêutica fora e dentro dos Estados Unidos.

Descrito pela primeira vez por Leo Kanner, em 1943, o autismo foi compreendido, em seu início, como forma de esquizofrenia infantil. (KANNER, 1943) Esta leitura perdurou até a década de 1980, com a edição do DSM-III. A terceira edição do “Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais” retirou a definição do autismo dos quadros da esquizofrenia e adotou a descrição que desde então tem sido usada: o autismo como desordem do desenvolvimento neurológico. Em suas subsequentes alterações, que culminaram na publicação do mais recente DSM-5, em 2013, identifica-se um “movimento” de maior flexibilidade e expansão de diagnóstico. “Esta tendência refletiu uma convicção crescente na comunidade de pesquisadores de que o autismo representava um espectro com graus variados de indiferença e de habilidade cognitiva.” (BAKER, 2013, p. 1089, tradução nossa)

Adicionadas pela 4^a edição do DSM, a síndrome de Asperger²⁹ e o Transtorno Global do Desenvolvimento sem Outra Especificação (“PDD-NOS”,³⁰ em inglês) vieram a ser eliminadas enquanto categorias autônomas (subtipos do autismo) pelo DSM-5. Assim, todos os subtipos³¹ passaram a fazer parte de um “espectro” amplo na mais recente descrição da APA.³² Com isto, nota-se uma tendência histórica de ampliação do significante “autismo”, que passou a ser considerado como termo “guarda-chuva, abrangendo um intervalo enorme de pacientes, variando amplamente em habilidades cognitivas e sociais, bem como condições genéticas ou neurológicas associadas.” (BAKER, 2013, p. 1090, tradução nossa)

As transformações constantes no DSM-5 representam, segundo Jeffrey P. Baker, “um esforço para demarcar o espectro autista.” (*ibid*, loc. cit., tradução nossa) É notável a

²⁸ A portaria GM/MS número 1.832/94, publicada no DO número 218, de 03 de novembro de 1994, definiu a utilização do CID-10 no País, que passou a vigorar em 1996.

²⁹ Síndrome descrita pelo CID-10. Ela integrava o DSM-4 até a edição do DSM-5. Configura condição menos severa de autismo, na qual faculdades cognitivas, linguísticas e sociais são menos acometidas.

³⁰ “Pervasive Developmental Disorder-Not Otherwise Specified”.

³¹ Além da síndrome de Asperger e a PDD-NOS, também faziam parte do DSM-4 o Transtorno de Rett, o Transtorno Autista e o Transtorno Desintegrativo da Infância.

³² Ambas as categorias foram mantidas no CID-10, bem como outros subtipos de autismo. A especial atenção ao DSM neste artigo, ainda que não seja o sistema adotado pelo Brasil, se justifica pela sua forte presença na clínica psiquiátrica (mesmo no Brasil) e pelo movimento adotado pela sua 5^a versão, que tende a unificar e ampliar o significante.

evolução enquanto sucessão de mudanças político-epistemológica que ocorrem no campo da psiquiatria. Disputas e debates sobre como definir e como construir identidade e critérios de diagnóstico não são uníssonos e não dependem de uma “ciência dura” que lhes fundamentem.³³ Assim, é problemática toda concepção de aferição médica que prescinda do elo político de construção do conhecimento e da identidade.

A tendência à ampliação inclusiva do diagnóstico do autismo pode significar, também, a ampliação do alcance de leis que beneficiem aqueles que se encontram no espectro. “Ao invés de argumentar sobre a verdadeira definição de autismo, pode ser mais útil questionar qual definição é apropriada para a tarefa em mãos.” (ibidem, p. 1091, tradução nossa)

5. IDENTIDADE, SUJEITO E SISTEMA JURÍDICO

Três vias jurídicas definem a pessoa com autismo no direito brasileiro: a via da capacidade civil, a via dos diplomas genéricos e a via dos diplomas específicos.

Com espectro que abrange pessoas com maior ou menor grau de “performance” social, linguística e cognitiva, os institutos que relativizam a capacidade civil devem ser analisados pontualmente, em cada caso específico. Afinal, não é possível a inferência de qualquer forma de relativização da capacidade civil simplesmente pelo diagnóstico de autismo. A condição *per se* de autista não relativiza a capacidade da pessoa autista. Deste modo, a pessoa com autismo é presumida capaz por imperativo do artigo 1º do Código Civil, desde que maior de 18 anos³⁴. Por outro lado, ela pode ser considerada relativa ou absolutamente incapaz, caso haja enquadramento em uma das hipóteses dos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ebrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

³³ “A nova definição irá, indubitavelmente, gerar controvérsia, com vários defensores contestando a ‘real’ definição do autismo.” (BAKER, 2013, p. 1089, tradução nossa)

³⁴ “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

A sistemática da capacidade civil foi recentemente alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Ele aboliu a incapacidade absoluta de pessoas maiores de 16 anos e manteve a relativa capacidade somente em casos de “ébrios habituais e viciados em tóxico”, “pródigos” ou daqueles que “[...] não puderem exprimir sua vontade”. Desse modo, a pessoa adulta (maior de 18 anos) com autismo terá a sua capacidade relativizada somente se não puder exprimir a sua vontade (ou for ébria habitual, viciada em tóxico ou prodiga). Trata-se de evolução normativa, no sentido de melhoria e avanço, que tende a diminuir a restrição de direitos das pessoas que se encontram no espectro.

De forma específica, a lei 12.764/2012 instituiu a “Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista”. Este é o mais importante diploma legal brasileiro que versa sobre direitos da pessoa com autismo.³⁵ Ainda que reforce uma série de direitos com fundamento em outras normas (e até mesmo da Constituição), a lei Berenice Piana³⁶ apazigua discussões antigas com o segundo parágrafo de seu primeiro artigo: “§ 2º- A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.” Este parágrafo relaciona toda pessoa que se encontre no espectro autista com as leis voltadas para a pessoa com deficiência. O direito brasileiro define, portanto, a pessoa com autismo como pessoa com deficiência para todos os fins legais.

6. PARA PENSAR “SUJEITO”, “PESSOA” E “INDIVÍDUO” (1)³⁷

“No sistema [social] brasileiro, é básica a distinção entre *o indivíduo* e *a pessoa* como duas formas de conceber o universo social e de nele agir” (DAMATTA, 1990, p. 178-179). Para o autor de *Carnavais, Malandros e Heróis*, preocupado com a definição da identidade social do brasileiro, o indivíduo e a pessoa correspondem a diferentes níveis de operação do sistema social. O primeiro atua por meio de leis globais, no contexto de situações impessoais, universalizantes e igualitárias; o segundo, por meio de

³⁵ Existem outros diplomas legais que versam especificamente sobre direitos de pessoas com autismo, como a lei 8.989/1995, que prevê isenções de imposto para pessoas com autismo e isenções para pessoas com “deficiência física visual, mental severa ou profunda”.

³⁶ Um dos nomes que se dá à Lei 12.764/2012, em referência a Berenice Piana, co-autora da lei e militante pelos direitos da pessoa com autismo.

³⁷ Com algumas modificações substantivas, este item faz parte do capítulo “O problema da definição do conceito ‘sujeito’, publicado no livro *Epistemologias Críticas*, em 2016, pela Editora Lumen Juris.

particularizações, no contexto de situações pessoais, concretas e diferenciadoras. O indivíduo é considerado como sendo livre e igual a todos, como tendo escolhas e fazendo as regras; a pessoa, como sendo presa à totalidade social e complementar aos outros, como não tendo escolhas e recebendo as regras.

A utilidade do método dicotômico quanto à possibilidade de efetivação da dialética entre indivíduo e pessoa garante a produção de uma sociologia do dilema brasileiro nos seguintes termos: “o estudo sociológico do ‘Você sabe com quem está falando?’ permite apresentar e retomar uma série de problemas básicos no estudo de uma sociedade como a brasileira, deitada por assim dizer em berço esplêndido das leis universalizantes, mas tendo no meio do corpo um forte esqueleto hierárquico” (DAMATTA, 1990, p. 202).

A preocupação com a identificação dos sujeitos caracteriza também o pensamento do autor de *Quando Novos Personagens Entram em Cena*:

Tanto tenho usado a noção de sujeito para nomear os movimentos sociais que já não posso me furtar a uma discussão sobre o significado de tal conceito. Poucas noções são tão ambíguas, carregadas de sutilezas e mal-entendidos como essa. Se num enunciado ela pressupõe a soberania do ator, num outro pressupõe sua sujeição. (SADER, 1988, p. 50)

O sujeito que define os movimentos sociais que interessam ao autor são os personagens que vivem as experiências da condição proletária na Grande São Paulo entre os anos de 1970 e 1980. “Quando uso a noção de sujeito coletivo é no sentido de uma coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas através das quais seus membros pretendem defender seus interesses e expressar suas vontades, constituindo-se nessas lutas” (*ibidem*, p. 55).

A preocupação teórica de Sader com a definição do conceito “sujeito” em sua relação com as experiências e lutas dos trabalhadores conduz o autor à adoção de perspectiva e prática metodológicas fundamentadas na teoria e na prática da Análise de Discurso. “Os diversos discursos que lemos ou escutamos numa sociedade num dado período (...) podem ser remetidos a matrizes discursivas que compõem, nessa sociedade e nesse tempo, um modo – e suas variações – de nomear seus problemas, objetivos, valores” (*ibidem*, p. 59). Faz parte deste rol de nomeação, de interesse tanto para o autor como para os “personagens” de sua investigação, a constituição da identidade dos sujeitos. Assim, os

discursos desempenham o papel de constituição dos sujeitos no mundo tanto da vida como da teoria.

“A direção consciente pelos próprios homens de suas vidas” (CASTORIADIS, 1979, p. 107) define a ideia de “autonomia” que está na base do pensamento do autor de *O Conteúdo do Socialismo* e define de modo essencial o ser humano. A autonomia que define o homem é concebida de forma independente da dicotomia clássica que opõe sociedade e indivíduo. “Para começar e de forma essencial, o indivíduo não é nada mais do que a sociedade” (idem, 1990, p. 52). No entanto, ela supõe a atribuição de uma dimensão prática à reflexão e ao pensamento, o que explica a adesão do autor ao marxismo. “O que faz de nós seres humanos (...) não é a racionalidade, mas o surgimento contínuo, incontrolado e incontrolável de nossa imaginação radical e criadora no e pelo fluxo das representações, dos afetos e dos desejos” (CASTORIADIS, 1990, p. 144). É desta forma que os indivíduos chegam a se identificar com um “Nós”, a ponto mesmo de se sacrificarem por ele.

Por outro lado,

[...] esta atividade do sujeito que ‘trabalha sobre si mesmo’ encontra como seu objeto a multidão de conteúdos (o discurso do Outro) com o qual ela nunca terminou de se haver; e sem esse objeto ela simplesmente não é. O sujeito é também atividade, mas a atividade é atividade sobre alguma coisa, do contrário ela não é nada. Ela é, pois, co-determinada por aquilo que ela se dá como objeto. (idem, 1982, p. 127)

Assim, dando a si próprio o objeto que constitui a condição de sua existência, o sujeito autônomo não é concebido senão como resultante das determinações que lhe são externas.

“A grande criação cultural, artística ou filosófica, ainda que seja ligada a movimentos coletivos, realiza-se plenamente através de personalidades individuais” (COUTINHO, 2006, p. 109). Embora reconheça que o sujeito individual possa expressar concepção de mundo coletiva no campo filosófico ou artístico, o autor de *Intervenções* afirma que “a presença do sujeito coletivo, na política, é muito mais forte do que na criação artística ou filosófica: é até mesmo decisiva. Lenin é Lenin porque foi dirigente do Partido Bolchevique”. Crítico do pensamento de Lukács, que ele afirma atribuir caráter excessivamente individual ao sujeito político, o autor de *Marxismo e Política* sentencia: “É como se a práxis política criadora (...) fosse também ela (...) a expressão de personalidades

excepcionais e não de sujeitos coletivos” (idem, 1994, p. 156). Considerando que da transformação radical da sociedade há outros atores políticos além daqueles que são centrais no mundo do trabalho, o autor de *Intervenções* afirma: “Devem articular suas demandas particulares com as demandas universais do socialismo e da transformação social” (idem, 2006, p. 131). Tomando parte do “novo sujeito revolucionário”, e dentro de uma estratégia universalista, eles atores políticos são os movimentos sociais das mulheres, dos homossexuais, das minorias raciais.

Eu não sou dona de minha vida, decidi oferecê-la a uma causa. Podem me matar a qualquer momento, mas que seja em uma tarefa onde sei que meu sangue não será algo inútil, mas será mais um exemplo para os companheiros. O mundo onde vivo é tão criminoso, tão sanguinário, que de um momento para o outro me tira. Por isso, como única alternativa, só me resta a luta... E eu sei e confio que o povo é o único capaz, somente as massas são capazes de transformar a sociedade. E não é mera teoria apenas. (DUSSEL, 2002, p. 416)³⁸

Esta citação traduz a preocupação de seu autor com um novo critério de validade discursiva no âmbito de sua *Ética da Liberação* – a validade crítica da razão libertadora – e com a fecundidade do desenvolvimento de seu método histórico – de acordo com o qual a “experiência” latino-americana é essencialmente original. O autor de *Ética da Liberação* concebe como ponto de partida de seu pensamento “as vítimas da não-comunicação” (ibidem, p. 418). Elas são os excluídos da própria comunidade de comunicação. Elas constituem uma “comunidade intersubjetiva” em relação àqueles que estão no poder. Elas organizam a emergência dos sujeitos históricos na luta pelo reconhecimento de seus direitos e pela mudança nas estruturas das instituições tradicionais (econômica, cultural). Elas promovem por meio da consensualidade crítica o desenvolvimento da vida humana.

Ao dar a palavra à própria vítima (Rigoberta Menchú) (ou ao escutá-la?) em sua *Ética da Liberação*, o autor procura fazer valer o princípio concreto “‘Faze participar na discussão o afetado-excluído, a vítima!’” (DUSSEL, 2002, p. 418). A vítima é “a) uma mulher dominada, b) pobre, da classe camponesa, c) maia, como etnia conquistada há 500 anos, d) de raça morena, e) de uma Guatemala periférica e explorada pelo capitalismo norte-americano. Cinco dominações simultâneas e articuladas” (ibidem, p. 420). No entanto, o princípio concreto em questão é eticamente problemático.

³⁸ Esta citação é o depoimento da ganhadora do Prêmio Nobel da Paz de 1992 – Rigoberta Menchú. Ela se encontra na obra narrativa de Elizabeth Burgos: “Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia” (MENCHÚ, 1985, p. 270).

Com efeito, nunca poderão todos os afetados ser participantes reais (nem sequer por representação), mas isto não por uma dificuldade empírica, como por exemplo, não poder convidar a todos. Não. A não participação fática da qual falamos é um tipo de exclusão não-intencional inevitável. Pois sempre haverá (e não poderá não haver algum tipo de) afetados-excluídos de toda a comunicação real possível. (*ibidem*, p. 417)

Do ponto de vista metodológico, a exposição que testemunha a experiência de Rigoberta Menchú constitui o ponto de partida na elaboração do estatuto teórico do “outro” como vítima, como negado-oprimido, como afetado-excluído, e não como “outro” enquanto outra pessoal-igual na comunidade argumentativa, tal como entende a tradição da Ética do Discurso.

A identidade não é o que permanece necessariamente ‘idêntico’, mas o resultado de uma ‘identificação’ contingente. É o resultado de uma dupla operação linguageira: diferenciação e generalização. A primeira é aquela que visa a definir a diferença, o que constitui a singularidade de alguma coisa ou de alguém relativamente a alguém ou a alguma coisa diferente: a identidade é a diferença. A segunda é a que procura definir o ponto comum a uma classe de elementos todos diferentes de um mesmo outro: a identidade é o pertencimento comum. Essas duas operações estão na origem do paradoxo da identidade: o que há de único é o que é partilhado. (DUBAR, 2009, p. 13)

Esta é a perspectiva adotada pelo autor de *A Crise das Identidades*, cujo desenvolvimento produz paradoxo que não pode ser solucionado. Este fato pode ser explicado pela presença do elemento comum que caracteriza a diferenciação e a generalização: a identificação do outro e pelo outro. Isto significa dizer que não há identidade sem alteridade. Por outro lado, como alteridade, toda identidade varia historicamente e depende de seu contexto social de definição.

Dubar é crítico quanto à pretensão da sociologia de compreender processos de construção e mudanças da identidade pessoal dos indivíduos.

[Ela] não pode contentar-se com as categorias chamadas sociais que apenas codificam estados provisórios ou movimentos no interior de conjuntos considerados, *a priori*, como permanentes. Ela deve analisar sociologicamente o uso que as pessoas fazem de suas próprias categorias, sua maneira específica de escolher e dispor das palavras vindas de suas experiências, tanto por meio de suas interações cotidianas ‘presentes’ como das lembranças de suas interações ‘passadas’ apropriadas por meio de sua reflexão pessoal. (*ibidem*, p. 240)

7. PARA PENSAR “SUJEITO”, “PESSOA” E “INDIVÍDUO” (2)

Ocupar-se do sujeito (não do gramatical ou do lógico, mas daquele que age, o sujeito no – e não necessariamente de – direito) pressupõe assumir a tarefa de ocupar-se, também, das ideias de “pessoa” e de “indivíduo”, inseridas ou não no contexto do humano. Em capítulo didático de seu *Leviatã* (e, ainda assim, construindo fundamento para a sua teoria política), Hobbes apresenta conceito de pessoa, desde sua etimologia até o seu significado mais afim às ciências políticas e jurídicas:

Uma pessoa é aquela cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção. Quando elas são consideradas como suas próprias ele se chama uma pessoa natural. Quando são consideradas como representando as palavras e ações de um outro, chama-se-lhe uma pessoa fictícia ou artificial. A palavra ‘pessoa’ é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham *prósopon*, que significa rosto, tal como em latim *persona* significa o disfarce ou a aparência exterior de um homem, imitada no palco. [...] De modo que uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro; e daquele que representa outro diz-se que é portador de sua pessoa, ou que age em seu nome. (HOBBES, 1999, p. 135)

Pessoa, portanto, é máscara, é ator. Pessoa é tema filosófico (pois como todo e qualquer tema, encontra na filosofia seu *habitat*), mas é principalmente teológico e jurídico (ambos angariando para si defensores de suas autonomias e originalidades). Apesar de sua origem latina (*persona*) e da atuação no teatro grego (*prósopon*), a teologia cristã tivera participação fundamental para a construção da definição que fora herdada pelo pensamento ocidental, ao tentar responder à seguinte questão: como poderia ser Cristo humano e divino? No Concílio de Nicéia, de 325:

[...] uma das questões principais debatidas foi a questão da relação entre “natureza” e “pessoa” em Cristo. Contra os que atribuíam a Cristo uma só “natureza” e também contra os que negavam a “natureza” humana de Cristo, estabeleceu-se que Cristo tem uma dupla natureza – a divina e a humana –, mas tem só uma pessoa, que é única e indivisível. A ideia de pessoa podia, assim, religar em Cristo o humano e o divino, ao mesmo tempo que distinguir entre eles. (MORA, 2001, p. 2262)

A apropriação da ideia de pessoa pela teologia cristã pavimentou o caminho para a filosofia moderna estabelecer um conceito que terminou por unir o indivíduo e o humano, e que se articulará enquanto o eixo que fundamentará, posteriormente, o *cogito* cartesiano: a

razão. Ainda que a relação entre existência e racionalidade esteja explícita em Descartes, em Boécio já se identificava a máxima “a pessoa é uma substância individual de natureza racional” (*ibidem*, p. 2263). Desde ao menos a escolástica, portanto, a pessoa era compreendida como o indivíduo racional. Não é, portanto, nova a associação entre indivíduo racional e pessoa, tampouco se resume ao pensamento de Descartes. Para Leibniz, “a palavra ‘pessoa’ comporta a ideia de um ser pensante e inteligente, *capaz de razão e de reflexão*, que pode considerar-se a si mesmo como o mesmo, como a mesma coisa, que *pensa* em diferentes tempos e em diferentes lugares, o que faz unicamente por meio do sentimento que possui de suas próprias ações (grifo nosso)” (*ibidem*, p. 2264, grifo nosso). Ainda na modernidade – com seu expoente em Immanuel Kant –, é possível extrair conceituação de “personalidade” que, como em Leibniz, imprescinde do racional:

[...] a liberdade e a independência do mecanismo da Natureza inteira, consideradas ao mesmo tempo como uma faculdade de um ser, que está submetido a leis próprias, isto é, a leis puras práticas dadas por sua própria razão, portanto a pessoa, que pertence ao mundo sensível, está sujeita à sua própria personalidade, contanto que ela pertença ao mundo inteligível (KANT, 1974, p. 155, tradução nossa).³⁹

Em Kant, portanto, a liberdade se apresenta na faculdade de a pessoa submeter-se a leis próprias, advindas de sua própria razão. Deste modo, a racionalidade não é somente condição da personalidade, mas é somente através dela que uma pessoa pode alcançar a liberdade.

A aproximação com o pensamento contemporâneo garante notar uma tendência à distinção entre o “indivíduo” e a “pessoa”. Neste momento, “o termo ‘indivíduo’ se aplica a uma entidade cuja unidade, embora complexa, é definível negativamente: algo, ou alguém, é indivíduo quando não é outro indivíduo” (MORA, 2001, p. 2264). Não se cogita aqui o fundamento racional ou, sequer, um vínculo humano. Neste afastamento entre os conceitos, “o termo ‘pessoa’ se aplica a uma entidade cuja unidade é definível positivamente e, além disso, com ‘elementos’ procedentes de si mesma. [...] O indivíduo é determinado em seu ser; a pessoa é livre e ainda consiste em ser tal” (*ibidem*, loco citato). Seguindo as transformações da ideia de pessoa no pensamento ocidental, Ferrater Mora

³⁹ [...] die Freiheit und Unabhängigkeit von dem Mechanism der ganzen Natur, doch zugleich als ein Vermögen eines Wesens betrachtet, welches eigentümlichen, nämlich von seiner eigenen Vernunft gegebenen reinen praktischen Gesetzen, die Person also, als zur Sinnenwelt gehörig, ihrer eigenen Persönlichkeit unterworfen ist, sofern sie zugleich zur intelligibelen Welt gehört.

conclui que, “com respeito à estrutura, tendeu-se a abandonar a concepção ‘substancialista’ da pessoa para fazer dela um centro dinâmico de atos. Quanto a suas atividades, tendeu-se a contar entre elas as volitivas e as emocionais, tanto ou mais que as racionais” (*ibidem*, loco citato). Aproxima-se, aqui, da ideia de um “autor” de uma ação – conceito que a ciência jurídica e legislações modernas têm adotado. Destarte, a pessoa age por vontade e responde por seus atos. O direito, entretanto, afasta-se pouco do eixo racional marcado pela história da “pessoa” até o modernismo: a incapacidade de compreensão no agir repercute diretamente sobre a responsabilização pelos atos cometidos. O afastamento da responsabilidade por aquele que não “goza(ria) do pleno uso de suas faculdades mentais” é antigo. A título de ilustração, é possível remeter novamente ao *Leviatã*:

De maneira semelhante, as crianças, os imbecis e os loucos, que não têm o uso da razão, podem ser personificados por guardiões ou curadores, mas não podem ser autores (durante esse tempo) de nenhuma ação praticada por eles, a não ser que (quando tiverem recobrado o uso da razão) venham a considerar razoável essa ação. (HOBBS, 1999, p. 136)

Perquirindo investigação de viés filosófico, a abordagem neste momento do conceito de “sujeito” supõe tarefa “perigosa”. A miscelânea de aplicações – algumas mais específicas, como na gramática ou na lógica; algumas menos, como no pensamento de alguns juristas – transforma a utilização do termo em verdadeiro desafio. A confusão entre sujeito, pessoa, indivíduo e humano/homem é corriqueira na academia jurídica. Lalande, ao expor o conceito jurídico de sujeito, cita Colin e Capitant: “As pessoas ou seres humanos são sujeitos do Direito... A palavra pessoa (de *persona*, máscara do ator antigo) exprime bastante bem a ideia de que os sujeitos do Direito não são homens totais, mas homens considerados como atores da vida social sob uma certa relação; numa palavra, abstrações” (LALANDE 1999, p. 1090). Aqui, pessoa é confundida com ser humano, que é confundido com sujeito – mas é um homem não total. Cada jurista busca compreender de forma própria as distinções entre sujeito e pessoa, entre sujeito e indivíduo. A tentativa de destrinchar o que se precisa com cada uma dessas palavras não é recente e encontra mesmo

na *Teoria Pura* de Hans Kelsen⁴⁰ seção específica, na qual o autor austríaco revela preocupação com o mau uso das então teorias “tradicionais”:

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como “portador” de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades. (KELSEN, 1998, p. 191)

Mais recentemente, Stefano Rodotà dedicou texto à questão, buscando uma afirmação que opunha “concreto” a “abstrato” na dicotomia pessoa e sujeito (RODOTÀ, 2007). É certo que a teoria jurídica está às voltas com o incômodo e comum uso sem rigor destes conceitos por parte daqueles que aplicam e formulam o direito.

Neste esboço investigativo, que, a partir de referências ao pensamento de Hobbes, salta da Roma e da Grécia antigas à escolástica, e que freia na modernidade, o direito se insere como rincão do saber, no qual a pessoa, o indivíduo e o sujeito apresentam basilar importância. Aqui o direito repete o modo de funcionamento que lhe é particular: toda absorção de conhecimento significa apropriação. No direito, o sujeito racional, capaz de agir segundo sua própria vontade, continua como categoria fundamental do empírico e do abstrato. Por certo que teorias críticas surgem, buscando desestabilizar a hegemonia humana do espaço da personalidade, mas o sujeito continua monolicamente dominante. O que se encarou pouco – e certamente ainda não se absorveu – é o fato de que o sujeito está em crise há pelo menos um século. Das elucubrações nietzscheanas e psicanalíticas à tradição francesa da segunda metade do século XX, o sujeito tem sido questionado e dilacerado. Ainda hoje são empenhados esforços para a desconstrução e o afastamento deste “espectro” (ZIZEK, 2016). Pensar o “ser humano” como um ser universal e o indivíduo como unidade são alvos certeiros de críticas psicanalíticas, antropológicas e sociológicas. Entretanto, a atenção e a valorização no e pelo direito desses conceitos enquanto categorias próprias e sólidas continuam em vigor, com um *modus operandi* de alargamento do sujeito (e da pessoa, e do indivíduo, e do “ser humano”), adicionando

⁴⁰ Poder-se-ia referenciar um sem número de teóricos do direito que trabalham o tema. A opção por Hans Kelsen se justifica pela importância acadêmica que o autor tomou na América Latina, região na qual e a partir da qual se redige este artigo.

outras categorias a esses *topoi* como forma legítima e, talvez, única de expansão de direitos (se o sujeito e a pessoa são os lugares dos direitos "humanos", a ampliação do que seja sujeito e pessoa seria uma prática solução: a natureza, por exemplo, passa a ser sujeito de direito). Aqui, comprehende-se a suspensão, pelos juristas, dentro da tradição moderna, em uma tentativa de apresentação da pessoa e do sujeito enquanto indivíduos racionais. Derrida afirma que "o direito ocidental é o lugar próprio, um lugar privilegiado em todo caso, da emergência e da autoridade do sujeito, do conceito de sujeito. Se ele está mantido no direito, está por toda a parte. Como extirparíamos o sujeito do direito?" (DERRIDA, ROUDINESCO, 2004, p. 74). No direito, somos modernos.⁴¹

8. “SUJEITO”, “PESSOA” E “INDIVÍDUO”: CATEGORIAS TEÓRICAS E PRÁTICAS EM RELAÇÃO

Do ponto de vista médico, o autismo é uma questão de “diagnóstico” e está referido à definição do grau de indiferença e de habilidade do autista, isto é, à demarcação do espectro do autismo quanto à vida social, à capacidade cognitiva e ao ato comunicacional. Estes são critérios que definem os tipos de autista – questão de grau – e que distinguem os autistas dos não-autistas – questão de qualidade. Do ponto de vista jurídico, supondo transtorno e deficiência da pessoa, ele é uma questão de “regulação” e diz respeito à capacidade de o autista produzir atos jurídicos válidos na vida civil, isto é, ser maior de dezesseis anos e capaz de expressar a sua vontade. Estes são critérios que equiparam autistas e não-autistas. Assim, o diagnóstico de autismo não elimina de forma necessária a capacidade civil do autista. Diagnosticado como autista, João responde juridicamente por seus atos de natureza cível como qualquer outra pessoa. Como pessoa com a qualidade de “autista”, João é também “pessoa” sem predicado. Neste sentido, revelando através de suas palavras e ações pertencimento ao mundo sensível e ao mundo inteligível, João pode ser considerado pessoa no sentido kantiano do conceito. Afinal, sua liberdade de contratar está subordinada à própria razão que orienta seu modo de proceder de acordo com as leis vigentes. Como direito que implica deveres e que está referido ao “homem”, a liberdade de contratar define João como pessoa no sentido kelseniano da expressão. No entanto, sendo possível o uso do conceito “pessoa” para definir “entidades” tais como estados e

⁴¹ Referência a *Jamais Fomos Modernos*, de Bruno Latour.

municípios, a categoria teórica kelseniana possui como referência categorias práticas que distinguem entre humanos e não-humanos. O caráter problemático da distinção proposta por Rodotá entre pessoa como sendo “concreção” e sujeito como sendo “abstração” consiste nas rupturas ontológicas decorrentes desta distinção. Não sendo considerado como a expressão de relações múltiplas e diversas que existem em interação, João será definido como “indivíduo” segundo o método dicotômico acima. E como indivíduo, na história do conceito exposta por Ferrater Mora, João não seria sequer considerado “pessoa”. Nem mesmo a condição de “homem não total” em Colin e Capitant seria capaz de descrevê-lo. Em Mora, com fundamento na vontade, na emoção e na razão, a pessoa é historicamente definida como “centro dinâmico de atos”. Assim, no direito e perante o direito (conhecimento e legislação), João é o autor de suas ações e por elas responde de acordo com o direito.

Assim considerado e assim agindo no mundo, João pode ser definido como “indivíduo”, livre e igual a outras pessoas, que, com mais de dezesseis anos de idade, são capazes de contratar de forma válida, desde que atendam à exigência jurídica da “representação legal”. No entanto, ele não seria indivíduo no sentido conferido à expressão por DaMatta. Para o antropólogo, o indivíduo – situado no espaço social da “rua” e do mercado - se constitui em relação dialética com a pessoa – situada no espaço social da “casa” e da família, e a constituição dialética do indivíduo implica a passagem de um nível (o da pessoa na casa) para outro (o do indivíduo na rua) e é caracterizada pelo “trauma” quanto a esta passagem. A dialética não caracteriza a experiência vivida por João, que tem acesso ao mundo da “rua” e do “mercado” de forma mediatizada pelo uso das tecnologias que domina, sem sair de casa. Se indivíduo em outro sentido, João não se constitui como pessoa no sentido definido por DaMatta. A vigilância, o controle e a intervenção da mãe nas compras do filho não revelam o caráter complementar que caracteriza a pessoa na sociologia de DaMatta. A ausência da relação dialética entre indivíduo e pessoa caracteriza também a relação de Susan com terceiros e familiares. Enquanto indivíduo capaz de expressar sua vontade e de comunicar sua inteligência, Susan depende de terceiros para viver sua vida cotidiana quanto a tarefas domésticas consideradas básicas. A dependência de Susan em relação à família não a constitui como pessoa complementar aos outros.

Por outro lado, tanto Nicolas como Susan revelam a capacidade de identificar e falar de seus problemas e objetivos, de seus valores e sentimentos. No sentido em que Sader

concebe o “operário” como sujeito coletivo, isto é, como sujeito de luta cuja identidade é definida por seu discurso quanto a seus problemas, objetivos e valores, é possível reconhecer que Nicolas e Susan – com abstração da dimensão política que caracteriza o sujeito coletivo de Sader – se constituem como sujeitos de seus discursos e através de seus discursos. Passando pela condição de “autista” e indo além dela, eles fazem afirmações que representam e constituem práticas em suas vidas cotidianas que eles próprios vivenciam como sendo expressão de “dificuldades e lutas”, ainda que não políticas, por reconhecimento de seus interesses, desejos, necessidades. João afirmou querer “fechar uma compra”, Nicolas afirmou querer “ter uma família e fazer amigos”, Susan afirmou “ser dependente de terceiros e da família” no cotidiano. Segundo a definição hobbesiana de pessoa no campo tanto jurídico quanto político – sujeito cujas palavras e/ou ações lhe são próprias (pessoa natural) ou pertencem a terceiros (pessoa fictícia) –, João, Nicolas e Susan podem ser considerados como pessoas. Afinal, através de suas próprias palavras ou ações, eles representam a si mesmos.

No sentido do pensamento de Castoriadis, estas afirmações permitem pensar a medida em que João, Nicolas e Susan se constituem como sujeitos autônomos, não por serem inteligentes ou capazes de pensar, e sim por “trabalharem sobre eles mesmos”. O trabalho que eles realizam implica relação com os discursos de outros sujeitos com os quais eles se relacionam, isto é, com “uma multidão de conteúdos”, que opera como objeto que os constituem como sujeitos e que definem a sua existência. A despeito das formas práticas de discriminação que sofrem (“retardado”, “doente mental”, “anormal”, “doido”) e dos modos pelos quais eles próprios se vêem em algum momento de suas vidas (“eu estou presa ao autismo”, “eu sou uma não-pessoa”, “eu gostaria de tirar meu sotaque pausado”), João, Nicolas e Susan provável ou certamente não podem ser considerados sujeitos autônomos segundo a hipótese definida por Dussel, para quem os sujeitos se constituem através de discursos pelos quais eles se reconhecem como excluídos e vítimas de determinado “sistema”. Afinal, eles não são “vítimas da não-comunicação”. A exposição dos relatos que testemunham a experiência pessoal e íntima de João, Nicolas e Susan mais parece estar referida à “multidão de conteúdos” de que trata Castoriadis. Como discriminados e auto-discriminados, eles mais parecem se aproximar do “Nós” deste autor do que do “Outro” de Dussel. Eles mais parecem negar a condição de vítima, como negado-oprimido, e afirmar a condição de “outro”, como outra pessoa-igual no campo

discursivo, como pessoa enquanto indivíduo racional, no sentido tanto de Boécio como de Descartes.

Neste trabalho, os relatos dos autistas ou sobre os autistas quanto a o que eles são, bem como o modo como eles são definidos ou classificados pelos sistemas médico e jurídico, mais parecem definir o problema da identidade – e de seus critérios – segundo o que Dubar chamou de “identificação contingente”. Sendo também plural e concomitante, concorrente e colidente, a identificação revela o caráter problemático da identidade como expressão de verdadeiro paradoxo.

A capacidade que define João como sujeito jurídico responsável está na origem do temor de sua mãe. João é indivíduo livre para contratar, mas vive sob a vigilância e o controle da família. Por sua condição física, o autista pode ser considerado em “meio ambiente” determinado como adolescente igual a outro adolescente e ser ao mesmo tempo distinguindo entre os adolescentes quanto à diferença de seu comportamento. Assim, o autista é considerando como sendo igual e diferente ao mesmo tempo. Nicolas afirma que o autista é um ser humano igual a todo ser humano e faz parte da humanidade, mas ele também reconhece a existência da variação interna dentro da categoria “autista”. Do ponto de vista de sua história, Susan reconhece momentos em que se via como pessoa e não-pessoa, segundo sua capacidade de comunicação. Por outro lado, ao se sentir normal como todo o mundo quando em “relação” com outras pessoas – tal como numa pista de corrida de cavalos –, Susan percebe negativamente que esta situação cancela sua condição de autista. Se não há identidade sem alteridade, não há também identidade sem “subjetividade”, construída como resultante da relação que articula o “dentro” e o “fora”, o “eu” e o “outro”, o “passado” e o “presente”. A visão do “outro” sobre o autista está em relação com a visão do “eu” do autista sobre ele mesmo. Embora se considere um ser livre para se comunicar enquanto autista, Susan afirma também que nunca estará livre do autismo. Neste sentido, a crítica de Dubar às pretensões sociológicas não seria amparada pela argumentação mais filosófica de Castoriadis. Por outro lado, se a capacidade de razão e de reflexão de Susan ocorre por meio de sentimentos que ela revela, Susan não se percebe como a mesma pessoa em diferentes tempos e lugares, condição da definição da categoria “pessoa” em Leibniz.

9. CONCLUSÃO

Neste trabalho, o sistema social (campo das relações dos autistas), o sistema médico (campo dos diagnósticos dos médicos), o sistema jurídico (campo das normas dos legisladores) e o sistema de pensamento (campo das definições de teóricos e filósofos) foram abordados enquanto “fenomenologias” distintas e diversas que operam com sistemas classificatórios próprios na compreensão e definição do sujeito.

A despeito do caráter exploratório deste trabalho – e da impossibilidade de conclusões definitivas –, é possível afirmar que, em seu isolamento, nenhuma das referidas fenomenologias possui condições de produzir meta-conceitos ou meta-intepretações capazes de instituir *uma* “teoria do sujeito” como conhecimento universal com validade inquestionável para o âmbito das demais fenomenologias.

Possuindo por referência tradicional a dimensão técnico-normativa do direito, o sistema teórico-doutrinário do direito ignora as demais instâncias onde o sujeito é pensado e estudado, frequentemente de forma igualmente isolada. Este quadro de negatividade constitui obstáculo à teorização do sujeito no direito. Afinal, é o confronto – ou o diálogo? – entre as diversas “fenomenologias” que define condição necessária – e suficiente? – de problematização e de formulação de teoria do sujeito no direito.

Em suas dimensões prática e teórica, referidas a sistemas ou fenomenologias distintas e diversas, a categoria “sujeito” revelou a existência de perspectivas igualmente distintas e diversas. Ela definiu o problema da irredutibilidade do diverso e plural ao geral e universal. Esta conclusão – quanto ao reconhecimento a um só tempo da necessidade e da impossibilidade do universal – constitui “ponto de partida” para se pensar a construção de *uma* perspectiva que – sem excluir outras perspectivas distintas desta – garanta ao Direito produção coerente e consequente quanto a *uma* “teoria do sujeito”.

A escolha pelo universo único do autismo fundamenta-se como lugar de fácil mobilidade para a argumentação sobre o sujeito – e onde se pode refletir sobre a pessoa, o indivíduo e o humano. Outras escolhas seriam igualmente viáveis, mas o alcance e a riqueza da empiria citada, proporcionados pelos relatos aqui juntados, merecem o apreço dedicado.

Cogitar a formulação de uma perspectiva que possa compreender o sujeito, a pessoa e os seus desdobramentos exige, necessariamente, a compreensão do que eles sejam tanto histórica e socialmente quanto etimológica e discursivamente. A evolução do teatro - para a teologia, para o direito, permeada por incursões filosóficas – deve ser esmiuçada para que a

pessoa e o sujeito se tornem conceitos “desembrulhados” – e, portanto, descobertos – por aqueles que os manipulam.

Alcança-se aqui, já ao final desta exposição, uma hipótese a ser construída: toda relação fundadora e constituinte do sujeito se baseia em uma relação de alteridade. É no reconhecimento do “outro” e na relação (social) entre “outros” que o “sujeito” (gramatical) surge como “ator” (máscara; pessoa). Reconfirma-se, aqui, a fertilidade do terreno autista para a discussão e a hipótese formulada: o reconhecimento do “outro”, a relação de alteridade é justamente um dos temas que fundamentam a problemática jurídica (e filosófica) que ronda o sujeito autista. Como compreender a “pessoa isolada”, a “subjetividade” (e sujeição) sem a participação e o reconhecimento do “outro”?

Indo-se da riqueza empírica da “realidade” autista à aridez acadêmica de uma arqueologia da pessoa e do sujeito, percorre-se, como que fazendo, um caminho possível: para se compreender o sujeito e a pessoa, é preciso compreender a relação de alteridade.

REFERÊNCIAS

ALYSSON MUOTRI CONVERSA COM O JOVEM AUTISTA NICOLAS BRITO SALES. *G1*, 29 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/v/alysson-muotri-conversa-com-o-jovem-autista-nicolas-brito-sales/4573372/>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

AUTISM Is a World. Direção: Gerardine Wurzburg. Produção: Gerardine Wurzburg. Estados Unidos das Américas, 2004.

BAKER, Jeffrey P. Autism at 70--redrawing the boundaries. *The New England journal of medicine*, 369, 12, pp. 1089-91, 2013.

BANDEIRA, Gabriela. *Autismo não verbal: mães explicam como é comunicação com filhos adultos*. Disponível em: <<http://www.portalsingularidades.com.br/2018/02/22/autismo-nao-verbal/>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

----- . *Le Contenu du socialisme*. Paris: Union Générale d'Édition, 1979.

-----.*Le Monde morcelé; les carrefours du labyrinthe*. Paris: Seuil, 1990. t. 3.

COMMITTEE ON CHILDREN WITH DISABILITIES. Developmental surveillance and screening of infants and young children. *American Academy of Pediatrics*, Itasca, v. 108, jul. 2001. Disponível em: <<http://pediatrics.aappublications.org/content/108/1/192.full>>. Acesso em: 25 out. 2018, 00:00:00.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Intervenções; o marxismo na batalha das ideias*. São Paulo: Cortez, 2006.

-----.*Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 1994.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1990.

DERRIDA, J.; ROUDINESCO, E. *De que amanhã... diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

DUBAR, Claude. *A Crise das Identidades: a interpretação de uma mutação*. São Paulo: USP, 2009.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertaçāo: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FALBO, Ricardo; FALCĀO, Monique. O problema da definição do conceito “sujeito”. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologias Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatā ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KANNER, Leo. Autistic disturbances of affective contact. *Nervous Child*, v. 2, p. 217-250, 1943.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2009.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

SADER, Eder. *Quando Novos Personagens Entram em Cena: experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo 1970-1980*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SECCHIN, Attila Ruschi. *Pessoa com autismo e direito brasileiro: uma contradição com síntese?* 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito)–Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ZIZEK, Slavoj. *O sujeito incoômodo: o centro ausente da ontologia política*. São Paulo: Boi Tempo, 2016.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E A NECESSÁRIA REFORMA NA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO

30 YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION: NATIONAL TAX SYSTEM AND THE NECESSARY REFORM ON THE SALES TAX

Eduardo Maneira¹;

Daniel Serra Lima.²

Resumo: O Brasil é constituído por uma federação assimétrica, com muitas desigualdades regionais, faltando a coordenação da União para ações que promovam a isonomia entre todas as regiões. Essas desigualdades são a grande causa da Guerra Fiscal e afrontam a própria ideia de federação, que busca sempre a cooperação – e não a competitividade – entre os seus entes. A Guerra Fiscal jamais seria uma saída crível para Estados e Municípios, não fosse a opção do Constituinte de 1988 pela descentralização das rendas tributárias mediante atribuição de competência legislativa aos Estados e Municípios. Diante desse quadro desalentador e especialmente da crise econômica que assola o país, os debates sobre a necessidade de uma reforma tributária vêm sendo reavivados. A reforma ideal deveria reunir os tributos sobre o consumo – ICMS, IPI, ISS, bem como o PIS e a COFINS – em um único imposto – o IVA nacional. Esse novo imposto deveria seguir os moldes do atual ICMS, ou seja, um imposto verdadeiramente não-cumulativo sobre o consumo, adotando a sistemática do crédito financeiro. Simplificaria e daria maior eficiência ao sistema, poderia diminuir a carga tributária e praticamente eliminaria a guerra fiscal.

Palavras-chave: Sistema Tributário Nacional. Guerra Fiscal. Reforma Tributária. IVA.

Abstract: Brazil is constituted by an asymmetric federation, with regional inequalities, lacking the coordination of the Union for a promotion an equality between all the regions. These inequalities are a great cause of the Fiscal War, and the deterioration of the idea of federation, which always seeks cooperation – not competitiveness – between its entities. The Fiscal War is the only way the States and Municipalities can survive among this scenario, because the Constitution of 1988 decided to decentralize the rents charged through the legislative competence of States and Municipalities. In this context and considering specially the economic crisis in Brazil, debates about the importance of tax reform are to be renewed. An ideal tax reform should assemble the taxes on consumption – ICMS, IPI, ISS, as well as PIS and COFINS – in a single tax, the national VAT. This new tax should follow the general rules that shape currently the ICMS, that is a non-cumulative tax on consumption, but granting the systematic of the financial credit. This would simplify and grant more efficiency to the National Tax System and consequently reduce or eliminate the

¹ Professor Associado de Direito Tributário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Conselheiro da OAB/RJ. Advogado.

² Mestre e Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

Tax War.

Keywords: National Tax System. Fiscal War. Tax reform. VAT.

1. INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 2018, a nossa Constituição fez 30 anos. É um aniversário que merece comemoração! A Assembleia Nacional Constituinte eleita em 1986 e instalada no início de 1987 realizou um trabalho monumental pela democracia brasileira, possibilitando a transição do regime militar para um regime democrático. A partir da Constituição de 1988, o Brasil poderia novamente ser chamado de Estado Democrático de Direito.

O Sistema Tributário Nacional contemplado na Constituição de 1988 não representou uma mudança significativa em sua estrutura, se comparado à Emenda Constitucional nº 18/1965, à Constituição de 1967, à Emenda Constitucional nº 1/1969, bem como em relação ao Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966.

As mudanças mais significativas, infelizmente, foram no sentido de reforçar uma anomalia histórica do nosso sistema, que é a de atribuir aos Estados-membros o poder de tributar o consumo por intermédio do ICMS. Na Constituição anterior, os Estados tinham o ICM e, a partir da Constituição de 1988, passaram a ter o ICMS, que, além de todos os campos de incidência do antigo imposto, passou a alcançar os serviços de comunicação, transporte e os impostos especiais da União incidentes sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais.

Diga-se de passagem, perdeu-se uma grande oportunidade em 1965, quando se fez efetivamente um esforço de racionalização do sistema tributário que culminou na EC nº 18/65 e logo depois, no CTN, de passar para a União a tributação do consumo, concentrada em um único imposto. Mas mesmo o regime militar não teve força política para romper com a tradição em que os Estados-membros tributavam o comércio de mercadorias pelo Imposto sobre Vendas e Consignação – IVC, que se tornou ICM; a União, as mercadorias industrializadas (antigo imposto de consumo, atual IPI); e os municípios, os serviços (antigo imposto de indústrias e profissões), atual ISS.

Estruturado para atender à forma federativa de Estado, o nosso sistema trata de repartir as competências tributárias entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e de limitar o exercício dessas competências por meio dos princípios constitucionais

tributários e das imunidades.

Apesar de os 30 anos da Constituição merecerem aplausos, certo é que todos dizem querer a reforma tributária. As Fazendas Públicas em geral, os contribuintes, pessoas jurídicas e físicas. Embora haja um consenso nacional em torno da necessidade de se reformar o sistema tributário, há um enorme conflito em torno das propostas. A União diz que quer a reforma, mas não abre mão de um centavo da sua arrecadação extraordinária; os Estados e Municípios a querem para arrecadar mais; os contribuintes, para pagar menos tributos.

Com essa disparidade de interesses, a discussão se arrasta no Congresso Nacional. Então de que reforma tributária estaríamos tratando e quais os pontos críticos do nosso sistema que merecem alteração? Além disso, qual é o arcabouço jurídico a ser observado no momento de realizar uma reforma tributária?

Quando se fala em reforma tributária, estamos falando, obviamente, da reforma do Sistema Tributário Nacional, na Constituição. Assim, o primeiro ponto a ser observado são os limites estabelecidos no art. 60, § 4º, da Constituição, ao Poder Constituinte Derivado.

Ou seja, a reforma tributária deve observar especialmente a forma federativa de Estado, a separação de poderes, o regime democrático e os direitos e garantias individuais. Desse modo, sabemos que devem ficar fora os princípios constitucionais tributários que são garantias do cidadão-contribuinte e, portanto, cláusulas pétreas, no entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 939 (BRASIL, 1994b). Além disso, qualquer mudança de competência tributária deve respeitar a forma federativa de Estado.

2. O FEDERALISMO NO BRASIL

Embora adotado por diversos países do mundo, ainda é tormentosa qualquer tentativa de apresentar uma definição universal de federalismo.

E, falando de federalismo, devemos reconhecer as nossas peculiaridades. De fato, por estar intrinsecamente relacionado com a formação do Estado-nação, o pacto federativo é moldado por fatores políticos, sociais, econômicos e culturais de cada país (BURGESS, 2006, p. 01).

Nos EUA temos o exemplo do federalismo clássico, fruto de uma progressão histórica de um movimento de fora para dentro, em que as 13 colônias celebraram, em

1781, um contrato para a formação da Confederação de Estados; firmaram a Convenção da Filadélfia, em 1787; evoluindo para o que hoje são os Estados Unidos da América.

No Brasil, ao contrário do modelo clássico americano, o federalismo é um movimento de dentro para fora. Na monarquia, Constituição de 1824, éramos um Estado Unitário dividido em províncias com quase nenhuma autonomia. Na República, nos tornamos Estado federal por Decreto, confirmado na Constituição de 1891. Esse artificialismo na implementação do federalismo brasileiro é uma das razões históricas de termos uma concentração de poder e renda na União, em desfavor dos Estados.

O nosso federalismo tem ainda uma outra característica única, que é o fato de os municípios terem status de ente federado – ou *autonomia*, no dizer de CARVALHO (2009, p. 290) –, o que resulta em necessária atribuição de autonomia financeira para mais de 5.500 mil entes.

Apesar das peculiaridades de cada nação, é certo que a ideia de federalismo nos leva a pensar em pelo menos dois níveis de governo, com autoridade sobre o mesmo território e o mesmo povo, com garantia de uma certa autonomia para cada governo atuar em uma ou mais áreas. O federalismo pressupõe também a coexistência de ordens jurídicas parciais, que são os Estados-membros, e a ordem jurídica nacional, da qual emanam normas jurídicas válidas para todo o território nacional, tais como a lei complementar brasileira e a Constituição Federal (LEWANDOWSKI, 1994, p. 87).

O federalismo ressalta a subsidiariedade, valorizando a participação do cidadão na comunidade, promovendo a solidariedade e a colaboração entre diferentes. Além disso, o que o distingue, em especial, de um Estado Unitário, é a colaboração e a solidariedade entre os entes que compõem a federação na busca de um ideal comum de justiça.

Já o federalismo fiscal comprehende a distribuição racional dos recursos entre os entes federados de forma proporcional às suas responsabilidades (CAMPOS, 2018).

Para alcançar a harmonia e coordenação das ordens políticas parciais, o federalismo fiscal deve almejar três objetivos fundamentais (BRAUN, 2010, p. 173):

- a) impedir comportamento predatório por parte do Poder Central;
- b) impedir o parasitismo dos entes subnacionais (geração de déficits locais), pela abstenção da busca por maior eficiência e desenvolvimento econômico ante a possibilidade de serem financiados pelo Poder Central; e

- c) em complemento ao item anterior, abolir medidas que desincentivam o comportamento produtivo por parte dos entes subnacionais (geração de superávits locais).

No Brasil, podemos reconhecer que falhamos na busca dos dois primeiros objetivos acima. O Poder Central atua com verdadeira truculência contra os interesses de Estados e Municípios, exacerbando taxas e contribuições sobre a receita, em detrimento dos tributos partilháveis com os entes subnacionais – IR e IPI (SCAFF, 2005, pp. 21-23; ALVES, 2017, pp. 80, 94 e 96). Ademais, os Estados e Municípios têm déficit de representação no Congresso Nacional e no Senado Federal, pois os eleitos frequentemente fazem oposição aos chefes do Poder Executivo local, votando contra seus interesses.

Também não se pode afirmar que há uma política nacional consistente de manutenção da saúde fiscal dos Estados e municípios. A União vem renegociando continuamente as dívidas dos entes subnacionais, além de flexibilizar as regras estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal³, que representou um grande avanço. Além disso, a situação de insolvência tornou os Estados e Municípios se tornaram dependentes de investimentos com recursos do Poder Central, o que reduz a liberdade para exercer oposição política.

Estas falhas demonstram que somos uma federação assimétrica, com muitas desigualdades regionais, e uma federação cooperativa meio capenga, faltando a batuta da União para coordenar ações que promovam a isonomia entre todas as regiões. Essas desigualdades são a grande causa da Guerra Fiscal e afrontam a própria ideia de federação, que busca sempre a cooperação – e não a competitividade – entre os seus entes.

Contudo, é evidente que a Guerra Fiscal jamais seria uma saída crível para Estados e Municípios, não fosse a opção do Constituinte de 1988 pela descentralização das rendas tributárias mediante atribuição de competência legislativa aos Estados e Municípios.

3. A NECESSÁRIA REFORMA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

A opção mais equivocada da Assembleia a Constituinte de 1988 foi a repartição da tributação do consumo em três níveis de governo: a União (IPI e PIS/COFINS), os Estados

³ Cite-se a Lei Complementar 164 de 18.12.2018, que acrescenta os §§ 5º e 6º ao art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), para vedar a aplicação de sanções a Município que ultrapasse o limite para a despesa total com pessoal.

(ICMS) e os Municípios (ISSQN). Esta tripla competência para se tributar o consumo sempre gerou problemas. Além disso, são 26 Estados e o Distrito Federal com competência para instituir o ICMS, e mais de 5.000 municípios para instituir o ISSQN, gerando ambiente propício para que os Estados e os municípios lutem entre si, para atrair o maior número de investimentos, por meio de concessão de benefícios fiscais.

Embora não sejam desconhecidos os nobres objetivos da rígida repartição de competências empreendida pelo Poder Constituinte – notadamente a proteção do contribuinte contra excessos arrecadatórios que ocorreriam com a sobreposição de incidências (SCHOUERI, 2018, pp. 260-261), há que se destacar as consequências nefastas que o atual sistema de tributação do consumo em três níveis de governo causou: alto custo de conformidade para os contribuintes, cumulatividade dos tributos plurifásicos, alto grau de complexidade da legislação, enorme litigiosidade, além da guerra fiscal horizontal (seja no âmbito do ICMS ou ISS) que degrada as bases tributáveis dos entes subnacionais sem alcançar um maior desenvolvimento econômico. Agravando a situação, a União exacerbou a arrecadação das contribuições (não partilháveis) em detrimento do IR e IPI (divididos com os Estados e Municípios).

Além disso, cabe registrar que os conceitos que definem a competência tributária (serviços mercadorias e produtos industrializados), elaborados para onerar uma economia industrial, vêm se mostrando insuficientes à tributação do consumo na economia digital. Por esses e outros motivos, o sistema tributário brasileiro é (com justiça) taxado de complexo (BARRETO, 2011, p. 529), caótico ou irracional (BORGES, 2009, p. 348).

Diante desse quadro desalentador e especialmente da crise econômica que assola o país, que sempre funcionam como molas propulsoras das mudanças institucionais em matéria de federalismo fiscal (ECCLESTON, 2017, pp. 19-27), os debates sobre a necessidade de uma reforma tributária vêm sendo reavivados.

De nossa parte, sempre defendemos que a reforma tributária deveria, assim, tratar especialmente dos impostos sobre o consumo (ICMS, IPI, ISSQN), das contribuições sociais e da repartição das receitas tributárias (MANEIRA, 2016, p. 66).

A reforma ideal deveria reunir os tributos sobre o consumo – ICMS, IPI, ISS, bem como o PIS e a COFINS – em um único imposto – o IVA nacional. Esse novo imposto deveria seguir os moldes do atual ICMS, ou seja, um imposto verdadeiramente não-cumulativo sobre o consumo, adotando a sistemática do crédito financeiro. Simplificaria e

daria maior eficiência ao sistema, poderia diminuir a carga tributária e praticamente eliminaria a guerra fiscal.

O fundamental é que pensemos a reforma tributária a partir da nossa estrutura de Estado federal. E há, aqui, alguns equívocos. O primeiro, em nossa opinião, é o de que geralmente se pensa na reforma tributária mirando a relação Estado-contribuinte, ou seja, nas questões ligadas à competência e às limitações ao poder de tributar, quando se deveria tratar primordialmente de outra questão: a repartição proporcional de receitas e responsabilidades dos Estados e Municípios (CAMPOS, 2018).

Ou seja, a reforma tributária, vista pela lente do Direito Financeiro, poderá contribuir, em muito para uma mudança que promova simplificação e segurança jurídica.

A discussão deve começar, portanto, pelo Direito Financeiro e depois chegar ao Direito Tributário. Deveria começar com a definição clara das responsabilidades, das obrigações e dos deveres de cada um dos entes federados. Evitar as sobreposições hoje existentes.

Por exemplo: o município está sobrecarregado com o ensino infantil, educação fundamental, sistema de saúde, com especial destaque para a rede de urgência e emergência, além da limpeza urbana, preservação dos espaços públicos, praças, etc. É importante que o município cuide disso tudo e que se deem condições financeiras para que ele arque com todas essas responsabilidades.

Isso não quer dizer que ele tenha que necessariamente ter competência para instituir e cobrar ISS. São coisas diferentes. O que precisa são de regras claras de repartição de receitas tributárias. Eventual concentração da competência legislativa/tributária no âmbito da União não significa, *a priori*, ofensa ao federalismo.

4. A REFORMA TRIBUTÁRIA E O ALEGADO RISCO AO PACTO FEDERATIVO

A despeito da necessidade evidente de unificação dos tributos sobre o consumo criando um IVA Nacional (que colocaria o sistema tributário brasileiro em linha com as principais economias do mundo), são conhecidas as resistências políticas à sua aprovação, especialmente pelos poderes subnacionais, que não desejam se ver privados da autonomia para definir a política tributária regional ou local (BORGES, 2009, p. 347).

Fazendo coro a estas insatisfações, vozes autorizadas na doutrina vêm se

manifestando sobre a impossibilidade de se excluir dos Estados (o que seria extensível aos Municípios) a competência legislativa tributária, ainda que com a manutenção dos recursos financeiros, sob pena de violação ao pacto federativo (ÁVILA, 2018).

O debate não é novo, e tem sido respondido pela doutrina de duas formas: de um lado sustenta-se que a competência tributária é elemento indissociável da autonomia financeira dos entes subnacionais (DÓRIA, 1995, pp. 39-40; CARRAZZA, 2015, p. 169); de outro, argumenta-se que o pacto federativo pressupõe a autonomia financeira, mas não a atribuição de competência tributária (GAMA, 2011, p. 208; SCHOUERI, 2018, p. 258).

O argumento contrário ao IVA nacional é justamente o de que o novo imposto afrontaria o princípio federativo, na medida em que estaria restringindo a competência legislativa em matéria tributária dos Estados e dos municípios.

Discordamos desse argumento, porque o importante é que os entes federados tenham *autonomia financeira*, e não necessariamente ampla *competência tributária*.

Com efeito, o art. 60, § 4º, inciso I, da CF/88 pretende vedar apenas alterações que modifiquem o núcleo essencial da forma federativa de estado, o que consistiria na subordinação financeira dos entes subnacionais ao Poder Central (OLIVEIRA, 2014, p. 78; BARROSO, 2010, p. 172-173). Assim, a supressão da competência legislativa tributária não seria atentatória ao pacto federativo, se mantida a titularidade das mesmas fontes de receitas.

A questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, tendo prevalecido o entendimento de que as emendas constitucionais não podem violar o *núcleo essencial* das matérias arroladas no art. 60, §4º, da CF/88. Não há, portanto, um “congelamento” das regras estruturantes do pacto federativo nos exatos termos de 1988, a impedir qualquer adaptação às novas realidades sociais, econômicas ou políticas.

A ADIN 939-DF foi ajuizada para questionar a criação do IPMF que, nos termos da Emenda Constitucional nº 03/1993, estaria excepcionado do princípio da anterioridade anual e da imunidade intergovernamental recíproca.⁴

⁴ “Art. 2.º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. § 1.º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

No julgamento, o Min. Relator Sydney Sanches reiterou os argumentos declinados no deferimento da medida cautelar na ADIN 926-DF (BRASIL, 1994a), ajuizada por diversos governadores de Estado para impugnar o mesmo art. 2º da EC nº 03/1993. O voto-condutor cingiu-se a afirmar, após larga digressão doutrinária, que a imunidade recíproca seria decorrência direta da forma federativa de Estado, razão pela qual sua supressão (ainda que temporária, e relativamente a um único tributo) seria inadmissível. O Min. Celso de Mello trouxe fundamentação mais robusta, esclarecendo que o federalismo decorre da igualdade e convivência harmônica das unidades da federação, o que estaria em risco caso se permitisse à União exigir tributos dos estados e municípios.⁵

Nota-se, que, na ocasião, o Supremo Tribunal Federal privilegiou uma concepção garantista da imunidade recíproca (e também dos direitos e garantias individuais), para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/1993 que, segundo parcela da doutrina, não pretendeu “abrir” (isto é, extinguir) a forma federativa de estado ou os direitos e garantias individuais, conforme decidido na ADIN 926 (id., 1994a). Ao contrário, a própria norma da emenda constitucional esclarecia a transitoriedade do imposto e que as exceções estabelecidas ao princípio da anterioridade, e às imunidades previstas no art. 150, VI, da CF/88, se referiam única e exclusivamente ao IPMF.

Nesta linha, passados mais de vinte e cinco anos do julgamento da ADIN 939-DF, é possível apontar um olhar crítico⁶ sobre os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião, e também sobre as consequências que poderiam decorrer da replicação destes fundamentos em novas decisões.

De fato, se as cláusulas pétreas não proibirem apenas as emendas constitucionais tendentes a “abrir”, mas toda e qualquer modificação sobre as matérias elencadas no art. 60, §4º, da CF/88, chegar-se-ia a uma situação de total imobilismo, a redundar na necessidade de um novo Texto Constitucional, como foi apontado pelo mesmo STF em

§ 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.

§ 3.º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.”

⁵ “A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o sistema federal. (...) No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da federação” (Voto na ADI 939 – BRASIL, 1994b)

⁶ Faça-se justiça, a decisão já fora objeto de profunda análise por parte de NOVELLI, 1995, p. 21-57.

julgados posteriores.

Paradoxalmente, a suposta proteção ao pacto federativo poderia acarretar a necessidade de uma nova Constituição apenas para permitir ajustes na repartição de competências tributárias do Texto Constitucional que pretendem *fortalecer o modelo federativo* (e não o abolir).

Como adiantado, em julgamentos posteriores o Supremo Tribunal Federal passou a sustentar que apenas o “núcleo essencial” das matérias previstas como cláusulas pétreas estaria a salvo de modificação por meio de emendas constitucionais. Como apontou o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em medida cautelar e mandado de segurança impetrado por congressistas contra a tramitação de emenda constitucional, ao argumento de que a modificação do regime previdenciário de servidores estaduais violaria a imunidade recíproca, conforme voto proferido no MS 23047 MC (BRASIL, 2003):

Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição Originária, mas apena a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.

No mesmo sentido, vale citar várias ações diretas impetradas contra a EC nº 20/1998⁷ que estabeleceu contribuição previdenciária a cargo dos Estados sobre funcionários em cargo comissionado – ADI 2024 (BRASIL, 2007), e contra a EC nº 41/2003⁸ que impôs uma alíquota mínima de contribuição previdenciária a ser exigida pelos Estados sobre os vencimentos de seus servidores – ADI 3138 (id., 2012), ambas rejeitadas com idênticos fundamentos.

A fundamentação adotada nestas decisões parece mais coerente com a função das cláusulas pétreas. Fosse a intenção do Poder Constituinte Originário realmente tornar imutáveis as matérias elencadas no art. 60, §4º, melhor teria sido esclarecer que as mesmas

⁷ “Art. 40. (...) § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

⁸ “Art. 149. (...) § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”

“não seriam objeto de emenda constitucional”.

Contudo, a expressão utilizada foi que não seriam objeto de deliberação as emendas constitucionais “tendentes a abolir”, o que indica a possibilidade de alteração dos dispositivos constitucionais que regem a matéria, desde que não tenham por objetivo amesquinar, enfraquecer, ou fragilizar a federação, os direitos e garantias individuais, a separação de poderes e a democracia representativa.

A conclusão é que o pacto federativo desenhado em 1988 realmente tinha por premissa a repartição de competência tributária plena, permitindo aos Estados e Municípios a elaboração de leis tributárias próprias, desde que aderentes aos limites estabelecidos na Constituição e Leis Complementares.

Por outro lado, a proteção do pacto federativo contra as gerações futuras não pretendeu impor a imutabilidade desta forma específica de promover a autonomia financeira dos Estados e Municípios. Outro desenho institucional poderia (como pode) ser adotado para o federalismo fiscal, desde que não extirpe a autonomia financeira dos entes subnacionais, e não crie (ou agrave) uma situação de submissão política ao Poder Central.

Logo, a questão em debate não deve ser se a unificação da tributação sobre o consumo (retirando dos estados e municípios a competência legislativa sobre o ICMS e ISS) afronta, *abstratamente*, o pacto federativo. Por tudo o que foi exposto, esta resposta parece ser negativa.

Os mecanismos de concretização desta reforma tributária, isto é, a forma como os Estados e Municípios terão acesso aos recursos, e escopo da influência do Poder Central sobre a repartição os recursos, e também o grau de participação dos Estados e Municípios na formatação dos tributos sobre o consumo (como a definição da alíquota), são elementos que apontarão para a existência de uma violação *concreta* do pacto federativo.

A experiência internacional também comprova a ausência de vinculação entre competência para legislar sobre impostos e forma federativa de estado.

Ninguém questiona que a Alemanha é um Estado Federal composto pela União e por 16 estados. Naquele país foi atribuído aos *Länder* (que equivalem aos Estados no Brasil) a receita de determinados tributos, mas não a competência legislativa sobre os mesmos, que permanece com o Poder Legislativo Central. Ou seja, os entes subnacionais não podem aumentar os tributos incidentes no próprio território, o que causa uma indesejável imobilidade em situações adversas. Nestas hipóteses, a única possibilidade de obter fundos

adicionais é o endividamento ou transferências do poder central (BRAUN, 2010, p. 175).

A Alemanha apresenta, portanto, uma estrutura muito mais simplificada: a competência tributária – isto é, o poder de instituir tributos – é concentrada na União, com divisão de competências administrativas, bem como de divisão de receitas, visando, dentre outros objetivos, ao equilíbrio federativo.

No Brasil, foca-se muito na competência para instituir e majorar tributos e pouco na importantíssima questão da repartição de receitas.

4.1 - A POSSIBILIDADE DE RESTRINGIR A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

É cediço que a maior resistência dos chefes dos executivos regionais e locais a estas propostas de reforma tributária não reside propriamente na manutenção da arrecadação, mas na perda do poder político que acompanha a liberdade para a concessão de benefícios fiscais (MANEIRA, 2016, p. 71). Assim, pode-se argumentar que a perda de discricionariedade para estabelecer a políticas tributárias locais (mediante concessão de exonerações) acarretaria inaceitável perda de autonomia política.

Este, contudo, parece ser um argumento totalmente equivocado.

Em sua redação originária a Constituição Federal de 1988 já reconhecia que a liberdade para conceder benefícios fiscais de ICMS deveria ser limitada, tanto é que delegou à lei complementar a regulamentação da matéria.⁹ E a Lei Complementar nº 24/75, como sabido, condicionou a concessão de benefícios fiscais à aprovação unânime dos demais Estados.¹⁰

Em relação ao ISS a situação não é diferente: o art. 88 do ADCT¹¹ estabeleceu uma

⁹ “Art. 155. (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) XII - cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

¹⁰ Lei Complementar nº 24/1975: “Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. Art. 2º (...) § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.”

¹¹ “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo:

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;

II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.”

alíquota mínima para o imposto e vedou exonerações até que fosse editada lei complementar a regulamentando dos critérios para a concessão de benefícios fiscais.

Em outras palavras, aos Estados e Municípios nunca foram livres para instituir benefícios fiscais nos impostos sobre o consumo de suas competências (CARVALHO, 2009, pp. 249-250), sob pena de criar desequilíbrio federativo que faria ruir o sistema de arrecadação de tais impostos (como, de fato, vem ocorrendo).

Por decorrência lógica, uma reforma tributária que exclua dos Estados e Municípios a competência para conceder benefícios fiscais que já eram vedados pelo atual sistema tributário não poderá ser acusada de violadora do pacto federativo, a menos que se conclua que a redação originária da Constituição incorreu no mesmo vício.

Assim, a pretendida liberdade para estabelecer a política tributária revela-se, na verdade, uma liberdade para afrontar as regras da Constituição que limitam a concessão de benefícios fiscais.

Não se pode negar que, apesar de todas as salvaguardas da Constituição e da legislação complementar de evitar que a guerra fiscal se instalasse no Brasil, ela é um dado da realidade e tem como principal causa o fato dos Estados e Municípios se utilizarem do ICMS e do ISS como instrumento de atração de investimento e de estímulo ao desenvolvimento regional e local, aniquilando com a sua desejada neutralidade tributária.

Neutralidade significa que o que deve nortear o mercado são as leis da livre concorrência e da competitividade. O empresário, na hora de decidir em que Estado vai instalar a sua fábrica ou indústria, deve levar em conta o clima, a infraestrutura local, o nível de educação e de saúde pública daquela região, bem como as questões de logística, como por exemplo, a localização a beira mar ou continental. Para se instalar, o empresário não deveria se importar com a questão da carga tributária. Neutralidade é isso. A carga tributária, principalmente dos impostos sobre o consumo, ou seja, daqueles impostos em que o consumidor é quem arca com o peso do tributo, deveria ser indiferente para as decisões empresariais.

No entanto a realidade está muito distante da neutralidade tributária. Os empresários fazem verdadeiros leilões dos quais participam os Estados e Municípios em um movimento antropofágico, passando por cima da Constituição para oferecer vantagens aos contribuintes com a finalidade de atrair os disputados investimentos.

As consequências, como visto, foram a degradação das finanças estaduais e

municipais, criando maior dependência do Poder Central e enfraquecendo o pacto federativo.

A única forma de encerrar a guerra fiscal nos tributos sobre o consumo é corrigir o erro histórico de se conceder aos Estados e Municípios a competência para legislar sobre a tributação do consumo, pois é sabido que a incidência de tais repercute além dos territórios municipais e estaduais, tendo incontestável perfil nacional.

5. A REFORMA TRIBUTÁRIA FORTALECE O PACTO FEDERATIVO

Como exposto, o modelo de repartição adotado, com a repartição de competências tributárias incidentes sobre o consumo em vários níveis de governo, causou inúmeros inconvenientes: sobreposição de competências causando conflitos entre os diversos Fiscos e contribuintes, operações denotativas de riqueza livres de tributação (como as locações), guerra fiscal entre Estados e Municípios mediante concessão de benefícios fiscais inconstitucionais (por violação à necessidade de aprovação em convênio, ou à alíquota mínima de 2% estabelecida pela CF/88) que degradaram as respectivas bases tributáveis (MANEIRA, 2016, pp. 65-66), entre outras questões.

Também foi visto que a contribuição sobre a receita bruta, de competência federal, foi transmudada em verdadeiro imposto sobre o consumo, tendo alcançado significativa relevância no orçamento público, em detrimento da arrecadação do imposto sobre a renda e do IPI, cuja arrecadação foi paulatinamente reduzida pela concessão de benefícios fiscais (SCAFF, 2005, pp. 21-23; ALVES, 2017, pp. 80, 94 e 96). Em outras palavras, o Poder Central desidratou os impostos partilháveis com os entes subnacionais (IR e IPI), e aumentou a arrecadação das contribuições sociais.

Logo, a situação atual é de grave desequilíbrio federativo, com perda significativa de autonomia financeira dos entes subnacionais. Em outras palavras, a outorga de competência legislativa tributária aos Estados e Municípios *não foi suficiente para garantir autonomia política e financeira*.

Muito pelo contrário! A liberdade conferida aos Estados e Municípios para legislar sobre impostos criou um estado permanente de competição fiscal, que põe em risco a própria harmonia da federação, e torna os entes subnacionais submissos ao Poder Central, que exerce a tutela financeira sobre eles em troca da transferência voluntária de recursos

(SCAFF, 2005, p. 31).

A solução para esta grave situação de deterioração do pacto federativo, já dissemos, é uma reforma tributária que tivesse por objetivo unificar os tributos sobre o consumo (IPI, ISS, ICMS e PIS/COFINS), com uma fórmula de repasse automático da arrecadação aos entes subnacionais traria como benefícios imediatos o fim da guerra fiscal – com o consequente aumento da arrecadação (ROTHMANN, 2015, p. 26) e um melhor ambiente de negócios no País.

A reforma tributária também deveria cuidar melhor das contribuições sociais, especialmente das CIDEs, que não têm praticamente balizamento constitucional algum e são criadas como verdadeiros impostos federais, residuais, afrontando a rígida repartição de competência para a instituição de impostos. Para se ter uma ideia, atualmente temos CIDEs para o INCRA, Funtel, Fust, AFRMM, CONDECINE, além da CIDE-combustível e CIDE-*royalties*.

Em relação à repartição da receita, defendemos que os Estados e municípios participem da arrecadação de todos os impostos e contribuições federais, e não apenas da arrecadação do imposto de renda, IPI e ITR.

Com isso, evita-se que a União conceda isenções e reduções de impostos que devam ser repartidos com os Estados e Municípios, mantendo, de outro lado, a cobrança integral das contribuições que não são repartidas.

Em suma, uma reforma tributária deve ter por objetivo: a) tornar mais simples o sistema e mais seguro; b) unificar a tributação do consumo; c) eliminar (ou ao menos reduzir) a tributação da receita; d) dar um novo balizamento às contribuições; e) estabelecer uma nova fórmula de repartição de rendas entre os entes federados que tenha por objetivo promover o equilíbrio federativo.

Uma reforma aprovada nestes termos – ainda que tenha por decorrência a exclusão da competência legislativa tributária dos Estados e Municípios - não tenderia a “abrir”, mas a “fortalecer” a forma federativa de estado, reforçando a autonomia política e financeira dos entes subnacionais frente ao Poder Central.

6. CONCLUSÃO

O federalismo é um modelo de governo que divide o poder político entre o governo

central e os governos locais. Contudo, a forma de construção do Estado Federal depende de fatores políticos, históricos, econômicos, culturais e sociais de cada país. O federalismo fiscal é o estudo sobre a alocação e distribuição racional dos recursos entre os entes federados de forma proporcional às suas responsabilidades, garantindo autonomia financeira dos entes subnacionais, e também comporta uma extensa gama de modelos, que não necessariamente exigem a outorga de competência legislativa tributária.

O histórico constitucional brasileiro mostra que o regime republicano sempre conferiu competência tributária ampla aos Estados (e aos Municípios desde 1934), e também é possível atestar que essa foi a intenção do Poder Constituinte Originário, ao descentralizar as receitas tributárias como forma de garantir a autonomia financeira dos entes subnacionais.

Embora o pacto federativo desenhado em 1988 realmente tivesse por premissa a repartição de competência tributária plena aos Estados e Municípios, a cláusula pétrea entabulada no Texto Constitucional jamais pretendeu impor a imutabilidade desta forma específica de promover a autonomia dos Estados e Municípios. Outro desenho institucional poderia ser adotado para o federalismo fiscal, desde que garantisse a autonomia financeira dos entes subnacionais, e não crie uma situação de submissão política ao Poder Central.

Logo, a questão em debate não deve ser se a unificação da tributação sobre o consumo afronta, *abstratamente*, o pacto federativo (o que parece equivocado), mas se os mecanismos adotados para tanto acarretam *concretamente* uma perda de autonomia política ou financeira dos Estados e Municípios.

A conclusão a que se chegou é que as propostas de unificação da tributação sobre o consumo não acarretam redução da autonomia política ou financeira dos Estados e Municípios e, portanto, não tendem a abolição do regime federativo. Ao contrário, tais propostas pretendem um fortalecimento do pacto federativo que restou esgarçado pela competição fiscal entre Estados e Municípios, além da centralização de recursos na União em decorrência da exacerbação das contribuições.

Em outras palavras, propostas de reforma tributária visam corrigir falhas que enfraqueceram o pacto federativo delineado em 1988, reduzindo a autonomia financeira dos Estados e municípios e estabelecendo uma situação de submissão política ao poder central na busca por recursos. Não há, portanto, que se falar em constitucionalidade *a priori* de emenda constitucional que pretenda a unificação dos tributos sobre o consumo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo Fiscal Brasileiro e as Contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ÁVILA, Humberto. *IVA, uma proposta inconstitucional*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/opiniao/iva-uma-proposta-inconstitucional/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BARRETO, Paulo Ayres. Tributação sobre o consumo: simplicidade e justiça tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, José Souto Maior. O imposto sobre o valor acrescido. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 926 MC. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, j. 01/09/1993, DJ 06-05-1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 939. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, j. 15/12/1993, DJ 18-03-1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2024. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, j. 03/05/2007, DJe 21-06-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 3138. Relator: Min. Cármel Lúcia. Brasília, DF, j. 14/09/2011, DJe 10-02-2012.

BRAUN, Dietmar. Making fiscal federalism self-enforcing: Germany, Australia, and Switzerland compared. In: ERK, Jan; SWENDEN, Wilfried (Eds.). *New Directions in Federalism Studies*. London: Routledge, 2010.

BURGESS, Michael. Federalism democracy and the state in the era of globalization. In: *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London: Rougledge, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *RE 572.672/SC: Federalismo Fiscal e a Importância da Interpretação Estrutural*. Disponível em: <<https://www.academia.edu/37729650/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de Rendas Tributárias*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

ECCLESTON, Richard; KREVER, Richard; SMITH, Helen. Fiscal federalism in the twenty-first century. In: ECCLESTON, Richard; KREVER, Richard (Orgs.). *The Future of Federalism: Intergovernmental Financial Relations in an Age of Austerity*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MANEIRA, Eduardo. Federalismo Fiscal Brasileiro no Âmbito Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Cesar Cunha (Orgs.). *Federalismo Fiscal Brasil – Alemanha*. São Paulo: FGV Projetos, 2016. v. 4.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2º, §2º, da Emenda Constitucional nº 03/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, 1995.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. O Supremo Tribunal Federal e as Cláusulas Pétreas

da Forma Federativa de Estado e da Separação de Poderes em Matéria Tributária. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; QUEIROZ, Luis Cesar Souza de (Orgs.). *Tributação Constitucional, Justiça Fiscal e Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação do consumo: reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável. In: MOREIRA, André Mendes et al. *Estado Federal e tributação: uma perspectiva jurídico-filosófica*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Aspectos Financeiros do Sistema de Organização Territorial do Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 112, jan. 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018.

OPEN INNOVATION E O PAPEL INSTRUMENTALIZADOR DOS CONTRATOS**OPEN INNOVATION AND THE INSTRUMENTAL ROLE OF AGREEMENTS**

José Carlos Vaz e Dias;¹

Leonardo da Silva Sant'Anna;²

Raphaela Magnino Rosa Portilho.³

Resumo: O presente trabalho tem por escopo o exame do paradigma proposto por Henry Chesbrough (2003) como emergente em termos de inovação, qual seja: *Open Innovation*. À medida que o referido paradigma trata inovação como um sistema aberto, pautado na busca de fontes externas e internas para a Pesquisa & Desenvolvimento, propõe-se uma abordagem do mesmo a partir da análise do mercado (e suas dimensões política, econômica, social e jurídica) enquanto eixo de estudo do direito comercial, destacando-se a relevância dos contratos e o papel desempenhado pelos mesmos na gestão jurídica no cenário de inovação aberta. Para tanto, emprega-se a metodologia de análise de conteúdo e pesquisa qualitativa, a partir da técnica de documentação indireta. O trabalho tem sua relevância justificada pelo entendimento da inovação como vetor de desenvolvimento socioeconômico, o que demanda atenção da Academia acerca dos paradigmas que a conformam.

Palavras-chave: *Open Innovation*. Mercado. Contratos. Propriedade intelectual.

Abstract: This paper aims to analyze the Open Innovation paradigm, which is proposed by Henry Chesbrough (2003) as a new paradigm regarding innovation. Since the referred paradigm treats innovation as an open system based on the use of external and internal sources for Research and Development, this study proposes its approach in accordance with the analysis of the market (and its dimensions: political, economic, social and legal) as the axis to the study of commercial law, highlighting the relevance of the licenses and their role regarding the legal management in the context of open innovation. For this, it was chosen the methodology known as qualitative research and content analysis, through the technique of indirect documentation. The research is justified by the understanding of innovation as an element able to promote social and economic development. Therefore, the Academy should take into consideration the themes and paradigms that conform the innovation phenomenon.

Keywords: *Open Innovation*. Market. Licenses. Intellectual property.

¹ Professor Adjunto. Departamento de Direito Comercial e do Trabalho.

² Professor Adjunto. Departamento de Direito Comercial e do Trabalho.

³ Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Jnairo (UERJ). Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Artigo recebido em 11/08/2015 e aprovado para publicação em 28/08/2018

1. INTRODUÇÃO

Open Innovation (inovação aberta) deve ser entendido como um novo paradigma cuja delimitação conceitual proposta por Henry Chesbrough (2011) parte do princípio de que as sociedades empresárias podem e devem utilizar tanto o conhecimento interno quanto o externo para inovar e produzir tecnologia.

Tal concepção atenta para os elevados custos de produção e desenvolvimento de produtos e serviços relacionados à tecnologia, que são associados ao modelo de integração vertical caracterizado pelo paradigma tradicional representado pelo *Closed Innovation*. Segundo este último, pesquisa e desenvolvimento se concentram em uma grande estrutura interna da própria sociedade empresária.

A inovação tecnológica entendida pela ótica da dinâmica empresarial associa-se à noção de que o desenvolvimento de uma nação se dá a partir do desenvolvimento de suas organizações produtivas, que dependem tanto do processo inovativo quanto das estruturas políticas, sociais, econômicas e jurídicas que o condicionam.

Assim, o estudo da inovação tecnológica deve estar contextualizado a partir da caracterização do mercado como um fenômeno poliédrico, que comporta as dimensões econômica, política, social e jurídica. Desta feita, resta possível discutir o papel dos diversos agentes que contribuem para a inovação, bem como dos instrumentos que possibilitam o diálogo entre eles.

Com efeito, o presente trabalho resulta de uma pesquisa qualitativa, calcada no método da análise de conteúdo, uma vez que os objetivos traçados pressupõem o estudo de textos teóricos e legais. A partir de uma abordagem reconstrutiva do direito comercial, objetiva-se a criação de um sistema analítico de conceitos, indispensável para a análise de textos referentes à inovação tecnológica. A concepção do mencionado arcabouço teórico realiza-se através da técnica da documentação indireta, isto é, utiliza-se da revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

O trabalho se destaca pela relevância do assunto abordado para o desenvolvimento da inovação no Brasil, que deve estar atenta à emergência de um novo paradigma, qual seja, *Open Innovation*.

Desta feita, visando abordar com clareza todo o exposto, o trabalho será dividido em quatro partes. Em um primeiro momento, objetiva-se compreender o paradigma *Open*

Innovation e o papel da Propriedade Intelectual dentro dessa lógica. Em seguida, busca-se explorar a teoria de Paula Forgioni acerca do mercado como um fenômeno poliédrico, sem perder de vista a funcionalização do instituto jurídico da empresa a partir do reconhecimento de sua função social como derivação do princípio constitucional da função social da propriedade. Em um terceiro momento, trabalha-se o paradigma de *Open Innovation* dentro da lógica do mercado e suas dimensões, destacando-se a importância dos contratos para o bom funcionamento deste e, finalmente, o papel instrumentalizador que os mesmos desempenham para a implementação de um modelo de negócios baseado em inovação aberta, seguido pela conclusão do trabalho.

2. OPEN INNOVATION: UM NOVO PARADIGMA

2.1 - UM NOVO PARADIGMA PARA INOVAÇÃO⁴

O conhecimento desempenha um relevante vetor de desenvolvimento econômico. Não por acaso, tem-se dado cada vez maior ênfase à expressão “economia do conhecimento”. Com efeito, entendendo o conhecimento como valioso ativo, nota-se que os países que melhor o gerenciam tendem a experimentar resultados econômicos de destaque. Tal papel estratégico é evidenciado pelos crescentes investimentos em pesquisa e desenvolvimento, uma vez que a mudança tecnológica necessariamente resulta de processos de inovação. As diretrizes traçadas pelo Manual de Oslo permitem entender o sistema inovativo a partir de sua dinâmica comercial.

Assim, aponta-se que em um contexto macroeconômico que “há um substancial conjunto de evidências de que a inovação é o fator dominante no crescimento econômico nacional e nos padrões do comércio internacional” (OCDE, p. 31). No que tange ao campo microeconômico – dentro das empresas – “a P&D é vista como o fator de maior capacidade de absorção e utilização pela empresa de novos conhecimentos de todo o tipo, não apenas conhecimento tecnológico” (*Ibid*, loc. cit.).

⁴ Trecho publicado em: PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. Análise do paradigma *Open Innovation*: A Lei de Inovação e o mercado enquanto fenômeno poliédrico. In: DIAS, José Carlos Vaz; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. *A propriedade intelectual e os dez anos da Lei de Inovação: conflitos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p. 71-89.

Por conseguinte, afirma-se que a inovação é dimensão indispensável para qualquer abordagem dinâmica de estratégias negociais, uma vez que permite aos empresários o alcance – e consequente defesa – de vantagens competitivas.⁵

Desta feita, Henry Chesbrough (2011) propõe um novo paradigma⁶ para a compreensão do fenômeno da inovação (em especial inovação em âmbito industrial), qual seja: *Open Innovation* (em tradução livre, Inovação Aberta). Parte-se do princípio de que tal paradigma surge como antítese ao tradicional modelo de integração vertical da pesquisa e do desenvolvimento, que restringe as atividades de inovação ao ambiente interno das sociedades empresárias.

Open Innovation, por sua vez, é conceituado por Chesbrough da seguinte maneira:

If pressed to express its definition in a single sentence, open innovation is the use of purposive inflows and outflows of knowledge to accelerate internal innovation, and expand the markets for external use of innovation, respectively. Open innovation is a paradigm that assumes that firms can and should external ideas as well as internal ideas, and internal and external paths to market, as they look to advance their technology. [...] The open innovation paradigm treats research and development as an open system. (CHESBROUGH, 2011, p. 1)⁷

Portanto, tem-se que os modelos baseados em *Open Innovation* promovem um diálogo entre os diversos atores que integram o mercado de tecnologia, marcado

⁵ O economista Joseph Schumpeter (2003), por exemplo, retoma a premissa marxista da tecnologia como motor do desenvolvimento econômico na lógica capitalista para criar sua teoria do capitalismo operando em um sistema de criação destrutiva. Segundo o autor, o empresário capitalista cria e destrói, em movimentos cíclicos, novos bens de consumo, métodos de produção e transportes, mercados e formas de organização industrial, sendo esses os responsáveis pela manutenção do funcionamento capitalista. Assim, o impulso não seria advindo de fenômenos naturais ou sociais. Ainda sobre o tema, Paulo Bastos Tigre: “Seguindo as ideias de Marx, Schumpeter constrói sua teoria do desenvolvimento com base no conceito de monopólio temporário do inovador. A busca dos empresários por lucros extraordinários constitui o motor da economia capitalista. O lucro “normal” no mercado de produtos indiferenciados não motiva o investimento capitalista. Quando surgem oportunidades para a inovação, a perspectiva de auferir lucros monopolistas, ainda que temporários, mobiliza as inversões em bens de capital e introdução de novos produtos” (TIGRE, 2006, p. 45).

⁶ O livro *Open Innovation* (CHESBROUGH, 2003), baseado na observação atenta de um pequeno número de sociedades empresárias, descreve uma mudança de paradigma no que tange à inovação. A mudança em questão opera-se partindo-se de um modelo fechado para um aberto. Importa observar, de plano, que ainda é cedo para afirmar que o paradigma de *Open Innovation* representará uma contribuição durável para o que hoje se entende por inovação. Contudo, não é cedo para afirmar que o paradigma como objeto de estudo já promoveu impactos nos atuais entendimentos acerca da inovação, gerando um crescente interesse acadêmico no conceito, bem como pesquisas sobre o tema (*Ibid.*, p. 4).

⁷ Tradução livre: “Se necessário expressar sua definição a partir de uma única frase, inovação aberta é o uso de afluxos e saídas propositais de conhecimento para acelerar a inovação interna e expandir os mercados para o uso externo da inovação, respectivamente. Inovação aberta é um paradigma que supõe que as sociedades empresárias podem e devem usar ideias externas, assim como ideias internas, e caminhos internos e externos para o mercado, conforme procuram avançar sua tecnologia. [...] O paradigma da inovação aberta trata pesquisa e desenvolvimento como um sistema aberto”.

fortemente pela necessidade de constante inovação. Fala-se não apenas em sociedades empresárias de grande, médio e pequeno porte, mas também em instituições públicas de pesquisa, em universidades, no papel desempenhado pela sociedade – em especial pelos consumidores dos produtos e serviços resultantes desses processos de interlocução.

O paradigma *Open Innovation* confere o tratamento de sistema aberto à P&D, ao propor o aproveitamento de ideias valiosas tanto dos quadros internos das sociedades empresárias quanto dos externos. É dado, no âmbito do paradigma em comento, para ideias externas e caminhos externos para o mercado, o mesmo nível de importância que antes era reservado apenas às ideias e aos direcionamentos para o mercado oriundos de fontes internas.

Autores sugerem que as atividades referentes à Pesquisa & Desenvolvimento emergiram da necessidade de muitas indústrias de manutenção e melhoramento das atividades de produção. Partindo-se da premissa de que tais atividades eram majoritariamente específicas de cada sociedade empresária, os investimentos em P&D tornam-se, também, específicos.

Com efeito, a evolução do P&D nos laboratórios internos levou à ascensão de um modelo de inovação verticalmente integrado “no qual grandes empresas internalizaram suas atividades específicas de P&D e as comercializaram através de processos internos de desenvolvimento, produção e distribuição” (CHESBROUGH, 2011, p. 5).

A mudança de paradigma necessariamente importa na consideração de algumas anomalias e seu tratamento pela lógica do paradigma anterior. Como exemplos, destacam-se a dificuldade encontrada na captura de *spillovers*⁸ da pesquisa e desenvolvimento industrial, bem como o papel desempenhado pela propriedade intelectual. No primeiro caso, o tratamento conferido aos *spillovers* em um ambiente de *Closed Innovation* era o de custo associado ao negócio/atividade.

Diversamente, *Open Innovation* os enxerga como uma consequência associada ao modelo de negócios, que deve ser considerada como uma oportunidade de expansão do

⁸ *n.[C,U]: the effect that one situation or problem has on another one* (em tradução livre: o efeito que uma situação ou problema tem sobre outra (o); Spillover, cost: n. [C] ECONOMICS a cost involved in the production of goods in large numbers using machinery, that affects people who do not have any control over the number being produced (em tradução livre: um custo envolvido na produção de mercadorias em larga escala, a partir da utilização de maquinaria, que afeta pessoas que não possuem qualquer controle no que tange ao número sendo produzido). *Longman Advanced American Dictionary*. Pearson Education Limited, 2007.

modelo de negócios de uma determinada sociedade empresária, ou, ainda, lançar uma tecnologia adequada a um modelo de negócios diferente externo à sociedade empresária.

No que tange ao tratamento dos bens protegidos por meio de direitos de Propriedade Industrial pelo paradigma fechado, nota-se que existe uma preferência pela acumulação dos mesmos. Além das vantagens competitivas normalmente associadas ao monopólio temporário conferido pelos direitos de propriedade intelectual, destacam-se os objetivos de evitar os custos de litígios e conferir maior liberdade criativa para a equipe responsável por desenvolver novos produtos a serem lançados pela sociedade empresária. No entanto, conforme observa Chesbrough (2011), a maior parte das patentes na realidade vale muito pouco, além do fato de que a maioria delas nunca chega a ser aproveitada pelos titulares em seus negócios.

Para o caso de um modelo que adote *Open Innovation*, a propriedade intelectual é encarada como uma nova classe de bens que podem trazer rendas adicionais para o negócio, além de ser apto a orientar a entrada da sociedade empresária em novos negócios e modelos de negócio. Em suma, “open innovation supplies a coherent rationale for why companies should be both active sellers and active buyers of IP”⁹ (CHESBROUGH, 2011, p. 4).

Entende-se que um exame aprofundado dos conceitos e das implicações do paradigma *Open Innovation* – embora extremamente relevante – não seria adequado aos fins do presente trabalho, que não se propõe ao esgotamento do tema. Por conseguinte, faz-se aqui uma referência aos principais pontos que o diferenciam das teorias anteriores relativas à inovação, traçando um panorama:

- (i) É conferida a mesma importância tanto para conhecimento externo quanto interno;
- (ii) O modelo de negócios é pautado na conversão de P&D em valor comercial;
- (iii) Medição de erros (em relação ao modelo de negócios) do Tipo I e Tipo II¹⁰ na avaliação de projetos de P&D, funcionando como um “filtro” que seleciona projetos que se encaixam no modelo, em detrimento dos que não se encaixam;

⁹ Tradução livre: “Inovação Aberta oferece uma razão coerente para explicar porque as sociedades empresárias devem ser tanto vendedoras quanto compradoras ativas de Propriedade Intelectual.”

¹⁰ Erro de avaliação Tipo I ou Falso Positivo: quando um projeto passa totalmente pelo processo de avaliação, vai para o mercado através do modelo de negócios estabelecido pela empresa e falha. Já o erro de avaliação Tipo II ou Falso Negativo ocorre quando o projeto não está adequado ao modelo de negócios da empresa, não sendo, portanto, entendido como valioso. Assim, “(...) earlier innovation theories effectively assumed the

- (iv) Os fluxos de saída propositais de conhecimento e tecnologia;
- (v) O cenário de abundante conhecimento subjacente;
- (vi) O papel pró-ativo e repleto de nuances da gestão da Propriedade Intelectual;
- (vii) A emergência de agentes intermediários no processo inovativo;
- (viii) Novas métricas para avaliar a capacidade de inovação e desempenho.

Cumpre observar, ainda, que embora existam conceitos compartilhados, a noção de *Open Innovation* não pode ser confundida com as metodologias de *Open Source* para desenvolvimento de softwares. Não obstante ambos partirem do ponto comum de aproveitamento de ótimas fontes externas de informação aptas à criação de valor para um produto/serviço, o paradigma de *Open Innovation* incorpora explicitamente o modelo de negócios como fonte de criação e captação de valor, sendo este último o que permite que a sociedade empresária mantenha sua posição na cadeia de valor industrial ao longo do tempo. Segundo Chesbrough (2011, p. 2), “while open source shares the focus on value creation throughout an industry value chain, its proponents usually deny or downplay the importance of value capture”.

É importante fazer referência à questão da validade externa quando da propositura de um paradigma emergente. As pesquisas realizadas por Chesbrough (op. cit.) que suportam sua teoria estão focadas nas indústrias de alta tecnologia (tecnologia da informação; computação, fármacos etc.), baseadas, sobretudo, nos Estados Unidos. Para o autor, ainda é preciso amadurecer os estudos para que seja possível afirmar a aplicabilidade dos conceitos relacionados ao *Open Innovation* para indústrias de menor potencial tecnológico, além da relevância dos mesmos para sociedades empresárias que operem fora dos Estados Unidos.

Desta feita, na obra *Open Innovation: Researching a New Paradigm*, Chesbrough, Vanhaverbeke e West (op. cit.) acenam para o progresso na determinação da validade externa do paradigma proposto em 2003:

While the work is only the first wave of research in this area, there appears to be evidence that suggests that Open Innovation's explanatory power is not limited to

absence of any measurement error (either a Type I or a Type II kind) in the evaluation of R&D projects (...) Innovation processes, in fact, were managed so as to reduce the chance of a Type I or ‘false positive’ evaluation error (...) And firms typically lacked any process for managing false negative R&D projects” (CHESBROUGH, 2011, p. 8).

a small number of companies operating in a small number of US high-tech industries. (Ibid., p. 5)¹¹

Importa destacar, finalmente, um exemplo concreto de *Open Innovation* em uma sociedade empresária que atua fortemente no mercado brasileiro. Fala-se, aqui, especificamente da Procter & Gamble, que possui o “Conectar + Desenvolver” (originalmente “*Connect+Develop*”), que é um programa de inovação aberta cuja prática é o uso da propriedade intelectual desenvolvida externamente com o objetivo de acelerar inovações internas e compartilhar seu conhecimento e seus ativos desenvolvidos internamente para ajudar terceiros fora da empresa, conforme pode ser verificado pelo trecho a seguir destacado:

Em outros tempos a P&G contava somente com recursos internos e com uma rede de fornecedores confiáveis para inventar, desenvolver e fornecer novos produtos e serviços ao mercado. Nós não buscávamos ativamente um vínculo com possíveis parceiros externos. Da mesma forma, os produtos, as tecnologias e o conhecimento da P&G que desenvolvíamos eram usados quase que exclusivamente para a fabricação e venda dos próprios produtos da P&G. Além disso, nós raramente licenciávamos esses itens para outras empresas. Os tempos mudaram e o mundo está mais conectado. Nas áreas nas quais fazemos negócios, há milhões de cientistas, engenheiros e outras empresas globalmente. Por que não colaborar com eles? Agora, nós abraçamos a inovação aberta e chamamos nossa abordagem de “Conectar + Desenvolver”. Hoje, a inovação aberta na P&G funciona em duas direções, de dentro pra fora e de fora pra dentro, e abrange tudo, de marcas comerciais a embalagens, modelos de marketing a engenharia e serviços de negócios a design. É muito mais do que apenas tecnologia.¹²

Lançado como uma estratégia de inovação, o programa visa estabelecer parcerias externamente para acelerar a inovação e é aplicado em toda a empresa, no mundo todo, abrangendo todas as marcas pertencentes à P&G. Existe, ainda, uma equipe chamada *Global Business Development* (desenvolvimento de negócios globais) especialmente dedicada a melhorar o programa, procurando inovações, trabalhando com possíveis novos parceiros e conduzindo avanços revolucionários na empresa e no mercado.¹³

¹¹ Tradução livre: “Enquanto o trabalho é apenas a primeira onda de pesquisa nesta área, parece haver evidências que sugerem que o poder explanatório da Inovação Aberta não é limitado a um pequeno número de empresas operando em um pequeno número de indústrias de alta tecnologia baseadas nos Estados Unidos.”

¹² Trecho destacado do sítio eletrônico da P&G. Disponível em: <http://www.pgconnectdevelop.com/home/pg_open_innovation0.html>. Acesso em: 08 ago. 2014.

¹³ Laura Becker, gerente geral, Global Business Development e C+D: “Queremos que o Conectar + Desenvolver ajude a criar vários Swiffer Dusters, isto é, inovações realmente revolucionárias que mudem o

2.2 - O PAPEL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Propriedade Intelectual, em sua concepção tradicionalista, é justificada a partir da necessidade de recompensar o agente criador pelo seu esforço de inovação. Sem a perspectiva do retorno do investimento na pesquisa e no desenvolvimento, elementos dispendiosos da atividade econômica, a tendência seria o desaparecimento de interessados em desenvolver novas tecnologias, novos produtos e novas criações artísticas (protégidas por direito de autor). A lógica da proteção jurídica consubstanciada na propriedade intelectual (outorga de uma exclusividade de exploração temporária) é, portanto, a de retorno de investimento e incentivo à continuidade de inovação, para o benefício de toda a sociedade.

O advento da chamada Economia da Informação (ou Sociedade da Informação) traz o conhecimento como elemento indispensável “não apenas ao acesso, mas à permanência no mercado” (FORGIONI, 2012, p. 141). Nesse diapasão, Manuel Castells (2003, p. 69) aponta a característica principal do referido processo de revolução tecnológica experimentado nas últimas décadas, menos pautado na centralidade de conhecimentos e informações e mais atrelado à “aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”.

Entende-se que o paradigma *Open Innovation* realoca a Propriedade Intelectual dentro do sistema de inovação, conferindo-lhe um papel mais pró-ativo e menos defensivo. Assim, esta se torna um elemento vital ao funcionamento das empresas que atuam no mercado de inovação tecnológica, pois o portfólio de propriedade intelectual trafega para dentro e para fora da empresa de forma regular, podendo facilitar o uso do mercado para a troca de conhecimento. Nesse cenário, a estratégia empresarial pode até mesmo focar em doação ou publicação de parte da propriedade intelectual pertencente à empresa.

A inovação aberta pressupõe o compartilhamento de informações e o intercâmbio de conhecimento entre agentes econômicos o que, a princípio, pode ser visto como incompatível com os direitos de propriedade intelectual em sua acepção tradicional. Não obstante a referência feita ao novo papel que a propriedade intelectual desempenha no

mercado, desenvolvam uma categoria e façam com que os consumidores digam: ‘Eu preciso desse produto’”. <http://www.pgconnectdevelop.com/home/pg_open_innovation0.html>. Acesso em: 08 ago. 2014.

âmbito desse paradigma inovador proposto, entende-se que os instrumentos contratuais de licenciamento são elementos chave para equilibrar os diversos interesses envolvidos nos esforços colaborativos para inovar, conforme será demonstrado mais à frente. Antes, procura-se enquadrar a empresa enquanto agente econômico pertencente à lógica do mercado e suas dimensões, superando-se sua acepção de isolamento para enxergá-la como ente apto a dialogar com outros agentes.

3. O MERCADO E SUAS DIMENSÕES

3.1 - O MERCADO COMO UM FENÔMENO POLIÉDRICO¹⁴

Paula Forgioni (2012) propõe que o direito empresarial seja visto para além de seu viés individualista, ou seja, integrado ao direito econômico. Assim, a autora busca demonstrar que a empresa, com suas estruturas e elementos, não só está inserida no mercado, como faz parte de uma ordem econômica, sendo esta a ótica pela qual deve ser examinada.

As modificações fáticas, principalmente a partir de meados dos anos 1980, dentre as quais se destacam a despulverização de empresas, a criação das agências reguladoras e o combate ao abuso de poder econômico através de tutela ao ambiente concorrencial e aos consumidores, fizeram com que a empresa, antes vista de modo vinculado aos atos de comércio, superasse essa visão estática, originando um novo impulso ao direito empresarial, de maneira a vinculá-lo ao econômico, ou seja, relacioná-lo às políticas públicas de desenvolvimento e concorrência.

Sob esse aspecto, aponta-se a insuficiência da aplicação da teoria da empresa, pois esta enxerga a empresa como um fenômeno único e individual (MÜLLER; PORTILHO, 2014). Observando a noção dinâmica da empresa, Forgioni destaca a existência de um novo período de transformações do direito comercial, no qual

¹⁴ Trecho publicado em: PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. *Análise do paradigma Open Innovation: A Lei de Inovação e o mercado enquanto fenômeno poliédrico*. In: DIAS, José Carlos Vaz; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. *A Propriedade Intelectual e os dez anos da Lei de Inovação: conflitos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p. 71- 89.

se supera a visão estática de empresa para encará-la, também em sua dinâmica. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade de empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado. (FORGIONI, 2012, p. 82)

Nesse contexto, torna-se relevante analisar o mercado e as estruturas que o conformam. Importa observar, de plano, que o termo “mercado” é utilizado de forma polissêmica,¹⁵ sendo necessário identificá-lo com maior precisão (identificação do mercado a partir da perspectiva jurídica, bem como de sua função sistêmica) devido à sua qualidade de “eixo do direito comercial” (FORGIONI, 2012, p. 155).

Forgioni busca inspiração na teoria de Asquini¹⁶ sobre os perfis da empresa, que “consiste em adaptar o conceito econômico para distintas categorias jurídicas” (CAVALLI, 2013, p. 94). Asquini visava solucionar o problema da diversidade semântica do termo “empresa”, esclarecendo os significados que o *Codice Civile* italiano de 1942 emprestava a este último. Em seu artigo *Profili dell'impresa*, o autor defende que a ausência de uma definição semântica legislativa seria fruto do fato de que as definições jurídicas de empresa variam conforme a perspectiva pela qual se observe o fenômeno econômico (ASQUINI, 1996, p. 1-2).

Identificando quatro perfis jurídicos da empresa (subjetivo, funcional, patrimonial/objetivo e corporativo), Asquini propôs a dissociação entre o fenômeno econômico e as distintas noções jurídicas que dele decorrem, identificando na empresa “o sujeito que se submete ao estatuto do empresário, a atividade qualificadora desse sujeito, o conjunto de bens que pode ser transferido e a organização de pessoas que deve ser tutelada” (CAVALLI, 2013, p. 97-98).

Conforme leciona Cássio Cavalli (op. cit., p. 96):

¹⁵ O termo é usado, por exemplo, como referência para o local físico onde é desenvolvida uma atividade econômica de compra e venda de produtos alimentícios, como também para uma forma de alocação de recursos em sociedade. Nesse contexto, Maria Rosaria Ferrarese identifica quatro significados do mercado, quais sejam: (i) lugar; (ii) ideologia; (iii) paradigma de ação social; e (iv) instituição. Apud FORGIONI, 2012, nota de rodapé nº 7, p. 155.

¹⁶ Segundo o perfil subjetivo, o conceito econômico de empresa guardaria correspondência com o conceito jurídico do empresário, isto é, sujeito que exerce a atividade. Tomando-se por referência o perfil funcional, a empresa seria equivalente à atividade exercida pelo empresário, sendo que a construção do conceito de empresário se dá a partir do conceito de atividade. Já o perfil patrimonial e objetivo, por sua vez, consistiria na projeção patrimonial do fenômeno econômico da empresa. Esta seria, simultaneamente, o conjunto de relações jurídicas polarizadas no empresário e o estabelecimento empresarial (conjunto de bens organizados pelo empresário para o desenvolvimento da atividade). Finalmente, o perfil corporativo descreve a empresa como instituição, como comunidade de trabalho em que há um núcleo social organizado a partir de relações hierarquizadas e de cooperação (CAVALLI, 2013).

Assim, para o autor, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que possui sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o compõem”. E cada perfil jurídico da empresa cuidará de enfatizar alguns – não necessariamente todos – os característicos econômicos da empresa.

Com efeito, afirma Forgioni (2012, p. 155) que o mercado é um “fenômeno poliédrico”. Uno em sua existência, não pode ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, “todas interdependentes entre si”, isso tendo em vista que assim como um cubo não se mantém com apenas cinco faces, o mercado não o faz sem alguma de suas facetas, ou seja, ele depende de todos os seus perfis para que seja compreendido de forma correta.

A justificativa para o enquadramento do mercado como um fenômeno multifacetado, mais precisamente poliédrico, parte da identificação de suas dimensões. Desta feita, Forgioni (op. cit.) indica as quatro: econômica, política, social e jurídica. A dimensão econômica era relativa, inicialmente, ao local onde as trocas comerciais eram feitas, evoluindo, a partir daí, para a própria ideia de relações comerciais. Enxerga, por conseguinte, o mercado como um locus, físico ou artificial, apto a proporcionar o encontro (de forma regular) entre comprador e vendedor de uma determinada economia.

No que tange à dimensão política, entende-se que esta funciona como elemento determinante da função desempenhada pelo mercado no que concerne à alocação dos recursos na sociedade. Ressalta-se que o mercado não é o único meio de organização dos recursos na sociedade, pois há, por exemplo, correntes liberais e utilitárias que buscam a legitimidade desse sistema por uma lógica de eficiência. Ademais, há o Direito, que como instrumento de implementação de políticas públicas, também desempenha o seu papel na alocação de recursos, a partir de um alinhamento ao mercado que acaba por legitimá-lo. Em suma,

(...) dimensão política do mercado emerge da consideração do papel que a competição (ou o modelo de competição) exercerá como fator de alocação de recursos na sociedade, e sua compreensão é indispensável para situar a função reservada ao direito. (FORGIONI, 2012, p. 162)

A respeito da dimensão social, a autora analisa a importância da função social do mercado, derivada das normas constitucionais, para que haja verdadeiro desenvolvimento

de toda a sociedade. Importa observar, de plano, que as dimensões política e econômica do mercado se dão nos limites trazidos pela dimensão social; uma vez que o mercado já é concebido dentro dessas fronteiras, ele somente pode se desenvolver dentro do seu perfil social, o qual reserva ao direito função diversa além da já explicitada preservação do sistema de produção, a de implementação de políticas públicas com o escopo de concretizar os objetivos sociais constitucionalmente fixados, de onde se denota o controle sobre a força persuasiva do mercado (MÜLLER; PORTILHO, 2014).

Valendo-se do mesmo contexto, Forgioni (op. cit.) apresenta a dimensão jurídica como a responsável pela regulação das relações entre os agentes, de modo a trazer mais segurança e previsibilidade, através do conjunto de regras e princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos, sem perder de vista a histórica importância dos usos e costumes na relação empresarial. Essa dimensão do mercado é responsável pela fusão de suas quatro facetas, solidificando os demais perfis.

Com efeito, são os institutos jurídicos que produzem efeitos econômicos, sendo ambos expressões da ordem jurídica. Destaca Forgioni (op. cit., p. 186) que é inerente ao mercado a existência de normas que o legitimem e regulem:

entre mercado e direito, não existe um antes e um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica. O mercado é, por definição, uma instituição econômica e jurídica ao mesmo tempo, representado pelo seu estatuto jurídico, como tal caracterizado por escolhas políticas.

3.2 - BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA DIANTE DE UM MERCADO MULTIDIMENSIONAL

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa é, simultaneamente, um fundamento da República (art. 1º, IV) e um elemento fundador da Ordem Econômica (art. 170, *caput*).

Sua percepção enquanto fundamento republicano perpassa a noção que o vincula diretamente à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), tendo em vista que significa uma “proteção mais ampla, por abranger a liberdade individual para além da sua dimensão econômica, também na esfera extrapatrimonial” (SAMPAIO, 2009, p. 17).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No que tange à Ordem Econômica, o aludido princípio está balizado por sua perspectiva econômica ao desdobrar-se em liberdade de empresa, liberdade de trabalho, liberdade de produzir e liberdade de contratar.

Art. 170. 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Importa observar, ainda, que o texto constitucional de 1988 prevê a limitação da liberdade de iniciativa – em sentido amplo – através do reconhecimento da ideia de função social, inicialmente atrelada à propriedade privada, conforme extrai-se do art. 170, III, CRFB.

Daí o raciocínio segundo o qual

(...) o agente econômico não possui um direito absoluto de empreender – e contratar – apenas conforme seus interesses individuais, mas a autorização que lhe é conferida pelo ordenamento para atuar no mercado encontra-se delimitada, desde a origem, pelos demais princípios estatuídos na Constituição. (SAMPAIO, 2009, p. 35)

O Código Civil de 2002 também consagra expressamente a noção da função social, tanto em relação à propriedade, quanto ao contrato. Sobre a funcionalização do direito de propriedade, dispõe o artigo 1.228, § 1º, que

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Em relação ao contrato, a previsão do art. 421 é a de que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A extensão da aplicação da função social ao contrato, positivada pelo Código Civil, encontra justificativa constitucional implícita. Isso porque o instituto em comento revela-se um instrumento garantidor da circulação de riqueza e, em última análise, da propriedade. Assim, no “regime constitucional de consagração jurídica das liberdades econômicas, o contrato constitui elemento essencial à circulação das riquezas e, portanto, ao comércio e à concorrência, esta última compreendida como processo de formação de preços no mercado” (*ibid.*, p. 20).

O mesmo se pode aduzir da extensão da função social ao instituto da empresa,¹⁷ entendida como um instrumento legal de exercício da liberdade de iniciativa. Nesse diapasão, considera-se que

¹⁷ É importante salientar que o conceito de empresa também não foi positivado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, é possível extraí-lo a partir da análise do conceito de empresário, conforme seu tratamento pelo art. 966 do Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Por conseguinte, a empresa é um elemento abstrato que se refere ao exercício de uma atividade econômica organizada, objetivando a produção ou a circulação de bens e serviços, por uma pessoa física ou jurídica. Destaca-se que o intuito lucrativo consubstancia-se como relevante aspecto da atividade empresarial, mas não é suficiente para caracterizá-la por si só. Destaca-se que a legislação empresarial brasileira menciona “função social” nos artigos 116 e 154 da Lei 6.404/76, e no artigo 47 da Lei 11.101/05: *Art. 116*. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. *Art. 154*. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. *Art. 47*. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação

A Constituição alçou, implicitamente, também a função social da empresa ao *status de princípio constitucional*, diante do reconhecimento do aumento da importância da atividade econômica exercida pelo particular num regime capitalista, de economia de mercado, onde a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na função social da propriedade. (ALVES; CHAVES, 2014, p. 305)

O fenômeno jurídico da empresa reverbera, assim, no atendimento aos objetivos fundamentais da República, “concepção que transforma os particulares em atores sociais do processo de desenvolvimento brasileiro e lhes confere relevantes papéis, que ultrapassam a mera busca de interesses econômicos próprios” (*ibid.*, loc. cit.).

Com efeito:

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. (COMPARATO, 2008, p. 132)

No mesmo sentido, Arnoldo Wald também justifica a derivação da função social da empresa a partir da função social da propriedade:

(...) a própria Constituição Federal brasileira determina, em seu art. 170, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observando, entre outros, o princípio da função social da propriedade. De fato, a empresa representa um importante elemento na economia, que gera riquezas e está relacionada com o funcionamento do mercado e, em virtude disto, é relevante verificar a sua função social, isto é, o seu papel dentro da comunidade e a forma como está sendo usada. (WALD, 2012, p. 35)

4. OPEN INNOVATION E O MERCADO POLIÉDRICO: contratos envolvendo tecnologia como instrumentos

4.1 - A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS

da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Conforme se demonstrou na seção anterior, a empresa não pode mais ser considerada como epicentro do direito comercial de forma isolada. É necessário entender seu papel dentro do funcionamento do mercado e seus perfis. Com efeito, a atuação da empresa no fenômeno poliédrico do mercado se instrumentaliza a partir dos contratos.

Importa observar, de plano, a definição trazida à baila por Orlando Gomes (1986, p. 26). Segundo o autor, “contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”, representando, assim, um negócio “cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial” (*ibid.*, loc. cit.).

Segundo Forgioni (2012, p. 107), a empresa enquanto agente econômico “não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’ no mercado, e o faz precisamente por meio dos contratos”. À medida que precisa se relacionar com outros agentes econômicos para garantir o desenvolvimento de sua atividade econômica – o que pode ser exemplificado a partir da necessidade de obtenção de insumos, da criação de uma logística de distribuição de produtos, da formação de parcerias para desenvolver uma nova tecnologia etc. – a empresa revela-se nas transações, isto é, em sua capacidade de interação.

Desta feita, as negociações que envolvem empresas e terceiros se mostram de extrema relevância para o direito, pois dão origem a contratos e relações jurídicas que “acabam por constituir o substrato do mercado” (*ibid.*, p. 108). Entende-se, portanto, que o contrato pode ser fonte criadora de riqueza.

Os modelos de inovação aberta, como visto, adotam a estratégia de não centralizar a inovação no departamento interno de P&D. Ademais, as inovações fruto desses laboratórios internos que não são consideradas relevantes para a empresa que as produziram são enxergadas como oportunidades e alavancas negociais para terceiros, restando evidente a importância da instrumentalização das negociações através dos contratos:

Os contratos instrumentalizam esse processo, pois dão às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo da contratação. A autonomia privada é, assim, viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento (*ibid.*, p. 173).

Destaca-se, também, que o processo de inovação enquanto resultado do intercâmbio de experiências e conhecimentos abrange toda uma gama de agentes distintos, como as universidades e os próprios consumidores. Tem-se que o ambiente criado pela Lei de

Inovação (Lei nº 10.973/04) no Brasil busca fomentar a produção científica e tecnológica dos laboratórios de pesquisa vinculados às universidades públicas e privadas, criando condições para que os mesmos possam negociar tecnologia no mercado.

Partindo-se do referencial de inovação aberta como um novo paradigma apto a funcionar na realidade empresarial brasileira, tem-se que os contratos são instrumentos indispensáveis à concretização dessa proposta, conforme será demonstrado a seguir.

4.2 - NEGOCIAÇÃO DE TECNOLOGIA SOB O MODELO *OPEN INNOVATION* INSTRUMENTALIZADA POR CONTRATOS

Tendo em vista que uma das principais características da Propriedade Intelectual (bem como da física) é sua alienabilidade, isto é, sua possibilidade de ser objeto de compra, venda, doação, aluguel e troca (ainda que com limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico), um elemento vital para o sucesso de uma estratégia negocial baseada em *Open Innovation* é a gestão, pela empresa, do seu portfólio de Propriedade Intelectual a partir da captação de valor do conhecimento produzido internamente e, por conseguinte, dos direitos de propriedade intelectual, sem perder de vista que tal proteção pode dificultar a difusão de inovação.

Nesse cenário, destaca-se a gestão jurídico-contratual do conhecimento gerado pelas empresas enquanto vetor de estímulo à inovação aberta (grifos nossos):

The effectiveness of the design of the IPR system depends on the ease (e.g. low transaction costs) with which right holders can enter into licensing and other contractual arrangements involving these rights (Gallini & Scotchmer, 2002) and its functionality as a contractual infrastructure for market signaling and governance. Furthermore, licensing has become of growing importance, partly due to the rise of patenting propensity and strategic patenting, using various patent strategies (fences, thickets, blankets, evergreening, multi-protection, etc). This requires firms to increasingly acquire multiple licenses to avoid risks of litigation when they commercialize an innovation (GRANSTRAND, 2000, 2004; HERTZFELD, Link, & Vonortas, 2001; SHAPIRO, 2001). (BOGERS; BEKKERS; GRANSTRAND, 2012, p. 39)¹⁸

¹⁸ Tradução livre: “A efetividade do desenho do sistema de Direitos de Propriedade Intelectual depende da facilidade (isto é, baixos custos de transação) com que os titulares desses direitos podem licenciar e estabelecer outros arranjos contratuais que os envolvam (...), além da sua funcionalidade enquanto infraestrutura contratual para sinalização ao mercado e governança. Ademais, o licenciamento vem ganhando importância crescente, o que se deve parcialmente ao aumento da propensão ao patenteamento e do patenteamento estratégico (...). Isso demanda que as sociedades empresárias aumentem cada vez mais a aquisição de licenças quando comercializarem uma inovação, a fim de evitar os riscos de litígio”.

Negociar uma tecnologia por meio de contrato¹⁹ objetiva a transferência de direitos de um titular para um adquirente (ou licenciado). Os termos dessa contratação podem envolver todos os direitos atrelados à tecnologia negociada ou apenas uma parte deles.²⁰ Importa observar que as principais considerações envolvidas na contratação normalmente são (i) a exclusividade e (ii) se existe possibilidade de sublicenciar.

É possível que o titular de uma determinada tecnologia deseje negociá-la de forma exclusiva para apenas um adquirente (ou licenciado), ou, ao contrário, para vários licenciados. Algumas restrições que podem ser impostas nos casos envolvendo licenças são: impossibilidade de sublicenciar; área geográfica de atuação; modo específico de comercialização; campo específico para aplicar a tecnologia licenciada; exclusividade total por determinado período etc.

No caso do sublicenciamento, é importante determinar se o licenciado tem ou não a prerrogativa de estabelecer novas licenças com terceiros. Tal decisão depende do objetivo que o licenciante deseja atingir ao negociar sua tecnologia. Por exemplo, se o titular de um direito de propriedade intelectual não tem condições de esgotar a exploração do mesmo, pode conceder uma licença (exclusiva) para um licenciado que irá comercializá-lo. Para que essa exploração ocorra de forma apropriada, pode ser necessário que o licenciado sublicencie, de modo que a concessão da prerrogativa do sublicenciamento deve fazer parte do contrato original.

This strategic decision can give the main licensor the ability to profit from its technology when it does not have the resources to internally commercialization the technology (...) As such, sub-licensing may optimize the overall revenues from a patent. However, if a patent owner is seeking to control the use of its

¹⁹ Utiliza-se aqui a ideia de amplitude semântica no que tange aos contratos de tecnologia, fazendo-se a ressalva de que nos termos da Instrução Normativa n. 16/2013 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), para fins fiscais e cambiais apenas são considerados contratos de transferência de tecnologia os previstos em seu art. 2º: “O INPI averbará ou registrará, conforme o caso, os contratos que impliquem transferência de tecnologia, assim entendidos os de licença de direitos de propriedade industrial (exploração de patentes, exploração de desenho industrial ou uso de marcas), os de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e de prestação de serviços de assistência técnica e científica), os de franquia e os de licença compulsória para exploração de patente. Parágrafo único. O INPI averbará, também, os contratos de cessão de direitos de propriedade industrial (exploração de patentes, exploração de desenho industrial ou uso de marcas), quando o titular desse direito for domiciliado no exterior, conforme disposto no artigo 3º do anexo III, da Resolução BACEN nº 3.844, de 23/03/2010”.

²⁰ Cessão: transferência definitiva de direitos do titular para o adquirente; Licença: o titular licenciante conserva a titularidade do know-how e a possibilidade de seguir com sua exploração (salvo em caso de previsão de exclusividade máxima da licença).

technology, it will avoid sub-licensing. (BOGERS, BEKKERS, GRANSTRAND, 2012, p. 44)²¹

Especificamente em relação ao contexto de *Open Innovation*, vem sendo observado que as estratégias de contratação têm sofrido mudanças, pois as empresas começam a abrir suas fronteiras para fortalecer seus portfólios de propriedade intelectual (*ibid.*). O estabelecimento de parcerias colaborativas para inovação acaba por gerar a opção de contratos baseados em “*packaging*”²² e “*cross-licensing*”²³, por exemplo.

A gestão do conhecimento dentro do cenário de colaboração pretendido pelo paradigma da inovação aberta, portanto, tem no estabelecimento de contratos um de seus instrumentos. Conforme afirmam Bogers, Bekkers e Granstrand (2012, p. 46-47),

*licensing can be the way to manage knowledge transfer in open collaborative innovation, for example when there might conflicting interests. A license is namely by definition an agreement that states the terms of how a piece of knowledge is protected (and partially how it is appropriated) when it is transferred from the licensor to the licensee. There is a variety of different types of elementary licenses, each providing particular permissions, which can in turn be combined to form more complex and more encompassing sets of licenses.*²⁴

Importa observar, ainda, que a ideia de negociação pelo modelo aberto de inovação pressupõe confiança entre as partes, à medida que o compartilhamento de determinadas informações para o estabelecimento de colaborações e parcerias precisa ser utilizado. Ademais, entende-se que cláusulas de confidencialidade podem ser usadas como mecanismos de segurança nas negociações (pré-contratuais e contratuais) envolvendo tecnologia.

²¹ Tradução livre: “Esta decisão estratégica pode dar ao licenciante principal a capacidade de lucrar com sua tecnologia quando este não tem os recursos para comercializar internamente a tecnologia (...) Como tal, o sublicenciamento pode otimizar as receitas totais de uma patente. No entanto, se um titular de patente estiver tentando controlar o uso de sua tecnologia, evitará o sublicenciamento.”

²² O licenciado precisa adquirir um pacote de licenças para poder acessar um ou mais direitos de propriedade intelectual isolado (os).

²³ Troca de licenças entre duas ou mais partes (ambas assumindo papel de licenciante e licenciado).

²⁴ Tradução livre: “O licenciamento pode ser a maneira de gerir a transferência de tecnologia em um contexto de inovação aberta colaborativa, por exemplo, na hipótese de existir conflito de interesses entre as partes. Um contrato é, por definição, um acordo que estipula os termos segundo os quais uma fatia de determinado conhecimento é protegida (e, parcialmente, como é apropriada) quando é transferida do licenciante ao licenciado. Existem diversos tipos contratuais elementares, cada qual determinando permissões específicas, os quais podem ser combinados com intuito de formar conjuntos de contratos mais complexos e abrangentes.”

5. CONCLUSÕES

A inovação, enquanto elemento apto a funcionar como vetor de desenvolvimento, é tratada pelo presente trabalho a partir da proposta do paradigma *Open Innovation*, que pressupõe a abertura do processo para a interlocução com diversas fontes. Nesse contexto, a gestão jurídica da propriedade intelectual desempenha papel extremamente importante, uma vez que o paradigma em comento incentiva a postura pró-ativa dos agentes econômicos envolvidos no processo de produção, desenvolvimento e negociação de tecnologia.

A inovação aberta pressupõe o compartilhamento de informações e o intercâmbio de conhecimento entre agentes econômicos o que, a princípio, pode ser visto como incompatível com os direitos de propriedade intelectual e sua acepção tradicional. Não obstante a referência feita ao novo papel que a propriedade intelectual desempenha no âmbito desse paradigma inovativo proposto, entende-se que os instrumentos contratuais de licenciamento são elementos chave para equilibrar os diversos interesses envolvidos nos esforços colaborativos para inovar.

Entende-se, portanto, que o paradigma *Open Innovation*, em um primeiro momento, está adequado à realidade do mercado brasileiro, visto por todas as suas dimensões e, instrumentalizado a partir dos contratos, elementos fundamentais da gestão jurídica dos portfólios das sociedades empresárias envolvidas com tecnologia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; CHAVES, Vinicius Figueiredo. A empresa numa perspectiva ampliada: harmonização entre interesses e compromissos sociais na indústria do petróleo e gás. In: CONPEDI/UFPB (Org.). *Direito econômico, energia e desenvolvimento*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 295-322. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=217>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p.109-126, out./dez. 1996.

_____. Profili dell’impresa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, v. 41, n. 1, p. 1-20, 1943.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito da Inovação. Comentários à Lei de Federal de Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do Estado (modificações à Lei de Licitações)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOGERS, M.; BEKKERS, R.; GRANSTRAND, O. Intellectual Property and licensing strategies in open collaborative innovation. In: PABLOS HEREDERO, C.; LÓPEZ, D. (Orgs.). *Open Innovation at Firms and Public Administrations: Technologies for Value Creation*. [S.I.]: IGI Global, Hershey, 2012. p. 46-47. Disponível em: <http://www.marcelbogers.com/Pubs/Bogers-Bekkers-Granstrand_2012_ch3_Intellectual-Property-and-Licensing-Strategies-in-Open-Collaborative-Innovation.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014.

BRANDÃO, Clarissa; ZEITOUNE, Ilana. Investimentos em Inovação Tecnológica no setor petrolífero: o caso do Rio de Janeiro. In: ROSADO, Marilda; BRANDÃO, Clarissa; TORRES, Marcos Vinícius (Org.). *Direito do Petróleo e o Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 39-57.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2015.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1964. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Site do Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 04 fev. 2015.

_____. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Site do Planalto*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Port. de Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAVALLI, Cássio. *Empresa, Direito, e Economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CHESBROUGH, Henry. *The Era of Open Innovation*. Sloan Management Review, 44(33): 35-41.

_____. *Open Innovation: A New Paradigm for Understanding Industrial Innovation*. University of California, Berkley: 2005. Disponível em: <http://openinnovation.berkeley.edu/Chesbrough_bookchapters_public.html>. Acesso em: 24 abr. 2014.

_____. *Open Services Innovation: Rethinking Your Services to Grow and Compete in a New Era*. São Francisco: Jossey-Bass, 2011.

_____; VANHAVERBEKE, W.; WEST, J. *Open Innovation: Researching a New Paradigm*. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, José Carlos Vaz; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. *A Propriedade Intelectual e os dez anos da Lei de Inovação: conflitos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Instrução Normativa nº 16, de 18 de março de 2013. Dispõe sobre a normalização para a averbação e o registro de

contratos de transferência de tecnologia e de franquia. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/docs/instrucao_normativa_16-2013.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2015.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LONGMAN. *Longman Advanced American Dictionary*. Pearson Education Limited, 2007.

MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa Portilho. *Inovação Tecnológica e Cooperação entre Universidades e Empresas: a indústria do petróleo em perspectiva*. CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=120abfb5a563189d>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. Ed. em português: FINEP. Disponível em: <http://download.finep.gov.br/imprensa/manual_de_oslo.pdf> Acesso em: 12 jul. 2014.

PROCTER & GAMBLE. *Programa Conectar + Desenvolver*. Disponível em: <<http://www.pgconnectdevelop.com>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2003.

TIGRE, Paulo Bastos. *Gestão da Inovação: A Economia da Tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 8.

OS IMPACTOS DAS VIBRAÇÕES DAS CADEIRAS DE RODAS EM VIAS PÚBLICAS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise transdisciplinar

*THE IMPACTS OF THE VIBRATIONS OF WHEELCHAIRS IN PUBLIC ROADS IN THE
LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: a transdisciplinary analysis*

Carla Ribeiro Volpini Silva;¹

Maria Lúcia Machado Duarte;²

Mariana Ribeiro Volpini Lana.³

Resumo: A dignidade da pessoa possui estreita relação com o direito à igualdade: consiste em um atributo que assegura a todos os indivíduos condições existenciais mínimas para uma vida saudável. O objetivo do artigo é demonstrar os efeitos nocivos das vibrações das cadeiras de rodas nas vias públicas, através do estudo de publicações científicas sobre a Vibração de Corpo Inteiro - VCI.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Mobilidade. Acessibilidade urbana.

Abstract: The human dignity is closely related to the right to equality: it consists an attribute that ensures all individuals minimum existential conditions for healthy living. The aim of this paper is to demonstrate the harmful effects of the wheelchair's vibrations to

¹ Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS. Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade de Itaúna/MG.

² Possui graduação em Engenharia Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC/MG (1987), mestrado em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro COPPE/UFRJ (1990) e doutorado em Mechanical Engineering pelo Imperial College of Science Technology And Medicine (1996). Trabalha desde 1996 na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no Departamento de Engenharia Mecânica (DEMEC), sendo atualmente professora Titular desta instituição. É revisora de algumas revistas e congressos. Tem experiência na área de Engenharia Mecânica e Civil com ênfase em Dinâmica dos Corpos Rígidos, Elásticos e Plásticos. Atua em Vibrações Mecânicas e Vibrações Humanas, além de Acústica em geral, com foco em Análise Modal, Detecção e Localização de Danos em Estruturas, Manutenção Preditiva por Análise de Vibrações. A área de pesquisa atual tem sido Vibrações Humanas, principalmente relacionada aos efeitos da Vibração de Corpo Inteiro (VCI) no conforto, saúde e realização de tarefas (nas mais diversas áreas: Engenharias Mecânica e Civil, Fonoaudiologia, Fisioterapia, Educação Física, dentre outras). Também tem interesse em Vibração de Mão-e-braços (VMB).

³ Doutora (2015) e Mestre em Bioengenharia pela UFMG (2010); Especialista em Fisioterapia Neurológica pela FCMMG (2005); graduada em Fisioterapia pela PUC-MG (2004). Especialista no método Neuroevolutivo Bobath Básico Infantil, Adulto e Baby. Possui experiência na área de Engenharia Mecânica, com ênfase em Bioengenharia, atuando principalmente nos seguintes temas: cadeira de rodas, assento articulado e mobilidade pélvica, além de órteses e equipamentos terapêuticos para reabilitação.

Artigo recebido em 16/10/2015 e aprovado para publicação em 27/08/2018

the users daily, using recently and advanced scientific publications on Whole-Body Vibration – VCI.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Mobility. Urban accessibility.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho transdisciplinar no qual pesquisadores do Direito, da Fisioterapia e da Engenharia Mecânica uniram esforços a fim de demonstrar que os usuários de cadeiras de rodas têm sua mobilidade comprometida ao sujeitarem-se a vibrações de corpo inteiro decorrentes da (in)acessibilidade e falta de estrutura das vias dos centros urbanos.

A dignidade da pessoa apresenta-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

É absolutamente tranquilo na doutrina e na jurisprudência que a Constituição fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana. Essa conclusão decorre de forma muito evidente na leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos da Carta e do status de cláusula pétrea conferido a tais direitos. Com efeito, não há autor de Direito Público ou privado que não destaque a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais. (BARCELLOS, 2011, p. 164)

O Princípio da Dignidade Humana manifesta-se como qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, através de uma visão holística que permite analisar as necessidades e riscos de cada indivíduo.

Dignidade humana e direito à igualdade são institutos que se correlacionam: a dignidade consiste em um princípio que assegura a todos os indivíduos condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar uma participação ativa e corresponsável do indivíduo no direcionamento da sua própria existência. Neste sentido, a busca por condições mínimas de acessibilidade pública e comodidade por parte dos cadeirantes (idosos e deficientes) apresenta-se como direito inerente à sua qualidade de ser humano.

Assim como os cidadãos que não são cadeirantes têm legitimidade para buscar e cobrar das autoridades públicas, das empresas e dos demais cidadãos uma postura ativa na

melhoria das calçadas, estradas, ruas e acessos, também o cadeirante goza da mesma prerrogativa.

A cadeira de rodas é um dos dispositivos mais importantes comumente utilizados por idosos e por deficientes físicos, no entanto, poucos avanços foram feitos em relação à acessibilidade. A maioria das calçadas é estreita e com terrenos irregulares e acidentados, tornando a utilização da cadeira de rodas uma atividade laboriosa (MAEDA; YONESAKI; IKEDA, 2003). A cadeira de rodas vibra durante seu percurso principalmente quando transpõe obstáculos ou passa por superfícies irregulares, resultando em vibração de corpo inteiro (VCI) do cadeirante (VORRINK et al., 2008)

A VCI pode resultar em desconforto, interferir em atividades, causar danos à saúde, dor, enjoos e indivíduos com lesão medular podem provocar espasmos tónicos (ibid.).

A ISO 2631-1: *Mechanical vibration and shock - Evaluation of human exposure to whole-body vibration - Part 1: General requirements*, foi desenvolvida para definir os métodos de coleta, os efeitos e as preocupações com a saúde associadas com a VCI (WOLF et al., 2005). A norma define uma zona de perigo à saúde, caracterizada pela quantidade de VCI considerada insegura. Quando a exposição à vibração é avaliada por um período longo de tempo, níveis acumulativos menores são considerados danosos à saúde. Os efeitos danosos da VCI podem ser desconsiderados quando existe um período de descanso de oito horas, no entanto isso é extremamente raro durante um dia normal de um usuário de cadeira de rodas, seja manual ou motorizada, e por dias, meses e anos, resultando em exposição cumulativa à VCI que causa lesões secundárias (ibid.).

Entender a maneira na qual a vibração é transmitida para o corpo e através do corpo e conhecer as formas de isolamento (por exemplo, por meio de espumas) e de redução da transmissibilidade (por exemplo, através de mudança na postura) é um pré-requisito para compreender como a vibração influencia o conforto, o desempenho e a saúde, e para aprender como abordá-la. A partir desta análise e compreensão, verifica-se a aplicabilidade dos direitos fundamentais a fim de resguardar os direitos dos cadeirantes nas vias públicas e minimizar seus danos à saúde.

Atualmente, pesquisas têm demonstrado os efeitos negativos associados à exposição à VCI em humanos na postura sentada e, diante disso, os usuários de cadeira de rodas vêm sendo uma preocupação.

Assim, o objetivo deste estudo foi pesquisar o que existe publicado sobre a VCI a qual os usuários de cadeira de rodas estão submetidos e analisar os diversos parâmetros (pneus, superfícies, suspensão, espuma do assento) capazes de alterar a transmissão dessa vibração para os cadeirantes, e verificar a violação de preceitos fundamentais de direitos das minorias quando expostos, em cadeiras de rodas, às vias públicas, a fim de contribuir para uma melhor qualidade de vida e uma efetiva dignidade da pessoa humana.

Para a realização deste trabalho, adotou-se o método de pesquisa monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental por meio da consulta a diversos documentos, obras, artigos nacionais e internacionais (bases de dados Pubmed, Science Direct, Periódicos Capes) com o objetivo de apresentar as diversas interfaces e posições acerca da temática proposta.

A avaliação realizada nos artigos encontrados sobre o tema proposto será descrita com uma subdivisão de assuntos. Serão abordados a VCI à qual o usuário de cadeira de rodas está submetido e os fatores que influenciam a transmissibilidade da vibração para o cadeirante por meio de sua cadeira, bem como a relação destes com a observância de direitos fundamentais.

2. VIBRAÇÃO DE CORPO INTEIRO E A SITUAÇÃO DOS CADEIRANTES NAS VIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS: ANÁLISE DOS OBSTÁCULOS E DANOS ENFRENTADOS POR ESTE GRUPO VULNERÁVEL

Indivíduos que utilizam suas cadeiras para locomoção, por um período prolongado durante o dia, associado a rampas, superfícies irregulares e outros obstáculos, podem ser expostos a níveis prejudiciais de VCI. Os níveis prejudiciais podem resultar em lesões secundárias como dor nas costas e no pescoço, dor muscular e fadiga, além de outros efeitos nocivos (WOLF et al., 2005). Embora os usuários de cadeira de rodas estejam frequentemente submetidos à oscilação e ao choque, poucas pesquisas têm sido realizadas para avaliar a vibração experimentada por eles e para descobrir formas de reduzir a VCI que ocorre (*ibid.*).

Diante disso, pretende-se, neste capítulo, conhecer os diversos parâmetros (pneus, superfícies, suspensão e espuma do assento) capazes de alterar a vibração à qual os cadeirantes estão submetidos diariamente.

Fabricantes de pneus têm inovado suas tecnologias com vistas a obter um produto que garanta melhor absorção de choques e menor vibração. A empresa americana Spinergy lançou no mercado internacional um pneu que ao invés da tradicional fibra de aço, utiliza fibra de um polímero sintético. Segundo a empresa este polímero combinado a resistentes produtos químicos, água e compósitos à prova de UV resulta em um material flexível, com força incrível capaz de absorver o impacto de forma mais eficiente em 25%. Além disso, o polímero sintético, por ser mais leve do que a fibra de aço tradicional, garantiria um menor peso de rotação e uma roda com resposta mais rápida.

Vorrink et al. (2008) analisou dois tipos diferentes de pneus e suas capacidades de absorver choque e vibração. Em seu estudo, 13 indivíduos com lesão medular realizaram um teste de obstáculo com os dois tipos de rodas. As vibrações foram medidas com acelerômetros, e espasticidade e desconforto foram avaliados com escalas analógicas visuais. Ele relacionou a capacidade de reduzir a vibração à diminuição do desencadeamento de espasticidade. Concluiu-se, neste estudo que sob as condições de metodologia de pesquisa as quais os testes foram realizados, o pneu Spinergy quando comparado ao pneu padrão não absorveu mais vibração, nem diminuiu o desencadeamento de espasticidade ou melhorou o conforto dos pacientes quando transpondo obstáculos ou superfícies irregulares (VORRINK et al., 2008).

Um estudo anterior realizado por Hughes et al. (2005) comparou o pneu Spinergy com outros dois pneus tradicionais fabricados com fibra de aço e analisou a eficiência energética e o conforto de 20 cadeirantes com paraplegia após percorrerem um trajetória com curvas em diferentes superfícies. Ao fim do estudo observou-se que o pneu Spinergy promovia maior conforto, mas não diferia em termos de eficiência energética dos outros dois pneus avaliados (PEARLMAN et al., 2004).

Por outro lado, algumas pesquisas têm sido conduzidas a respeito da exposição da VCI em diversas superfícies durante a mobilidade com rodas, seja em bicicletas, skates, carrinhos de bebê ou cadeiras de rodas. Os resultados revelam diferenças entre as superfícies, os pavimentos de paralelepípedo, por exemplo, são os com maior transmissibilidade de vibração (WOLF et al., 2003). Portanto, algumas superfícies causariam menos efeitos secundários à vibração que outras.

Wolf et al. (2005), além de ter avaliado a exposição à vibração de 10 indivíduos saudáveis enquanto percorriam nove diferentes superfícies realizando a propulsão da

própria cadeira de rodas, ele hipotetizou que as superfícies, após desgaste relacionado ao clima, resultaria em níveis de VCI consideravelmente menores, por se tornarem mais planas e com menos irregularidades (id., 2007).

Maeda et al. (2003) aplicou um questionário em 33 usuários de cadeira de rodas e os resultados revelaram que a VCI é sentida pelos cadeirantes no pescoço, na coluna e nas nádegas, sendo que a mesma é percebida de forma diferente de acordo com a superfície do terreno e com o tipo de obstáculo pelo qual estão passando, e a vibração afeta, ainda, psicologicamente, o conforto dos mesmos (ibid.).

Pearlman et al. (op. cit.) observou após analisar dados das acelerações tridimensionais do assento de cadeira de rodas de 10 indivíduos que realizaram a propulsão em 6 tipos de calçadas, que superfícies bisotadas com 8 mm não são adequadas para propulsão de cadeira de rodas. Cooper et al. (2004) produziu resultados semelhantes após analisar frequências de percursos em seis superfícies diferentes, o que lhe possibilitou observar que apenas a superfície bisotada com 8 mm produz níveis significantemente altos e prejudiciais de VCI (KAWARCIAK, 2005).

Outra faceta deste estudo observa a suspensão das cadeiras de rodas e o perigo da exposição prolongada às cargas de vibração, às quais os cadeirantes estão rotineiramente expostos e têm motivado o desenvolvimento de cadeiras de rodas mais sofisticadas e melhor adaptadas às demandas da vida diária de seus usuários. Nos esforços para prevenir lesões secundárias, os fabricantes de cadeiras de rodas têm incorporado a suspensão traseira em seus novos projetos (GUNASELVAM; NIEKERK, 2005). Ao posicionar elementos de suspensão entre o eixo e o assento da cadeira de rodas, procura-se reduzir a transmissão de vibrações para o usuário.

Diversos modelos de suspensão foram introduzidos, cada um com um tipo diferente de configuração do elemento de suspensão. Até o momento, três tipos de elementos de suspensão são mais comuns: os elastômeros, as molas e as unidades de amortecimento com mola (ibid.).

Apesar das tentativas dos fabricantes de cadeira de rodas em solucionar os problemas relacionados à vibração, através da colocação de suspensão nas cadeiras de rodas manuais e motorizadas, estudos demonstraram que a suspensão não necessariamente reduz a quantidade de VCI (KAWARCIAK, 2003). Além disso, observou-se com o estudo de Kwarciak et al. (op. cit.) que algumas cadeiras de rodas manuais sem

suspensão apresentam um desempenho melhor quando comparada com outras cadeiras sem suspensão (COOPER et al., 2003).

Cooper et al.(op. cit.) em um Estudo de Caso sobre os sistemas de suspensão, examinou as diferenças na transmissibilidade de choque e de vibração a um usuário de cadeira de rodas manual com e sem a tradicional suspensão no garfo do rodízio da rodinha dianteira e com e sem sistema de suspensão traseira. Observou-se que o sistema de suspensão no garfo do rodízio da rodinha dianteira reduz o choque e a vibração a qual o cadeirante está exposto, enquanto que a suspensão traseira reduz somente alguns fatores relacionados ao choque e à vibração, não sendo melhor que o projeto tradicional da suspensão no garfo do rodízio da rodinha dianteira, como muitas vezes é pensado (GARCIA-MENDEZ et al., 2013).

Um estudo mais recente determinou, após monitoramento por duas semanas de 37 cadeirantes sem úlceras dérmicas, com idade maior que 18 e independentes para realizar transferências, que a VCI a qual estes indivíduos estão sujeitos excede o valor da Norma Internacional, mostrando a necessidade de melhoria nos sistemas de suspensão (REQUEJO, et al., 2008).

Requejo et al. (op. cit.; 2009) utilizou um simulador de vibrações para avaliar se as forças de reação do assento experimentadas por indivíduos do sexo masculino, cadeirantes e com lesão medular são influenciadas pela suspensão da cadeira de rodas, pelas inervações dos músculos do tronco e pela velocidade. Concluiu-se que o sistema de suspensão de uma cadeira de rodas é capaz de reduzir a força e a aceleração experimentada pelos cadeirantes e pode melhorar a função manual dos usuários em termos de conforto e de destreza, especialmente para aqueles indivíduos sem adequado controle de tronco (REQUEJO et al., 2008; DIGIOVINE et al., 2000). Determinou-se também que a exposição à vibração depende do sistema de suspensão, assim como do controle do tronco e da velocidade, e minimizando as forças transmitidas ao cadeirante, melhora-se a qualidade da propulsão da cadeira (*ibid.*).

As espumas das cadeiras também é outro fator a se considerar. Muitos estudos demonstraram os efeitos negativos associados à exposição à VCI em indivíduos na postura assentada, incluindo operadores de máquinas, motoristas de ônibus e caminhão e pilotos de avião. Esforços têm sido feitos na tentativa de minimizar a VCI transmitida para estes trabalhadores através do assento (WOLF et al., 2003).

A habilidade da espuma em minimizar o impacto e a vibração é pouco considerada, embora a VCI durante a propulsão possa diminuir o conforto e aumentar a fadiga, afetando o desempenho desta atividade. Como consequência, o indivíduo pode tornar-se pouco sociável, uma vez que fica cansado rapidamente, além de prejudicar outras atividades de vida diária (DIGIOVINE et al., 2003). Diante disso, determinar uma espuma que minimize os efeitos da vibração é de grande relevância.

DiGiovine et al. (2000) comparou quatro tipos de espumas a respeito de suas capacidades em minimizar a transmissão de vibração da cadeira de rodas para o cadeirante durante a propulsão manual da mesma. Em seu estudo, 10 indivíduos hígidos propeliram uma cadeira de rodas instrumentada com acelerômetros através de 9 obstáculos, sendo 3 repetições para cada espuma. Observou-se que assento composto por uma base de espuma embaixo de uma bolsa de ar ajustável obteve um RMSR significantemente menor e que o assento que consiste numa base de espuma com contornos, embaixo de uma camada de gel, que obteve o maior RMSR, e concluiu que o tipo de material utilizado para compor o assento tem influência sobre a vibração transmitida (id., 2003). O gel tem propriedades reativas inadequadas, pois parece um objeto sólido quando o indivíduo está sob vibração. Isto porque foi desenvolvido para gerar mais alívio de pressão em situações estáticas ou pseudo-estáticas do que absorver vibrações (ibid.). Alguns anos depois, analisou a capacidade, não só do assento, mas também do encosto, em minimizar a transmissão de vibração (GARCIA-MENDEZ et al., 2012). Conclui-se que nem o assento, nem o encosto, analisados isoladamente, produziram resultados melhores ou piores em relação à transmissibilidade, e a causa disso seria a diversidade de características físicas das pessoas com deficiência, que apresentam grande assimetria corporal (GARCIA-MENDEZ et al., 2012).

Wolf et al. (2004) realizou um estudo similar em 32 usuários de cadeira de rodas, sendo 22 mulheres e 10 homens, onde testou quatro espumas mais comumente prescritas para cadeirantes para verificar a capacidade das mesmas em alterar a VCI transmitida para os seus usuários (HUGHES; SAWATZKY; HOL, 2005). Em ambos os estudo (DIGIOVINE et al., 2003) a espuma com uma bolsa de ar ajustável demonstrou ser a mais eficiente para reduzir a vibração transmitida.

Mais recentemente, um estudo avaliou e comparou a transmissibilidade de almofadas comercialmente disponíveis para cadeirantes com dois métodos distintos: 1) de

medição direta de transmissibilidade, enquanto os indivíduos realizam a propulsão de suas cadeiras em diferentes tipos de calçadas e 2) caracterização das almofadas com um sistema específico de testes de materiais combinado a modelos matemáticos da massa do corpo humano. Este estudo concluiu mais uma vez que as almofadas com bolsa de ar apresentam menor transmissibilidade de vibração do que aquelas de espuma ou à base de gel (VANSICKLE et al., 2001).

3. EFEITOS NOCIVOS DA VCI AOS CADEIRANTES: UMA DISCUSSÃO EM CONSTRUÇÃO, BASEADA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A literatura encontrada sobre os parâmetros capazes de alterar a vibração à qual os cadeirantes estão submetidos foi pequena em termos de números, mas bastante rica em termos de conteúdo de informações.

Como pode ser observado, todos os quatro parâmetros pesquisados (pneu, superfície de contato, suspensão e espumas do assento) demonstraram alterar de alguma forma a vibração percebida pelos cadeirantes. Porém, alguns parâmetros parecem ter maior eficácia em minimizar a vibração transmitida que outros.

Sabe-se que os cadeirantes que realizam a propulsão de suas próprias cadeiras ao longo do dia experimentaram altos níveis de vibração que resultam em queda de desempenho, cansaço e lesões (KAWARCIAK; COOPER; WOLF, 2002).

O pneu parece ser o parâmetro com menor expressividade em atenuar a vibração transmitida para os cadeirantes. É interessante observar que o resultado positivo para a atenuação da vibração, para o pneu “especial” Spinergy, aparece somente no estudo qualitativo de Hughes et al. (2005), onde um questionário sobre a percepção de conforto foi aplicado em 20 indivíduos (PEARLMAN et al., 2004).

Quanto às superfícies, todos os estudos demonstraram que superfícies diferentes, promovem níveis diferentes de vibração e que os pavimentos aceitáveis para o itinerário de qualquer cadeirante são aqueles bisotados até 6 mm, pois geram um nível de vibração dentro do limiar permitido.

Os projetos dos sistemas de suspensão são considerados benéficos para os cadeirantes, uma vez que, além de terem como objetivo a redução dos níveis de vibração, estes sistemas apresentam bons resultados nas indústrias de bicicletas e de automóveis.

Porém, não existe nenhum modelo numérico que demonstra essa vantagem e como resultado, o sucesso da suspensão de cadeira de rodas na maior parte permanece não comprovada. Outra questão acerca da suspensão é que as cadeiras de rodas com este sistema são mais pesadas, por isso acumulam mais energia cinética durante uma queda, deixando-a inadequada para absorção de choques em determinadas alturas. Além disso, quando a suspensão está localizada no garfo de rodízio das rodinhas dianteiras, o centro de massa da cadeira de rodas é jogado para frente, resultando em ângulos de impactos maiores e comprometendo o funcionamento do mesmo (DIGIOVINE et al., 2003). Por isso, são necessários mais estudos sobre o peso e o posicionamento ideal do sistema de suspensão da cadeira de rodas para otimizar a redução na vibração.

Os sistemas de assento e as formas de se assentar (postura e tônus muscular, por exemplo) vêm sendo estudados com vistas a determinar a transmissibilidade da vibração. Além disso, modelos humanos têm sido desenvolvidos e utilizados a fim de projetar sistemas de assento otimizados (PAPAOANNOU et al., 2009). Normalmente, as espumas são prescritas por terapeutas com base nas suas propriedades de distribuir a pressão, principalmente sob as tuberosidades isquiáticas e o sacro. Indivíduos ativos precisam de espumas firmes, com o objetivo de realizarem transferências de forma independente; ou de uma espuma leve com o objetivo de minimizar o peso quando sentados em uma cadeira de rodas por tempo prolongado (COMPARATO, 2010). Observa-se que na revisão sobre os sistemas de assento, todos os estudos demonstraram a habilidade das espumas em minimizar a transmissão da vibração. Determinar a espuma adequada para minimizar os efeitos da vibração disponibiliza informação adicional para os terapeutas que indicam e /ou adaptam cadeiras de rodas.

Como a literatura é escassa, o desafio continua sendo o de determinar com precisão a capacidade dos quatro parâmetros analisados em alterar a vibração transmitida. Além disso, percebe-se a necessidade de mais pesquisas recentes sobre o assunto.

Não obstante, a literatura pesquisada permite concluir que a VCI apresenta-se como fator que prejudica a qualidade de vida do indivíduo que se utiliza da cadeira de rodas para locomoção, prejudicando seu tratamento/recuperação, influenciando na perspectiva da dignidade humana destes cidadãos.

4. VCI E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM BUSCA DA HARMONIZAÇÃO A FIM DE GARANTIR A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

A menção à dignidade humana remonta à Declaração Universal dos Direitos do Homem que foi proclamada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A DUDH traz em seu âmago a necessidade de que todos os povos e nações, tendo sempre em mente os direitos humanos fundamentais estatuídos em seu texto, se esforcem para promover e assegurar o respeito a esses direitos, através da adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional.

Os chamados “direitos humanos” dizem respeito, portanto, aos pressupostos necessários de toda e qualquer ordem jurídica.

Muitas vezes se confunde os “direitos humanos” com os direitos naturais - advindos da própria natureza humana -; outras vezes se diferencia os direitos humanos dos fundamentais devido à extensão universal dos primeiros ao passo que os segundos seriam aqueles protegidos pelo ordenamento jurídico interno de um país.

Neste último sentido há doutrinadores que diferenciam os “direitos humanos” dos “direitos fundamentais”, afirmando que enquanto os primeiros possuem a qualidade de normas moralmente justificadas, ainda que não reconhecidas constitucionalmente, os direitos fundamentais consistem em normas constitucionais, dotadas de valor de direito positivo. (COMPARATO, 2001, p. 227).

No entanto, se há distinção semântica entre direitos humanos e direitos fundamentais, esta não é admissível no campo pragmático, uma vez que a proteção de ambos é indispensável para preservação da dignidade do homem. (ZISMAN, 2009, p. 2)

Para os fins deste trabalho não se adotará a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, partindo-se da premissa de que os direitos humanos são fundamentais e os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados pelo ordenamento de determinado país.

O artigo 28 da DUDH prevê que “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. Robert Alexy afirma que esta previsão diz respeito ao direito de institucionalização, uma vez que, como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efetividade. (ALEXY, 1999, p. 57)

Neste sentido, os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento seja garantido no plano interno de cada país. Assim, pode-se dizer que existem dois planos principais de institucionalização dos direitos humanos: o nacional e o internacional, devendo estes estar interligados.

No plano interno, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a dignidade humana é um dos fundamentos do país. Como fundamento, entende-se aquilo que sustenta e orienta. Neste sentido, a dignidade humana deve orientar toda a aplicação dos direitos fundamentais previsto na CR/88. Significa dizer, ainda, que somente é possível falar em efetivação de direitos fundamentais se estes respeitam e contribuem para a consagração da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ingo Sarlet (2001, p. 122), a dignidade é a essência do ser humano, consistindo em bem jurídico absoluto: inalienável, irrenunciável e intangível. Segundo o autor, a dignidade pode ser vista como “a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distingua das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”, atestando que “todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade”. (*ibid.*, p. 30-31)

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) dispõe que “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: (...). Nos setenta e oito incisos seguintes, o artigo 5º da CR/88 consagra direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pelos demais indivíduos, haja vista que compõem a própria noção de dignidade humana.

Desta forma, é que se afirma que os cadeirantes, assim como os demais indivíduos, são detentores de direitos fundamentais que integram o sentido de dignidade humana. Em outras palavras, a dignidade humana apresenta-se como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, haja vista que se configura como elemento base para a concretização de todos os demais direitos fundamentais.

Permitir que os cadeirantes sejam expostos constantemente à VCI, sem uma preocupação efetiva das empresas e autoridades públicas em modificar esta realidade, apresenta-se incompatível com a defesa dos direitos fundamentais garantidos na CR/88, especificamente o direito a uma qualidade de vida igual a dos demais indivíduos, não

contribuindo para a materialização da dignidade humana.

Poder-se-ia ainda questionar: o que vem a ser esta dignidade da pessoa humana? Trata-se, segundo Ingo Sarlet, da qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado (SARLET, 2001, p. 60). Neste sentido, a dignidade humana pode ser entendida como direito inerente ao ser humano, que assegura a este condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de contribuir para a participação ativa e corresponsável do indivíduo no seu futuro e da própria sociedade.

O Brasil ratificou a Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência (Decreto Legislativo nº. 186/2008), o qual dispõe, dentre seus preceitos, a necessidade de se garantir acessibilidade ao portador de alguma deficiência. Segundo a convenção, garantir acessibilidade significa “assegurar às pessoas com deficiência o acesso, *em igualdade de oportunidade com as demais pessoas*, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação”.

Assegurar o acesso em igualdade de oportunidade com as demais pessoas significa possibilitar que o cadeirante se locomova sem expor-se a um fator alheio a sua vontade - VCI - que afete sua qualidade de vida. Os indivíduos que não são cadeirantes não sofrem com a VCI como os cadeirantes, os quais necessitam de uma especial atenção das empresas - na fabricação de cadeiras de rodas que atendam às peculiaridades da estrutura das cidades - bem como das autoridades públicas, na manutenção de espaços públicos adequados às características do cadeirante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo apresentado pelos trabalhos encontrados e a comparação de seus resultados permitem concluir que o problema da VCI tem sido reconhecido pelos usuários de cadeira de rodas e esforços têm sido feitos para mensurar a quantidade de vibração transmitida para os cadeirantes durante a propulsão da cadeira, assim como avaliar os diversos parâmetros capazes de alterar essa transmissão. No entanto, mais estudos são necessários para uma completa compreensão das relações entre os parâmetros estudados e a transmissibilidade da vibração.

A tarefa de viabilizar uma melhor qualidade de vida aos cadeirantes não incumbe apenas ao poder público, mas também à sociedade civil, por meio da atuação das empresas, por exemplo, em busca de inovações no campo da engenharia a fim de possibilitar maior comodidade àquele que utiliza a cadeira de rodas como meio de locomoção permanente.

Viver em democracia pressupõe o respeito à cidadania e à dignidade humana de cada indivíduo, respeitadas as suas particularidades. A cidadania exige de cada um e de todos a prioridade na construção de espaços coletivos que atendam a um número indeterminado de pessoas, respeitando-se os direitos individuais, bem como na possibilidade de se encontrar no mercado produtos que atendam a todos os indivíduos, respeitadas as suas características individuais.

Neste sentido, a fim de garantir melhores condições de vida aos cadeirantes e minimizar a exposição à VCI, tão prejudicial ao seu desenvolvimento/recuperação, é que a acessibilidade apresenta-se como importante mecanismo na construção de uma sociedade efetivamente democrática, haja vista que busca garantir espaços que apresentam condições de acesso a todas as pessoas, independentemente de suas habilidades individuais, proporcionando a participação de todos nas atividades cotidianas com segurança, autonomia e conforto.

No entanto, a real acessibilidade apenas será alcançada com a participação/atuação da sociedade civil (empresas e pessoas físicas) e também do poder público na busca de ambientes e instrumentos verdadeiramente inclusivos, de forma que os cidadãos que se valham de cadeiras de rodas possam exercer suas atividades da mesma forma e com o mesmo conforto que os cidadãos que se utilizam do corpo para locomoção.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CHUNG BM. Dynamic Response of Wheelchair Cushions to the ISO Impact Damping Test. In: Southern Biomedical Engineering Conference, 25., 2009, Miami, Florida, USA. *IFMBE Proceedings*, 24 mai. 2009. p. 4: 47-50.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COOPER, R.A.; WOLF, E.; FITZGERALD, S.; KELLEHER, A.; AMMER, W.; BONINGER, M.; COOPER, R.. Evaluation of selected sidewalk pavement surfaces. *Journal of Spinal Cord Medicine*, 27(4): 468-475, 2004.

COOPER, R.A.; WOLF, E., FITZGERALD, S.G., BONINGER, M.L., ULRERICH, R., AMMER, W.A.. Seat and footrest shocks and vibrations in manual wheelchairs with and without suspension. *Arch Phys Med Rehabil*. 84:.96-102, 2003.

CRUZ, Bárbara. et. al. *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas*. Coimbra: Almedina, 2011.

DIGIOVINE, C.P.; COOPER, R.A.; WOLF, J.H.; CORFMAN, T.. Analysis of vibration and comparison of four wheelchair cushions during manual wheelchair propulsion. *RESNA*, jul. 2000.

DIGIOVINE, C.P.; COOPER, R.A.; FITZGERALD, S.G.; BONINGER, M.L.; WOLF, E.J.; GUO, S.. Whole-body vibration during manual wheelchair propulsion with selected seat cushions and back supports. *IEEE Trans Neural Syst Rehabil Eng*, 11(3):311-22, 2003.

DHINGRA, H.S.; TEWARI, V.K.; SINGH, S.. Discomfort, pressure distribution and safety in operator's seat – A critical review. *Agricultural Engineering International: the CIGR Journal of Scientific Research and Development*, jul. 2003.

GARCIA-MENDEZ, Y.; PEARLMAN, J.L.; BONINGER, M.L.; COOPER, R.A.. Health risks of vibration exposure to wheelchair users in the community. *J Spinal Cord Med*, 36(4):365-75, jul. 2013.

GARCIA-MENDEZ ,Y.; PEARLMAN, J.L.; COOPER, R.A.; BONINGER, M.L.. Dynamic stiffness and transmissibility of commercially available wheelchair cushions using a laboratory test method. *J Rehabil Res Dev*, 49(1):7-22, 2012.

GUNASELVAM, J.; NIEKERK, J.L.. Seat selection guidelines to reduce whole-body exposure levels in the SA mining industry. *The Journal of The South African Institute of Mining and Metallurgy*, 105: 675-686, 2005.

HUGHES, B.; SAWATZKY, B.; HOL, A.T.. A Comparison of Spinergy Versus Standard Steel-Spoke Wheelchair Wheels. *Arch Phys Med Rehabil*, 86: 596-601, 2005.

KAWARCIAK, A.M.. *Performance analysis of suspension manual wheelchairs*. Thesis (Master's Thesis), School of Engineering, University of Pittsburgh, 2003, 88 p.

KAWARCIAK, A.M.; COOPER, R.A.; AMMER, W.A.; FITZGERALD, S.; BONINGER, M.; COOPER, R.. Fatigue Testing of Selected Suspension Manual Wheelchairs Using ANSI/RESNA Standards. *Arch Phys Med Rehabil*, 86:123-129, 2005.

KAWARCIAK, A.M.; COOPER, R.A.; WOLF, E.J.. Effectiveness of rear suspension in reducing shock exposure to manual wheelchair users during curb descents. In: Proceedings of the Rehabilitation Engineering and Assistive Technology Society of North America, 25., Conference RESNA, jun./jul. 2002. 365-367.

MAEDA, S.; FUTATSUKA, M.; YONESAKI, J.; IKEDA, M.. Relationship between questionnaire survey results of vibration complaints of wheelchair users and vibration transmissibility of manual wheelchair. *Environmental health and preventive medicine*, 8(3):82-89, jul. 2003.

PAPAIOANNOU, G.; MITROGIANNIS, C.; FIEDLER, G.; HOSTENS, I.; SPAEPEN, A.. Comparison of several seating solutions designed for prolonged sitting and car driving with transportation-oriented wheelchair. *Brazilian Journal of Biomotricity*, 3(2):194-207, 2009.

PEARLMAN, P.; COOPER, R.; WOLF, E.; KELLEHER, A.; FITZGERALD, S.; AMMER, W.. Vibration during manual wheelchair propulsion over selected sidewalk surfaces are sensitive to weather-related surface wear. *RESNA Conference*, 2004.

REQUEJO, P.S.; KERDANYAN, G.; MINKE, J.; ADKINS, R.; WATERS, R.. Effect of rear suspension and speed on seat forces and head accelerations experienced by manual wheelchair riders with spinal cord injury. *Journal of Rehabilitation Research & Development*, 45(7): 985-996, 2008.

REQUEJO, P.S.; MANEEKOBKUNWONG, S.; MCNITT, G.J.; ADKINS, R.; WATERS, R.. Influence of hand-rim wheelchairs with rear suspension on seat forces and head acceleration during curb descent landings. *Journal of Rehabilitation and Medicine*, 41(6): 459-466, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VANSICKLE, D.P.; COOPER, R.A.; BONINGER, M.; DIGIOVINE, C.P.. Analysis of vibration induced during wheelchair propulsion. *Journal of Rehabilitation Research and Development*, 38(4): 409-21, jul./ago. 2001.

VORRINK, S.N.W.; WOUDE, L.H.V.; MESSENBERG, A.; CRIPTON, P.; HUGHES, B.; SAWATZKY, B.J.. Comparison of wheelchair wheels in terms of vibration and spasticity in people with spinal cord injury. *Journal of Rehabilitation Research & Development*, 45(9): 1269-1280, 2008.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *Mechanical vibration and shock - evaluation of human exposure to whole body vibration - part 1: general requirements*, 1997. ISO 2631-1:1997.

WOLF, E.; COOPER, R.A.; PEARLMAN, J.; FITZGERALD, S.; KELLEHER, A.; COLLINS, D.; BONINGER, M.; COOPER, R.. Vibration exposure of individuals using wheelchair over sidewalk surfaces. *Disability and Rehabilitation*, 27(23): 1443-1449, 2005.

WOLF, E.; COOPER, R.A.; PEARLMAN, J.; FITZGERALD, S.; KELLEHER, A.. Longitudinal assessment of vibrations during manual and Power wheelchair driving over select sidewalk surfaces. *Journal of Rehabilitation Research & Development*, 44(4): 573-580, 2007.

WOLF, E.; COOPER, R.; KELLEHER, A.; FITZGERALD, S.; AMMER, W.. Assessment of vibration during manual wheelchair propulsion over selected sidewalk surfaces. *RESNA Conference*, 2003.

WOLF, E.; COOPER, R.A.; DIGIOVINE, C.; BONINGER, M.; GUO, S.. Using the absorbed Power method to evaluate effectiveness of vibration absorption of selected seat cushions during manual wheelchair propulsion. *Medical Engineering & Physics*, 26: 799-806, 2004.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material.* Revista dos Tribunais on line. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* v. 67, p. 32, abr. 2009.

BREVE ESTUDO SOBRE O MICROSSISTEMA JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

BRIEF STUDY ON THE MICROSYSTEM LEGAL DISABILITY

Eliton Costa de Souza Costa;¹

Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson;²

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson.³

Resumo: Na quadra histórica em que vive o Brasil, onde quase 25% da população é detentora de alguma deficiência, chegando em alguns estados da federação a ultrapassar a marca dos 27%, segundo o senso de 2010, vem-se por questionar que tutelas jurídicas o direito vem proporcionando a essa parcela tão significativa. Nesse estudo será trazido à baila a recentíssima Lei nº 13.146/15 que lavra o Estatuto da pessoa com deficiência, a qual oferta uma nova modelagem jurídica ao tratamento destinado à inclusão de pessoa com deficiência, inovando em certos momentos e consolidando outras matérias, tudo em favor da promoção da dignidade da pessoa humana. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de

¹ Cientista social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte com Pós-graduação em Antropologia da mesma instituição. Possui experiência nas áreas de Sociologia e Antropologia, com ênfase em Antropologia do comportamento urbano. É consultor nas áreas da Pessoa com Deficiência e Idosos, atua principalmente no seguinte tema: LIBRAS, cultura e surdez no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN).

² Possui graduação em Enfermagem pela Universidade Estadual da Paraíba (2000) Licenciatura plena em enfermagem. Especialização em Formação Profissional na Área de Saúde (Fiocruz/UFRN), Saúde da Família (Universidade Castelo Branco) e em Enfermagem do Trabalho (Facisa), Educação, desenvolvimento e políticas educativas (FIP). Mestrado interrompido em Ciências da Educação pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Doutora em Educação UFRN (2013), Enfermeira da Estratégia Saúde da Família de 2001 a 2013, Coordenadora e docente da graduação em Enfermagem do UNIFACEX. Coordenadora e docente da pós-graduação *lato sensu* em Saúde Coletiva com ênfase na Estratégia Saúde da Família. Tem experiência na área de Promoção à Saúde, Educação em Saúde, Práticas Integrativas e Complementares à Saúde, Ludicidade, Pedagogia Vivencial Humanescente, Saúde Pública enfocando a Estratégia Saúde da Família exercendo a docência desde o ano de 2000. Líder do grupo de pesquisa "Enfermagem nas ações promocionais à saúde: uma abordagem interdisciplinar" UNIFACEX. Pesquisadora no grupo de pesquisa Corporeidade, Transdisciplinaridade e Saúde- ECOTRANS, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

³ Graduou-se em direito pela Universidade Potiguar (2004). Especializou-se em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (2007), bem como na área de Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar (2007). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009). Foi professor da Faculdade de Ciências Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte - FACEX, por um período de 5 anos, tendo lecionados as cátedras de Direito Penal - I, Direito Penal II, Direito Penal III, Direito Penal IV, Direito Processual Penal - I e Direito Processual Penal - II, Direito Processual Constitucional, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito da Seguridade Social. Lecionou nas pós-graduações "lato sensu" em MBA em Gestão Pública, MBA em Gestão Financeira, MBA em Auditoria e Perícia Contábil, em Elaboração e Gerenciamento de Projetos e em Assistência Sócio-jurídica e Segurança Pública. Atualmente, professor de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN.

Artigo recebido em 13/11/2015 e aprovado para publicação em 05/11/2017

análise qualitativa e dos métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo estudar o plexo de direitos e garantias relacionado com as pessoas com deficiência, desenhando o microssistema jurídico especial galgado pela normatividade extraída da Constituição e dos diversos ramos do Direito.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Direitos.

Abstract: In Brazil, where almost 25% of the population is disabled, some states in the federation have exceeded the mark of the 27% of people with disabilities, according to the sense of 2010, it is questioned which legal tutelage or law has been providing to such a significant portion of the Brazilian population. This study will bring to light the most recent Law 13.146/15, which lays down the Statute of Persons with Disabilities, which offers a new legal modeling to the treatment for the inclusion of persons with disabilities, innovating at certain moments and consolidating other matters, all in Promote the dignity of the human person. The screen survey, using a methodology of qualitative analysis, using the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, has as background the study of the plexus of rights and guarantees related to people with disabilities, drawing the special juridical microsystem based on the normativity extracted from the constitution and the various branches of law.

Keyword: Disabled people. Dignity of human person. Existential minimum. Rights.

1. INTRODUÇÃO

A figura da deficiência como algo diferente do tido como “normal” sempre foi tratado com teor pejorativo, às vezes relacionado com forças malignas, cuja “imperfeição” acarretava a morte do recém-nascido, na idade antiga.

Por muito tempo a deficiência fora vista, exclusivamente, pela perspectiva médica, de forma isolada, associada a alguma patologia. Em suma, ser deficiente era ser uma pessoa doente.

A percepção médica da deficiência falha por não visualizar o incidente de forma contextualizada, vendo a deficiência em si mesma como problema de um indivíduo que foge de um padrão homogeneizado do ser perfeito.⁴

⁴ “O modelo médico de deficiência atribui os problemas encontrados pela pessoa com deficiência à sua própria condição, ou seja, condição de possível incapacidade de preencher as condições necessárias para a participação social. (...). A deficiência assume o significado de doença, e toda e qualquer intervenção educacional busca promover intervenções que curem o problema da pessoa com deficiência. Portanto, em educação se assume uma constante preocupação com o diagnóstico da deficiência, buscando classificar o anormal para depois intervir, assim, o professor com seu olhar diagnóstico deve ser capaz de avaliar e realizar o tratamento no sentido da cura. (...)”. (CARVALHO, Renata Corcini; NAUJORKS, Maria Inês. Representações sociais: dos modelos de

Entretanto, com um olhar voltado ao modelo social, percebemos que a deficiência não está no indivíduo, mas sim nas barreiras existentes da dinâmica de interação entre corpo social e pessoa. O deficiente não o é de fato, mas sim diferente, como todos assim o são. Nessa modelação tem-se em seu bojo o reconhecimento da diversidade que compõe a sociedade.⁵

Nesses termos explicita Claudia Werneck:

O *Social Disability Movement* provou que as dificuldades – ou a maior parte das dificuldades – enfrentadas por pessoas com deficiência são resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações e as sequelas físicas, intelectuais, sensoriais e múltiplas de cada indivíduo.

De acordo com o modelo social, a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as sequelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas sequelas. Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com e sem deficiência) e a sociedade.

Ao mesmo tempo em que as limitações de uma pessoa são uma realidade concreta, já há um entendimento claro de que a deficiência é apenas uma das características daquele indivíduo, uma parte, que não deve refletir o seu todo.⁶

No modelo de concepção social da deficiência, uma visão mais moderna e de caráter humanescente se encontra no seio da definição de pessoa com deficiência dada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova York, em 2007 e ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 6.949/09:

deficiência a leitura de paradigmas educacionais. In: *Revista de Educação Especial*, Santa Maria, n. 27, 2006, p. 02. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4345>>. Acesso em: 20 out. 2015).

⁵ “Nessa perspectiva, a problemática da deficiência não está na pessoa que apresenta tal condição, mas na forma como a pessoa deficiente é concebida na sociedade. Assim, o modelo social reconhece a singularidade da pessoa e não a sua deficiência, singularidade essa que a torna diferente de todas as outras pessoas, pois se parte do entendimento de que cada pessoa é única. Nesse sentido, a sociedade deve adaptar-se para responder as necessidades de todos os seus membros, pois o contexto social assume papel decisivo como favorecedor ou impedidivo do processo de desenvolvimento das pessoas que nele se encontram inseridas”. (CARVALHO, Renata Corcini; NAUJORKS, Maria Inês. Representações sociais: dos modelos de deficiência a leitura de paradigmas educacionais. In: *Revista de Educação Especial*, Santa Maria, n. 27, p. 02, 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4345>>. Acesso em: 20 out. 2015).

⁶ WERNECK, Claudia. *Manual sobre desenvolvimento inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2005, p. 27. “O modelo social tem permitido à pessoa com deficiência retomar o controle de sua própria vida e ainda ter o poder de tomar decisões nos meios sociais, participando ativa e politicamente de sua comunidade. Esta abordagem leva a compreender que o problema não está na pessoa ou na sua deficiência, mas que a deficiência assume uma dimensão social que leva à exclusão. Este modelo argumenta do ponto de vista sociopolítico, que a deficiência resulta da falha da sociedade (...).” AUGUSTIN, Ingrid. Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, 9., 2012. *Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva*, 2012, p. 02 Disponível em: <http://www.portalanpedsl.com.br/admin/uploads/2012/Educacao_Especial/Trabalho/08_07_19_1427-7299-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

É fulcral a necessidade da mudança do paradigma social de forma a perceber a pessoa com deficiência como pessoa, como mais um integrante da sociedade, derrubando os muros do preconceito, pois estar-se-á a marginalizar quase ¼ da população brasileira, como constato no censo do IBGE de 2010.

Tabela 01 – Quantitativo proporcional de pessoas com deficiência por Estado – Brasil, 2010⁷

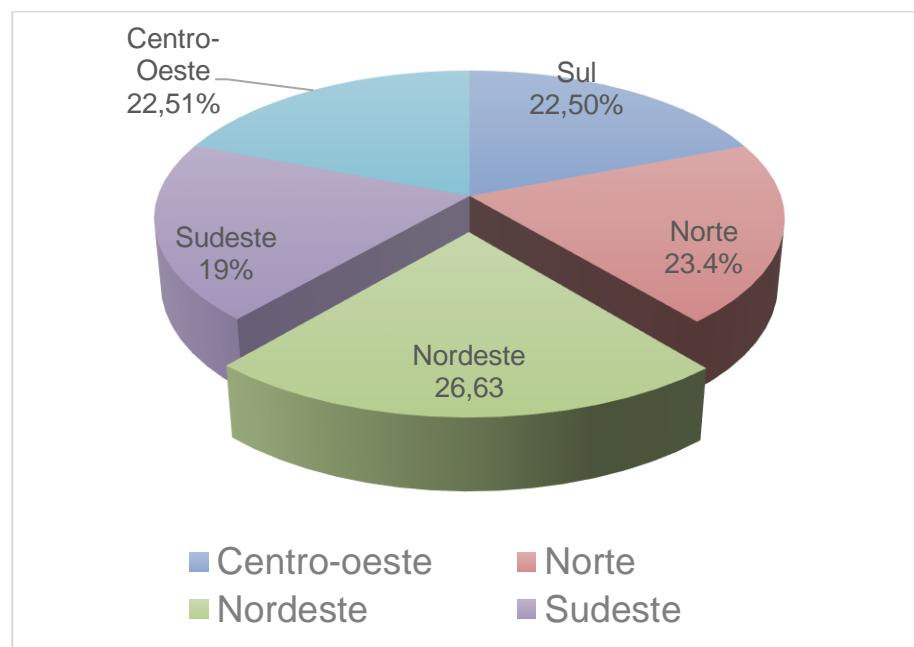
Unidade da Federação	População com deficiência	%*
Rio Grande do Norte	882.681 hab	27,86
Paraíba	1.045.631 hab	27,76
Ceará	2.340.150 hab	27,69
Piauí	860.430 hab	27,59
Pernambuco	2.426.106 hab	27,58
Alagoas	859.515 hab	27,54
Bahia	3.558.895 hab	25,39
Maranhão	1.641.404 hab	24,97
Rio de Janeiro	3.900.870 hab	24,4
Rio Grande do Sul	2.549.691 hab	23,84
Amapá	158.749 hab	23,71
Pará	1.791.299 hab	23,63
Espírito Santo	824.095 hab	23,45
Goiás	1.393.540 hab	23,21
Amazonas	791.162 hab	22,71
São Paulo	9.349.553 hab	22,66

⁷ Cf. BRASIL. *Cartilha do censo 2010 – pessoas com deficiência*. 2012. Disponível em: <<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/cartilhasdeficiente/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015, p. 11.

Minas Gerais	4.432456 hab	22,62
Acre	165.823 hab	22,61
Distrito Federal	574.275 hab	22,34
Tocantins	307.350 hab	22,22
Rondônia	345.411 hab	22,11
Mato Grosso	669.010 hab	22,04
Paraná	2.283.022 hab	21,86
Mato Grosso do Sul	526.672 hab	21,51
Santa Catarina	1.331.445 hab	21,31
Roraima	95.774 hab	21,26
Brasil	45.623.910 hab	23,92

Como fica demonstrado, é a região Nordeste que possui um quantitativo maior, proporcionalmente, de pessoas com deficiência, destacando-se os estados do Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará como os Estados com o maior índice percentual, atingindo as casas acima de 27% da sua população.

Gráfico 01 – Quantitativo proporcional de pessoas com deficiência nas grandes regiões – Brasil, 2010⁸



⁸ Cf. BRASIL. *Cartilha do censo 2010 – pessoas com deficiência*. 2012. Disponível em: <<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/cartilhasdeficiente/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015, p. 11.

É em face dessa realidade, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, que buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa no sistema jurídico brasileiro, sobre o plexo de direitos construídos para as pessoas com deficiência a fim de resgatá-las dessa marginalização social, efetivando-se o princípio da igualdade material através de ações e políticas afirmativas.

2. DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO MATÉRIA DE STATUS CONSTITUCIONAL

A matéria sobre tratados internacionais sofreu uma nova modelagem a partir da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04, a qual ficou conhecida como “reforma do poder judiciário”, acrescentando o §3º, no art. 5º, com a seguinte prescrição:

Art. 5. (...)

§ 3º 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.

Além disso, em 2006, por meio do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o STF completa esse processo de redesenramento do direito dos tratados. Doravante, é fulcral definir a figura do tratado internacional.

O tratado internacional seria um acordo escrito entre os Estados ou organizações internacionais, sobre uma matéria de interesse comum, regido pelo direito internacional, o qual pode conter dois ou mais documentos, como anexos e protocolos, em que estes auxiliam na regulamentação do documento principal.⁹

Os tratados internacionais assim são conceituados por Valério Mazzuoli:

(...). Portanto, sob o aspecto que ora nos ocupa, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, regido pelo

⁹ Assim encontra-se definido a figura do tratado na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, firmado em 1969: “‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

direito das gentes e visando à produção de efeitos de direito para as partes contratantes. (...)¹⁰

Era consolidado, na jurisprudência do STF, a teoria da equivalência legislativa entre os tratados internacionais e as leis ordinárias, ou seja, os tratados internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional, adentravam no sistema jurídico brasileiro com status de lei ordinária. Essa teoria prevaleceu por mais de três décadas na jurisprudência do STF.

A partir de uma decisão, em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 466343/SP, rel. Min. Cesar Peluso, 22.11.2006),¹¹ ao tratar da prisão civil do depositário infiel, previsto no art. 5º, LXVII e sua análise conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconheceu que tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o quórum de 3/5, em dois turnos, em cada casa do Congresso (procedimento respectivo das emendas constitucionais) deveriam portar o status normativos de supralegalidade. Ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da norma constitucional.

De tal sorte, em matéria de tratados internacionais, tem-se as seguintes equivalências: tratados internacionais que não sejam de direitos humanos aderem ao patamar de lei ordinária; tratados internacionais de direitos humanos que obedecerem a regra do art. 5º, §3º da Constituição, teriam status de emendas à constituição; por fim, tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados segundo os trâmites de emenda constitucional, teriam o porte de dispositivos supralegais.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Públíco*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 133.

¹¹ “Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello”. (RE-466343) (Grifos nossos). Informativo nº 449, de 20 a 24 de novembro de 2006 do STF. (Grifos nossos)



Diga-se que até a presente data, o único tratado/convenção internacional ratificado segundo a regra constitucional do art. 5º, §3º da Constituição Federal foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgado através do Decreto nº 6.949/09.

De tal sorte, a normativa da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem status constitucional, agregando-se ao bloco de constitucionalidade, determinando o conjunto de regras e princípios basilares para a estruturação de um direito garantidor para as pessoas com deficiência no Brasil.

Lembrar o ensinamento da professora Flávia Piovesan, que ao interpretar o §2º do art. 5º da Constituição Federal,¹² entende que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação ser de Emenda Constitucional, vêm por incorporar-se ao sistema jurídico brasileiro com status de norma constitucional em face, dentre outras coisas, do caráter materialmente constitucional dos direitos fundamentais, vindo tais tratados, especialmente aqueles anteriores à EC nº 45/04, a compor o bloco de constitucionalidade da ordem brasileira.¹³

¹² Art. 5º. § 2º 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.

¹³ “A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhe natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124)

Segue a lapidar lição da professora Flávia Piovesan:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.¹⁴

Nessa ótica interpretativa, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência teria status de norma constitucional, independentemente da obediência do quórum qualificado,¹⁵ determinado no art. 5º, §3º da Constituição. Portanto, comporia o plexo de direitos fundamentais tendo em vista o caráter especial desses tratados que remete a diversas obrigações entre o Estado e o cidadão, em atendimento ao princípio da prevalência da norma mais favorável, consolidando, assim, a visão da Constituição como uma ordem jurídica fundamental aberta.

Todavia, em decorrência do processo de constitucionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não apenas no seu aspecto material, mas também em seu aspecto formal, a presente convenção não está suscetível ao processo de denúncia, ou seja, de retirada do Brasil da Convenção, compondo esses direitos e garantias das pessoas com deficiência conteúdo de cláusula pétrea, o qual constitui limite

¹⁴ Ibid., p. 118.

¹⁵ “Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138)

material para alteração da constituição, conforme o art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988.^{16¹⁷}

Em suma, com o processo de constitucionalização formal da Convenção, há uma renúncia ao direito de retirada do tratado ou convenção.

Além do mais, por tratar-se de direitos e garantias fundamentais da pessoa, a Convenção, supra, tem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Federal, o que acarreta a desnecessidade de legislação infraconstitucional para lhe dar eficácia, já constituindo, desde já, direito subjetivo do cidadão passível de exigibilidade.

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados.¹⁸

3. DO PLEXO DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

¹⁶ *Constituição Federal*. “Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁷ “Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados. Ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétreia e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional. (...). (PIOVESAN, op. cit., p. 149)

¹⁸ “Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156)

3.1 - DA TUTELA JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA NORMATIVIDADE CONSUMERISTA

Em 1990, em cumprimento à determinação constitucional, previsto no art. 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias,¹⁹ tem-se a publicação da Lei nº 8.078, que institui o Código de Defesa do Consumidor, a qual vem inovar sensivelmente o ordenamento jurídico brasileiro, sendo reconhecida como uma das mais modernas legislações de proteção ao consumidor do mundo.

Em suma, com o Código de Defesa do Consumidor criou-se um microssistema que vem reconhecer a vulnerabilidade daquele envolvido em uma relação de consumo, criando um plexo de normas protetivas com o intuito de igualar ou tentar diminuir a diferença abissal entre o fornecedor e o consumidor, no seio dessa sociedade de consumo de massa.

Sem dúvida que se pode citar como medidas de grande relevo a proteção do consumidor, que se destaca por si só: o reconhecimento pelo código consumerista à presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor;²⁰ a possibilidade da inversão do ônus da prova quando da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor;²¹ e a aplicação, em regra geral, da responsabilidade objetiva em caso de fato e vínculo do consumo, ou seja, tem-se a desnecessidade de aferir o elemento subjetivo da conduta do fornecedor.²²

Chama-se a atenção do caso de vínculo do produto, por exemplo, em que há a quebra da expectativa do consumidor em relação à quantidade ou qualidade do produto adquirido,

¹⁹ “ADCT. Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

²⁰ Código de Defesa do Consumidor: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...).”

²¹ Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

²² Código de Defesa do Consumidor: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. (Grifos nossos)

no qual o art. 18, §1º do CDC determina a regra de até 30 dias para sanar o vício, podendo, após esse prazo, o consumidor, quando do vício não sanado, exigir uma das três alternativas possíveis:

- I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

Todavia, quando de produto essencial a pessoa com deficiência, como o caso de próteses, órteses, cadeiras de roda etc., cujo vício desses produtos comprometeram a melhor superação das barreiras limitantes ao seu desenvolvimento, não se deve coadunar-se com o longínquo prazo de 30 dias, ou da dependência de perícia para substituição, mas sim, a aplicação imediata das alternativas do §1º do art. 18 do CDC.

Esse é o melhor entendimento, pois como reconhecido no Recurso Especial nº 931.513/RS,²³ quando da figura do consumidor com deficiência ter-se-ia um consumidor hipervulnerável,²⁴ devendo a normativa do Código de Defesa do Consumidor se amoldar às especificidades desse sujeito consumidor.

Pela essencialidade desses serviços e produtos destinados à pessoa com deficiência, caso eles apresentem vícios de qualidade, não deve ser permitida a concessão do prazo de trinta (30) dias para que o fornecedor sane ou troque o produto ou realize novo serviço, muito menos prazos mais elásticos contidos em contratos abusivos. A substituição do produto ou a realização do serviço essencial têm que ser imediatas, senão obsta a autonomia e independência da pessoa com restrição física, sensorial ou mental, e considerando que os dispositivos referidos do CDC determinam a responsabilidade solidária de todos os fornecedores da cadeia produtiva ou do serviço contratado, cabe ao consumidor exigir de qualquer um deles a concretização do pactuado. (...)²⁵

²³ STJ. 1º Seção, RESP nº 931.513/RS, rel. Min. Carlos Fernandes Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1º Região), Rel. para o acordão Min. Herman Benjamin, julgado em 25/11/09, publicado no DJE em 27/10/10.

²⁴ “Dessa forma, analisando o deficiente consumidor à luz do Código de Defesa do Consumidor combinado com as normas constitucionais e a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, verificamos que esse segmento tem um plus de vulnerabilidade em relação ao consumidor ordinário. (...).” (COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do Código de Defesa do Consumidor. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402).

²⁵ COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do Código de Defesa do Consumidor. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405.

Segue trecho do voto do Ministro Herman Benjamin, no Resp nº 931.513/RS:

(...) A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. (...) A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta tutelar apenas uma única pessoa. (...) Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. (...)

3.2 - DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL

Um dos braços da seguridade social é a assistência social,²⁶ tendo esta uma intensa participação no que tange à promoção da dignidade das pessoas com deficiência, independentemente de qualquer contribuição, em clara obediência ao princípio da solidariedade, seja através da habilitação ou reabilitação, seja com o benefício de prestação continuada,²⁷ na razão de um salário mínimo, nos termos do art. 203, IV e V da Constituição Federal:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
(...)

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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 dispufer a lei.

²⁶ “O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, (...), não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

Muitas pessoas não exercem atividades remuneradas, daí serem desprovidas de qualquer condição de custear a proteção previdenciária. Ao Estado, portanto, urge manter segmento assistencial direcionado a elas. Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 13)

²⁷ “Não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial”. (*Ibid.*, p. 17)

Todavia, esse benefício de prestação continuada da assistência social, no valor de um salário mínimo, possuía uma séria barreira para a sua concessão, nos termos do art. 20, §3º da lei que dispõe sobre a organização da assistência social (Lei nº 8.742/93),²⁸ pois é a partir do rendimento mensal da família que será aferido para constatar ou não a carência econômica, no que tange ao sustento da pessoa com deficiência.

No citado dispositivo legal, imputa-se como família incapaz economicamente aquela com renda mensal per capita inferior a ¼ do salário-mínimo. Destarte, em referência à unidade familiar, o art. 20, §1º da Lei nº 8.742/93 (com redação alterada pela Lei nº 12.435/11), explicita como família as seguintes figuras: “(...), o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.”

Afira bem que o singelo valor do salário mínimo, hoje, em vigência no Brasil, de R\$ 788,00, é incapaz de prover as necessidades básicas de uma única pessoa, quanto mais de uma pessoa com deficiência, que, em maior ou menor grau, tem maiores necessidades.

De tal sorte, não se aferia lógica no art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, que vinculava a concessão do parco benefício assistencial à esdrúxula regra da renda familiar mensal, per capita, abaixo de um ¼ do salário-mínimo, ou seja, abaixo de R\$ 197 reais.

Em suma, estar-se-ia a condicionar o benefício à pessoa com deficiência, a qual possui uma família que vive em profundo estado de miserabilidade, perto ou abaixo da linha da pobreza.²⁹

Essa evidente desproporcionalidade, violadora patente do sentimento de justiça, deu azo a diversos questionamentos em sede judicial, como ressalta José Antonio Savaris:

Quando é negado o benefício assistencial porque a família não foi considerada carente (não foi considerada incapaz de prover o sustento da pessoa com deficiência porque a renda mensal *per capita* familiar não é inferior a 1/4 do salário mínimo), a questão pode ser discutida judicialmente. E é interessante notar que a grande maioria das decisões judiciais tem expressado que o fato de a renda mensal ser superior ao limite disposto pela legislação não impede, por si só, a concessão do

²⁸ Lei nº 8.742/93: “Art. 20. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

²⁹ O Banco Mundial define o valor da linha da pobreza a partir da renda individual de US\$ 1,25 dólares ao dia. Convertendo, hoje, com o dólar em alta, isso equivaleria, em um mês, aproximadamente a R\$ 150,00.

benefício, desde que no caso concreto fique comprovada a situação de carência econômica.³⁰

Entretanto, em sede constitucional, quando questionado através da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.22-1/DF, nos idos de 1998, o pleno do Superior Tribunal Federal considerou constitucional o requisito objetivo dado pelo art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93. Contudo, apesar da decisão do STF, a matéria não ficou pacífica no âmbito judicial.

Afira que chegou a existir uma súmula da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (de número 11),³¹ publicado em 2004, que consolidava o entendimento de que havia possibilidade de concessão do benefício de prestação contínua, mesmo em casos de renda familiar superior a ¼ do salário mínimo. Todavia, em face da intransigência do STF em manter seu entendimento sobre a constitucionalidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, a referida súmula acabou sendo cancelada em 2006.

Apesar disso, continuaram a aplicar o conteúdo veiculado da cancelada súmula nº 11. Nessa esteira, decisão do STJ, de 2007, que entende a possibilidade da comprovação da miserabilidade por outros elementos, não se vinculando ao quantum de ¼ do salário-mínimo para a concessão do benefício de prestação continuada da assistência social:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento. (Grifo nosso)

(REsp 841060/SP, Rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/06/2007).

³⁰ SAVARIS, José Antonio. Os direitos de previdência e assistência social da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

³¹ Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 11. A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Em decorrência dessa patente controvérsia no que se refere à aplicação do critério da renda familiar per capita, a qual precisava de um desfecho, o STF, no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, em 2013, reviu o seu posicionamento, declarando a constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993.

Nesses termos, segue trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).³²

O ministro Marcus Aurélio, apesar de ter apenas negado provimento ao recurso, em seu voto trata da constitucionalidade do artigo legal, supra:

Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. (...)

Chama-se atenção ao Decreto nº 6.214/07, que regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso, que após a edição do Decreto nº 6564/08 e do Decreto nº 7.617/11, ficou instituído o modelo de avaliação da deficiência, não apenas em seu aspecto médico (visão clássica da deficiência, associada a uma patologia), como agregou-se a sua avaliação social, onde a partir desse

³² RE 567.985/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acordão Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013.

conjunto será determinado, não mais a “incapacidade”, mas sim o grau de impedimento da pessoa com deficiência.³³

No art. 16, §2º do citado decreto regulamentador, com redação dada pelo Decreto nº 7.617/11, explicitou o que caberia a cada tipo de avaliação:

Art. 16. (...)

§ 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, a avaliação médica considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

Destaca-se que por meio da Lei nº 12.435/11, que buscou atualizar a Lei da assistência social, a remuneração da pessoa com deficiência, na condição de aprendiz, não será contabilizada para fins de recebimento do benefício de prestação continuada, respeitando o limite de dois anos.³⁴

Ou seja, a pessoa com deficiência pode receber concomitantemente tanto o benefício com a bolsa fruto da atividade contratada de aprendiz, pelo limite de dois anos.³⁵

Importante frisar que pelo Estatuto da pessoa com deficiência, o qual ainda não entrou em vigor,³⁶ é acrescido, além do rendimento fruto da aprendizagem, também decorrente do estágio supervisionado.

Por fim, a questão da habilitação e da reabilitação para as pessoas com deficiência foi lembrado no art. 26 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois sem dúvida muito mais importante do que um benefício de cunho monetário

³³ Por meio da portaria interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1 de 27/01/2014 tem-se a criação do instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo.

³⁴ Lei nº 8.742/91. Art. 20. § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

³⁵ “Adicionalmente, a nova lei expressa que a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo da renda familiar. Era comum, em diversas situações, que um menor aprendiz, em razão de sua bolsa, excluísse o direito ao benefício assistencial de algum familiar, haja vista a elevação da renda *per capita*. Isso hoje não mais existe. Indo além, a lei prevê que a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. Ou seja, se a própria pessoa com deficiência for contratada como aprendiz, ainda assim permanecerá o benefício, mas limitado a dois anos”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 16)

³⁶ O citado diploma legal tem uma *vacatio legis* de 180 dias. De tal sorte, entrará em vigor em meados de janeiro de 2016.

assistencialista, a promoção do desenvolvimento da autonomia – seja para fins de meras atividades do dia a dia, seja para fins de mercado de trabalho, proporcionado pela habilitação ou reabilitação –, é a verdadeira forma de atingir os auspícios do princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 26

1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas:

- a) Comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa;
 - b) Apoiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural.
2. Os Estados Partes promoverão o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação.

3. Os Estados Partes promoverão a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação. (Grifos nossos)

3.3 - DA PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO BEM JURÍDICO PENAL

Ao se analisar o direito, de tal sorte, tem-se que estudar a figura do trabalhador dentro de um isolamento jurídico o qual é constituído por uma estrutura normativa de regras e princípios.

No que tange à legislação penal esparsa, tem-se a tipificação penal específica dada pela Lei nº 7.853/89, assim prescreve os tipos penais que lesam o bem jurídico das pessoas com deficiência:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:
I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;
II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;
III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Todavia a presente redação fora, recentemente, alterada pela Lei nº 13.146/15, que institui o Estatuto da pessoa com deficiência, ficando o novo dispositivo, assim prescrito:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

II - obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência;

III - negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médica-hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública objeto desta Lei, quando requisitados.

§ 1º Se o crime for praticado contra pessoa com deficiência menor de 18 (dezoito) anos, a pena é agravada em 1/3 (um terço).

§ 2º A pena pela adoção deliberada de critérios subjetivos para indeferimento de inscrição, de aprovação e de cumprimento de estágio probatório em concursos públicos não exclui a responsabilidade patrimonial pessoal do administrador público pelos danos causados.

§ 3º Incorre nas mesmas penas quem impede ou dificulta o ingresso de pessoa com deficiência em planos privados de assistência à saúde, inclusive com cobrança de valores diferenciados.

§ 4º Se o crime for praticado em atendimento de urgência e emergência, a pena é agravada em 1/3 (um terço)

A primeira alteração evidente é a agravação da pena mínima e máxima, que passa de um a quatro anos para dois a cinco anos. Tal alteração tem severas repercussões. Pela prescrição inicial dada, a pena seria sempre cumprida em regime aberto (regime adotado para crimes que não sejam hediondos com pena não superior a quatro anos),³⁷ além de dar ampla margem para o uso das penas alternativas (pena privativa de liberdade não superior a quatro anos; crime sem violência ou grave ameaça; qualquer pena em caso de delito culposo; réu não reincidente em crime doloso; requisitos do art. 59 do Código Penal são indicativos de

³⁷ Código Penal. Art. 33, §2º, (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

que a medida é suficiente).³⁸

Além disso, como a pena mínima estava na casa de um ano, isso permitia o uso do instituto despenalizante da suspensão condicional do processo, criado e normatizado pela lei dos juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/95).³⁹

Com a alteração trazida pelo Estatuto da pessoa com deficiência, vindo o mesmo a aumentar as penas mínimas e máximas, a possibilidade do uso da suspensão condicional do processo fica descartada, bem como abre-se uma maior possibilidade do cumprimento da pena em um regime diverso do aberto, como o semi-aberto (em crimes não hediondos e com pena acima de quatro a oito anos).⁴⁰

Atentar que o Estatuto da pessoa com deficiência está sobre uma *vacatio legis* de 180 dias e como a mesma vem por inovar com uma norma penal mais gravosa, a mesma só terá aplicabilidade em relação às condutas fáticas cometidas após decorrido esses 180 dias, em respeito ao princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa.⁴¹

No que tange às alterações na redação do tipo penal, percebe-se que as mesmas não foram tão significativas, sendo poucos os acréscimos, havendo mais um aprimoramento na técnica legislativa redacional.

Por exemplo, as expressões “sem justa causa” e “quando possível”. Afira a desnecessidades de tais expressões, pois as mesmas encontram-se implícitas no bojo do arcabouço do sistema jurídico penal. Perceba que se há uma conduta perpetrada de forma justificada, ter-se-á uma causa excludente da antijuridicidade, o que exclui a configuração da conduta típica, tornando repetitivo sua inserção no tipo penal. Já no inciso IV do art. 8º que prescreve um tipo penal omissivo, o mesmo só existirá quando a omissão esteja na esfera da possibilidade, sendo redundante especificar “quando possível”.

Além da ampliação de alguns núcleos do tipo, no inciso VI do art. 8º, estendeu-se a obrigatoriedade do fornecimento de dados técnicos, sob pena e configuração do tipo penal, não só à figura do Ministério Público, mas sim para todos os legitimados à propositura da

³⁸ Art. 44 do Código Penal.

³⁹ Lei nº 9.099/95. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁴⁰ Código Penal. Art. 33, §2º, (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

⁴¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. (...). XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

ação civil pública, destacando-se a figura da Defensoria Pública, hoje, com relevante atuação na defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Segue-se um quadro comparativo com as alterações perpetrado pelo Estatuto da pessoa com deficiência nos tipos penais prescrito no art. 8º da Lei nº 7.853/89:

Antes do Estatuto da pessoa com deficiência	Depois do Estatuto da pessoa com deficiência
I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, <i>sem justa causa</i> , a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;	I - recusar, <i>cobrar valores adicionais</i> , suspender, <i>procrastinar</i> , cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;
II - obstar, <i>sem justa causa</i> , o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;	II - obstar <i>inscrição em concurso público</i> ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência;
III - negar, <i>sem justa causa</i> , a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;	III - negar ou <i>obstar emprego</i> , trabalho ou <i>promoção</i> à pessoa em razão de sua deficiência;
IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, <i>quando possível</i> , à pessoa portadora de deficiência;	IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência;
V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, <i>sem justo motivo</i> , a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;	V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;
VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil	VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da

objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público. ação civil pública objeto desta Lei, quando requisitados.

Ainda, destaca-se a inovação do legislador, no §3º do art. 8º, ao imputar as penas do *caput* àquele que impedir ou dificultar o ingresso de pessoas com deficiência nos planos de saúde, vindo a cobrar valores diferenciados.

Além disso criou duas majorantes de $\frac{1}{3}$ da pena (aplicado na terceira fase da dosimetria da pena), quando dos núcleos do tipo foram perpetrados no atendimento de urgência e emergência (art. 8º, §4º) e quando realizado contra pessoa com deficiência menor de 18 anos (art. 8º, §1º).

Não se pode deixar de criticar que o legislador na redação dos dois parágrafos que prescrevem a majorante de $\frac{1}{3}$ de pena foi atécnico, pois assim redigiu: “(...) a pena é agravada (...”).

Em síntese: o legislador utilizou a palavra agravante quando da matéria tratada era uma majorante de pena. Na agravante, o quanto da elevação da pena fica a critério do juiz, no uso da proporcionalidade, não sendo dado parâmetros pelo legislador, sendo aplicado na segunda fase da dosimetria da pena. Já as majorantes, o legislador especifica um quanto, por meio de um valor fracionado e o mesmo é aplicado na terceira fase da dosimetria da pena.

De tal sorte, ver-se que o legislador corrigiu certas atecnias e criou outras. A bem da verdade nenhuma delas vem por comprometer o *telos* da lei e a sua aplicação.

O Estatuto da pessoa com deficiência, em seu corpo, criou quatro tipos penais novos, sobre os quais eleva o tipo penal de reter ou utilizar cartão magnético ou assemelhado destinado ao recebimento de benefícios da pessoa com deficiência para obter vantagem indevida. Esse tipo penal fornece pena de seis meses a dois anos. Esse é o único tipo penal específico cuja conduta afeta bem jurídico de pessoa com deficiência que permite a transação penal, instinto despenalizante da lei dos juizados especiais, tendo em vista a pena máxima de dois anos.

Segue um quadro com os novos tipos penais:

Crimes no Estatuto da pessoa com deficiência

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

(...)

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigamento ou congêneres:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

(...)

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

(...)

Por fim, constata-se que no Código Penal não foi destinado um capítulo específico penalizando condutas contra pessoas com deficiência. Todavia, há diversas prescrições, no qual o crime perpetrado contra as pessoas com deficiência gera causa de aumento de pena⁴² e alguns poucos tipos penais que fazem referência à figura da pessoa com deficiência.⁴³

3.4 - DA NORMA TRIBUTÁRIA COMO PROMOTORA DAS GARANTIAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

⁴² Código Penal: “Art. 121. (...) §7º, II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência”; “Art. 129. (...). § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência”.

⁴³ Código Penal: “Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.”

O conjunto de normas tributárias dependendo da forma que for manipulado é um eficaz instrumento para a promoção do desenvolvimento, seja econômico ou social. Uma forma de uso da norma tributária como promotor da inclusão social, da acessibilidade e da autonomia da pessoa com deficiência seria por meio do uso dos incentivos fiscais.

Os incentivos fiscais são um instrumento de extrafiscalidade imanente, constituidora de uma normatividade indutora, por incentivar ou desestimular certas condutas do cidadão, o qual pode ser utilizado afetando tanto a receita pública, por meio de isenções, diferimentos, remissão e anistia, quanto a despesa pública, por meio de subvenções, créditos presumidos e subsídios.

O professor André Elali apresenta uma definição de incentivos fiscais a partir da premissa de que o mesmo é uma forma de manifestação da norma indutora tributária para regulação econômica: “assim, os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servirem à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos.”⁴⁴

No que tange a norma tributária indutora, assim lapida o professor Luís Eduardo Schoueri:

(...) quando se considera que por meio das normas tributárias indutoras, o legislador vincula a determinado comportamento um consequente, que poderá consistir em vantagem (estímulo) ou agravamento de natureza tributária, por meio de um corte, quando se extraem determinações individualizadas (...).⁴⁵

Nesse leque de possibilidades para a constituição dos incentivos fiscais é palmar que o seu uso só se legitima quando calcados nos valores máximos constituidores do plexo normativo constitucional, seja na sua veiculação por meio de lei (princípio da legalidade), bem como um instrumento de promoção do universo de normas constitucionais programáticas, no que tange, por exemplo, aos incentivos à cultura, à tecnologia, ao desenvolvimento e à saúde, tendo por norteador de sua aplicabilidade o princípio da

⁴⁴ ELALI, André. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP editora, 2007, p. 114.

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 40.

isonomia, com o fito de evitar os benefícios odiosos, para favorecimento de poucos em detrimento do universo dos cidadãos brasileiros.

É nesse contexto que há um aramado de normas tributárias indutoras, manifestadas, geralmente, na modalidade de isenção tributária, afeto às pessoas com deficiência de forma a promover seu desenvolvimento e consequentemente efetivando o conteúdo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana.

Abordar-se-á alguns exemplos de leis isentivas de impostos que afetam as pessoas com deficiência.

Nesse interim, através da Lei nº 10.754/03 que alterou a Lei nº 8.989/95, tem-se a isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI), referente ao automóvel com motor até 2.0, para as pessoas com deficiência, o que permite que as mesmas adquiram veículos automáticos e modificados para atender suas necessidades, garantindo assim diretamente o seu direito ao transporte, visto que a precariedade do transporte público, indiretamente, permite que a pessoa com deficiência integre-se à sociedade, possibilitando que o mesmo tenha como deslocar-se para fins de educação, trabalho, lazer etc.:

Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

(...)

IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

Com o mesmo fito de baratear o acesso ao veículo automotivo, tem-se a isenção do imposto sobre operações financeiras (IOF), por meio da Lei nº 8.383/91, quando de operações de financiamento de veículos automotivos:

Art. 72. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por:

V - pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique;

a) o tipo de defeito físico e a total incapacidade do requerente para dirigir automóveis convencionais;

b) a habilitação do requerente para dirigir veículo com adaptações especiais, descritas no referido laudo;

Ainda no âmbito da competência tributária federal, foi concedida isenção do imposto a pessoas com a deficiência de âmbito mental, através da Lei nº 8.687/97:

Art. 1º Não se incluem entre os rendimentos tributáveis pelo Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza as importâncias percebidas por deficientes mentais a título de pensão, pecúlio, montepio e auxílio, quando decorrentes de prestações do regime de previdência social ou de entidades de previdência privada.

Parágrafo único. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se deficiente mental a pessoa que, independentemente da idade, apresenta funcionamento intelectual subnormal com origem durante o período de desenvolvimento e associado à deterioração do comportamento adaptativo.

Por fim, nesse último exemplo, por meio do Convênio ICMS nº 27, de 22 de abril de 2015,⁴⁶ constituído no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), houve a prorrogação, até 31 de dezembro de 2015, de diversos convênios no que tange à isenção do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços (ICMS), afetos às pessoas com deficiência, seja na aquisição de equipamentos a entidades que atendam às pessoas com deficiência, seja para a saída de veículos a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental ou autistas, seja para a importação de remédio e para aquisição de veículos para a APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais):

Convênio ICMS 38/91, de 7 de agosto de 1991, que dispõe sobre a concessão de isenção do ICMS nas aquisições de equipamentos e acessórios destinados às instituições que atendam aos portadores de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla;

Convênio ICMS 41/91, de 7 de agosto de 1991, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção do ICMS na importação, pela APAE, dos remédios que especifica;

Convênio ICMS 91/98, de 18 de setembro de 1998, que autoriza os Estados de Santa Catarina, do Distrito Federal, do Espírito Santo e do Pará a conceder isenção do ICMS nas operações internas com veículos automotores adquiridos por Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE;

Convênio ICMS 38/12, de 30 de março de 2012, que concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental ou autista;

Em todos os exemplos dados, afere-se a redução sensível da alta da carga tributária para bens destinado às pessoas com deficiência, de forma que as mesmas possam sair do ostracismo e integrar-se à sociedade, como pelo uso do automóvel, bem como pelo aumento da qualidade de vida e da saúde pelo acesso a remédios, cujas fabricantes, de regra, são

⁴⁶ Publicado no DOU de 27.04.15.

empresas farmacêuticas estrangeiras. Além de ter acesso a equipamentos e acessórios que permitem a superação de diversas barreiras, ofertando autonomia à pessoa com deficiência, como próteses, aparelhos auditivos etc.

3.5 - DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal, em 1988, foi instituída com o intuito de garantir os direitos básicos e essenciais para os cidadãos brasileiros. Neste ínterim pode-se citar o seu art. 23, II, no qual determina-se a competência comum dos entes da República Federativa do Brasil, “cuidar, proteger e garantir a saúde bem como assistência pública das pessoas portadoras de deficiência”.

No Conjunto dos princípios que regem o Sistema Único de Saúde, referindo-se à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, destaca-se em seu art. 7º, I, II, III e IV, a garantia de acesso universal, integralidade da assistência sem preconceitos ou privilégios bem como a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” em todos os níveis de complexidade.

Objetivando a promoção, a proteção e a recuperação da saúde da pessoa portadora de deficiência bem como da prevenção de agravos, com o intuito de desenvolver e articular ações intersetoriais com a participação popular, foi aprovada a Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência, através da Portaria nº 1.060, de 05 de junho de 2002, do Ministério da Saúde.

Determina-se nesta que os órgãos e entidades vinculadas ao Ministério da Saúde promovam ações, programas, atividades e projetos relacionados com as temáticas desta política. Por muito tempo se considerou a pessoa portadora de deficiência aquela que apresentava, em caráter permanente, anormalidades ou perdas de sua estrutura anatômica, fisiológica ou psicológica que geriam incapacidade de desempenho de atividades dentro de padrões considerados normais para o ser humano, de acordo com o Decreto nº 3.298/99.

A Organização Mundial de Saúde rerepresentou, em 2001, uma nova conceituação na Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação, documento que se refere aos princípios de apoio e potencialidades, não supervalorizando as limitações e

incapacidades, considerando, portanto, a deficiência como uma anormalidade ou perda de uma estrutura ou função corporal, incluindo as mentais. Tais atividades e limitações devem interagir diretamente com a pessoa portadora de deficiência e com os fatores socioambientais.

Percebe-se que esta nova abordagem menos incapacitante propõe uma nova maneira, um novo olhar sobre os portadores de deficiência.

Destarte, vislumbra-se que a atenção integral à saúde é uma diretriz que assegura a compreensão do ser humano em sua totalidade. Percebe-se este como um dos eixos prioritários de uma política de saúde, onde o Sistema Único de Saúde e sua rede de atenção devem estar preparados para ofertar ações em todos os níveis de complexidade bem como os cuidados voltados às pessoas com deficiência, assegurando uma assistência de qualidade ofertada por equipe multiprofissional e garantindo assim os direitos perante o conceito ampliado de saúde e não mera ausência de doença.

4. CONCLUSÕES

Quanto ao uso da expressão “dignidade da pessoa humana”, sabe-se da sua evidente redundância, pois toda pessoa é necessariamente humana. Todavia, é uma expressão corrente na doutrina, na jurisprudência e nas melhores redações legislativas, seja nacional ou internacional. Faz-se uso contínuo desse pleonัsmo para chamar a atenção de que se está a falar de pessoas e não de objetos. Quando da coisificação da pessoa teve-se e tem-se os momentos mais trágicos da história da sociedade organizada.

Ao tratar de pessoa com deficiência, não se está a tratar de um “problema”, de um “incapaz”, mas sim de uma pessoa diferente, como, em sua essência, todas as pessoas assim o são. A deficiência não está na pessoa, mas sim nas barreiras e muros sociais alavancados que impedem a promoção do pleno desenvolvimento dessas em sua diferença.

O devastador não é a sequela que uma pessoa tem, mas sim a marginalização que o olhar estigmatizante dado por uma sociedade em busca de um padrão valorado com status de perfeição.

Constata-se um verdadeiro microssistema jurídico em favor das pessoas com deficiência, cujos direitos foram elencados ao patamar de normativa constitucional, seja pelas

disposições da própria Constituição Federal de 1988, seja pelas tratativas internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil.

Esse plexo de direitos não é um favor ou um beneplácito, mas vem para tentar igualar o “peso da balança”, quanto da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, em face do longo processo histórico de segregação e ostracismo social, em evidente conotação de ações afirmativas, no melhor sentido do princípio da igualdade, em seus termos material/substancial.

Quando a sociedade “perfeita” deixar de olhar o próximo como uma pessoa com “defeito”, “quebrada”, “incapaz”, passando a aceitar a diferença ínsita dos membros que a compõem, não mais se terá um Direito das pessoas com deficiência ou se falará pessoas com deficiência. Ter-se-á, apenas, pessoas.

REFERÊNCIAS

AUGUSTIN, Ingrid. Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, 9., 2012. *Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva*, 2012. Disponível em: <http://www.portalanpedsl.com.br/admin/uploads/2012/Educacao_Especial/Trabalho/08_07_19_1427-7299-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. 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. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da

Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 19 dez. de 2013.

_____. Lei nº 8.687, de 20 de julho de 1993. Retira da incidência do Imposto de Renda benefícios percebidos por deficientes mentais. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 21 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8687.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8989compilado.htm>. Acesso em: 20 out. de 2015.

_____. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art98>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Decreto n.º 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devida à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 28 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Portaria do Ministério da Saúde nº 1.060, de 05 de junho de 2002. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 de junho de 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt1060_05_06_2002.html>. Acesso em: 20 out. 2015.

CARVALHO, Renata Corcini; NAUJORKS, Maria Inês. Representações sociais: dos modelos de deficiência à leitura de paradigmas educacionais. In: *Revista de Educação Especial*, Santa Maria, n. 27, 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4345>>. Acesso em: 20 out. 2015.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do Código de Defesa do Consumidor. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELALI, André. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP editora, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Niterói: Impetus, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAVARIS, José Antonio. Os direitos de previdência e assistência social da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WERNECK, Claudia. *Manual sobre desenvolvimento inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2005.

ESTUPRO COLETIVO: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO?

COLLECTIVE RAPE: POSSIBILITY OF USING THE FACT'S CONTROL THEORY?

Túlio Felipe Xavier Januário.¹

Resumo: A teoria do domínio do fato encontra-se atualmente no centro das discussões doutrinárias da dogmática jurídico-penal. Após sua controversa utilização no julgamento da Ação Penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como “Mensalão”, muitas questões foram levantadas a respeito de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e da necessidade ou não de sua utilização. Recentemente, no inquérito policial que investiga um caso de suposto estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro, mais uma vez esta teoria teria sido invocada, mas desta vez, para tentar imputar o crime ao chefe do tráfico de drogas local. Assim, o que se pretende com o presente trabalho é, a partir da opção por um método dedutivo, analisar o sistema de autoria e participação adotado pelo ordenamento penal brasileiro e sua compatibilidade ou não com a teoria do domínio do fato. Posteriormente, será feita uma análise particular do caso supramencionado, para averiguar a eventual possibilidade de utilização desta teoria.

Palavras-chave: Autoria. Participação. Domínio do Fato. Estupro Coletivo.

Abstract: The “fact’s control theory” is, currently, in the nucleus of the doctrinal discussions of the criminal dogmatic. After its controversial use by the Supreme Court in the “Mensalão” Case, several questions were made about its compatibility with national law and the necessity of using it. Recently, in the investigations of an alleged collective rape that took place in Rio de Janeiro, once again this theory have been invoked, but this time, to try to impute the crime to the head of local drug traffic. Therefore, the objective of this study is to analyze the authorship and participation system adopted by Brazilian’s penal law and its compatibility or not with the “fact’s control theory”. Thereafter, a particular analysis of the case above will be made, to inquire about the possibility of using that theory.

Keywords: Authorship. Participation. Fact’s Control Theory. Collective Rape.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-graduando em Direito penal - Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP - Campus de Franca, advogado.

Artigo recebido em 22/06/2016 e aprovado para publicação em 11/09/2018.

O tema relacionado à autoria, especialmente no que se refere à sua diferenciação para com a participação, tornou-se objeto de acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, não apenas no cenário europeu, mas também no sul-americano.

Pode se dizer que, muito embora já houvesse diversos estudos relacionados com esta temática, foi com a obra de Claus Roxin, denominada *Autoria e domínio do fato*, de 1963, que as discussões atingiram um patamar internacional, de maneira que suas construções viesssem a ser adotadas em casos de grande repercussão, tais como o do ex-presidente peruano Alberto Fujimori (BARRIENTOS-PARRA, 2010, p. 199-214).

No Brasil, em virtude da redação bastante simplista utilizada pelo legislador no artigo 29 do Código Penal, que, em tese, teria equiparado as figuras do autor e do partícipe para fins de punição, a referida construção doutrinária de Roxin, até o início do presente século, não havia repercutido com a significância merecida.

Ocorre que, com o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecida como “Mensalão”, o tema tornou-se objeto de intensa discussão, diante da controversa utilização, por diversos ministros, do termo “domínio do fato”, para fundamentar a responsabilização de réus de nível hierárquico superior em uma cadeia de comando (GRECO L.; LEITE, 2014).

Mais recentemente, nas ainda embrionárias investigações a respeito de um suposto caso de estupro coletivo em uma comunidade do Rio de Janeiro, a delegada responsável teria afirmado, em entrevista, que pretendia indiciar, como o fez, o chefe do tráfico de drogas local, porque, no seu entendimento, o mesmo teria “domínio do fato” de tudo que ocorria na comunidade (“O ESTUPRO..., 2016).

Ocorre, porém, que, apesar da gravidade deste suposto crime, caso venha mesmo a ser comprovado, deve se ter muita cautela na atribuição de responsabilidades, e, especialmente, na sua fundamentação, ainda mais na utilização de construções doutrinárias estrangeiras, tal qual a da “Teoria do domínio do fato”, sob pena de graves e insanáveis equívocos.

De tal forma, o que se pretende com o presente trabalho é, em um primeiro momento, analisar o sistema de autoria e participação adotado pelo Código Penal brasileiro e sua compatibilidade ou não com a teoria do domínio do fato.

Após isso, será feito um estudo particularizado sobre o suposto caso do estupro coletivo no Rio de Janeiro, estudo este, por óbvio, de caráter provisório, em virtude do estágio

inicial do processo. Assim, buscar-se-á, unicamente, averiguar a possibilidade ou não da utilização da teoria em comento nesta modalidade de crimes e, em caso de resposta positiva, quais seriam seus requisitos.

Para tanto, optar-se-á por um método dedutivo, partindo das premissas gerais utilizadas pela doutrina nacional e estrangeira na diferenciação entre as categorias da autoria e da participação, especialmente a chamada “Teoria do domínio do fato”. Também será analisada a possibilidade de aplicação da mesma ao caso concreto e específico em análise, qual seja.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DA AUTORIA NO BRASIL

O legislador de 1940, ao tratar do tema referente ao concurso de pessoas, optou por método bastante simplificado, se comparado com os textos anteriores, conforme explica Nilo Batista:

O código penal de 1940, inspirando-se confessadamente no código italiano de 1930 quanto à orientação adotada, conferiu-nos as normas mais simplificadas que jamais regeram a matéria no desenvolvimento histórico do direito penal brasileiro. (BATISTA, 2005, p. 15)

Assim previa o antigo artigo 25: “art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.” (BRASIL, 1940)

Conforme explica Esther de Figueiredo Ferraz (1976, p. 2), o legislador de 1940 optou por equiparar os agentes do crime, de maneira que todos que colaborem para o sucesso típico sejam considerados autores.

Para a autora, na vigência do Código de 1890, a obrigatoriedade da descrição, pela denúncia, da concreta participação do agente fazia com que necessariamente se adentrasse profundamente na raiz do delito. Com o novo texto legal, porém, através da utilização do termo “de qualquer modo”, a autora temia certo comodismo, passando a impressão da desnecessidade de qualquer indagação sobre a natureza da participação do agente (*ibid.*, loc. cit.).

Conforme explica Nilo Batista (op. cit., p. 7), o Código Penal de 1890, em seus artigos 17 e subsequentes, dispunha que os agentes do crime seriam autores ou cúmplices, sendo considerados autores aqueles que diretamente resolvessem e executassem o crime, os

instigadores, sobre cuja atividade havia previsão casuística, os cúmplices necessários e os que executassem diretamente o crime por outrem resolvido. Por sua vez, seriam considerados cúmplices os que, não tendo resolvido ou provocado o crime, fornecessem instruções para sua execução ou a ela prestassem auxílio, os que, antes ou durante, prometessem auxílio para fugir, ocultar ou suprimir instrumentos e provas do crime, os receptadores e “encobridores”.

A doutrina dominante costuma atribuir à previsão do artigo 25 do Código Penal de 1940 a função de corolário do artigo 11 do mesmo diploma, que teria adotado a teoria da equivalência das condições para a aferição do nexo de causalidade. Neste sentido, explica Miguel Reale Jr.:

A Exposição de Motivos do Ministro FRANCISCO CAMPOS, ao se referir à coautoria, fazia remissão ao nexo de causalidade baseado na equivalência das condições, então prevista no art. 11: “...o projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices, todos que tomam parte no crime são autores... Não há nesse critério senão um corolário da teoria da equivalência das condições adotada no art. 11”.

Sob este viés, se toda a condição é causa, qualquer conduta de cooperação à prática do delito era obrigatoriamente essencial, pois se toda ação é causal jamais pode ser acessória, mas sempre principal, não sendo possível distinguir entre autor e cúmplice.

Desse modo, as condutas do autor do fato e do cúmplice são equivalentes, segundo a régua do nexo de causalidade, a ambas aplica-se a mesma pena mínima prevista no tipo legal de crime. Pelo nexo de causalidade, nivelam-se as condutas e restam identificadas por sua importância na produção do evento. (REALE JÚNIOR, 2012, p. 309-310)

Esta parece, de fato, ter sido a intenção do legislador, conforme leciona Heleno Fragoso:

A questão do concurso de agentes constitui difícil e complexa matéria, que nosso vigente CP procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se um *conceito extensivo de autor*, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Todos quantos concorrem para o crime são *autores*, estando, em princípio, submetidos à mesma escala penal.

Mestre HUNGRIA elabora, a propósito do tema, com o brilho habitual, o que se poderia chamar de doutrina ortodoxa, recusando admitir distintas categorias de concurso na ação comum e rejeitando, como falsa, a teoria da acessoriadade da participação em sentido estrito. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 624)

Com a reforma de 1984, porém, houve uma clara mudança de perspectiva, acrescentando-se, ao final do artigo 29, os termos “na medida de sua culpabilidade”,

passando a ser assim disposto: “art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (BRASIL, 1984)

Conforme explica Fernando Galvão (2013, p. 508), tomando por base a exposição de motivos da nova parte geral, a partir desta nova dicção, tem-se por evidente a intenção do legislador de diferenciar os autores dos partícipes, para individualizar-lhes adequadamente a punição. Destaca ainda, que o §1º possibilita a diminuição da pena para as participações de menor importância, identificando, no autor, a contribuição mais relevante e, no partícipe, a de menor.

A referida reforma mostrou-se, assim, essencial para um avanço nos estudos relacionados à autoria e à participação, que ainda eram tímidos, na vigência dos diplomas anteriores. Neste sentido:

Se ainda sob o regime do CP 1940 os penalistas brasileiros já se insurgiam contra a camisa-de-força do simplismo causal, após a reforma de 1984 era inevitável que o nível das investigações sobre autoria e participação – acompanhando um movimento que abrangia toda a teoria do delito – se elevasse. (BATISTA, 2005, p. 26)

3. DAS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES

Tem-se por coautoria, nos termos da doutrina tradicional, quando dois ou mais indivíduos concorrem para produzir a infração, repartindo entre si, os encargos da tarefa criminosa (FERRAZ, 1976, p. 18). Para tanto, haveria uma convergência de vontades para um fim comum, qual seja, a realização do tipo penal. Seria dispensável, porém, a existência de um acordo prévio, bastando a ciência, por parte de um dos delinquentes, de estar participando da conduta de outrem (MIRABETE, 2011, p. 211).

Constatam-se, no ordenamento jurídico penal pátrio, duas modalidades de delitos em que se possibilita o concurso de agentes: nos crimes unissubjetivos, ou de concurso eventual, não se exige a intervenção de várias pessoas para a caracterização da violação à norma, podendo a conduta ser realizada por apenas uma pessoa (GALVÃO, 2013, p. 493).

Por sua vez, nos chamados crimes plurissubjetivos, ou de concurso necessário, exige-se a presença de no mínimo duas pessoas, dependendo do tipo penal, para a configuração do delito. Em virtude desta obrigatoriedade, entende-se que não há necessidade de regra

expressa para os casos de autoria, aplicando-se o artigo 29 somente aos casos de participação nestes crimes (GRECO R., 2014, p. 423).

Para responder à controversa questão referente à possibilidade de a conduta delituosa praticada em concurso constituir um ou mais delitos, foram elaboradas diversas teorias, que podem ser sintetizadas em pluralística, dualística e monística.

Para a teoria pluralística, cada participante responderia por um crime diferente e particular, uma vez que a cada um corresponderia uma conduta e um elemento psicológico próprios e um resultado particular. Para a teoria dualística, por sua vez, haveriam dois crimes, um para os autores, que realizam a atividade principal, e outro para os partícipes, que desenvolvem uma atividade secundária. Por fim, para as teorias monísticas, ou unitárias, não há qualquer distinção entre autor e partípice, instigação e cumplicidade, de maneira que todo aquele que concorre para o crime responde por ele em sua totalidade (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 489-490).

Assim:

Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o fundamento maior dessa teoria é político criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal. (MIR PUIG apud ibid., loc. cit.)

Para a doutrina majoritária, o Código Penal brasileiro teria adotado, em seu artigo 29, a teoria unitária, dispendo que, ainda quando praticado por mais de um agente, o crime permaneceria único e indivisível. Este é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete, que faz, porém, a seguinte ressalva:

A crítica a essa posição deriva não só da dificuldade de se estabelecer a realidade da “equivalência das condições”, bastante discutível, como das próprias exceções da lei, que estabelece, apesar da adoção do princípio unitário, algumas causas de agravação e atenuação da pena. (MIRABETE, 2011, p. 212)

No mesmo sentido, e elencando diversos exemplos em que o ordenamento jurídico penal pátrio adota a teoria pluralista, Guilherme de Souza Nucci:

Como exceção, o Código Penal adota essa teoria [pluralista] ao disciplinar o aborto (art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” – e art. 126 – “Provocar aborto com o consentimento da gestante”), fazendo com

que a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incursa no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em vez de ser coautor dessa infração, responda como incursa no art. 126 do mesmo Código. A teoria se aplica, igualmente, no contexto da corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP) e da bigamia (art. 235, *caput*, e §1º, CP). (NUCCI, 2012, p. 307)

A grande questão que se levanta neste momento, e que será objeto de análise no próximo capítulo, é a da utilidade ou não de uma teoria diferenciadora da autoria para com a participação, tal qual a do domínio do fato, em um ordenamento jurídico penal que, em tese, não admitiria tal distinção.

4. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Muito embora tenha sido utilizada anteriormente por autores como Hegler, Lobe e Welzel, a expressão “domínio do fato” somente ganhou a sistematização devida e a aderência de boa parte da doutrina com Roxin, em 1963.

Conforme explicam Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 22), esta teoria surgiu como resposta ao concreto problema da diferenciação entre autor e partícipe. Não procura, assim, fundamentar a responsabilização de determinado agente, mas tão somente, averiguar o grau de sua atuação no sucesso típico. Nestes termos:

A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. (*ibid.*, loc. cit.)

Claus Roxin classifica os delitos entre crimes de domínio, crimes de infração de dever e crimes de mão própria. Nos primeiros, o critério essencial para a constatação da autoria seria o domínio do fato, ou seja:

[...] figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran, de manera decisiva o determinante su ejecución. (ROXIN, 2014, p. 69)

Nos crimes de infração de dever, por sua vez, o autor é aquele que tenha infringido um dever pessoal que não incumbe a qualquer um. Assim, nestes casos, enquanto a figura

central do sucesso delitivo é aquele que realiza o resultado mediante a infração de um dever especial, aquele a quem não incumba este dever pode ser, no máximo, um partícipe, independentemente da importância da sua atuação (ibid., p. 69-70).

Por fim, nos delitos de mão própria, somente pode ser figura central do atuar típico, ou seja, autor, aquele que realiza de própria mão o delito. Exemplo disso seria nos casos de falso testemunho (ROXIN, op. cit., p. 70).

Para o autor, às três modalidades de autoria previstas pelo Código Penal alemão, quais sejam, imediata, mediata e coautoria, corresponderiam três formas distintas de domínio do fato, quais sejam, o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional.

Assim:

En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución, de propia mano (más precisamente: de su propio cuerpo, con el propio cuerpo) y convirtiéndose así a través de su acción en el centro del acontecimiento (dominio de la acción que caracteriza a la autoría inmediata). En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en [el momento de] la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor, v. gr., mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata). Y, en tercer lugar, se puede dominar la realización típica desempeñando, en división de trabajo con otros, una función esencial para el éxito de hecho en la ejecución (dominio funcional que constituye la esencia de la coautoría). (ROXIN, 2014, p. 75)

Conforme se pode observar, a categoria do domínio da ação não apresenta maiores dificuldades, uma vez que há de se considerar que, a priori, sempre que o agente realizar o tipo de própria mão, estaremos diante de um caso de autoria. Segundo Roxin (op. cit., p. 83), ainda que sob influência de coação ou de erro de proibição, o agente deverá ser considerado autor, ainda que desculpável.

A grande inovação na construção doutrinária do autor se dera, porém, no âmbito do domínio da vontade, motivo pelo qual este é, também, o maior alvo de estudos e discussões da doutrina. Explica ele que haverá domínio da vontade quando uma pessoa, chamada de “sujeito de trás”, utiliza-se de alguém como meio ou instrumento para a realização de seus fins próprios. (ibid., p. 84).

Este domínio da vontade pode dar-se de três formas, quais sejam, por meio de coação, de erro, ou de um aparato organizado de poder, conforme explica Roxin:

En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización de tipo (dominio de la voluntad en virtud de coacción). En

segundo lugar, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo (dominio de la voluntad en virtud de error). Y, en tercer lugar, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da órdenes, de un aparato organizado de poder, de los órganos de ejecución intercambiales y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder). No son concebibles otras formas fundamentales de dominio que estas tres. La autoría mediata en caso de utilización de inimputables, sujetos con inimputabilidad disminuida y jóvenes, que se tratará aparte aquí, es estructuralmente una combinación de dominio en virtud de coacción y en virtud de error. (ibid., p. 85)

Dentre as três formas de domínio da vontade, a que gera maior controvérsia na doutrina e que deverá ser analisada com mais afinco no presente trabalho, é a dos aparatos organizados de poder. Roxin (op. cit., p. 111), no desenvolvimento de seu trabalho de 1963, defendeu que existiam três maneiras de se dominar um acontecimento sem executá-lo diretamente: obrigar o executor a fazê-lo, enganá-lo ou dispor de um aparato em que a execução esteja assegurada pelo aparato em si. A ideia principal, portanto, seria a de que, ao dar uma ordem, o superior hierárquico sabia que algum de seus subordinados a cumpriria.

A ideia básica e principal, portanto, desta construção, é a de fungibilidade, ou seja, a substitutibilidade do autor imediato, uma vez que ele seria intercambiável dentro da engrenagem da estrutura hierárquica (ROXIN, 2014, p. 112).

Assim, explicam Luís Greco e Alaor Leite:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. (ROXIN apud GRECO, L.; LEITE, 2014, p. 27-28)

Pode se dizer, portanto, que os requisitos para a configuração de uma autoria mediata por domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder seria a “emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2) e a fungibilidade de seus executores (3)” (ROXIN apud ibid., p. 28).

Muito embora seja de uma inegável aceitação majoritária na doutrina internacional, a teoria desenvolvida por Roxin enfrentou algumas críticas pontuais, especialmente no que se refere aos requisitos desta modalidade de autoria.

Friedrich-Christian Schroeder, por exemplo, não entende a fungibilidade como critério fundamental para a configuração do domínio da vontade através de aparatos organizados de poder. Explicando que a principal prova do desacerto de Roxin residiria nas possibilidades de cumprimento da ordem por um especialista, hipótese em que não haveria de se falar em fungibilidade. Schroeder (2013, p. 26) explica que o ponto principal estaria, na verdade, na prévia disposição do autor imediato no cumprimento da ordem.

Outro ponto de discordância entre os referidos autores diz respeito à extensão da aplicação da teoria. Para Roxin, uma vez que adota como um dos requisitos que a estrutura hierárquica seja dissociada do direito, não existiria a possibilidade de aplicação desta construção em empresas ou partidos políticos.

Nestes termos:

Pues en ese caso falta por regla general la intercambialidad de los ejecutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) del Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas (p.ej. de los tipos de homicidio [en sentido amplio]). Tal desvinculación del Derecho existe en los crímenes de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de criminalidad organizada. Pero, si p. ej. en una empresa que participa del tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico el jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que opera sobre las bases del Derecho debe esperarse que no se obedezcan instrucciones u órdenes antijurídicas, como prescriben expresamente p. ej. las leyes de funcionarios. (ROXIN, 2014 , p. 121)

Para Schroeder, porém, autor que não se utiliza dos critérios da fungibilidade e da ilegalidade da estrutura de poder, seria possível uma extensão dos casos de autoria mediata para empresas e estruturas de organização estatal, conforme explica:

O BGH não cuida em sua sentença do que *Roxin* denomina “aparatos organizados de poder”, mas sim do aproveitamento “por meio de estruturas de organização de determinadas condições marco”. Enquanto *Roxin* admite como possíveis os “aparatos organizados de poder” somente dentro de um mesmo domínio do Estado, assim como no marco de “Estados no Estado”; ou seja, movimentos clandestinos, organizações secretas, bandos ou organizações numericamente fortes; o *BGH*, ao se referir ao âmbito de aplicação, coloca em consideração especialmente estruturas de organização estatal, empresarial ou de similar índole comercial, assim como as hierarquias nas ordens. (SCHROEDER, 2013, p. 27-28)

Assim, conclui o autor que:

Os critérios fundamentais do *BGH* – aproveitamento da incondicional disposição ao fato do agente direto com o fim de integrar a tipicidade e que as condições marco da decisão já tomada contra o Direito não apresentem nenhum obstáculo para que se concretize o resultado querido, ainda que a decisão não houvesse sido tomada pelo intermediário do fato – tornam necessária uma ampliação para além do indicado em suas próprias resoluções, como: estruturas de organização estatal, empresarial ou de similar índole de negócios, assim como de ordens hierárquicas. (*ibid.*, p. 29)

A construção teórica de Schroeder parece ser bastante promissora no que se refere à criminalidade econômica, especialmente no âmbito de grandes empresas e de partidos políticos. Apesar disso, constata-se uma ainda majoritária aceitação da teoria de Claus Roxin.

Cumpre destacar, por exemplo, a objeção feita por parte da doutrina a este entendimento de Schroeder, no sentido de que seria indevida uma maior extensão da aplicação da autoria mediata aos crimes cometidos nos âmbitos empresariais. Conforme explica Abanto Vásquez (2012, p. 52-53), uma vez que o domínio da vontade através de aparatos organizados de poder já seria, *per se*, uma extensão do âmbito do domínio da vontade, uma ainda maior extensão ao âmbito empresarial poderia levar à insegurança jurídica e a arbitrariedades.

Outra crítica feita a Roxin refere-se à falta de precisão do conceito de organização, que, segundo Kai Ambos, levou a dificuldades práticas nos conhecidos casos “Katanga” (OLÁSOLO ALONSO, 2010, p. 105-150) e “Fujimori” (ROTSCH, 2009, p. 549-551). Para o autor, deveria se diferenciar entre organizações estatais e não estatais, distinguindo-se, neste último grupo, entre aparatos formais e informais de poder, considerando, ainda, somente possível uma aplicação da teoria do domínio da vontade por aparatos organizados de poder em estruturas hierarquicamente organizadas e com um número suficientemente elevado de executores fungíveis (AMBOS, 2011, p. 9-10).

O referido autor diverge, ainda, de Roxin, no que se refere à posição hierárquica necessária para que se possa falar em um domínio da organização. Enquanto este último considera possível a aplicação a qualquer pessoa que esteja em uma posição hábil a dar ordens a subalternos, de maneira com que estas se transmitam de maneira autônoma, Ambos entende que somente o vértice da organização pode exercer um poder absoluto por meio do aparato (*ibid.*, p. 17).

Por fim, tratados dos casos de domínio da ação e domínio da vontade, referentes aos casos de autoria imediata e mediata, respectivamente, Roxin analisa os casos de coautoria, nos quais, segundo ele, haveria um domínio funcional do fato, ou seja:

Efectivamente la coautoría se diferencia estructuralmente de la autoría inmediata (dominio de la acción) y de la autoría mediata (dominio de la voluntad) de forma fundamental: la coautoría es realización del tipo mediante ejecución con división de trabajo. El dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es esencial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho. (ROXIN, 2014, p. 146)

Assim, para a configuração da coautoria, Roxin reconhece três requisitos básicos, quais sejam: a existência de um plano comum do fato, uma execução conjunta e uma contribuição essencial na fase executiva, conforme explica:

De esta estructura resultan los tres requisitos centrales de la coautoría. En primer lugar debe existir un plan conjunto o común de hecho (2): pues una división del trabajo, una “comisión conjunta” presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar en segundo lugar una ejecución conjunta, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva (3 a); no basta una intervención en la preparación. Si bien ello es muy discutido, sin embargo quien colabora sólo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. Se debe prestar en tercer lugar una contribución esencial en fase ejecutiva (3 b); pues sólo entonces posee la intervención una función relevante para el éxito del plan del hecho. (ROXIN, 2014, p. 147)

5. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma primeira e básica questão a ser levantada, ao tratar-se da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico penal brasileiro, diz respeito a sua compatibilidade ou não com a redação dada pelo legislador ao artigo 29.

Conforme exposto acima, uma parcela significativa da doutrina entende que, no âmbito nacional, fora adotada uma concepção unitária de autor, ou seja, não haveria diferenciação entre autores e partícipes no que se refere a suas respectivas penas.

Assim, a pergunta que deve ser feita é: haveria a possibilidade e a necessidade de utilização da teoria do domínio do fato, para a resolução dos problemas concretos de autoria e participação?

Para Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2006, p. 8), apesar de haver adotado uma teoria unitária, o legislador brasileiro, ao fazer referência à culpabilidade, buscou atenuar eventuais excessos resultantes de uma aplicação literal da teoria monista. Assim, como uma terceira via, a teoria do domínio do fato viria sendo aceita pela doutrina e jurisprudência como um modo de diferenciação entre autoria e participação. Assevera, porém, o autor, que grande parte dos doutrinadores trabalharia com uma versão “finalista” de domínio do fato e não a originalmente desenvolvida por Roxin.

Citando Kienapfel e Mestieri, explica que:

Todavia, cumpre observar que a denominação “teoria unitária temperada”, referida por Mestieri, não consistiu em uma nova teoria, mas uma simples forma de designar uma concepção peculiar, divergente daquela apresentada originariamente por Stübel e adotada em 1940 no Código Penal brasileiro. Isso, evidentemente, deve-se ao fato de que a doutrina brasileira à época da reforma da Parte Geral (1984) desconhecia a tradicional distinção entre sistema unitário formal e sistema unitário funcional, cuja divisão e denominação havia sido elaborada por Diethelm Kienapfel, em 1971. Como sistema unitário formal o jurista denomina o “sistema unitário de autor que admite expressamente como consequência a unificação de todas as formas de cometimento do fato e renuncia às diferenciações conceituais-categóricas no plano da tipicidade”. Tal sistema elimina “as diferenças valorativas e existenciais entre as tradicionais formas de autoria e participação”. O sistema unitário funcional, assim “como o formal, renuncia a qualquer divisão valorativa de determinadas forma de cometimento do fato, mas, ao contrário deste, não renuncia à sua diferenciação conceitual”. Logo, a ordem jurídico-penal brasileira adotou um sistema unitário funcional, e somente neste sentido pode ser entendida a chamada “teoria unitária temperada”. (KIENAPFEL apud id., 2014, p. 153-154)

A partir destas considerações, Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2014, p. 154) chega a uma resposta negativa quanto à compatibilidade da teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico brasileiro, por entender, em primeiro lugar, que Roxin, ao elaborar a teoria, expressamente esclarecera que esta seria baseada em um pilar diferenciador. Além disso, a mesma estaria assentada sobre o absoluto rechaço de premissas causais-naturalistas, que seriam a base de um sistema unitário.

Alaor Leite (2014, p. 56), por sua vez, explica que a redação do artigo 29 do Código Penal, por ser extremamente ampla, permite que uma teoria como a do domínio do fato seja utilizada apenas como diferenciadora entre autores e partícipes e limitadora da responsabilidade, mas nunca como fundamentadora da mesma.

Explica o autor, que:

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora e restritiva* do conceito de autor. Ela é *diferenciadora*, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediato e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é *restritiva*, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito *extensivo*, que entende que autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, e que a menor punição da participação é uma decisão do legislador por restringir a punição do partícipe. A teoria diferenciadora é contraposta à teoria *unitária*, que sequer distingue entre autor e partícipe. A busca por critérios distintivos entre autor e partícipe é louvável e representa um esforço dogmático permitido pela redação de nosso art. 29, *caput*, do CP, mas não se pode utilizar a teoria do domínio do fato, de nenhuma forma e em linguagem bastante clara, para transformar o que seria absolvição em condenação. (ibid., p. 57-58)

Assim, para o autor, muito embora não seja expressamente proscrita ou obrigatória, seria totalmente compatível com o artigo 29 a teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida e aplicada. Assim:

O esforço deve ser no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e participação, e de compreender que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria, e que, em razão disso – e não por ser mera questão de merecimento de pena, como foi indicado nos votos acima mencionados –, é que, em regra, deve haver uma diferença entre o autor e partícipe. (ibid., p. 58)

Tendemos a concordar com este último posicionamento. Muito embora não se possa falar em uma adoção expressa de qualquer critério diferenciador entre autoria e participação, mostra-se como uma missão doutrinária recomendável, diante da inegável diferença existente entre os injustos de cada uma destas modalidades.

Aliás, neste sentido, sobre a importância da diferenciação entre as diversas formas de atuação do agente, já lecionava Esther de Figueiredo Ferraz:

Tornada embora obrigatória a pacificação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar sua contribuição material e os que o fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar. Sobram ao legislador poderes para cancelar da terminologia de um código as expressões tradicionalmente usadas para distinguir as diversas formas de participação, reduzindo-as todas, indistintamente, à autoria. Não lhe é dado, entretanto, suprimir da mesma feita e com o mesmo golpe entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidades concretas e vivas como são aquelas a que acabamos de nos referir. (FERRAZ, 1976, p. 4-5)

Deve se ressaltar, porém, o cuidado necessário na aplicação da teoria em tela, uma vez que, conforme exposto, por ser uma teoria restritiva e diferenciadora, não pode, jamais, ser utilizada como fundamento de responsabilização de alguém que, de outra forma, não o seria.

Assim, em definitivo, a teoria do domínio do fato seria, sim, compatível com o ordenamento jurídico nacional, não sendo, porém, necessária em todos os casos concretos, mas somente naqueles em que haja a possibilidade de restrição da responsabilidade por eventual diferenciação entre autores e partícipes.

6. DOMÍNIO DO FATO NO CASO DO ESTUPRO COLETIVO?

Pelas considerações feitas até o momento, já é possível perceber o quanto problemática se mostra a adoção da teoria do domínio do fato no caso do suposto estupro coletivo ocorrido na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo informações divulgadas ao público, referentes ao recém finalizado inquérito policial, uma jovem teria sido violentada por várias pessoas enquanto estaria sob efeitos de álcool e drogas. Sete pessoas foram indiciadas, inclusive o chefe do tráfico de drogas local (RODRIGUES, 2016).

Cumpre observar, porém, no que interessa ao presente estudo, que, aparentemente, não fora constatada nenhuma participação direta deste último no caso. Em entrevista anterior, a delegada responsável pelo caso teria afirmado que este teria o “domínio do fato” de tudo o que ocorria no morro, devendo, portanto, ser responsabilizado (“O ESTUPRO..., 2016).

Tal posicionamento, muito embora atenda aos anseios da população e da grande mídia, mostra-se muito problemático na prática e totalmente destoante da construção doutrinária de Claus Roxin, ou de qualquer outro modelo de autoria mediata.

Conforme explicado, ainda que se entenda compatível a teoria do domínio do fato com o ordenamento jurídico penal brasileiro, o que em si já não é unânime, esta somente pode ser utilizada como critério diferenciador das modalidades “autoria” e “participação”, e como tal, como uma teoria restritiva de responsabilidade, jamais como um fundamento da mesma.

Assim, para que se possa imputar o crime de estupro coletivo para o suposto chefe do tráfico de drogas local, conforme pretende a delegada responsável pelo caso, seria necessário comprovar uma efetiva participação do mesmo no crime, seja através de uma atuação direta, praticando os elementos do tipo, seja através de um auxílio ou instigação.

A partir disto, a teoria do domínio do fato poderia ser utilizada para averiguar se o autor teria um domínio da ação, ou um domínio da vontade, hipóteses em que poderia ser considerado um autor, ou se teria apenas influenciado de alguma forma na ocorrência, sem, contudo, dominá-la, hipótese em que seria considerado um partícipe.

A teoria do domínio da fato, portanto, jamais pode ser utilizada da maneira como pretende a delegada responsável pelo caso, qual seja, para fundamentar o indiciamento de uma pessoa que, a priori, não teria participação no caso, baseando-se somente na hipótese de que este seria o chefe do tráfico de drogas local.

A utilização desta construção doutrinária, se feita desta maneira, mostra-se como um desvio dos postulados originalmente desenvolvidos por Claus Roxin, assim como fora feita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da APn 470, que fora alvo de duras críticas da doutrina.

7. CONCLUSÕES

Diante das considerações que foram aqui desenvolvidas, cumpre esclarecer, à guisa de considerações finais, que, no que tange à teoria do domínio do fato, a doutrina e jurisprudência nacionais ainda têm muito o que desenvolver.

Primeiramente, cumpre destacar que, apesar da redação utilizada pelo legislador no artigo 29 do Código Penal, no qual, em tese, teria se adotado uma concepção unitária de autor, a teoria do domínio do fato seria, sim, compatível com o ordenamento jurídico nacional, desde que corretamente utilizada.

Assim, uma vez desenvolvida como uma teoria diferenciadora e restritiva, não poderia, jamais, ser utilizada como fundamento de qualquer responsabilização, mas, tão somente, para diferenciar autores de partícipes.

Desta forma, a utilização pretendida pela delegada responsável pelo caso do suposto estupro coletivo no Rio de Janeiro, a fim de imputar o crime também ao chefe do tráfico de

drogas local, com a devida vênia, é totalmente equivocada e destoante da construção de Claus Roxin.

A teoria do domínio do fato somente poderia ser aplicada, no caso em tela, na hipótese de que ficasse comprovada uma efetiva atuação deste chefe do tráfico no crime de estupro, seja através da prática efetiva dos elementos do tipo, seja através de uma cumplicidade ou de uma instigação.

O que parece ter sido objetivado, neste caso, é uma desacertada utilização da teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, tal qual fora feita pelo STF na APn 470, para fundamentar um indiciamento e uma eventual condenação.

Tal utilização mostra-se, a priori incorreta, pois, a não ser que se comprove a emanação de uma ordem por parte do traficante local no sentido da prática do estupro coletivo, ou, pelo menos, um auxílio ou instigação, não poderá o mesmo ser responsabilizado, seja como autor, seja como partícipe.

Assim sendo, muito embora a teoria do domínio do fato venha sendo gradativamente mais aceita pela doutrina e jurisprudência nacionais, vem ocorrendo distorções na sua utilização, o que, além de dogmaticamente incorreto, tem levado a resultados político-criminais indesejáveis.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoria mediata y dominio de la organización en el C. P. peruano. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 23, p. 43-73, 2012.

AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *Indret: revista para el análisis del derecho*, n. 3, 2011. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O caso Fujimori: exemplo de superação da impunidade em América Latina. *Revista de estudos jurídicos UNESP*, Franca, a. 14, n. 19, p.199-214, 2010.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cesar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário oficial da União*. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Diário oficial da União*. Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luis... et alii. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-46.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Héleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*: arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 47-90, jan./fev. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º. a 120 do CP*. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

“O estupro coletivo está provado”, assegura a delegada que assumiu o caso no RJ. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.jornalnh.com.br/conteudo/2016/05/noticias/pais/338970--o-estupro-esta-provado--assegura-a-delegada-que-assumiu-o-caso-no-rj.html>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata: del caso ‘Stakic’ a los casos ‘katanga’, ‘Ngudjolo’ y ‘Bemba’. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, a. 14/15, n. 23, p. 105-150, 2009/2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Matheus. Polícia conclui inquérito de estupro coletivo no Rio com sete indiciados. *G1 Rio*, Rio de Janeiro, 17 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/policia-conclui-inquerito-de-estupro-coletivo-no-rio-com-sete-indiciados.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ROTSCH, Thomas. Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Augsburg, 4. Jahrgang, Augsbage nov. 2009, p. 549-551, 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, München, 4 Jahrgang, Ausgabe nov. 2009, p. 565-568, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Traducción de la 1^a. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; José Manuel Paredes Castañon; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und tatherrschaft*. 1. ed. 1963.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. O salto do autor detrás do autor da teoria à prática. In: _____. *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal*. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone, Gustavo de Carvalho Marin (Orgs.). São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*. São Jerônimo, v. 3, n. 1, p. 8-16, jan./jun. 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Teoria do domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 2, v. 2, n. 2, p. 138- 164, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14319>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

A “CARNE MAIS BARATA DO MERCADO”¹: UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA DA “CULTURA DO ESTUPRO” NO BRASIL

*THE “CHEAPEST MEAT OF THE MARKET”: A BIOPOLITICAL ANALYSIS
OF THE “RAPE CULTURE” IN BRAZIL*

Joice Graciele Nielsson;²

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth.³

*“Edgard – Vamos falar sério! Por que e a troco de quê essa menina vai se casar com um desconhecido? Porque eu sou um desconhecido. E a família? O pai, a mãe, sei lá!
Peixoto – Eu explico. É simples e você vai compreender tudo. Essa menina sofreu um acidente. Um acidente do tipo especial. Vinha, de automóvel, por uma estrada. E há um enguiço. Um enguiço no motor. Ela salta. De repente, surgem, do mato, cinco crioulões. Lugar deserto. Pegam a menina, arrastam. Bem. O resto você pode deduzir. E agora que você já sabe – quer casar?”*

(RODRIGUES, Nelson. Otto Lara Resente ou, Bonitinha, mas ordinária)

Resumo: O presente artigo objetiva explicitar os elementos que compõem no Brasil atual a denominada “cultura do estupro”, a partir de uma análise crítico-filosófica do que se designará, aqui, de “biopolítica da carne”. O problema que orienta a pesquisa pode ser assim sintetizado: em que medida a expressão “cultura do estupro” se relaciona diretamente à existência de um juízo moral consolidado ao longo dos tempos, fruto de uma ideologia patriarcal ainda presente em nossa sociedade, e que coloca a mulher como propriedade e objeto de um desejo do homem, o que acaba por legitimar o uso da violência física ou moral, para a satisfação dos instintos sexuais masculinos? Para responder à indagação, o texto encontra-se articulado em duas partes. Na primeira, busca-se desvelar a expressão “cultura do estupro”, a partir de um conjunto de elementos que a integram, bem como de autores que

¹ Trecho da música “A carne”, composta por Seu Jorge, Marcelo Yuca e Wilson Capellette, interpretada por Elza Soares.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela UNIJUÍ. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ.

³ Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e UNISINOS. Editor-chefe da Revista Direitos Humanos e Democracia, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da UNIJUÍ.

Artigo recebido em 04/01/2017 e aprovado para publicação em 11/10/2018.

exploram a temática, analisando-se, também, recentes estatísticas realizadas no país acerca do assunto. Na sequência, busca-se analisar a constituição das relações patriarcas no Brasil, compreendidas como base e fonte de legitimação da violência sexual perpetrada pelos homens contra as mulheres. Após, busca-se compreender como se dá o controle biopolítico da vida humana, especialmente da vida das mulheres consideradas enquanto “carnes” à disposição do consumo do biopoder patriarcal. Para a concretização da pesquisa, a metodologia de abordagem utilizada foi a fenomenologia hermenêutica.

Palavras-chave: Mulheres. Cultura do estupro. Biopolítica. Brasil.

Abstract: The present article aims to explain the elements that make up in Brazil the so-called “culture of rape”, based on a critical-philosophical analysis of what will be called “biopolitics of the flesh” here. The problem that guides research can be summarized as follows: to what extent does the term “rape culture” relate directly to the existence of a moral judgment consolidated over time, the fruit of a patriarchal ideology that supports the culture of machismo still present in our society, and which places women as the property and object of a man’s desire, and such distorted conception of the representation of the feminine ends up legitimizing the use of physical or moral violence for the satisfaction of the male sexual instincts? To answer the question, the text is divided into two parts. In the first one, it is sought to unveil the expression “culture of rape”, based on a set of elements that integrate it, as well as authors who explore the theme, analyzing also recent statistics in the country on the subject. The purpose of this study is to analyze the history of the constitution of patriarchal relations in Brazil, understood as the basis and source of legitimization of sexual violence perpetrated by men against women. Afterwards, it is sought to understand how the biopolitical control of human life, especially the life of the women considered as "meats" available to the consumption of the patriarchal biopower, is given. For the accomplishment of the research, the approach methodology used was hermeneutic phenomenology.

Keywords: Women. Culture of rape. Biopolitics. Brazil.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Caso 1: Em novembro de 2007, uma adolescente de dezesseis anos de idade, acusada de furto na residência na qual trabalhava como empregada doméstica, passou vinte e seis dias em uma cela com mais de trinta homens adultos, no município de Abaetuba, a 80 km de Belém, no Pará. De acordo com o Conselho Tutelar, ela foi obrigada, durante todo o período, a manter relações sexuais com os prisioneiros, como forma de obtenção de comida. Ainda, teve seus cabelos cortados, para não causar a impressão, à primeira vista, de se tratar de uma mulher⁴. Quase dez anos depois dos fatos, a juíza responsável pelo prolongamento da prisão

⁴ Um apanhado de reportagens da época acerca do caso pode ser buscado em: <<http://direitos.org.br/mulher-mantida-em-cela-com-20-homens/>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

recebeu do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a pena de disponibilidade, sendo impedida de exercer a função por dois anos, período durante o qual passa a receber salário proporcional ao tempo de serviço⁵.

Caso 2: No interior do Rio Grande do Sul, uma menina foi reiteradamente estuprada pelo pai, entre os anos de 2011 e 2012, do que resultou a sua gravidez, cuja paternidade foi comprovada por meio de exame de DNA. Em abril de 2015, o seu genitor foi preso e condenado a uma pena de 27 anos de prisão. Na fase do inquérito policial, a adolescente, então com 13 anos de idade, apresentou relatos que apontavam o pai como autor do fato, mas demonstrava medo de contrariar ou magoar a sua mãe. Já na fase judicial, uma vez transcorrido mais de um ano do primeiro interrogatório, a vítima, que já tinha abortado o feto, alterou a versão dos fatos, alegando que não queria a prisão do pai, e que o pai da criança era um ex-namorado. Na audiência, presidida por uma juíza, o Promotor de Justiça, diante da mudança no depoimento da vítima, que contava então com 14 anos de idade, assim a interpelou:

Tá, assim ó, tu pegou e tu fez, tu já deu um depoimento antes [...], tu fez eu e a juíza autorizar um aborto e agora tu te arrependeu assim? Tu pode pra abrir as pernas e dá o rabo pra um cara tu tem maturidade, tu é auto suficiente, e pra assumir uma criança tu não tem? [...] tu é uma pessoa de muita sorte A., porque tu é menor de 18, se tu fosse maior de 18 eu ia pedir a tua preventiva agora, pra tu ir lá na FASE, pra te estuprarem lá e fazer tudo o que fazem com um menor de idade lá. Porque tu é criminosa... tu é. [...] Agora assim ó, vou me esforçar pra te “ferrá”, pode ter certeza disso, eu não sou teu amigo.

Esses fatos somente vieram à tona em sede de Recurso de Apelação interposta da sentença condenatória, quando os Desembargadores da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinaram a expedição de ofício ao Conselho Nacional do Ministério Público para investigação da conduta do Promotor, assim como pediram à Corregedoria-Geral da Justiça que examine a responsabilidade da juíza que atuou no caso na Comarca de origem⁶.

⁵ Notícia do julgamento do CNJ pode ser lida em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83661-juiza-que-manteve-menina-em-cela-masculina-recebe-pena-de-disponibilidade>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

⁶ O inteiro teor do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) sobre o caso pode ser lido em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3F nome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070140264%26num_processo%3D70070140264%26codEmenta%3D6942359+70070140264+++&proxstylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

Caso 3: Em maio de 2016, uma adolescente carioca de 16 anos de idade foi estuprada por aproximadamente trinta homens, tendo as fotografias e filmagens do estupro coletivo sido divulgadas na internet. Segundo a vítima, na Delegacia de Polícia, o próprio delegado a culpou pelo ocorrido. A autoridade policial teria colocado as fotografias e o vídeo sobre a mesa e perguntado se ela tinha o costume de fazer aquilo, e se gostava. O delegado em questão foi afastado do caso, que segue em investigação⁷. As imagens do estupro “viralizaram” na internet, e o que mais chamou a atenção foi o fato de que, também na rede, muitas pessoas culparam a vítima pelo ocorrido, sustentando que ela estava bêbada e que tinha “provocado” a violência sexual, por meio de postagens do tipo: “Onde o trem passou... Essas mina dão muito mole mesmo”⁸.

Três casos diferentes, envolvendo a mesma temática. Tem, em comum, como *background*, aquilo que se convencionou chamar de “cultura do estupro”, ou seja, a culpabilização da vítima pelo fato de ter sido alvo de violência sexual, compreendido como um comportamento masculino “natural”. É este tema que será objeto de investigação no presente artigo, cujo objetivo é explicitar os elementos que compõem no Brasil atual a referida “cultura”, a partir de uma análise crítico-filosófica do que se designará, aqui, de “biopolítica da carne” – marco teórico que será desenvolvido a partir das obras foucaultiana e agambeniana.

O termo “cultura do estupro” foi utilizado pela primeira vez por feministas norte-americanas na década de 1970 e sugere que determinada sociedade cultiva crenças e convenções que naturalizam a violência sexual contra as mulheres. Em 1975, a autora feminista Susan Brownmiller (1993) escreveu o livro “Contra a nossa vontade: homens, mulheres e estupro”⁹ sobre o tema, apresentando um histórico detalhado sobre o estupro, seu processo de naturalização e as relações de poder que lhe subjazem.

Atualmente, por “cultura do estupro”, entende-se, de acordo com a ONU Brasil (2016) o conjunto de maneiras pelas quais uma sociedade culpa as vítimas de assédio ou de uma

8&numProcesso=70070140264&comarca=Comarca%20de%20J%C3%BAlio%20de%20Castilhos&dtJulg=3 1/08/2016&relator=Jucelana%20Lurdes%20Pereira%20dos%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 02 jan. 2017.

⁷ Reportagem sobre o caso pode ser acessada em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/30/politica/1464631347_909205.html>. Acesso em: 02 jan. 2017.

⁸ Sobre a reação da população nas redes sociais ao caso em questão consultar texto disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/26/politica/1464275134_153470.html?rel=mas>. Acesso em: 02 jan. 2017.

⁹ Tradução livre. O livro não apresenta versão traduzida para o português e pode ser encontrado sob o título *Against Our Will: Men, Women and Rape*.

violência sexual e, desse modo, normaliza o comportamento sexual violento dos homens. Portanto, quando “em uma sociedade, a violência sexual é normalizada por meio da culpabilização da vítima¹⁰, isso significa que existe uma cultura do estupro.”

Neste sentido, o problema que orienta o presente artigo reside na seguinte pergunta: em que medida a expressão “cultura do estupro” se relaciona diretamente à existência de um juízo moral consolidado ao longo dos tempos, fruto de uma ideologia patriarcal ainda presente em nossa sociedade, e que coloca a mulher como propriedade e objeto de um desejo do homem, o que acaba por legitimar o uso da violência física ou moral, para a satisfação dos instintos sexuais masculinos?

Para responder à indagação, o texto encontra-se articulado em duas partes. Na primeira, busca-se desvelar a expressão “cultura do estupro”, a partir de um conjunto de elementos que a integram, bem como de autores que exploram a temática, analisando-se, também, recentes estatísticas produzidas no país acerca do assunto. Na sequência, busca-se analisar como se deu a constituição das relações patriarcais no Brasil, compreendidas como base e fonte de legitimação da violência sexual perpetrada pelos homens contra as mulheres. Após, busca-se compreender como se dá o controle biopolítico da vida humana, especialmente da vida das mulheres consideradas enquanto “carnes” à disposição do consumo do biopoder patriarcal.

Para a concretização da pesquisa, a metodologia de abordagem utilizada foi a fenomenologia hermenêutica (STEIN, 1979). Sabendo-se que o método de abordagem visa a aproximar o sujeito (pesquisadores) e o objeto a ser pesquisado (no caso, a denominada “cultura do estupro” no Brasil), não se fará, no presente texto, uma análise “externa” do tema pesquisado, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, os sujeitos (os pesquisadores) estão diretamente implicados, pois relacionados, com o objeto de estudo, o qual interage com eles e sofre as consequências dos seus resultados (ou seja, as suas descobertas e potencialidades). Este horizonte comprehensivo foi o que se mostrou suficientemente fértil e adequado para a discussão da temática objeto desta investigação. Isso porque não se trata de uma investigação alheia aos pesquisadores: eles estão no mundo onde a “cultura do estupro” – analisada na pesquisa – viceja. Aqui reside o significado do fenômeno.

¹⁰ Veja-se por exemplo as afirmações feitas nas redes sociais acerca da vítima do caso 3 e do seu comportamento.

Essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. A atribuição de sentido, que representa uma forma nova de construir a interpretação, se dá por meio da valorização da tradição e das experiências de vida já vivenciadas pelos pesquisadores e, num contexto maior, pela própria sociedade. A tradição é, nessa perspectiva, considerada como uma força vital inserida na cultura. Não é possível furtar-se à tradição ao realizar uma investigação científica: estamos sempre inseridos nela. O *modus operandi* filosófico gadameriano (2012) perpassa, portanto, pela recuperação e pelo resgate de ideias reprimidas e esquecidas. Desta forma, tem-se a pré-compreensão – forjada no horizonte da tradição histórica de vida do ser humano, que ilumina a compreensão, a interpretação e a aplicação dos resultados da pesquisa científica, da qual este artigo é um produto.

2. (DES)VELANDO A CULTURA DO ESTUPRO: A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A FEMININA

A utilização da expressão “cultura do estupro” não é unanimidade. Admitir a sua existência configura-se em algo fora de questão para muitos daqueles que nela estão imersos e plenamente habituados com a sua existência. Por isso a utilização da expressão “cultura”. Para além das manifestações contrárias que somente reforçam a necessidade de sua abordagem, pesquisadores como Segatto¹¹, por exemplo, tem afirmado que concordar com o termo serviria apenas para amenizar o problema, uma vez que “o que a gente chama de cultura é uma coisa estabilizada, inocentada, simplesmente um costume.” Nesse sentido, “estupro não é cultura, é significado de uma falência do Estado e também da própria sociedade. Trata-se de um processo histórico desequilibrado e genocida”.

Embora tais posições sejam dignas de respeito, considera-se aqui que, justamente uma tematização e uma análise profunda do que se considera elementar em/de uma “cultura do estupro” pode conduzir a desconstituir tais traços de controle biopolítico e patriarcal do

¹¹ Matéria disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5160:estupro-nao-e-cultura-e-significado-de-uma-falencia-do-estado-e-tambem-da-propria-sociedade-rita-segato-teve-inicio-hoje-no-cinema-do-museu-da-fundacao-joaquim-nabuco-o-ciclo-2016-dos-seminarios-em-rede-que-este-ano-tem-como-tema-etnicidade-gener&catid=44:sala-de-impressa&Itemid=183>. Acesso em: 22 dez. 2016.

corpo, da sexualidade, da alma e da vida das mulheres. Traços que se revelam presentes em todos os casos referidos na introdução, nos quais estão presentes mulheres – para além das vítimas – que se colocam em posições marcadas por esta cultura: a juíza que permite que uma menina permaneça por quase um mês trancafiada em uma cela com mais de 30 homens, no caso 1; a mãe que “protege” o marido estuprador da filha e a juíza que permite a atuação lastimável do representante do Ministério Público em audiência, no caso 2; as mulheres que, em inúmeras manifestações nas redes sociais, culpam a adolescente vítima de estupro coletivo pelo ocorrido, no caso 3.

São nestes casos que se pode evidenciar – dentre tantos outros que ocorrem diuturnamente no Brasil – que se está diante de uma expressão válida (“cultura do estupro”), que diz respeito a modos de vida que incluem formas de pensar e de agir, nas quais o estupro foi naturalizado. De acordo com dados do 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2016), no ano de 2015, no Brasil, foram registrados 45.460 casos de estupro. No ano anterior, foram contabilizadas 50.438 ocorrências. Mesmo que os dados abranjam estupros que tenham por vítimas homens e mulheres, há predominância de casos envolvendo o sexo feminino (89%).

Isso quer dizer que o estupro se configura como algo banal, tão corriqueiro e tão comum, que não nos preocuparíamos com ele de um modo geral, a não ser quando comovidos por algum fato que encontre repercussão na grande mídia ou nas redes sociais – a exemplo dos referidos na introdução. No entanto, afora os assombros de “indignação” seletiva, a mesma sociedade como um todo volta a desconsiderar ou a relativizar a existência de estupros e sua gravidade. Neste contexto, vige uma mentalidade que não vê como algo problemático que um homem estupre uma mulher. O estupro não é considerado anormal, de modo que, muitas vezes, o próprio estuprador sequer consegue perceber que o seu ato é um estupro, ou que este ato implique a prática de um crime, mas uma simples manifestação de um “estrano direito sobre uma mulher ou outra pessoa estuprável” (TIBURI, 2016).

Esta cultura não é recente, e contou com um longo processo de introjeção e naturalização, e quando não de romantização ao longo do tempo, sempre considerando a mulher como um objeto, que existe para servir aos homens. A literatura, por exemplo, nos conta que na Grécia, Zeus se divertia sexualmente raptando e estuprando mulheres, como foi

o caso de Europa, cujo estupro lhe rendeu uma gravidez¹². Zeus, ainda, se tornaria cúmplice do estupro da própria filha que, raptada por Hades, foi levada ao inferno e estuprada¹³. Os textos bíblicos não são diferentes, caracterizando a mulher como uma propriedade masculina, listada entre os bens materiais do homem como, por exemplo, no livro de Éxodo, capítulo 20, versículo 17, onde se lê: “não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo” (BÍBLIA SAGRADA, 2005). Enquanto tal, o ato do estupro não era tido como um abuso, mas sim como um adultério, cuja vítima era o seu legítimo proprietário, ou marido ou pai, que detinha a propriedade que fora “danificada”.

A própria história brasileira se constitui mediante o estupro. Da chegada dos portugueses e do estupro das mulheres indígenas, que dá início à tão enaltecida miscigenação do povo brasileiro, à chegada de negros e negras para servirem em sistema de escravidão aos senhores da casa grande, no que se incluía a violência sexual, cujo fruto, se houvesse, seria mais um escravo da fazenda como todos os outros. Para o escravizador, mulheres negras eram bens móveis sub-humanos, apenas “carnes” das quais eram proprietários. Em todos estes cenários, e em muitos outros mais, Vigarello (1998) observa uma continuidade e uma ruptura nas práticas jurídicas relativas ao estupro: a desconfiança em relação à palavra daquela que denuncia, e a tolerância, cada vez maior, à violência sexual.

Exemplos dessa tolerância podem ser buscados a partir do tratamento dispensado à mulher pela legislação brasileira até pouco tempo atrás. O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), por exemplo, dispunha que o homem era o “chefe” de família, sendo a mulher considerada “relativamente incapaz”. Trata-se de texto que regia as relações civis até o ano de 2003, quando entrou em vigor o Novo Código (Lei nº 11.340/2002)¹⁴. Na seara penal,

¹² O mito conta que Zeus metamorfoseou-se em um touro branco, e quando Europa colhia flores o avistou e encantou-se, foi acariciá-lo e num momento de distração, Zeus a raptou e a levou para a ilha de Creta, onde sem revelar sua identidade, estuprou-a e a engravidou. Europa foi mãe de Minos, que tornaria-se rei de Creta.

¹³ Interessante notar o sexismó já presente na cultura grega. Com relação aos dois casos de estupro acima indicados, cometidos contra mulheres, não houve qualquer espécie de punição ou indignação. Por outro lado, no caso de um estupro de homens, a postura é totalmente diversa, como por exemplo, no caso de Laio, que estuprou Chrysippus, crime conhecido como “O crime de Laio”, caracterizado como um exemplo de arrogância no sentido original da palavra, ou seja, violenta indignação. Neste caso, não houve romancear da situação, houve punição! Sua punição foi tão grave que destruiu não só o próprio Laio, mas também seu filho, Édipo, sua esposa Jocasta, seus netos (incluindo Antígona) e membros de sua família.

¹⁴ Mesmo às vésperas do advento do Novo Código, doutrinadoras entendiam ser a “prestaçāo sexual” uma “obrigação matrimonial”. Nesse sentido, curiosa é a leitura de Ferraz (2001, p. 194-195) acerca do assunto: “o estupro da mulher casada, praticado pelo marido, não se confunde com a exigência do cumprimento do débito conjugal; este é previsto inclusive no rol dos deveres matrimoniais, se encontra inserido no conteúdo da

debatia-se na doutrina e na jurisprudência se o marido poderia ser sujeito ativo no crime de estupro¹⁵, e a “legítima defesa da honra” era uma tese admitida nos tribunais para inocentar o marido que assassinava sua esposa, a “mulher fatal”, nos termos do célebre discurso proferido em plenário do Tribunal do Júri pelo advogado Evandro Lins e Silva no caso “*Doca Street*”: “a ‘mulher fatal’, esse é o exemplo dado para o homem se desesperar, para o homem ser levado, às vezes, à prática de atos em que ele não é idêntico a si mesmo, age contra a sua própria natureza.”¹⁶ Não se pode olvidar, também, que até pouco tempo atrás o conceito de “mulher honesta”¹⁷ permeava os dispositivos do Código Penal que versavam sobre os “crimes contra os costumes”, tendo sido definitivamente proscrita do texto legal apenas no ano de 2005, por meio da edição da Lei nº 11.106, que trouxe alterações no regramento do Código Penal referente aos delitos que, na nova léxica, são intitulados de “crimes contra a dignidade sexual”.

Essa “cultura” – que também permeia o universo jurídico – explica, em parte, os dados que indicam uma incidência assustadora de violência sexual no Brasil. O já mencionado levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em seu 10º Anuário (2016), estima que devem ter ocorrido entre 129,9 mil e 454,6 mil estupros no País em 2015, do que se depreende que mais de cinco pessoas são estupradas por hora. Trata-se de um número muito superior àquele oficialmente registrado – como demonstrado acima (45.460 estupros no ano de 2015). Ocorre que este número mínimo de 129,9 mil se baseia em estudos internacionais, como o *National Crime Victimization Survey* (NCVS), que apontam que apenas 35% das vítimas de estupro costumam prestar queixas. O número máximo, de mais de 454 mil estupros, se apoia no estudo “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde”, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que aponta que, no país,

coabitão, e significa a possibilidade do casal que se encontra sob o mesmo teto praticar relações sexuais, porém não autoriza o marido ao uso da força para obter relações sexuais com sua esposa.”

¹⁵ Nesse sentido o julgado do TAGB citado por Mirabete (1999, p. 1246), assim ementado: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. [...]” (RT 461/44). Na mesma esteira é a lição de Noronha (1982, p. 109): “casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.”

¹⁶ Relato do caso e do discurso proferido em plenário pelo advogado de defesa podem ser lidos em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁷ Na clássica lição de Nelson Hungria (1981, p. 139), mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes.”

apenas 10% dos casos de estupro chegam ao conhecimento da polícia. Considerando somente os boletins de ocorrência registrados, em 2015 ocorreu um estupro a cada 11 minutos e 33 segundos no Brasil, ou seja, 5 pessoas por hora (CERQUEIRA; COELHO, 2014). Trata-se, aqui, do complexo e dinâmico processo de refração denunciado por Andrade (1997, p. 260) “entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária [polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, etc]”.

Tais números, além de alarmantes, retratam uma incidência histórica do estupro, sem que a sociedade discutisse tal situação com maior atenção. No entanto, nos últimos anos, especialmente a partir do ano de 2014, a existência de uma “cultura do estupro” no Brasil ganhou evidência diante de alguns fatos que atingiram grande repercussão popular. Em 2016, esse debate foi impulsionado pela ocorrência do estupro coletivo no Rio de Janeiro (caso 3), que tomou as redes sociais a partir da divulgação de um vídeo contendo imagens do ato, feita pelos próprios estupradores. Além deste, outros casos, especialmente envolvendo estupros coletivos de menores de idade chamaram a atenção e geraram um intenso debate popular, especialmente pelas mídias sociais da *internet* (outro caso bastante debatido foi o das quatro meninas que, após terem sido estupradas e violentadas por um grupo de cinco homens, foram jogadas de um penhasco de mais de 10 metros de altura, no Município de Castelo do Piauí, em meados de 2015¹⁸).

Em 27 de março de 2014, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) divulgou uma pesquisa intitulada “Tolerância social à violência contra as mulheres”¹⁹. O estudo apontou que 65% dos entrevistados (de um total de quase 4 mil pessoas) concordavam com a afirmação “Mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas”. A notícia, divulgada pelos principais sites de informação do país, repercutiu nas redes sociais digitais e gerou um grande número de debates. As discussões não apenas questionavam possíveis erros metodológicos na realização da pesquisa, como também, e principalmente, o fato de o estudo apontar que a maioria dos brasileiros culpava a mulher pelo abuso sexual sofrido (IPEA, 2014).

¹⁸ Reportagem sobre o caso pode ser lida em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/05/garotas-foram-jogadas-de-penhasco-com-mais-de-cinco-metros-de-altura.html>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁹ Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>.

As notícias sobre a pesquisa acima indicada foram compartilhadas por um número incontável de pessoas e proliferaram discussões sobre a culpabilização da mulher em casos de estupro – uma questão que há bastante tempo vem sendo levantada pelo movimento feminista. A interação possibilitada pelas redes sociais digitais permitiu que o debate se organizasse especialmente em grupos de discussão do Facebook. A divulgação da pesquisa também motivou os usuários a manifestarem sua opinião, sobretudo aqueles que não se viam representados pela opinião da maioria. Assim, surgiram algumas imagens que afirmavam “eu faço parte dos 35%”, em referência ao percentual de entrevistados que discordavam da questão que continha a referida afirmação.

Uma semana depois, no dia 4 de abril, o IPEA lançou uma nota oficial que corrigia os dados divulgados na semana anterior²⁰. Segundo a nota, houve um erro na elaboração dos gráficos e a percentagem estava trocada: 65% dos entrevistados discordavam da afirmação de que as mulheres que usam roupas curtas mereciam ser vítimas de abuso.

Ainda segundo a pesquisa, 58,5% dos entrevistados tenderam a concordar total ou parcialmente que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros”. Também, 78,7% concordaram total ou parcialmente que “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”. A pesquisa ainda revela que 78,7% concordam que “toda mulher sonha em se casar”; ou que 54,9% das famílias concordam que “tem mulher que é pra casar, tem mulher que é pra cama”.

Além destes, ainda outros dois fatos se destacaram com relação ao tema no cenário nacional: a fala do deputado federal Jair Bolsonaro, feita em Tribuna na Câmara dos Deputados, e depois reiterada em entrevista concedida ao Jornal Zero Hora²¹, afirmando que “não estupraria” a deputada federal, e ex-ministra dos Direitos Humanos, Maria do Rosário, porque ela “não merecia”: “ela não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece”, declarou o Parlamentar ao jornal. Em razão de tal fato, em 2016, o deputado tornou-se réu em duas ações penais no Supremo Tribunal Federal, e responderá por incitação ao crime de estupro e uma queixa-crime por injúria por ofender a deputada federal em uma discussão sobre o estupro. Pelo placar de votos 4 a 1, a 1ª Turma do Supremo decidiu aceitar a denúncia contra Bolsonaro.

²⁰ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21971

²¹ Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-4660531.html>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

Na mesma linha de naturalização e culpabilização das mulheres pelo estupro, encontra-se a retomada de uma ofensiva da denominada “bancada evangélica” do Congresso Nacional na tramitação de projetos de lei que possuem o claro intuito de dificultar o acesso das mulheres vítimas de estupro ao procedimento do aborto. Dentre tais iniciativas, destaca-se o Projeto de Lei nº 5069/2013²², que torna crime o anúncio de métodos abortivos e a prestação de auxílio ao aborto, especialmente por parte de profissionais de saúde, de autoria do ex-presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ). Na justificativa do projeto, há alegações no sentido de que

a legalização do aborto vem sendo imposta a todo o mundo por organizações internacionais inspiradas por uma ideologia neo-maltusiana de controle populacional, e financiadas por fundações norte-americanas ligadas a interesses super-capitalistas [...] as grandes fundações enganaram também as feministas, que se prestaram a esse jogo sujo pensando que aquelas entidades estavam realmente preocupadas com a condição da mulher.

O projeto de lei em questão impacta diretamente o atendimento às vítimas de violência sexual. No texto do relator Evandro Gussi (PV-SP), o projeto sugere que apenas sejam consideradas violência sexual aquelas práticas que resultam em danos físicos e psicológicos e que a prova deverá ser realizada por exame de corpo de delito. Além disso, no voto favorável, afirma que “concordamos com o que pretende o autor da Proposição, que busca propiciar maior efetividade aos dispositivos já vigentes em nossa legislação pelo afastamento da prática do aborto, em consonância com a opinião da ampla maioria do nosso povo”. A proposta dificulta o acesso ao aborto já legalizado e ao direito regulamentado pela Lei 12.845/2013²³, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas vítimas de violência sexual.

Porém, esse não é o único projeto que pretende dificultar o acesso ao aborto legal. Eduardo Cunha também é autor do PL 1545/2011²⁴ que prevê pena de 6 a 20 anos para médico que realiza aborto, além da cassação do registro profissional. Atualmente, a pena pode ser de três anos, e só em caso de morte a prisão máxima é de vinte anos. Há também

²² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²³ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁴ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507573>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

o PL 7443/2006 – apensado ao PL 4917/2001²⁵ –, que transforma o aborto em crime hediondo, e o PL 6033/13 – apensado ao PL 6022/2013²⁶ –, que revoga a Lei 12.845/2013.

Não apenas o aborto legal está em risco, como também medidas profiláticas e de acesso a métodos contraceptivos. O PL 1413/2007 – apensado ao PL 313/2007²⁷ – de Luiz Bassuma (PEN-BA) proíbe a distribuição, a recomendação pelo SUS e a comercialização pelas farmácias da pílula do dia seguinte. O mesmo deputado é autor do famigerado Estatuto do Nascituro (PL 478/2007²⁸), que proíbe o aborto mesmo em caso de estupro e transforma o aborto ilegal em crime hediondo.

Ao Estatuto do Nascituro estão apensados um projeto de lei que prevê pena de detenção de um a três anos para quem realizar pesquisa com células-tronco (PL 489/2007²⁹) e outro que concede pensão à mãe que mantenha a criança nascida de gravidez decorrente de estupro (PL 3748/2008³⁰), que ficou popularmente conhecido como “bolsa-estupro”. Além de aumentar as penas para prática de aborto, estes projetos incluem o aborto como crime hediondo e estabelecem penas para quem: “causar culposamente a morte de nascituro”; “anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto”; “fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática”; “induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique”.

Para finalizar a composição deste cenário aterrador, cabe ressaltar pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha (2016), sob encomenda do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a fim de auferir a responsabilização da mulher por atos de violência sexual. Nesse sentido, a pesquisa informou que mais de um terço da população brasileira (33%) consideram que a vítima é culpada pelo estupro, mais especificamente, 42% dos homens e 32% das mulheres entrevistados concordam com a afirmação de que “mulheres que se dão ao respeito

²⁵ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29946&ord=1>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁶ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=585806&ord=1>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁷ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343759&ord=1>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345301>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

³⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405056>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

não são estupradas”. Segundo o Datafolha, “o percentual dos que concordam não varia entre homens e mulheres (30%), o que significa que, para um terço dos brasileiros, a mulher que é agredida sexualmente é, de alguma forma, culpada pela agressão sofrida se opta por usar certas peças de roupa”. Os graus de concordância variaram mais em função da idade e escolaridade. Os grupos que mais se afastam da média são as pessoas com 60 anos ou mais, com 49% de discordância e, no lado oposto, as pessoas com ensino superior, em que a discordância chegou a 82%.

O levantamento mostra também que 65% da população tem medo de sofrer violência sexual. “O percentual cresce quando desagregamos o dado por sexo, já que 85% das mulheres brasileiras afirmam ter medo ante 46% dos homens”. E que 91% dos entrevistados concordaram com a afirmação de que “temos que ensinar meninos a não estuprar” (INSTITUTO DATAFOLHA, 2016). Essas percepções também se encontram refletidas na forma como os casos abordados na introdução do presente texto foram tratados pelas autoridades públicas neles envolvidas e debatidos pela população brasileira em geral – principalmente nas redes sociais e nos meios de comunicação de massa.

Todos estes fatos narrados e dados analisados compõem o cenário de proliferação da cultura do estupro no Brasil, e representam hoje um grande desafio ao pensamento crítico. O que se evidencia é um processo cultural de objetificação da mulher, que se torna um objeto à disposição de qualquer homem, que, por sua vez, age legitimado pela sua “natureza”. A partir desta lógica, se configura a inversão completa, ou seja, a culpabilização da vítima e a naturalização e permissividade diante da conduta do agressor.

Cabe ressaltar que tal prática, embora inserida em um contexto maior de uma “cultura de violência” que assola a sociedade como um todo e que, nesse aspecto, atinge indistintamente homens e mulheres, ao contrário de demais delitos, como roubos, furtos, homicídios, por exemplo, quer seja praticado contra mulheres, ou contra homens, tem como motivação uma vazão primitiva, socialmente autorizada e legitimada de uma masculinidade violenta do agressor, constituído em meio a relações de poder patriarcal.

Isso se reflete na estatística segundo a qual, “no geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, o que indica que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares” (CERQUEIRA; COELHO, 2014). Isso também serve para compreender a “cifra negra” envolvendo tal crime, uma vez que ele se dá às escuras, envolto em vergonha e muito preconceito. Outrossim, como

evidenciado pelos casos narrados no introito, dos estupros noticiados, muitos não chegaram à condenação pela inoperância da investigação policial e, sobretudo, pelo machismo, que condiciona, em grande parte, a atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Por tudo isso, torna-se urgente o desvelamento da lógica que justifica a cultura do estupro, a fim de encontrar alternativas para a sua superação. Neste sentido é que se buscou empreender uma análise do percurso histórico de constituição das relações patriarcais, com seus códigos e padrões construídos, que de certa forma amparam e legitimam a violência sexual perpetrada pelos homens contra as mulheres no Brasil. E tal legitimidade sevê, inclusive, reconhecida na forma como o estupro é tratado pelo direito penal, seja no texto legal, ou nas práticas cotidianas das instituições judiciais, assim como das demais instâncias que integram o sistema penal.

Na sequência, parte-se para uma análise do controle biopolítico da vida humana, especialmente da vida das mulheres consideradas aqui meras “carnes” à disposição do consumo do biopoder patriarcal. O olhar sobre a carne permite desvelar a importância do campo moral na relação entre corpo, sexo, lei, e daí suas transgressões, violências e silêncios. Dos discursos produzidos sobre e para a carne emergem poderes, saberes e violências sobre a submissão, a seleção e a culpabilização dos corpos, das quais a cultura do estupro é um dos exemplos mais contundentes.

3. A BIOPOLÍTICA DA CARNE: AS CONTÍNUAS CESURAS ENTRE A CARNE “NOBRE” E A “MAIS BARATA DO MERCADO”

A análise histórica e filosófica da cultura do estupro está inserida em um contexto de controle, por meio do qual, ao longo do tempo, os corpos, as vidas, as condutas, os desejos, os prazeres, e as subjetividades de cada ser passaram a ser objetos da incidência do poder, tal como demonstrado pela filosofia foucaultiana (2003). Seja este poder disciplinar ou biopolítico, foi sempre o corpo, individual e coletivo, o alvo principal de sua atuação, com sua capacidade de “fazer viver e deixar morrer”. Corpos transformados em carne à disposição para o abate, para a exposição, para a produção, para a reprodução, ou para o consumo, conforme a vontade do poder soberano que sobre ele incidisse.

O exercício deste poder encontrou no dispositivo da sexualidade a sua estratégia mais eficaz, fazendo surgir, na relação entre corpo e sexualidade, um campo fértil para a atuação de discursos de saber, de regimes de verdade e da lógica do poder, entrelaçando discursos de produções de uma verdade que, longe de meramente indicar as diversas possibilidades de relações dos indivíduos com seu sexo, delimitou e controlou as possibilidades de reconhecimento da própria sexualidade individual e coletiva. Determinou as sexualidades legítimas, e as ilegítimas, as normais e as anormais, as permitidas pela lógica do poder, e aquelas impensáveis (Id., 2012).

Imersa em tais entrelaçamentos do biopoder, a “carne” sexual passou a ser abordada a partir de elementos morais e sociais que visavam ao adestramento e à domesticação do desejo, e a sexualidade passou a determinar as relações possíveis entre corpo, sexo e poder. Conforme explicita Luana Silva (2012), tanto na mortificação e nas penitências cristãs, nos castigos sobre o corpo, nos espancamentos, nas privações, na educação disciplinar, nos preconceitos, nos estereótipos, na doença, na economia, na prisão, os indivíduos têm suas trajetórias de sexo marcadas pelo controle, tal qual carne marcada a ferro e fogo para designar seu destino.

Assim, o corpo em carne se constitui em um objeto a ser conduzido, adestrado e controlado, e a sexualidade emergiu, segundo Foucault (op. cit.), como um dispositivo, ou seja, uma estratégia de utilização, domesticação da subjetividade e um mecanismo de segurança, criação e controle da vida humana em termos populacionais. Nesta longa história política do corpo, à qual Foucault (2010) se referiu, inicialmente foi a carne cristã, sob a égide das forças normalizadoras, que se submeteu à domesticação e à castração do desejo, e a partir daí a carne passou a ser tomada como corpo normalizado, utilizado, funcional e submisso não mais ao mistério divino, mas à economia de poder. A carne sexual individual, afirma Silva (2012) se amoldou a estratégias governamentais, nas quais o direito penal passou a ocupar um importante papel de proteger e manter o poder sobre a vida, garantindo o “fazer viver” a partir do discurso jurídico sobre os crimes sexuais – conforme abordagem já empreendida na seção anterior.

Assim, sintetiza Silva (op. cit., p. 200) o corpo amado grego, o corpo moral do cristianismo, o corpo patologizado da medicina, o corpo disciplinado da criminologia, o corpo puro do higienismo, o corpo culpável do direito e, especialmente, o corpo da multidão da economia biopolítica, podem ser capítulos costurados em uma história descontínua de

discursos inscritos nos usos e nos desusos da “carne” humana. Afinal, se o corpo sexual é capaz de desvelar a “verdade” do sujeito, se é capaz de fazer aparecer aquilo que o mais intimamente o define, então “este corpo sexual torna-se um lugar de privilégio para o controle. É o que possibilitaria a entrada dos ‘mecanismos de segurança’ sobre o sexo na política de controle da vida humana”, a partir de estratégias que percorrem as mais diversas dimensões: desejo, sexo, amor, pecado, lei doença, dentre outros, todos utilizados como estratégias de economia da carne, cujo grande objetivo é configurar uma sexualidade economicamente rentável, maximizando o controle e minimizando a resistência.

Neste corpo sexual, as fronteiras entre o sexo “lícito” e “ilícito” se aproximam ou distanciam, tal qual as linhas sempre mutantes de configuração de um estado de exceção³¹, nos termos revelados pela filosofia agambeniana (2004, 2010). Neste, o sexo, para além do pecado, do patológico e do imoral, ainda está passível ao lucro, cujo extremo oposto apresenta a violência contra o corpo transformado em mero valor econômico, que quando “usado e abusado” deixa de “importar”, tornando-se descartável e culpável, e ao final, uma mera “vida nua”, abjeta, impunemente eliminável, tal qual a figura do *homo sacer* resgatada por Giorgio Agamben (2010) do direito romano arcaico³².

É neste contexto que o drama da violência sexual mostra sua capacidade devastadora para os corpos: seu alvo é a submissão do corpo a uma ordem de poder, da família, do costume, do mais forte, do masculino, do adulto, da religião, do mais sábio, do mais experiente, do Estado, do inimigo, do econômico (SILVA, 2012). Uma submissão cuja

³¹ No estado de exceção torna-se impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução: nele, o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem sem resíduos. A partir do momento em que o exercício da soberania deságua na deflagração do estado de exceção, o nexo original entre violência e direito é mantido. Em outras palavras, “é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.” (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

³² No direito romano, explica Nascimento (2012, p. 157-158), lastreado nas lições de direito romano de Jhering, “se alguém perpetrasse delito merecedor da pena *sacer esse*, era considerado maldito e excluído da comunidade humana, privado de todos os seus bens em proveito dos deuses, podendo ser morto pelo primeiro que assim o quisesse, sem que esse último incorresse em qualquer ato ilícito. Tratava-se de uma pena especial, uma vez que não visava à purificação ou à reconciliação do delinquente. O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso; estava perdido, desprezado. Sua pena era a mais grave que se podia imaginar e constituía o último grau de perseguição e humilhação: sua posição não decorria unicamente de uma privação que durava toda a vida, mas o que a agravava era o fato de ser para os deuses e para os homens um objeto de maldição, execração e aversão. O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito.” Esta obscura figura do direito romano é utilizada por Agamben (2010) para retratar justamente a ambivalência que é característica do estado de exceção, bem como para dar conta da complexidade da situação do homem na contemporaneidade. A vida sacra é aquela que, ao mesmo tempo em que é insacrificável, é também matável sem que o ordenamento jurídico sancione quem porventura a eliminar: “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.” (Ibid., p. 84).

essência é a marca no corpo mais frágil e sua culpabilização. Sobre a carne violentada imperam questões sobre o consentimento ou não-consentimento, conforme Vigarello (1998, p. 9) já questionava, sobre a honra, o direito, o contrato, sobre o fato e sobre a dignidade. De tal modo que, segundo o autor em comento, pode-se vislumbrar uma intensa relação entre o estupro e a própria constituição do sujeito: “uma história do estupro também pode contribuir para traçar, por esse longo percurso, o nascimento do sujeito contemporâneo”.

Atribuído um valor à carne, sua agressão pode ser considerada uma “morte” em vida, enclausurada em uma espécie de agressão mediante a preservação do corpo sem desejo, sem valor e sem nada (SILVA, op. cit.). Não se trata somente de uma expropriação material (patrimonial), tampouco da vida, mas, da cisão entre a vida plena e o deixar viver, do qual resta uma mera vida – ou “vida nua”. O crime sexual pode deixar viver apenas a carne, sem nada, uma carne de mulher, à mercê de seu soberano, seu senhor. Daí sua perversidade, daí seu poder.

Dentre todas as carnes à disposição do controle, da domesticação, do consumo, da produção e da reprodução, é a carne feminina aquela que mais tem sofrido as marcas, a ferro e fogo, do biopoder, que é também um poder patriarcal. Este tem constituído, ao longo do tempo, um feminino padrão que tem no corpo a sua gramática. Um corpo marcado pela ausência de um pênis – o falo masculino, lembra Marcia Tiburi (2008) – e que em virtude desta falta, esteve sujeito a todo uso que a sociedade pudesse e quisesse dele fazer: de sexo frágil ao belo sexo, foi sempre o sexo que demarcou a sua carne.

É neste sentido que, de acordo com Tiburi (op. cit., p. 56), “o direito de existência das mulheres sempre foi sustentado pela possibilidade de alcançar o lugar excelente de sua função sexual, representado por seu útero: a maternidade”. Por meio dela, que só é possível em função de um órgão e que sempre foi usado pelo discurso machista como argumento para um enclausuramento, é que as mulheres se tornaram presas de seus lares, sob a alegação de que sua “natureza” estava sendo protegida, e com ela, mais do que isso, a prole e o *status quo*. Ter um marido, ser mãe e, assim, viver protegida e controlada dentro de um lar seria o ápice da existência feminina. Um útero aprisionado em seu próprio campo de concentração particular. À medida que este mesmo útero se torna público, uma casa de todos, a mulher se torna então a prostituta, a mulher de todos, reduzida à sua função sexual, e como tal, um ser estuprável. Nesta definição, “é o uso do útero que irá importar”: um corpo reduzido a uma

função sexual demarcada em lugares onde se pode exercer sua sexualidade, ou a sua própria existência (TIBURI, 2008, p. 56).

O tema do enclausuramento das mulheres, considerado a partir da relação entre corpo e lar é, segundo Tiburi (op. cit.), análogo à questão dos animais presos em um zoológico. Espécie de lar, espécie de prisão, nela vivem os animais que foram “salvos” da floresta. O zoológico, assim como o lar, obedece à lógica que cria os campos de concentração da biopolítica da contemporaneidade. A casa é o zoológico, cativeiro dos animais usado como modelo de proteção contra a extinção ou como reservatório da natureza. Ou ainda, relicário de curiosidades para o olhar predador dos homens. Sempre como um animal, “caça”, “presa”, enfim, “carne”, dentro do lar é que a sexualidade feminina é permitida, à mercê do controle soberano de seu senhor. Fora do lar, permanece sendo “caça”, “presa”, mera carne, agora à disposição de todos. Dentro ou fora, o destino da mulher sob a biopolítica da carne é sempre o mesmo, portanto. Eis a lógica da cultura do estupro.

Por esta lógica, se justifica o pensar sempre no “erro” da vítima, e não no “erro” do criminoso. Como afirma Tiburi (2016), é como se a vítima fosse culpada por não ter escapado, por não ter corrido mais rápido, por não ter desaparecido antes. Ou por ter “parecido” mulher demais. No Brasil e em muitos outros países, como a Índia, país mais estuprador do mundo, a lógica do estupro faz com que mulheres precisem camuflar-se para sobreviver, o que neste caso significaria esconder sua condição feminina. Mas, mesmo assim, bem protegidas, “escondidas”, “controladas”, elas serão estupradas. Mesmo trajando burca, a condenação lançada pelo agressor será sobre ela lançada.

Na lógica perversa da cultura do estupro, a carne feminina, agora transformada em caça, está sempre encerralada: ou cede ou morre – afirma Tiburi (op. cit.). Mas mesmo cedendo ou resistindo, ela não tem saída. A vítima, de qualquer modo, será condenada quando, de antemão, já foi julgada. Cedendo ao estupro ou não, ela será condenada, e seu estuprador, por sua vez, não é responsabilizado por seu ato, pois projeta sua culpa no outro para poder aproveitar sua liberdade. Não é culpado porque age dentro da lógica sustentada socialmente, o que implica uma “razão” das coisas. Ou o estuprador age por razão, ou por sua “natureza” de homem (que era sua “razão”), achando-se “no direito” de fazer sexo com uma mulher a quem encontra por aí, independentemente da vontade da mulher em questão de fazer sexo com ele. O poder mata a carne e a alma sem precisar responsabilizar-se pelo que faz.

E se o estuprador é livre, a culpa recai sobre a carne estuprável, seja por sua roupa, por seu comportamento, por seu modo de ser, em um espiral reproduzido socialmente que somente aprofunda ainda mais a cultura do estupro, provocando muitas outras violências. É como se a pessoa continuasse sendo estuprada, violentada pelos ataques verbais, depois de ter sido estuprada fisicamente – tal qual aconteceu com as vítimas dos casos narrados na introdução. É como se, depois do estupro físico, a pessoa estuprada continuasse sendo estuprada simbolicamente por pessoas que, ao atribuírem qualquer parcela de responsabilidade à vítima pelo estupro, continuam no papel de agressor e reforçam a cultura do estupro. Desse modo, afirma Tiburi (2016), as pessoas que condenam a vítima conseguem desculpar-se, de algum modo, a si mesmas. São estupradoras elas mesmas, que, agindo sob a lógica biopolítica e patriarcal da carne, fomentam a cultura do estupro.

Tal lógica opera através de mecanismos que sentenciam o feminino, de modo que “ser mulher” constitui uma condição ontológica passível de estupro. Afinal, quando boa parcela da população brasileira (homens e mulheres) manifesta concordância com a frase “mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas”, o que se expressa é uma condenação prévia destinada ao “parecer” mulher, ao “ser” mulher, mero corpo, e mera carne. A carne mais barata do mercado. O estupro se transforma em uma condenação dirigida a todos os que “são mulheres”, pelo simples fato de que, afirma Exner (2016), a mulher é ontologicamente condenável por ser/parecer. Sua aparência, sua condição estética, apenas revela sua condição ontológica, constituída a partir de seu corpo, sua carne, e seu útero. Carne estuprável, torna-se a condição existencial do “ser mulher”, especialmente do ser mulher negra e pobre. Afinal, para além de entrelaçar elementos histórico-culturais patriarcais assimétricos entre homens e mulheres, a biopolítica da carne utiliza também dispositivos de raça e condição social – também muito evidentes nos casos escolhidos para a introdução do presente estudo.

Por tudo isso, afirma Exner (op. cit.), pode-se considerar o estupro como a expressão de um “poder” em uma sociedade marcada pelo signo da valorização do papel masculino em detrimento do feminino, do controle do corpo feminino, da tolerância com a agressividade e a competitividade dos corpos masculinos, da desigualdade nos relacionamentos sexuais entre homens e mulheres e, sobretudo, na valorização do “direito sexual masculino” sobre o consentimento (ou escolha) das mulheres.

Estupro, portanto, tem a ver com poder, e com gênero. É o poder do gênero, ou o poder constituído pelas construções de gênero. Desde muito cedo, as meninas são ensinadas a aceitarem a mentalidade de vítimas de estupro. Ainda crianças, aprendem a temer os homens, não sair à noite, usar roupas que cubram mais o corpo, evitar andar sozinhas, ou seja, são ensinadas a prevenir o estupro como se fosse sua responsabilidade (BROWNMILLER, 1993). Esses ensinamentos começam na infância, nos próprios contos infantis. Na história de Chapeuzinho Vermelho, por exemplo, esta deveria temer o Lobo, e é por ele devorada. Diante do fato, ela mesma torna-se a culpada, pois desobedeceu a mãe ao fazer o percurso alternativo. Na narrativa, o lobo é maior e mais forte, por que tentar lutar? Depois disso, somente um homem pode salvá-las, o caçador. Em A Bela Adormecida, a princesa só é salva pelo príncipe encantado, que a beija mesmo sem seu consentimento. Em todas essas histórias, somente um homem pode salvar uma mulher, e, se não salvar, o lobo mau estará esperando para capturá-la (*Ibid.*).

Portanto, a cultura do estupro está diretamente vinculada a uma cultura patriarcal, na qual se reproduzem estereótipos de gênero que diferenciam e hierarquizam homens e mulheres, uma construção que inclui elementos de poder (SCOTT, 1990). E se, por um lado, a cultura do estupro produz corpos femininos estupráveis, ou uma condição feminina estuprável, por outro, produz sujeitos estupradores, ou uma condição masculina estupradora, que também se constitui como um produto cruel da sociedade regida pela biopolítica da carne (TIBURI, 2014). O estuprador é aquele que se vê tendo um “direito ao estupro”, o direito de consumo, de uso e de descarte diante da carne feminina, ou feminilizada. E este sujeito estuprador, tal qual o soberano que tem o poder de decidir entre o “fazer viver e deixar morrer”, tem em suas mãos a capacidade de decidir a respeito da carne que lhe pertence, incapaz que é de ver nesta carne a constituição de um “outro”. Seu objetivo é, segundo Tiburi (*op. cit.*), aniquilar o outro para poder ser alguma coisa:

assim o estuprador, autoritário e irresponsável, mas sobretudo, ele mesmo um histérico, reivindica a supremacia masculina por meio do pedaço de carne a que chamamos pênis e que é só o que lhe restou quando ele mostrou seu vazio, sua miséria subjetiva, seu narcisismo infantilóide (por que parece com uma caricatura infantil da época em que ele mostrava sua genitália aos coleguinhas no banheiro) que, arranjados na lógica do estupro definem a condição inumana na qual ele se compraz.

Portanto, pode-se concordar com a afirmação de Brownmiller (op. cit.), para a qual todo estupro é um exercício de poder, constituindo-se muito além do que uma mera manifestação incontrolável do desejo do homem, mas sim em um ato que ocorre dentro de uma configuração institucionalizada que favorece os estupradores. Constitui-se em uma violência sexual e, como toda violência, tem suas raízes nas regras hierárquicas e autoridade coercitiva que explicitam a biopolítica patriarcal da carne, que age por meio de construções de saber/poder, ou verdades que legitimam a perpetuação da cultura do estupro.

Segundo já apontava Brownmiller (1993), são especialmente quatro máximas sobre o estupro, perpetuadas como piadas, insultos, seja na literatura, seja no cinema, ou, ainda, na música, que sustentam a legitimação e naturalização da violência sexual. Tais máximas, segundo a autora, afirmam que “*toda mulher deseja ser estuprada*”, pois desejam um homem que as “dominem” (como no exemplo dos casos 2 e 3 narrados na introdução); “*nenhuma mulher é estuprada contra a própria vontade*”, o que significa que se a mulher não lutou suficientemente a ponto de não estar morta ou gravemente ferida, então ela quis ser abusada (a exemplo dos comentários nas redes sociais a respeito do caso 3); “*ela pediu por isso*” é a terceira máxima, que trata justamente sobre o merecimento do estupro, enquanto uma forma de punição (a exemplo do caso 2); e por fim, “*se você estiver sendo estuprada, relaxe e aproveite*” (a exemplo do caso 1). É assim que se configura a cultura do estupro.

Diante deste cenário, pode-se afirmar que a cultura do estupro é constituída a partir de um cenário de politização e controle biopolítico e patriarcal da vida humana, agora um corpo transformado em carne. Nele, um poder soberano personificado na figura do estuprador pode decidir quais vidas/carnes deixaram de ser politicamente importantes e quando elas poderiam ser submetidas à violência, sem que isso gere questionamentos morais pelos que a exerceram.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se, diante do exposto no decorrer do presente artigo, que a “biopolítica da carne” tem operado ao longo do tempo, reduzindo as pessoas a meros corpos adestráveis, controláveis e consumíveis, mediante a operacionalização do dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 2005, 2012). Especialmente a carne feminina tem sido posta à disposição do poder soberano como presa, caça, destinada à produção, reprodução, consumo e satisfação

das vontades. Tal poder tem agido mediante a produção constante de vidas nuas (AGAMBEN, 2010), que se transformam em vidas indignas de serem vividas (BUTLER, 2009), e, portanto, à disposição para a violência, em um processo que se concretiza especialmente através da diferenciação entre as “carnes nobres” e as “carnes estupráveis”, por meio de dispositivos morais de produção de saberes e valores atribuídos ao exercício da sexualidade, aos usos dos corpos, do sexo e do prazer por parte das mulheres.

Tal distinção, sempre volátil, se dá à luz de uma disciplina corporal, já apontada por Foucault (2010a) quando evidenciava a formação da dicotomia “normal-anormal” que possibilitou uma divisão de classes de indivíduos mediante sua relação com o corpo e seu sexo: de um lado, os sujeitos “normais”, moralmente responsáveis como os pais e as mães de “família”, cumpridores dos preceitos sociais e religiosos; de outro, os “desviantes”, aqueles cujo comportamento sexual não obedecia aos preceitos morais instituídos. E para os “desviantes”, para aqueles que reconheciam o “sexual” para além dos preceitos morais, haveria três soluções conhecidas: o pecado, o tratamento médico ou a prisão.

No caso das mulheres, estereótipos de gênero ainda agravam este cenário, no qual a completa domesticação, controle do desejo, da carne e do prazer, ou sua extirpação, são sempre enaltecidos. Virgindade, pureza, recato, inocência, castidade, são adjetivos de carne nobre. Quando muito, o uso do útero e da carne dentro do lar/campo é permitido: ser mãe, esposa, fiel, honesta, zelosa, cuidadosa, significa cumprir com os requisitos de valoração moral passíveis de qualificar o corpo em carne como dignos da proteção do biopoder governamental. Do contrário, a carne sexualizada, a carne pública, a carne que se torna visível enquanto carne feminina, que manifesta seu desejo, se transforma em carne inútil, transgressor, e, portanto, punível, e enquanto tal, estuprável.

Como punição, pode-se compreender aquilo que faz com que as pessoas sintam a falta que cometem, o que é capaz de humilhá-las e confundi-las. Portanto, a violência sexual socialmente autorizada é uma das formas de punição do sistema patriarcal, aplicadas sobre a lógica da ambiguidade: dois pesos e duas medidas, como evidencia a pesquisa realizada pelo IPEA (2014): 35% dos entrevistados concordam que “mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas”, e 58,5% concordam que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros”. Ao mesmo tempo, mais de 90% afirmam que “marido que bate em mulher deve ir para a cadeia”. A ambiguidade que habita

a mentalidade quanto ao sentido da violência contra mulheres e especialmente no sentido do estupro como uma punição merecida parece evidente.

A violência, diante da lógica do estupro, torna-se “merecida” pela vítima que, a rigor, não é mais tida como vítima, mas numa inversão perversa, torna-se a “culpada”. O estupro é o ato em que a outra – a estuprada – não tem nenhuma chance de defesa porque *a priori* está condenada.

É neste exercício de poder biopolítico e patriarcal que a carne das mulheres se torna aquela que, ao longo do tempo, mais foi classificada e selecionada de acordo com sua posição social diante da economia do poder: mulheres brancas, cristãs, livres, solteiras honestas, virgens ou viúvas honestas, são “protegidas” por um sistema legal que se impõe mediante a reparação do casamento. Para aquelas que seguem o pecado do desejo, para as adúlteras, para aquelas que se sujeitam à fraqueza da carne e consentem relações sexuais impróprias restam a sujeição completa a uma vida indigna de ser vivida, “vida nua”.

Como se demonstrou na primeira parte deste artigo, durante muito tempo, o crime de estupro esteve profundamente vinculado à proteção da honra, constituindo a ruptura de uma determinação legal que fixava no “defloramento” da virgindade a causa de todo a mal contra o corpo feminino, limitando a vítima a uma situação legal que a valora moralmente mediante a sua virgindade. Isso fica muito evidente, por exemplo, na obra de Nelson Rodrigues (2012), em especial na peça cujo trecho serve como epígrafe ao presente texto.

Esta opção política pela valorização da família, das relações性uais e de procriação legítimas para o Estado, promoveu a criminalização de toda e qualquer sexualidade fora dos padrões morais (políticos), e, portanto, tidas como “perigosas”. Deste modo, a carne passou a ser fracionada entre aquelas que devem ser preservadas para a honra do casamento e da procriação, e outras passíveis de toda sorte de abusos e de violências. As prostitutas, mulheres e homens trabalhadores, mucamas, escravas/os, índias/os, mendigas/os, homossexuais, travestis, transexuais, dentre outros, não figuravam como personagens possíveis desses crimes.

Mais do que a moralidade, os corpos de mulheres, especialmente as pobres, negras, trabalhadoras em subempregos, migrantes, dos homossexuais, dos desprovidos de quaisquer direitos se apresentam muito mais vulneráveis a se tornar tanto vítimas quanto algozes de um sistema que promete combater as “indecências” ou as “brutalidades” cometidas por corpos bárbaros, sem educação, sem moral, sem saúde, sem nada.

É neste sentido que o esforço da criminalização recai sobre o atentado a qualquer tipo de carne considerada útil ao sistema de poder, diante dos quais o sistema penal é chamado como instrumento de punição de sua agressão. Estas são as carnes nobres, as vítimas a serem vingadas por um sistema penal cada dia mais atroz. No entanto, para além do endurecimento da criminalização sobre os atentados a alguns corpos, permanecem à sombra milhares de violências sexuais contra corpos que não valem nada. Além disso, a maior culpabilização do inimigo sexual não conduz ao acolhimento da vítima cuja carne foi violada. A maior punição não fez diminuir o atentado contra o corpo em desejo, sequer fez reconhecer mais corpos como sujeitos sexuais. Entretanto, faz enrijecer os mecanismos de controle, a política de segurança, as restrições de direitos e de garantias individuais, o poder de punir do Estado.

O crime de estupro já é severamente tratado na legislação brasileira. É um crime hediondo. As penas variam de seis a trinta anos. Além do mais, é passível de nota, no código do cárcere o estupro é a pena vivida pelo estuprador cotidianamente, e mais uma vez, socialmente autorizada. É evidente que permitir o estupro dentro de nossos presídios apenas reforça a cultura do estupro, e a sua utilização como punição às carnes transgressoras. Mais do que isso, talvez sejam os próprios presídios os espaços que mais bem representem a biopolítica da carne inútil e descartável. Uma cultura que não se responsabiliza pela educação, pela formação e pela melhoria das condições da vida em sociedade, mas que transforma em “vidas nuas” a todos aqueles que lá se encontram.

Todavia, se o predador sexual se encontra reconhecido como punível pelo sistema penal, o estupro ainda permanece como a violência autorizada, naturalizada contra a fragilidade das carnes humanas no interior das famílias, nos relacionamentos pessoais, nos abusos cometidos por conhecidos. Para tais violências, o crime de estupro ainda permanece como impossível. Afinal, quem investigará os estupros frequentes aos moradores de rua? Aos presos? Às mulheres pobres? Aos meninos prostituídos? Às mulheres dominadas por seus maridos? Às meninas chantageadas por seus namorados? Às mulheres expostas em redes virtuais? Às migrantes e pobres, estupradas em troca de comida e água? E todas as demais carnes suprimidas de desejo, indignas de ter sua sexualidade reconhecida e sua vida preservada?

Até mesmo a infância e a adolescência, eleitas como as grandes vítimas da violência sexual em nossa sociedade (o que se evidencia pelos casos que inauguram o presente estudo), uma vez que o abuso da “sexualidade” em formação ou de sua “pureza” é entendido como

um ato atroz, desumano, criminoso e, por muitos, doente, obedece a esta lógica. Há uma incidência de criminalizações diferenciadas sobre a carne nobre infantil digna de ser protegida, e a carne inútil a ser descartada: o corpo sexual infantil a ser protegido é, em tese, o corpo imaculado e puro³³, não o sexualmente reconhecido. Àquele já violado, resta a descartabilidade.

Por tudo isso pode-se afirmar que o discurso sobre a sexualidade perpetrado pelo conjunto legal-punitivo é permeado pelas prescrições sociais e religiosas de uma sociedade em que o sexo é reconhecido por meio de estratégias biopolíticas de saber/poder perpetuadas por meio do dispositivo da sexualidade. Neste mundo patriarcal, onde a sexualidade constitui-se em propriedade de uma casta de senhores - homens, proprietários e fiéis - cujo privilégio legal faz proteger a propriedade das carnes de mulheres e crianças, suas ou públicas, poucas palavras para as vítimas e castigo para os detratores.

Na política de controle sobre a vida – a biopolítica –, afirma Silva (2012), o sexo ganha sua derradeira função econômica se tornando parte de um eterno sistema intercambiável de custos e de benefícios. Acoplado à noção de capital sobre a vida, o corpo se converte em um princípio de investimento e rentabilidade. Sob o discurso de poder sobre a vida humana e mercantilização da sexualidade, o tema do crime sexual pode ser analisado sob duas vertentes: a proteção à carne nobre, e a descartabilidade da carne inútil, transformada em carne estuprável.

No entanto, cabe destacar a linha tênue que separa tais categorias, dado que a dicotomia carne nobre carne estuprável não é estanque, e não se pode esquecer que ambas as versões ou posições advêm de um mesmo núcleo de sentido fundante: o feminino é todo ele pensado como carne, como objeto, como caça, como presa, segundo a biopolítica da

³³ Um exemplo do exposto é o acórdão nº 70044569705/2011 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado: “APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença). APELAÇÃO DESPROVIDA”.

carne. O feminino posto unilateralmente pelo imaginário do poder, como único objeto da sexualidade passa a ser o objeto por excelência da domesticação. Deste modo, toda a sexualidade feminina é concebida pelo imaginário do soberano como carne à sua disposição.

Não há, portanto, qualquer possibilidade de substancialização das categorias de carne nobre, mulher de família, ou carne inútil, mulher prostituta. Elas podem sempre se transmutar uma em outra, porque é a referência ao “ego” masculino, ao *dominus* do soberano que as constitui. O feminino visto da posição exterior, tanto para os olhares masculinos como femininos, enquanto se está falando das outras mulheres, apresenta-se como a construção de uma sexualidade de gênero que se funda no transitar entre a posição de feminino sagrado e de feminino impuro. A ambivalência e entre estes dois lugares é o que constitui o imaginário da sexualidade feminina e permeia a realidade cotidiana do estupro no Brasil. Seja carne nobre ou carne estuprável, é sempre a condição de carne, mera carne consumível, que caracteriza o ser feminino em tempos de poder biopolítico e patriarcal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 10, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. São Paulo: Editora Ave Maria, 2005

BROWNMILLER, Susan. *Against our will: men, women and rape*. New York: First Ballantine Books Edition, 1993.

BUTLER, Judith. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde*. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

EXNER, Tereza C. M.. *O fim da cultura do estupro requer mais que leis*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/terezinha-exner-fim-cultura-estupro-requer-leis>>. Acesso em 02 jan. 2017.

FERRAZ, Carolina Valença. *A responsabilidade civil por dano moral e patrimonial na separação judicial*. São Paulo: PUC, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

_____. *Os Anormais*. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v.8. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

INSTITUTO DATAFOLHA. *Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//percepcao-violencia-mulheres-b.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro – as construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, n. 11, p. 231-273, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2012.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

ONU BRASIL. *Por que falamos de cultura do estupro?*, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>>. Acesso em 02 dez 2016.

RODRIGUES, Nelson. *Otto Lara Resente ou, Bonitinha, mas ordinária: peça em três atos: tragédia carioca*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: *Mulher e Realidade: mulher e educação*, Porto Alegre: Vozes, v. 16, n. 2, jul./dez., 1990.

SILVA, Luana de Carvalho. *Carne e culpa: notas sobre a agressão sexual da carne*. Tese de Doutorado em Direito apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger*. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

TIBURI, Marcia. *Estupro em potencial – para pensar a cultura do estupro*, 2016. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2016/06/estupro-em-potencial-para-pensar-a-cultura-do-estupro/>>. Acesso em 02 jan. 2017.

TIBURI, Marcia. *Lógica do estupro: tudo começa com uma inversão*, 2014. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2014/04/logica-do-estupro/>>. Acesso em 02 jan. 2017.

TIBURI, Marcia. Branca de Neve ou corpo, lar e campo de concentração. As mulheres e a questão da biopolítica. In: TIBURI, Marcia; VALE, Barbara (Orgs.). *Mulheres, Filosofia ou coisas do gênero*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.

O DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E A TEORIA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA:
uma proposta metodológica

*THE RIGHT TO REASONABLE ACCOMMODATION AND THE THEORY OF INDIRECT
DISCRIMINATION: a methodological proposition*

Sandra Regina Martini;¹

Wallace Corbo.²

Resumo: O estudo tem por objetivo definir os contornos do chamado direito à adaptação razoável no Brasil. Neste sentido, discorro inicialmente acerca dos fundamentos deste direito em uma perspectiva filosófica focada, especialmente, na teoria do reconhecimento desenvolvida nas últimas décadas. Em seguida, analiso especificamente o fenômeno da discriminação indireta, propondo parâmetros para sua identificação e entendendo-o como as formas de discriminação causadas por medidas, práticas ou normas que, apesar de aparentemente neutras, produzem substancial privação e negação de direitos de minorias e grupos marginalizados. Partindo disto, analiso as características principais do direito à adaptação razoável como mecanismo para a superação ou mitigação desta forma de discriminação. Por fim, proponho uma metodologia para identificação da discriminação indireta e aplicação do direito à adaptação razoável que considera três etapas: a identificação do caso *prima facie* de discriminação indireta; a justificação do ato gerador da discriminação indireta; e a possibilidade de adaptação razoável.

Palavras-Chave: Discriminação Indireta. Adaptação Razoável. Direito ao Reconhecimento. Minorias. Grupos Vulneráveis.

Abstract: This study aims to define the outlines of the so-called right to reasonable accommodation in Brazil. In this sense, I initially analyze the philosophical foundations of such right, specially focused on the recognition theory developed over the last decades. After this, I specifically analyze the phenomenon of indirect discrimination, suggesting parameters for its identification and understanding it as means of discrimination causes by measures, practices or norms that despite being apparently neutral, produce substantial privation or negation of rights of minorities and marginalized groups. Following from this, I analyze the main characteristics of the right to reasonable adaptation as means for overcoming or mitigating this form of discrimination. I conclude by putting forward a

¹ Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce. Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Graduada em Ciências Sociais pela Unisinos, mestre em Educação pela PUCRS. Pesquisadora Produtividade 2 CNPq, professora do Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities (UniRitter), professora visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD).

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Visiting Researcher na Harvard Law School.

Artigo recebido em 03/02/2017 e aprovado para publicação em 19/10/2018

methodology for identifying indirect discrimination and for applying the right to reasonable adaptation considering three steps: identifying a *prima facie* case of indirect discrimination; justification of the act that causes indirect discrimination; and the possibility of reasonable adaptation.

Keywords: Indirect Discrimination. Reasonable Accommodation. Right to Recognition. Minorities. Vulnerable Groups.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade e sua concretização têm ocupado posição de destaque no constitucionalismo brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. Conceitos como o de igualdade material, igualdade como redistribuição e igualdade como reconhecimento foram aprofundados pela literatura jurídica e pela jurisprudência, contribuindo para o avanço na garantia de direitos e na elaboração de políticas públicas voltadas à promoção de grupos historicamente marginalizados pela sociedade. Neste contexto de construção de um constitucionalismo emancipatório, o presente trabalho trata do chamado direito à adaptação razoável³, identificando seu fundamento, conteúdo e a metodologia a ser empregada para sua efetivação no ordenamento constitucional vigente.

A primeira parte deste artigo trata dos fundamentos do direito à adaptação razoável, especificamente à luz do chamado paradigma do reconhecimento. Segundo este marco teórico, uma sociedade com real pretensão emancipatória deve ser capaz de incorporar na maior medida possível as demandas e os grupos historicamente excluídos da esfera pública, permitindo sua maior participação e senso de real pertencimento ao empreendimento coletivo.

Na segunda parte, apresento a teoria da discriminação indireta que confere fundamento jurídico ao direito à adaptação razoável. Identifico, assim, o fenômeno da discriminação indireta como as hipóteses em que normas aparentemente neutras⁴ acabam por produzir efeitos discriminatórios especialmente contra grupos e indivíduos histórica e

³ Esclareço, desde já, que diversos autores – no Brasil e no direito comparado – empregam nomenclaturas distintas, como “acomodação razoável” ou “ajustamento razoável”. As expressões referem-se ao mesmo fenômeno, que no Direito Constitucional brasileiro foi formalmente denominado “adaptação razoável”. Sem prejuízo disso, este artigo empregará indistintamente as expressões, resguardando a fluidez e boa compreensão do argumento central.

⁴ “Neutra”, aqui, diz respeito ao fato de a discriminação não ser evidente ou consciente. Ou seja, nem há exclusão formal de grupos, nem um propósito específico de discriminar.

socialmente marginalizados. Tratarei, assim, dos elementos que esta forma de discriminação, que é premissa básica para que se gere, em favor da vítima da discriminação, um direito à acomodação.

A terceira parte do estudo aprofunda o conceito de adaptação razoável considerando o marco constitucional vigente, os limites e possibilidades de tal direito. Sustento que o direito à adaptação razoável é um direito caracterizado por sua (i) *adjudicabilidade*, diferenciando-se de outros mecanismos de combate à discriminação (como as ações afirmativas); (ii) *eficácia vertical e horizontal*, podendo ser exigido tanto em face do Poder Público quanto de particulares; e (iii) *relatividade*, no sentido de que a adaptação razoável não se confunde com um direito à máxima adaptação, cabendo limitações estabelecidas à luz dos interesses e direitos contrapostos.

Por fim, a quarta parte deste artigo propõe uma metodologia para o reconhecimento e aplicação do direito à adaptação razoável em casos de discriminação indireta a partir de três etapas: (1) identificação do caso *prima facie* de discriminação indireta; (2) justificação do ato gerador da discriminação indireta; e (3) possibilidade de adaptação razoável. Como exporei ao final, esta metodologia pretende, de um lado, respeitar interesses legítimos que podem se contrapor ao ideal de máxima inclusão dos grupos marginalizados (como a autonomia e, mesmo, a democracia) e, de outro lado, busca dar a devida concretude à promessa emancipatória de nosso ordenamento, no sentido de avançar as soluções – ainda que sub-ótimas ou compromissórias – capazes de garantir a maior efetividade do princípio da igualdade.

De início, devo estabelecer um conteúdo mínimo do que se considera um direito à adaptação razoável. Em linhas gerais, o direito à adaptação razoável confere a pessoas ou grupos constitucionalmente protegidos a prerrogativa de, em certas situações, não se sujeitarem às mesmas estruturas, deveres ou condições impostas à generalidade das pessoas e grupos em uma sociedade. Este esboço do instituto, bastante simplificado, permite-nos dar início ao estudo a partir das seguintes indagações: por que algumas pessoas – e não outras – teriam o direito a, em alguma medida, não se sujeitarem ao direito? Em que contextos fáticos o direito à adaptação razoável surge? E, por fim, como aplicar este direito a casos concretos?

2. ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E DIREITO AO RECONHECIMENTO: notas sobre as bases filosóficas do instituto.

A sociedade moderna, em seu fundamento filosófico e também pela constatação histórica e empírica é formada por grupos e indivíduos que professam crenças distintas, que possuem costumes e tradições diversas e que atuam, enfim, com base naquilo que Rawls denominou “doutrinas abrangentes” próprias e, por vezes, até mesmo colidentes (RAWLS, 2000, p. 56-57). O pluralismo é, assim, uma das principais marcas da Modernidade.

Que este pluralismo deve ser, se não promovido, ao menos respeitado é uma afirmação que encontra substancial eco na Filosofia Política e no Direito. A dúvida tem repousado, no entanto, em compreender como esse respeito se desenvolve em sociedades reais.

Uma das principais respostas a esta questão foi formulada com grande profundidade teórica por Rawls – e, em sentido mais abrangente, pela corrente do liberalismo político. De acordo com esta percepção, o pluralismo social é associado ao exercício de liberdades básicas e essenciais dos indivíduos.⁵ Nesse sentido, caberia ao Estado respeitar este pluralismo adotando uma postura de neutralidade. A neutralidade propugnada pelo liberalismo político implica uma postura geral de não-intervenção com relação às chamadas doutrinas abrangentes *razoáveis*, admitindo-se alguma restrição às doutrinas abrangentes *não-razoáveis*, como decorrência do dever de tolerância no âmbito institucional (RAWLS, 2000, p. 245).

Ao menos desde os anos 80, no entanto, a tese da neutralidade do liberalismo tem sido alvo de críticas relevantes, assentadas sobre a seguinte questão: é possível ao Estado ser neutro? Os críticos respondem que não (SANDEL, 1997, p. 250; TAYLOR, 1994, p. 43). A neutralidade proposta pelo liberalismo, como afirmado por diversos autores, nada mais é do que a promoção, em primeiro lugar, de uma “doutrina abrangente” liberal,⁶ em detrimento de outras perspectivas que poderiam reger a vida social. Neste sentido, trata-se

⁵ É neste sentido que Rawls (1999, p. 47-101) menciona como primeiro princípio de justiça o direito do indivíduo ao mais amplo rol de liberdades básicas igual ao conferido aos demais membros da sociedade.

⁶ Isto é reconhecido pelo próprio Rawls (2000, p. 200), ao sustentar que o liberalismo político é uma doutrina apenas parcialmente abrangente – impondo apenas restrições mínimas às cosmovisões existentes nas sociedades.

de uma neutralidade *inatingível*, pois sempre haverá uma escolha não neutra quanto às diretrizes que regem a atuação estatal.

Em segundo lugar e, ainda mais importante, a pretensa neutralidade do liberalismo esconde o fato de que as sociedades contemporâneas são marcadas por diversas espécies de desigualdades que impedem, na prática, que os diversos grupos sociais sejam igualmente livres para desenvolver suas cosmovisões. Consequentemente, quando neutralidade se confunde com absenteísmo no plano político, o Estado nada mais faz do que chancelar estas desigualdades, perpetuando o quadro de opressão e dominação que aflige, em especial, grupos historicamente marginalizados ou vulnerabilizados.⁷ Disto decorre que a pretensa neutralidade liberal contribui para a invisibilização de diversos grupos e demandas sociais – em contraposição à supervisibilidade dos grupos e demandas sociais que não são atingidos por esse grave quadro de desigualdade. Assim, a neutralidade proposta pelo liberalismo pode ser compreendida como *falsa*, na medida em que qualquer forma de atuação implicará considerar ou desconsiderar demandas existentes em uma dada sociedade.

O panorama de crítica teórica ao liberalismo político é reforçado pela ascensão, a partir da segunda metade do século XX, dos chamados “novos movimentos sociais” – entre os quais se destacam o movimento feminista, o movimento negro, o movimento LGBT e outros que foram associados por teóricos como Charles Taylor (1994, p. 36) e Nancy Fraser (2001, p. 245) às chamadas políticas do reconhecimento. Ao criticar o modelo político liberal, estes movimentos buscavam uma postura ativa do Estado no sentido de (1) reconhecer suas particularidades enquanto grupos historicamente vulnerabilizados e (2) atuar de modo a romper com certas formas de desigualdade, resguardando culturas minoritárias, promovendo medidas de combate à discriminação e garantindo a ampliação de direitos tradicionalmente negados a estes indivíduos. Em outras palavras, os novos movimentos sociais buscavam, como outros “velhos” movimentos sociais antes buscaram,

⁷ Partindo de premissas epistemológicas distintas e também buscando objetivos outros, Habermas formulou um argumento semelhante em seu debate com Rawls, ao sustentar que a aplicação da exigência de uso da razão pública formulada por Rawls – ou seja, da ideia de que o debate na esfera pública não pode se basear em concepções de vida boa ou doutrinas abrangentes específicas, mas exclusivamente em razões que sejam universalizáveis e capazes de convencer indivíduos que não partilhem destas cosmovisões – implicaria excessivo ônus aos cidadãos religiosos, cuja capacidade de formular suas razões e expressar seus argumentos está intimamente relacionada com suas concepções religiosas. Neste sentido, enquanto a exigência não gera maiores problemas para cidadãos seculares – que naturalmente não empregariam argumentos religiosos – ela virtualmente dificulta ou mesmo obsta a participação democrática de indivíduos religiosos (HABERMAS, 2007, p. 147).

reestruturar o Estado para que este fosse capaz de lidar com suas demandas específicas (HONNETH, 2004, p. 135-189).

A crítica desenvolvida a partir destes novos movimentos sociais se volta não apenas contra a tese de neutralidade do liberalismo político, mas também contra a resposta que esta corrente pretende dar – especialmente na vertente do liberalismo igualitário proposto, por exemplo, por Rawls (1999), Dworkin (2000) e Walzer (1983) – ao problema das desigualdades sociais. Como identificado por Iris Marion Young (1990, p. 15-38), este modelo de liberalismo responde ao problema da desigualdade a partir da distribuição de bens. Em outras palavras, estes autores compreenderam a desigualdade a partir do chamado paradigma distributivo – segundo o qual é a privação de bens e riquezas que gera as desigualdades sociais. Os novos movimentos sociais contestam essa afirmação ao revelar, por exemplo, que homens e mulheres que pertencem a uma mesma classe social não estão equiparados socialmente – seja em razão de obstáculos jurídicos formais, seja em razão de práticas sociais arraigadas que promovem a opressão e dominação de mulheres nas sociedades atuais. Da mesma maneira, o movimento LGBT é exemplo de que a discriminação nem sempre está associada a questões distributivas – muitas vezes ela está relacionada, sim, a aspectos simbólicos, tradições e práticas sociais que excluem determinados grupos, inclusive quanto ao acesso a direitos.

A partir da crítica à pretensa neutralidade do liberalismo e ao paradigma distributivo, desenvolve-se entre autores da filosofia política o debate acerca de uma nova gramática de direitos fundamentada na ideia de reconhecimento. Neste quadro teórico, o problema da justiça e das desigualdades deixa de ser abordado a partir da lógica de distribuição de riquezas, dando lugar a uma análise que parte do reconhecimento intersubjetivo de indivíduos e demandas que se desenvolve em uma sociedade.

Autores como Axel Honneth (2003), Nancy Fraser (2001) e Charles Taylor (1994) propuseram, com significativas variações teóricas, que as desigualdades sociais relevantes decorrem da negação do reconhecimento a certos grupos e indivíduos. Em razão de características como a etnia, gênero, sexualidade, religião, a sociedade atribui um *status* de subordinação a estes grupos, difundindo consequentemente a mensagem de que seus integrantes possuem menos valor enquanto seres humanos que os demais (FRASER, 2007, p. 106-110). Em uma formulação mais específica, Honneth sustenta que a autorrealização individual está condicionada ao desenvolvimento de três características: a autoconfiança, o

autorrespeito e a autoestima. Autoconfiança, na formulação de Honneth, nada mais é do que a capacidade de estar só – que o indivíduo obtém quando há respeito à sua integridade física e psicológica. O indivíduo que possui autorrespeito, por sua vez, entende-se como igual participante do empreendimento coletivo, sendo portador dos mesmos direitos e sujeito aos mesmos deveres que os demais integrantes da sociedade. Por fim, o indivíduo que desenvolve autoestima percebe suas habilidades e características como úteis e valiosas à luz dos horizontes de valor da sociedade (HONNETH, op. cit., p. 155-212).

Apesar de a negação de reconhecimento em suas diversas esferas poder atingir, em tese, qualquer indivíduo, ela tem se revelado como um problema crônico e institucionalizado quando se trata, em especial, de certos grupos sociais historicamente marginalizados. Refiro-me, aqui, aos grupos identificados como minorias sociais.⁸ A negação de direitos iguais à população LGBT impedem que estes se considerem como cidadãos dotados de autorrespeito. A perseguição de culturas minoritárias e sua exclusão institucional obstram o desenvolvimento da necessária autoestima por grupos como indígenas, remanescentes de quilombos, praticantes de religiões afro-brasileiras e outros.

Estas minorias sociais, que podem ser percebidas sob diversas óticas (religiosa, racial, de gênero, sexual etc), compartilham entre si o fato de vivenciarem a negação de reconhecimento a partir dos fenômenos sociais da opressão e da dominação. Na formulação de Iris Marion Young (1990, p. 38) a opressão pode ser compreendida como a série de obstáculos institucionais ao desenvolvimento adequado das habilidades individuais, inclusive aquelas relacionadas à interação, comunicação e vocalização de demandas. Trata-se, portanto, daqueles grupos que são privados das condições básicas para desenvolverem as habilidades necessárias à participação no empreendimento social.⁹ A dominação, de

⁸ O conceito de “minorias” pode ser aplicado em diversos sentidos. Aqui, refiro-me em específico a uma concepção substantiva de minorias, que as concebe como grupos que padecem de um *status* social relativamente inferior em comparação com os demais grupos sociais. Sobre a ideia de subordinação de *status*, confira-se o pensamento de Nancy Fraser (2007).

⁹ Para a autora, a opressão independe das vontades individuais. Ela se apresentaria em cinco aspectos: a exploração (que diz respeito à transferência do valor ou produto do trabalho de um grupo para outro); a marginalização (que consiste na exclusão social de um grupo, por meio de privação material e de direitos e mesmo extermínio); a falta de poder (implicando raras situações em que um determinado grupo de pessoas pode tomar decisões, em regra submetendo-se a outros); o imperialismo cultural (por meio do qual a visão dominante de um grupo em relação a outro se impõe por meio da desvalorização, invisibilização e esteriotipização e manifestações não dominantes); e a violência (que torna um indivíduo alvo pelo simples fato de seu pertencimento a um grupo, sendo igualmente uma característica sistêmica). Qualquer grupo social que sofra com algum destes aspectos pode ser considerado, portanto, vítima de opressão (YOUNG, 1990, p. 38).

outro lado, consiste no oposto da democracia social e política profunda – trata-se do fenômeno pelo qual indivíduos, oprimidos ou não, são impedidos de efetivamente participar no processo coletivo de tomada de decisões em razão das condições institucionais existentes.

A opressão e dominação institucional acabam por converter-se, por sua vez, na exclusão e invisibilização de grupos e demandas. Historicamente, a exclusão está vinculada à atribuição de estigmas a estes grupos, cuja condição humana passa a ser desconsiderada ou minimizada como fundamento para a negação de direitos.¹⁰ A invisibilização, por sua vez, ocorre quando “o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos” (VIEIRA, 2010, p. 207). Fala-se, portanto, em um problema crônico de não-reconhecimento que se traduz juridicamente na ideia de discriminação.

Diante deste cenário, a constatação da opressão e da dominação pelas quais passam estas minorias sociais torna necessária uma postura ativa do Estado não apenas no campo econômico, mas também no âmbito das relações sociais.

É nesse contexto que se justifica a adoção de mecanismos jurídicos como o direito à adaptação razoável. A adaptação razoável entra em jogo quando a regra geral desconsidera a situação de subordinação histórica e específica a que estão sujeitas as diversas minorias sociais. Assim, este direito funciona como uma válvula de escape, gerando uma exceção à regra geral com o objetivo de adequar a realidade ou procedimentos incidentalmente discriminatórios, para que se promova a inclusão e o respeito à diferença historicamente negados a estes grupos.

3. ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E A TEORIA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Enfrentada a discussão acerca dos fundamentos do direito à adaptação razoável, este item analisa o contexto fático que enseja o reconhecimento de um direito ao tratamento diferenciado a partir do conceito de *discriminação indireta*.

Enquanto fenômeno social, a discriminação pode ser analisada à luz de diversas abordagens – históricas, sociológicas, políticas, antropológicas, psicológicas e tantas outras

¹⁰ Sobre o conceito de estigma, confira-se estudo de Erving Goffman (1988).

(RIOS, 2008, p. 20). Como já adiantei, sob uma perspectiva especificamente jurídica, a discriminação consiste no reflexo da negação institucional de reconhecimento (MCCRUDDEN, 1982, *passim*): trata-se do fenômeno pelo qual as estruturas sociais – incluindo as formas de organização e os procedimentos de exercício do poder em uma determinada sociedade – produzem a negação (ou obstáculos substanciais) ao gozo e exercício de direitos por indivíduos e grupos sociais em posição de vulnerabilidade (minorias).

Sem prejuízo disso, nem toda situação de negação de direitos coincide com um caso de discriminação como negação de reconhecimento. O Direito opera, via de regra, discriminando – em um sentido amplo, ou seja, selecionando critérios de classificação a partir dos quais se conferem direitos ou deveres a indivíduos e grupos distintos (CASTRO, 1983, p. 46-47; MELLO, 2006, p. 12-13). Sendo assim, em que altura devemos traçar a linha entre a discriminação tolerável, própria da técnica jurídica, e a discriminação constitucionalmente proibida por força do princípio da igualdade?

Para responder a esta pergunta, o ponto de partida mais adequado é o texto constitucional. O princípio da igualdade como não-discriminação encontra-se positivado no artigo 3º, inciso IV da Constituição de 1988, elencando como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos “sem preconceitos de *origem, raça, sexo, cor, idade e quiser outras formas de discriminação*”. Assim, o inciso IV do art. 3º ajuda a identificar, em parte, que formas de discriminação são proibidas pela Constituição de 1988 a partir de um elenco exemplificativo de *critérios de classificação suspeitos*.¹¹

Não se trata, propriamente, de critérios de classificação proibidos, na medida em que podem ser empregados em certas situações – especialmente quando se trata de promover direitos de grupos selecionados com base nesses critérios. Nesse sentido, e diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a vedação à discriminação contida no inciso IV do art. 3º não impede a chamada *discriminação positiva* – ou seja, a adoção destes critérios como forma de promover a inclusão de grupos marginalizados (CLEVE; RECK, 2003, p. 34-35).

¹¹ O conceito de critérios de classificação suspeitos (*suspect classification*) tem origem no direito norte-americano. Trata-se dos critérios que são empregados, em geral, como meio de promover discriminações odiosas (*invidious discrimination*), como exposto por John H. Ely (1980, p. 145-155).

O que a Constituição de 1988 buscou vedar e superar foi o estabelecimento e a permanência de certas hierarquias sociais existentes e persistentes em nossa sociedade – de modo que não incorporamos, como no direito norte-americano, uma Constituição cega a características como raça, gênero, sexualidade e outras¹², mas, sim, uma Constituição cujos olhos estão abertos a estes critérios, precisamente como forma de superar estas hierarquias sociais.

Esta interpretação, que já encontrava lastro no texto originário da Constituição,¹³ desenvolveu-se de maneira profícua na literatura jurídica e na legislação,¹⁴ sendo especialmente reforçada com a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, aprovada na forma do art. 5º, §3º da Constituição Federal e internalizada por meio do Decreto n. 6.949/2009. A Convenção, por integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, constitucionalizou o conceito de discriminação, especificamente aquela praticada contra pessoas portadoras de deficiência, em seu artigo 2º:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.¹⁵

O texto do artigo 2º da Convenção confere, assim, um bom ponto de partida para a análise do princípio da igualdade como vedação à discriminação no direito brasileiro. Interpretando a Convenção segundo o *ethos* constitucional vigente – indo além, portanto, do objetivo específico de superação da discriminação contra pessoas com deficiência – pode-se afirmar que a discriminação vedada pelo princípio da igualdade no ordenamento brasileiro consiste em (1) diferenciações, exclusões ou restrições baseadas em critérios de

¹² Nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte tem se firmado no sentido de que a Constituição de 1787 seria *colorblind* (ou seja, cega à cor), o que impediria a adoção de qualquer critério, pelo Poder Público, que expressamente favoreça indivíduos com base na raça.

¹³ O artigo 37, inciso VIII da Constituição, ao estabelecer o sistema de cotas para pessoas deficientes, é exemplo de como a própria Carta, em sua origem, buscou estabelecer mecanismos de promoção da igualdade e superação ativa da discriminação por meio do favorecimento de grupos marginalizados.

¹⁴ Cite-se, a este respeito, as leis estaduais que, a partir da década de 2000, passaram a estabelecer sistemas de cotas para acesso ao ensino superior em favor de negros e indígenas.

¹⁵ BRASIL, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto n. 6.949 de 25 de ago. 2009. Artigo 2º.

classificação constitucionalmente suspeitos; (2) com o propósito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício de direitos fundamentais; (3) ou com o efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o gozo e desfrute destes direitos; (4) inclusive por meio da recusa de adaptação razoável. Na verdade, o que a Convenção fez foi sintetizar, em poucas palavras, décadas do desenvolvimento do direito da antidiscriminação no Brasil e no mundo.¹⁶ Isto fica mais claro a partir da análise individualizada dos elementos que compõe este conceito constitucional de discriminação.

O primeiro elemento consiste no emprego de critérios de classificação constitucionalmente suspeitos como parâmetro para a atribuição ou não de direitos fundamentais. A já mencionada ideia de *classificações suspeitas* desenvolveu-se inicialmente no direito estadunidense e assumiu destaque na teoria elaborada por John Hart Ely (1980) em seu *Democracy and Distrust*. Para o autor, o controle de constitucionalidade de leis que empregam critérios como a raça e a religião demanda um escrutínio elevado, como forma de evitar a cristalização legislativa de discriminações odiosas, fundadas em preconceitos históricos.¹⁷ Assim, o primeiro questionamento que deve ser feito diante de um possível caso de discriminação diz respeito ao emprego de um desses critérios.

Duas observações devem ser feitas com relação a este elemento. A primeira consiste em uma dificuldade metodológica para sua verificação: como distinguir e qualificar critérios suspeitos e critérios não-suspeitos? A segunda observação diz respeito ao risco de se confundir o objetivo de superação da discriminação real e um objetivo de excluir formalmente do sistema estes critérios de classificação (sem alterar, na prática, os efeitos discriminatórios produzidos).

¹⁶ O direito da anti-discriminação desenvolve-se especialmente a partir da segunda metade do século XX a partir da legislação e jurisprudência norteamericana. Nos anos 70, as teorias da discriminação americana são “exportadas” para os países europeus – surgindo, ali, normativas e julgados que, inspirados no que acontecia nos Estados Unidos, passam a desenvolver uma própria sistemática de análise e superação da discriminação. Nos anos 80, a Suprema Corte do Canadá desponta como importante referencial no desenvolvimento de teorias arrojadas sobre o princípio da igualdade e não discriminação à luz da legislação de direitos humanos vigente naquele país. Por fim, a partir dos anos 90 e 2000 os países da América Latina e a Corte Interamericana de Direitos Humanos passaram a incorporar os conceitos e instrumentais desenvolvidos nas décadas anteriores no âmbito do direito comparado e do direito internacional dos direitos humanos.

¹⁷ Entre nós, Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983, p. 50) tratou do tema ao afirmar que “determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa e inutilizável a classificação feita com base em tais critérios (*invidious discrimination* - segundo a nomenclatura norte-americana), como é o caso típico entre nós das classificações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e de convicções políticas. Tal ocorrendo, fica automaticamente subtraída à competência do legislador ordinário a faculdade de estabelecer discriminações com base em tais índices fáticos de diferenciação, incorrendo na eiva da inconstitucionalidade o ato normativo que acaso estabelecê-las”.

Com relação à primeira observação, a Suprema Corte do Canadá identificou com precisão, no julgamento do caso *Meiorin*, que a realidade nem sempre se encaixa em conceitos fechados.¹⁸ Na prática, pode se revelar tênue a separação entre o critério suspeito e o critério não-suspeito. Exemplo disso é o critério da gravidez: uma determinada lei que restrinja direitos de pessoas grávidas adota um critério suspeito, considerando que gravidez é um estado biológico que não designa especificamente um gênero? Apesar de poder parecer evidente que, no estado da arte da ciência contemporânea, apenas mulheres engravidam,¹⁹ isto não impediu que tribunais diferentes tenham concluído em sentido diametralmente opostos – ora ignorando a natureza suspeita da classificação baseada na gravidez, ora reconhecendo que se trata, necessariamente, de critério vinculado ao gênero feminino.²⁰

No segundo sentido, é exemplar o julgamento da ADPF n. 291²¹, que tratou da constitucionalidade do crime de pederastia, tipificado no art. 235 do Código Penal Militar.²² Não havia dúvidas, neste caso, que o dispositivo envolvia um problema grave de discriminação em razão da sexualidade – inclusive referindo-se expressamente ao ato libidinoso homossexual. Também parece razoável – senão indubioso – que o dispositivo foi elaborado com o objetivo de atingir especialmente pessoas homossexuais.²³ Ao julgar a

¹⁸ Afinal, o conceito, conforme leciona Ricardo Lobo Torres (2006, p. 2), nada mais é do que a “representação abstrata de dados empíricos, podendo de certa forma violentar a realidade”. Não cabe neste estudo, no entanto, aprofundar-me acerca da relevante discussão travada no âmbito da Teoria do Direito acerca da distinção entre “conceito” e “tipo”, bem como suas respectivas características.

¹⁹ A afirmação não subsistiria, no entanto, à adição do elemento da transexualidade ao debate. É que, a partir do momento em que o direito passa a reconhecer devidamente pessoas transexuais, torna-se plenamente possível que homens (transexuais) engravidem. Trata-se, contudo, de uma discussão para outro momento e que foge ao argumento que desenvolvo aqui.

²⁰ Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus.*, considerou o critério da gravidez como discriminatório, por estar vinculado ao gênero feminino. Em sentido oposto, o Juiz McLachlin da Suprema Corte do Canadá sugeriu que o critério “gravidez”, desde que aplicável genericamente a todos, poderia ser considerado como sendo neutro (CANADÁ, Suprema Corte, British Columbia – Public Service Employee Relations Commission v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3.).

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291, Relator Min. Roberto Barroso, Plenário, Julgamento em 28 out. 2015.

²² BRASIL, Código Penal Militar, Artigo 235: Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar (...).

²³ Com efeito, o Código Penal Militar foi promulgado em 1969, quando a participação de mulheres nas Forças Armadas era praticamente inexistente – até então, isto apenas havia ocorrido pontualmente durante a Segunda Guerra Mundial. É apenas em 1992, quase trinta anos após a entrada em vigor do CPM que a primeira turma de mulheres foi matriculada na Escola de Administração do Exército, conforme dados oficiais divulgados pelo Ministério da Defesa (“A História da Mulher no Exército”, <http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEURl/content/a-historia>).

constitucionalidade da norma, no entanto, o STF entendeu que o combate à discriminação pretendido pela Constituição estaria satisfeito simplesmente declarando-se a não recepção da expressão “homossexual ou não” – mantendo-se, de resto, a integralidade do texto.²⁴ Não se buscou analisar quem eram os destinatários daquela norma, não foram trazidos dados sobre o percentual de pessoas homossexuais condenadas em comparação com o percentual de pessoas heterossexuais punidas – enfim, nenhum dado relevante para a análise dos possíveis efeitos discriminatórios da norma foram considerados.²⁵ A preocupação com a letra da lei substituiu a preocupação com as pessoas reais. O “critério suspeito” ocupou a centralidade que caberia ao princípio da não discriminação, prejudicando, ao fim, a minoria constitucionalmente protegida.

Pretendo, com estas observações, destacar a necessidade de se interpretar o primeiro elemento da discriminação vedada pela Constituição de 1988 de maneira adequada ao seu objetivo emancipatório. Falar, portanto, em discriminação baseada em critério suspeito não significa que a prática ou norma se fundamente literal, formal ou expressamente em raça, gênero, sexualidade ou outros critérios proscritos. Significa, em realidade, que não se admite a discriminação cujos critérios eleitos atingem de maneira específica grupos constitucionalmente protegidos – minorias em situação de vulnerabilidade e marginalização históricas.

Em outras palavras, a análise deve focar-se em verificar se o critério de classificação empregado é determinante ou substancialmente relevante para que se concretize o próprio fenômeno da discriminação contra estes grupos vulnerabilizados. O liame entre o critério e o grupo ou pessoas atingidas – e não o critério em si tomado isoladamente – é o que importa, de modo que, quanto maior a proximidade entre o critério e o grupo, maior o grau de “suspeição” e vice-versa.²⁶ Trata-se, contudo, de uma análise apriorística, na medida em

da-mulher-no-exercito>. Acesso em 03 fev. 2017). Este dado foi inclusive reiterado nos autos da ADF n. 291 e sublinhado no voto original proferido pelo Min. Roberto Barroso – que veio a ser alterado posteriormente.

²⁴ Em termos tecnicamente adequados, a decisão do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial da norma, especificamente com relação à expressão “homossexual ou não”.

²⁵ Destaque-se, no entanto, que o voto original proferido pelo Ministro Roberto Barroso – alterado por força do resultado final do julgamento – expressamente referenciou a discriminação indireta causada pelo dispositivo. O Ministro inclusive citou julgamentos do Superior Tribunal Militar que evidenciariam a situação de discriminação – apesar de não haver trazido, a toda evidência, um levantamento substancial acerca da aplicação da norma.

²⁶ Esta constatação é especialmente relevante quando avançarmos para a distinção conceitual entre discriminação direta e discriminação indireta. É que, na primeira, o vínculo entre o critério e o grupo é aprioristicamente forte em razão de questões sociais e estruturais existentes; ao passo que, na segunda, o vínculo entre o critério e o grupo é aprioristicamente fraco.

que a discriminação pode ainda assim se concretizar em razão do emprego de critérios que não apresentam nenhum vínculo razoavelmente claro com um determinado grupo – ou seja, critérios de classificação neutros.

É neste sentido que se deve avançar aos dois elementos seguintes que caracterizam uma discriminação: o *propósito* e o *efeito* de subtrair ou obstaculizar direitos. Ao incorporar estes elementos ao conceito de discriminação, a Convenção buscou lidar com duas formas de discriminação que vinham sendo reconhecidas no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos desde os anos 60: a *discriminação direta* e a *discriminação indireta*.

A discriminação direta é tradicionalmente concebida como aquela em que uma determinada norma ou prática jurídica discrimina frontalmente, não só por empregar de maneira expressa um critério de classificação constitucionalmente proscrito ou suspeito, como também, segundo Rios (2008, p. 89-116) por apresentar uma intenção (subjetiva ou objetiva)²⁷ de marginalizar uma determinada minoria. Segundo o autor, quando a discriminação é intencional, o intuito discriminatório pode se revelar no curso da elaboração do ato impugnado (hipótese em que se fala de discriminação direta explícita, quando o critério de classificação indevido é expressamente inserido na norma ou quando a própria concepção da norma, ainda que não empregue o critério,²⁸ considera o propósito discriminatório); ou mesmo no momento de sua aplicação, quando ocorre o fenômeno que Daniel Sarmento (2006, 147-148) identificou como *discriminação de facto*.

Não são poucos os autores que afirmam que a ideia discriminação direta tornou-se quase inútil nos últimos anos. Francisco Campos (2013), em artigo originalmente publicado em 1947, chegou a afirmar que a igualdade perante a lei, enquanto princípio que veda esta espécie de discriminação, só seria aplicável às relações econômicas, visto que “[n]ão existe hoje, com efeito, ainda que remoto, o perigo de que venha a restabelecer-se uma ordem social fundada sobre discriminação de classes sociais”. No direito estrangeiro, Reva B. Siegel (1998, p. 1111) sustentou que, com a invalidação de diversas legislações frontalmente discriminatórias, a discriminação jurídica teria se adaptado às teorias vigentes

²⁷ É dizer, o objetivo da discriminação prejudicial pode ser verificado na própria elaboração da norma ou pode decorrer dos propósitos objetivos inferidos a partir da interpretação do texto normativo. Especificamente sobre o tema do intuito discriminatório, a obra de John H. Ely (1980, p. 159) se destaca. Sobre a interpretação a partir dos propósitos objetivos da norma, confira-se o que sustenta Barak (1993, p. 767).

²⁸ De maneira que discriminação direta não implica, necessariamente, uso de critérios evidentemente suspeitos – na linha, inclusive, do que afirmei anteriormente.

de modo a operar por meio de efeitos transversos, tornando inoperante a teoria da discriminação direta. Afirmação semelhante foi feita, também, por Rios (2008, p. 117), no sentido de que, atualmente, “na maior parte dos casos, as medidas, decisões e práticas discriminatórias não se revelam explicitamente”.²⁹

A constatação de que a discriminação não opera apenas quando estabelecidos “sistemas de castas” ensejou, então, o desenvolvimento de um novo conceito de discriminação capaz de abranger os modelos institucionais e normativos que, sem classificar expressamente pessoas e grupos com base em critérios constitucionalmente proscritos e sem apresentar necessariamente o propósito de discriminar, ainda assim produzem efeitos indesejados.

A *discriminação indireta* consiste neste exato fenômeno, que mereceu diversas abordagens no direito comparado. No Brasil, a literatura jurídica desenvolveu este conceito³⁰ especialmente à luz da construção norte-americana³¹, articulada a partir da doutrina do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*).³² Esta teoria teve como principal característica o fato de ter se afastado da ideia de *propósito* discriminatório em favor da análise dos *efeitos* discriminatórios gerados por normas, medidas ou práticas. Seria possível, a partir deste novo arcabouço teórico, reconhecer a existência de discriminação, não como decorrência de um intuito discriminatório ou do uso expresso de critérios como raça, religião, gênero etc., mas, sim, em razão dos efeitos desproporcionalmente prejudiciais que uma norma ou prática gera sobre um determinado grupo protegido.

É a partir deste contraponto entre discriminação direta e discriminação indireta que se torna possível compreender o vínculo entre esta última espécie de discriminação e o direito à adaptação razoável como mecanismo para sua superação.

²⁹ Em igual sentido, SARMENTO, 2006.

³⁰ A exemplo dos estudos de Rio (2008), GOMES (2001), SARMENTO (2006). Destaque-se, em contraponto, o trabalho elaborado por Letícia Martel (2011), que analisou a discriminação indireta e o direito à adaptação razoável à luz dos ordenamentos norteamericano, canadense e europeu.

³¹ Sem prejuízo disso, e apesar do vanguardismo norte-americano, a teoria da discriminação indireta não se restringe à construção da literatura e jurisprudência naquele país. Com efeito, importantes contribuições foram desenvolvidas no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos.

³² Curiosamente, há apenas um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos em que se encontra a expressão “*indirect discrimination*” – inserida, no entanto, em uma citação de nota de rodapé. Trata-se do caso *University of California Regents v. Bakke*, que tratou da constitucionalidade do emprego do critério racial para o ingresso no ensino superior, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Os casos de discriminação direta são solucionados, a princípio, a partir de um instrumental já desde há muito assentado em nossa prática jurídica. Verificado o indevido emprego de critérios suspeitos (ou seja, a discriminação direta), o intérprete deve reconhecer a constitucionalidade da norma – seja para excluir do ordenamento jurídico uma determinada restrição indevida ao gozo de direitos, seja para expandi-los aos grupos que antes não eram atingidos por estes direitos.

Essa atuação, no entanto, é incapaz de lidar com o fenômeno complexo da discriminação indireta. É que, diferentemente do que ocorre com a discriminação direta, a discriminação indireta pode ser produzida a partir de atos revestidos uma legitimidade apriorística. Esta legitimidade repousa, em uma primeira análise, (i) no princípio democrático ou (ii) no princípio da liberdade como autonomia da vontade. No primeiro caso, refiro-me à discriminação indireta perpetrada por atos ou práticas adotadas pelo Poder Público. Neste caso, a discriminação é consequência direta da invisibilidade de certas demandas – que acabam sendo desconsideradas em favor de vontades muitas vezes legítimas que baseiam as decisões dos atores políticos. No segundo caso, trato da discriminação indireta promovida por atos ou práticas privadas, adotadas por vezes como forma de promover algum interesse legítimo no exercício da autonomia privada.

Seria equivocado, neste contexto, simplesmente pretender solucionar a discriminação indireta a partir da negação dos atos ou práticas analisadas. É certo que, eventualmente, estes atos podem ser simplesmente ignorados – quando, por exemplo, conclua-se que os critérios adotados não subsistem a uma análise de proporcionalidade ou razoabilidade. O que fazer, contudo, com critérios plenamente adequados e razoáveis à luz de objetivos constitucionalmente tutelados?

Exemplo clássico de hipótese desse tipo é o caso da aprovação em vestibulares como critério para acesso ao ensino superior. Apesar de diversas reformas promovidas no sistema, segue correta a afirmação no sentido de que o vestibular gera uma discriminação indireta contra certas minorias estigmatizadas – notadamente minorias raciais, mas também outros grupos que ainda acessam de maneira deficiente o ensino superior.³³ Ocorre que,

³³Sobre o tema, confira-se IKAWA, 2010, p. 390-391. Apenas a título exemplificativo, em cursos disputados como Medicina o percentual de pessoas negras chega a ser inferior a 3% (três por cento), segundo os dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais referentes aos alunos concluintes em 2010. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/05/20/negros-ainda-sao-minoria-entre-formados-no-ensino-superior.htm>>. Acesso em 03 fev. 2017.

apesar disso, a opção constitucional vigente é a de garantir o acesso ao ensino superior “segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, inciso V). Excluir por completo algum mecanismo de avaliação para ingresso nas instituições de ensino superior parece, neste arcabouço constitucional, pouco viável.

É neste contexto que se desenvolve, como alternativa para superação da discriminação indireta, o instituto das ações afirmativas. Trata-se de mecanismo de atuação estatal ou de entes privados que objetiva corrigir as desigualdades sociais históricas e atuais por meio de discriminações positivas de diversas espécies.³⁴ Na medida em que são capazes de influenciar a realidade de maneira ampla, minimizando ou rompendo com as desigualdades sociais estruturais, as ações afirmativas parecem ser, nos tempos atuais, medida indispensável à superação das diversas formas de discriminação indireta. Não são, contudo, a única forma.

Com efeito, há diversas situações em que a discriminação indireta demanda uma solução imediata, ainda que compromissória. O direito à adaptação razoável surge, assim, como um relevante mecanismo de combate à discriminação cujo objetivo não é propriamente eliminar a desigualdade existente, mas, sim, acomodar os grupos afetados de modo a reduzir na maior medida possível os impactos sofridos. Isto significa não só que uma medida deverá ser adotada pelo agente da discriminação, como também que alguma cooperação será exigida daqueles atingidos pela situação de desigualdade³⁵ – de tal maneira que a adaptação razoável pode ser concebida como um processo bilateral de cooperação entre agentes e sujeitos da discriminação indireta.³⁶ Um processo bilateral, vale dizer, compulsório – cuja negativa, por parte daquele que tem o dever de acomodar, configura

³⁴ Segundo a definição de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 40), as ações afirmativas definem-se como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.

³⁵ Na linha do que foi afirmado pela jurisprudência canadense, notadamente nos casos *O’Malley e Alberta* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, (1990) 2 S.C.R. 489].

³⁶ Isto não significa dizer que adaptação razoável e políticas de ação afirmativa não possam coexistir. Ambas são, segundo suas próprias estruturas e objetivos, mecanismos que permitem a maior inclusão de grupos vulneráveis, promovendo seu reconhecimento e, assim, o princípio da igualdade jurídica em sua função de expansão do direito. No entanto, para fins de analisar a discriminação indireta em suas etapas, a existência ou não de políticas de ação afirmativa não atrai, nem afasta sua configuração – apesar de sua adoção ser desejável, principalmente nos contextos em que a acomodação seja inviável. Feitas estas considerações, passo a analisar o direito à adaptação à luz do conceito de “razoável”, de modo a definir os limites da acomodação proposta.

discriminação nos termos do já mencionado artigo 2º da Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiência. Cumpre analisar, a seguir, estes pontos de maneira mais detida.

4. O DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Não é possível estabelecer, em abstrato, um conteúdo específico do direito à adaptação razoável. A acomodação dependerá, invariavelmente, da análise da discriminação praticada em um caso concreto, e, em um mesmo caso, poderá assumir diferentes variações. Mais do que buscar estabelecer um rol de possíveis direitos à acomodação, é essencial definir, primeiramente, as características do direito à adaptação razoável e a metodologia para sua aplicação em casos concretos. Este item se volta para a primeira parte desta empreitada.

Sustento, aqui, que o direito à adaptação razoável possui três principais características, quais sejam: (i) adjudicabilidade; (ii) eficácia vertical e horizontal; e (iii) relatividade. Trata-se, em alguma medida, de características atribuídas, em geral, aos próprios direitos fundamentais e que, no caso da adaptação razoável, assumem certas particularidades.

A característica da adjudicabilidade consiste na percepção de que a acomodação consiste em direito subjetivo que, violado, permite ao titular satisfazer judicialmente sua pretensão. Neste sentido, a adaptação razoável distingue-se das políticas de ações afirmativas. Em ambos os casos, trata-se de instrumentos voltados à superação da discriminação (inclusive da discriminação indireta). No entanto, enquanto a adaptação razoável pode ser exigida em juízo – seja por um indivíduo ou um grupo de indivíduos –, as ações afirmativas dependerão, em geral, da atuação dos órgãos políticos, que definirão seus traçados, metas e âmbito de aplicação.³⁷

Em segundo lugar, o direito à adaptação razoável tem eficácia vertical e horizontal, podendo ser exigido tanto em face do Poder Público, quanto de particulares. Esta

³⁷ Não quero dizer, com isso, que a via judicial seja completamente obstada quando se trata de ações afirmativas. Não só a eficácia programática, como especialmente a eficácia interpretativa, vedativa do retrocesso e da proteção insuficiente viabilizam o controle judicial destas medidas. Mais recentemente, ainda, o Supremo Tribunal Federal, ao acolher a tese do estado de coisas constitucional, identificou a possibilidade de o Poder Judiciário exercer uma função desestabilizante quando diante de quadros de grave constitucionalidade estrutural – compelindo a elaboração de políticas públicas voltadas a superação deste panorama, por parte dos poderes políticos. Sobre os aspectos positivos que a atuação Judicial pode gerar sobre a promoção de direitos fundamentais, confira-se Sabel e Simon (2004, p. 1015).

constatação está intrinsecamente relacionada com o próprio desenvolvimento da teoria da discriminação indireta, cuja gênese situa-se no direito do trabalho³⁸. São diversas as espécies de atos, práticas ou medidas podem gerar alguma forma de exclusão ou de restrição no exercício de direitos por grupos vulneráveis. Testes de aptidão aplicados em ambientes de trabalho³⁹, leis ou atos normativos editados pelo Poder Público⁴⁰, regulamentos ou exigências formulados por entes privados⁴¹, políticas adotadas pelo Poder Público⁴² e, até mesmo, a construção de obras em determinados moldes⁴³ – por exemplo, não sendo previstas rampas e outras modalidades de acesso para pessoas deficientes – são apenas alguns exemplos disto. Uma formulação do direito à adaptação razoável que fosse incapaz de lidar com o fato de que tanto particulares quanto o Poder Público podem ser agentes da discriminação seria, assim, insuficiente para a promoção do princípio da igualdade.⁴⁴

Em terceiro lugar, o direito à adaptação razoável é caracterizado por sua relatividade. A ideia de relatividade dos direitos fundamentais vincula-se, especialmente, à natureza principiológica deste direito, que permite sua concretização em diferentes graus, de acordo com os contextos jurídicos e fatos em que são violados. No caso da adaptação razoável, esta relatividade ganha um conteúdo mais específico que decorre do conceito adotado pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu artigo 2º:

³⁸ Com efeito, a teoria origina-se na interpretação conferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao Título VII do *Civil Rights Act* de 1964, no julgamento paradigmático de *Griggs v. Duke Power Co.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)].

³⁹ Trata-se precisamente da hipótese analisada no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (Id.).

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, M. L. Ruzius-Wilbrink vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, Caso C-102/88, 13 de Dezembro de 1989; ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça da Nação, R. 350. XLI, 04 de Setembro de 2007.

⁴¹ Os casos *O'Malley e Bhinder* ilustram esta hipótese [CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, (1985) 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, (1985) 2 S.C.R. 561].

⁴² A exemplo do caso das mulheres *desplazadas* na Colômbia (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-025, 22 de Janeiro de 2004 e COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto nº A-092/08).

⁴³ O supramencionado caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia* exemplifica esta situação, na medida em que a hipótese tratava da diferença na discriminação gerada pelos parâmetros de construção de postes de energia elétrica em bairros habitados pela população de Roma (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 de Julho de 2015).

⁴⁴ Tratando do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito brasileiro, Daniel Sarmento (2006, p. 239) elenca a extrema desigualdade social brasileira como um dos fatores determinantes para afastar teses de não-incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para o autor, “[e]ssas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência”.

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes *necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido*, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (grifei).

O direito à acomodação, portanto, não é um direito à acomodação *a qualquer custo*. Ou seja, não se trata de um direito à máxima acomodação possível, e sim de um direito à acomodação *razoável*, vedando-se a imposição de medidas desnecessárias, inadequadas e, especialmente, que gerem “ônus desproporcional ou indevido”. A incorporação da ideia de razoabilidade ao direito à acomodação, especialmente com relação à vedação de imposição de ônus desproporcional ou indevido, traduz deferência à percepção de que, como formulado por Flávio Galdino (2005), “direitos não nascem em árvores”. O combate à discriminação e seus efeitos perniciosos, ainda que de extrema relevância no contexto constitucional vigente, não pode se desconectar da realidade de que as alterações na realidade implicam custos – e que estes custos serão suportados por alguém. No caso de um direito oponível tanto contra o Poder Público quanto contra particulares, estes custos serão suportados pela integralidade da população ou por pessoas específicas.

Neste sentido, é necessário definir com exatidão o que significa uma adaptação “razoável”, em contraposição a uma adaptação “não-razoável”. Letícia Martel (2011), ao tratar do tema, identificou no direito comparado três principais⁴⁵ entendimentos sobre os limites do direito à acomodação: uma primeira posição afirma que o dever de acomodar é limitado pelo critério da razoabilidade e do ônus indevido, este interpretado por um teste de *minimis* – segundo o qual a existência de qualquer ônus sobre aquele que tem o dever de acomodar é suficiente para afastar o direito à adaptação razoável. Uma segunda posição afirma que o dever de acomodar sofre a restrição apenas do parâmetro do ônus indevido, considerado à luz do princípio da proporcionalidade. Por fim, uma terceira posição afirma que a acomodação é limitada pelo ônus indevido, que não se confunde com a proporcionalidade. Enquanto esta consistiria em análise aplicável aos atos normativos em geral, a adaptação razoável diria respeito às práticas administrativas públicas ou privadas. Assim, a adaptação razoável decorrente da discriminação indireta imporia exclusivamente a

⁴⁵ Além da proposta de Martel, que será objeto de análise em seguida, a autora também buscou analisar o entendimento dos tribunais europeus, sem delimitar com precisão os significados que vem sendo atribuídos naquelas Cortes à adaptação razoável e seus limites.

verificação acerca da existência ou não de ônus excessivo – de modo que a adaptação razoável implica a máxima acomodação até o limite do ônus excessivo imposto àquele sobre quem recai o dever de acomodar (MARTEL, 2011, p. 100).

A essas correntes, Martel adiciona sua proposta de análise da adaptação razoável à luz do binômio razoabilidade-ônus indevido. Quanto à razoabilidade, a autora sugere que ela seja interpretada à luz do que é “eficaz” para a adaptação – no sentido de que se devem adotar os mecanismos capazes de acomodar com o mínimo de segregação e estigma contra o grupo vulnerável. O ônus indevido, por sua vez, deveria ser analisado sob duas perspectivas: primeiro, poder-se-á falar em ônus indevido quando a finalidade da medida geradora da discriminação for esvaziada e, em segundo lugar, se poderá falar em ônus indevido a partir de uma comparação entre custos e benefícios da medida – não se limitando o conceito de custos à questão econômico-financeira, mas também os benefícios em geral trazidos pela adaptação, tanto às pessoas diretamente afetadas quanto a terceiros (ibid., p. 103).

No que pesem estas diversas posições, não se pode ignorar que o texto normativo que confere os contornos da adaptação razoável no Brasil emprega termos já conhecidos em nossa jurisprudência: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.⁴⁶ Sustento, assim, que uma interpretação adequada ao contexto constitucional brasileiro deve compreender a “adaptação razoável” como uma adaptação proporcional⁴⁷ – ou seja, a medida que objetiva a acomodação de grupos vulneráveis deve atender aos subprincípios da proporcionalidade, de maneira semelhante à segunda posição apresentada por Martel.

Além da questão atinente aos custos dos direitos, a relatividade da adaptação razoável se justifica pelas próprias condições em que este direito surge. É que, em determinados casos de discriminação indireta, nem sempre será possível garantir o pleno direito à igualdade e, portanto, à máxima adaptação empírica ou normativa à necessidade de reconhecimento dos grupos vulneráveis⁴⁸. Significa dizer que, em alguma medida, o

⁴⁶ Na forma do art. 2º da Convenção, a adaptação razoável “significa as modificações e os ajustes *necessários e adequados* que não acarretem ônus desproporcional ou indevido”.

⁴⁷ Esta possibilidade é reforçada, ainda, pela posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos que podem ser empregados como sinônimos.

⁴⁸ Esta é a crítica de Day e Brodsky (1996, p. 433), segundo a qual a acomodação razoável não atinge a estrutura social desigual, assumindo uma postura assimilacionista que “acomoda” os diferentes sem alterar a realidade de perpetuação das diversas formas de opressão e dominação. Confira-se: “The difficulty with this paradigm is that it does not challenge the imbalances of power, or the discourses of dominance, such as racism, able-bodyism and sexism, which result in a society being designed well for some and not for others. It

grupo vulnerável permanecerá em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. Sendo assim, a acomodação razoável enquanto solução para a discriminação indireta opera como uma alternativa de “segundo melhor”.

Não poderia ser diferente. Em primeiro lugar porque, no contexto de pluralismo, é inviável que grupos sociais sejam blindados contra todos os males da vida cotidiana. É certo que minorias merecem especial atenção quanto aos efeitos negativos que sofrem na sociedade. No entanto, a própria ideia de que não há mundo social sem perda⁴⁹ impõe reconhecer que não se pode garantir – nem a grupos vulneráveis, nem a qualquer outro grupo social – um direito à máxima estima social.⁵⁰

Some-se a isto que a adaptação razoável não exclui outros mecanismos de promoção da igualdade. Sob a perspectiva jurídica, como já afirmado, a adaptação razoável pode coexistir com a adoção de ações afirmativas que objetivem superar discriminações institucionais em um nível estrutural mais amplo. Sob a perspectiva social, a adaptação razoável convive com – e, ao promover condições para a obtenção de autorrespeito, contribui para – o desenvolvimento das lutas sociais em favor de grupos historicamente marginalizados. Não se trata, portanto, de identificar os limites da adaptação razoável como falhas da teoria, mas sim compreender que não é possível atribuir a um só mecanismo – qualquer que seja – a função de realizar plena e isoladamente os exigentes objetivos emancipatórios constitucionais.

Mais que isso, significa compreender, também, que para estes grupos situados em uma situação de vulnerabilidade social, mesmo uma mínima garantia de acomodação pode

allows those who consider themselves ‘normal’ to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are ‘accommodated.’ Accommodation, conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula, different treatment for ‘different’ people is merely the flip side of like treatment for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply ‘accommodate’ those who do not quite fit. We make some concessions to those who are ‘different’, rather than abandoning the idea of ‘normal’ and working for genuine inclusiveness. In this way, accommodation seems to allow formal equality to be the dominant paradigm, as long as some adjustments can be made, sometimes, to deal with unequal effects. Accommodation, conceived of in this way does not challenge deep-seated beliefs about the intrinsic superiority of such characteristics as mobility and sightedness. In short, accommodation is assimilationist. Its goal is to try to make ‘different’ people fit into existing systems”.

⁴⁹ A ideia é atribuída a Isaiah Berlin por John Rawls (2000, p. 244).

⁵⁰ Destaque-se que, para Honneth, a garantia de autorrealização ultrapassaria os limites da esfera do Direito e mesmo da esfera da estima social (HONNETH, 2004, 166-167).

ser capaz de promover mudanças sociais substancialmente efetivas. Ao promover uma inclusão – ainda que sub-ótima – de grupos cujo acesso a determinados direitos era previamente negado, possibilita-se que novas demandas sejam formuladas, permitindo uma expansão progressiva do direito.⁵¹

Há, ainda, outro sentido específico a partir do qual se deve entender a relatividade da adaptação razoável. Seguindo a linha do que tem reconhecido a jurisprudência canadense, todo o processo de análise da adaptação razoável é permeado por um dever de cooperação entre os partícipes na situação de discriminação indireta⁵². Neste sentido, é não só permitido, como encorajado que as partes apresentem sugestões de adaptação, permitindo que se identifiquem as alternativas mais razoáveis – ou seja, mais adequadas à promoção da igualdade, com a menor onerosidade possível.⁵³ A adaptação razoável implica, portanto, um processo bilateral de concessões mútuas, de modo que a relatividade deste direito é dinâmica. Ou seja, o direito desenvolve-se de uma maneira viva a partir da interação das partes, evitando-se uma postura juriscêntrica que imputaria ao juiz a função de meramente “revelar”, pela ponderação, a solução do caso concreto.

Feitas estas considerações, concluo a seguir com a apresentação de uma proposta de metodologia para a análise e aplicação do direito à adaptação razoável em casos de discriminação indireta.

5. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA E DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: uma proposta metodológica

A discriminação indireta e o direito à adaptação razoável suscitam discussões profundas sobre as diversas e perniciosas formas de desigualdade e as mais diversas formas pelas quais os cidadãos podem se ver negado em seu direito ao reconhecimento. Precisamente em razão da complexidade do tema, é relevante definir uma metodologia para a análise de casos de discriminação indireta e, em última análise, para aferir a existência e os contornos do direito à adaptação razoável em cada caso.

⁵¹ Na linha do que afirmou Honneth (2003) alicerçado, também, na teoria de T. H. Marshall.

⁵² A exemplo do caso *O’Malley* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁵³ Neste sentido, afasta-se do modelo norteamericano que prevê a adaptação razoável como uma sugestão que pode ser feita pela parte afetada, mas que, se irrazoável ou apresentando ônus indevido, afastaria o dever de acomodar.

Proponho, aqui, uma análise que se separa em três etapas: (1) a apresentação de um caso *prima facie* de discriminação indireta; (2) a análise da justificação do ato, prática ou medida geradora da discriminação indireta; e (3) a análise quanto à existência e limites do direito à adaptação razoável no caso concreto.

Na *primeira etapa*, deve ser demonstrada a existência de um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros e que produz determinados efeitos adversos negativos contra uma pessoa ou grupo constitucionalmente protegidos, notadamente com relação à aquisição ou gozo de direitos ou benefícios. Já tratei, anteriormente, da ideia de proteção às minorias sociais e do conceito de critérios de classificação suspeitos (em contraposição aos critérios aparentemente neutros). É relevante, então, analisar mais detidamente a ideia de produção de efeitos adversos ou de impacto desproporcional.

Como já afirmado, a discriminação indireta não pode ser inferida do próprio ato discriminatório – ela se revela, pelo contrário, a partir da análise dos efeitos concretos da aplicação da norma. A ideia de que o impacto da medida deve ser *desproporcional* está intrinsecamente relacionada com a teoria norte-americana de discriminação indireta. A este respeito, é necessário ressaltar aqui que a ideia de desproporcionalidade trazida dos americanos – e reiterada na jurisprudência de diversas Cortes – não se confunde em nenhuma medida com a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto princípio instrumental de solução de conflitos entre os princípios. A expressão “*disproportionate impact*”, no sentido empregado pela Suprema Corte e pelos teóricos norte-americanos da discriminação indireta, é sinônimo de “*disparate impact*”, que nada mais é que um impacto fundamentalmente distinto ou desigual⁵⁴. É possível inclusive identificar julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos em que a ideia de impacto desproporcional é tratada também sob a perspectiva dos *adverse effects*, ou efeitos adversos,⁵⁵ de tal maneira que os conceitos podem ser considerados como intercambiáveis.

Considerando que a proporcionalidade, no ordenamento brasileiro, possui um significado jurídico e teórico já sedimentado, parece mais adequado adotar a ideia de

⁵⁴ De fato, o termo *disparate*, predominante entre os americanos, traduz-se como díspar, desigual, diverso, discrepante, dessemelhante, distinto, incomensurável (HOUAISS, 2005, p. 218).

⁵⁵ Esta referência foi feita, por exemplo, nos casos *Ricci v. DeStefano* e *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); e ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. (2015)].

efeitos ou mesmo impactos *adversos*. Neste sentido, a adversidade dos efeitos do ato discriminatório é revelada sob uma perspectiva comparativa: deve-se analisar a situação da pessoa ou grupo que não sofre os efeitos tidos por adversos, em comparação com a pessoa ou grupo que os sofre, verificando se é possível afirmar que o grupo eventualmente discriminado de fato sofre com uma restrição ou exclusão substancial em comparação com os demais.

Disto decorre uma inafastável questão de natureza probatória. Como demonstrar a produção de efeitos adversos decorrentes de um ato aparentemente neutro? Ou seja, de que maneira é possível afirmar que houve a produção de efeitos adversos ou que, pelo contrário, todos os indivíduos se submetem igualmente ao risco de sofrer algum impacto negativo em razão da aplicação de critérios neutros de classificação?

É possível identificar, no direito comparado, três mecanismos de comprovação dos efeitos adversos: (1) a existência de indícios razoáveis de que uma determinada medida produzirá impactos substancialmente negativos; (2) a demonstração estatística dos efeitos adversos que permite concluir pela possível existência de uma discriminação; e, por fim, (3) a apresentação de experiências individuais que revelem a produção de efeitos adversos. Cumpre analisar estes mecanismos em maior detalhe.

O primeiro mecanismo tem natureza prognóstica: trata-se do potencial discriminatório do ato. Não se demonstra, aqui, uma discriminação que ocorreu, mas sim uma cuja concretização pode ser razoavelmente esperada em razão da aplicação do ato aparentemente neutro.⁵⁶ Esta forma de verificação do impacto adverso pode ser encontrada acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF. De fato, ADI n. 1946/DF consiste no *leading case* brasileiro acerca da adoção da teoria da discriminação indireta. Tratava-se de analisar, ali, a constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998, que estabeleceu o teto dos benefícios previdenciários. Sob relatoria do Ministro Sydney Sanches, o acórdão proferido pelo STF reconheceu que a aplicação irrestrita do teto causaria discriminação indireta contra mulheres – na medida em que a distribuição do ônus da licença maternidade para a iniciativa privada conduzia, por conclusão lógica, à menor contratação de mulheres.

⁵⁶ Esta tem sido, também, a abordagem empregada pelo direito comunitário europeu que, dispensando a prova estatística, tem aplicado a tese de que as medidas poderão ser consideradas discriminatórias desde que intrinsecamente capazes de gerar prejuízos a grupos protegidos (FREDMAN, 2011, p. 187).

Percebe-se que a conclusão pela inconstitucionalidade da norma não foi alcançada pelo tribunal, naquela hipótese, a partir de provas concretas no sentido de que a promulgação da emenda houvesse implicado, nos meses em que vigeu seu artigo 14, concreta e efetiva discriminação contra a mulher. Pelo contrário, verificou-se que o estabelecimento do teto, com relação à licença gestante, poderia razoavelmente gerar a discriminação combatida pela Constituição, pelo que foi de plano excluída a possibilidade de que sua aplicação se desse nos termos gerais e irrestritos que a interpretação literal do texto normativo indicaria.

Diferentemente do que ocorreu nesse caso, contudo, é possível haver uma situação em que o ato discriminatório já tenha produzido seus impactos substancialmente negativos sobre os grupos protegidos. Nestas hipóteses, é possível lançar mão de uma segunda forma de demonstração da discriminação: a análise estatística.⁵⁷

A demonstração estatística da discriminação, contudo, só tem sentido quando se fala em uma discriminação indireta de natureza coletiva. Diga-se: aquela espécie de discriminação que afeta todo um grupo, produzindo seus efeitos de tal modo que, ainda que todos os indivíduos pertencentes àquele grupo sejam impactados, uma análise individualizada pode não ser suficiente para demonstrá-la. Exemplo disto se dá com relação à discriminação salarial entre homens e mulheres em uma determinada empresa. Visto que diversos fatores impactam na definição da remuneração devida a cada empregado, seria difícil afirmar que o salário recebido por uma empregada específica seria inferior ao de seu colega do sexo masculino exclusivamente em razão de seu gênero. Em outras palavras, pode haver uma série de justificativas razoáveis para que uma mulher especificamente considerada receba menos que um homem que exerça o mesmo cargo em uma empresa.

Nestas situações, a análise estatística revela-se essencial como forma de demonstrar a existência (ou a inexistência) de uma efetiva discriminação estrutural e institucional contra a mulher – revelando-se, por exemplo, que uma parcela considerável das mulheres recebe comparativamente menos que os homens posicionados nos mesmos cargos, o que mulheres são em geral alocadas em posições de menor prestígio que homens.⁵⁸

⁵⁷ Foi o que fez, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *D.H. e outros* (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, D.H. e Outros v. República Checa, App. n.º 57325/00, 13 de Novembro 2007).

⁵⁸ A desigualdade de gênero é uma realidade global. A despeito disso, é preocupante que o Brasil esteja situado na 97^a posição no ranking do Índice de Desigualdade de Gênero da Organização das Nações Unidas, que engloba 188 países (Cf. <http://hdr.undp.org/en/composite/GII>, Acesso em: 03 fev. 2017).

A questão não se resume, por evidente, ao gênero ou às relações de emprego. No âmbito das relações raciais, é cotidiano o emprego da análise estatística como forma de revelar a discriminação indireta sofrida por negros em diversas esferas. No contexto brasileiro, em que até hoje é excepcional o acesso de negros e negras a posições de destaque – acadêmicas, sociais e profissionais – e, em contraste, é lugar comum encontrá-los entre os números mais preocupantes⁵⁹, a análise estatística se revela importante ferramenta de exposição da discriminação indireta sofrida por esta parcela da população.

O emprego da estatística como mecanismo de prova da discriminação indireta tem encontrado obstáculo, contudo, na ausência de uma cultura de coleta de informações difundida, seja no Brasil (SARMENTO, 2006, p. 139), seja, como afirma Sandra Fredman (2011, p. 184), em diversos outros países. Tratando-se de minorias sociais, este problema é ainda mais acentuado, na medida em que, quanto mais invisível ou estigmatizado for um grupo, menos dados estatísticos haverá sobre sua realidade social.⁶⁰

Mesmo quando os dados existam, seu significado pode não ser claro.⁶¹ Com efeito, dados isolados podem ser insuficientes na demonstração da discriminação indireta – por vezes números que poderiam sugerir uma discriminação real são plenamente justificáveis a depender da situação analisada. Por exemplo, enquanto a afirmação de que pouco mais de 10% dos parlamentares brasileiros são mulheres⁶² pode indicar a existência de uma realidade discriminatória no acesso ao processo legislativo majoritário, seria difícil sustentar

⁵⁹ Em 2012, mais de 60% da população carcerária brasileira era composta por negros de baixa escolaridade, segundo o mapa do encarceramento elaborado pela Secretaria Geral da Presidência da República. Trata-se de um percentual quase duas vezes superior ao da população carcerária branca, que correspondia a aproximadamente 35% dos presos (BRASIL, Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2017).

⁶⁰ A exemplo disso, vale mencionar o caso das pessoas transexuais no Brasil. Pesquisa desenvolvida pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ buscou, entre outros, localizar estudos estatísticos tratando da expectativa de vida desta população. Apesar de haver menções esparsas, principalmente na *internet*, sobre uma suposta expectativa de vida média de 35 anos, fato é que inexistem dados confiáveis produzidos por órgãos públicos ou entes privados sobre esta questão. Este problema se insere, por certo, na discussão que posiciona no cerne do direito à informação e do controle das políticas públicas a necessidade de definir “o que informar”. A este respeito, confira-se Barcellos (2008).

⁶¹ Fredman (2011, p. 184) destaca ainda as incertezas quanto aos grupos que devem ser analisados pela coleta de dados e quanto aos métodos de comparação que devem ser empregados na análise.

⁶² INESC, *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos*. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

que o mesmo número indicaria uma realidade discriminatória caso se tratasse, por exemplo, da representação de uma minoria étnica de pouca expressividade na população brasileira⁶³.

Com isso, concluo que, apesar de a estatística ser uma ferramenta importante na demonstração do impacto negativo sobre um determinado grupo, ela deve ser considerada à luz das características específicas do grupo afetado e da situação analisada, levando em conta inclusive o fato de que distorções e disparidades podem ocorrer com relação a qualquer grupo social, sujeito ou não à discriminação institucional.

Sem prejuízo disso, a análise estatística parece ser mais acentuadamente inadequada nos casos que versam sobre discriminação indireta individual – em que os efeitos adversos do ato discriminatório são constatáveis a partir da análise de casos isolados e independentemente do fato de que todo um grupo é ou pode ser afetado pela medida. Exemplo mais expressivo destas situações é a hipótese de discriminação indireta por motivos religiosos – quando a fixação de horários e dias de trabalho ou de vestimentas para o exercício da profissão podem violar a liberdade de culto e a proteção à manifestação individual de certa crenças religiosas.⁶⁴

Nestas situações, a existência de uma regra geral que de alguma forma impede o exercício pleno da liberdade religiosa pelos indivíduos afetados poderia produzir efeitos para toda a parcela da população que compartilhasse as cosmovisões destas pessoas. Não é necessário, no entanto, proceder a uma análise quanto aos impactos coletivos gerados pelo ato para que fique constatada a concretização da discriminação. Pelo contrário, a discriminação sofrida individualmente por cada pessoa afetada é suficiente para comprovar a violação ao princípio da igualdade e da não discriminação, visto que a restrição à liberdade religiosa individual deflui diretamente da aplicação pontual da norma geral e abstrata à hipótese concreta. Assim, pode-se somar à análise estatística e aos indícios razoáveis da discriminação indireta, também, a demonstração individual da concretização da discriminação.

⁶³ Isto gera uma outra preocupação que diz respeito aos parâmetros estatísticos que distinguem uma situação discriminatória de uma não discriminatória. Nos Estados Unidos, tem-se aplicado um parâmetro de 4/5 – de tal forma que se a representação de qualquer grupo for inferior a 80% da representação do grupo mais bem representado, haverá evidência de impacto desproporcional (*ibid.*, p. 186).

⁶⁴ No direito comparado, estas situações foram analisadas em julgados como os casos *O'Malley e Bhinder*, julgados pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561)

Demonstrada a existência de efeitos adversos produzidos em desfavor de grupos vulneráveis, está configurado um caso de discriminação indireta *prima facie*. A mera constatação dessa realidade não permite, contudo, extrair consequências jurídicas de imediato. Segue-se, aqui, para uma segunda etapa da análise da discriminação indireta, voltada para a aferição da justificação do ato à luz do princípio da proporcionalidade.

A possibilidade de justificar-se um ato que produz tais efeitos sobre minorias sociais decorre da ideia, já mencionada anteriormente, de que a vida em sociedade implica perdas. Ou seja, a ninguém é garantido viver apenas experiências positivas, de modo que a todo tempo, diversos grupos e pessoas sofrem impactos negativos em razão de atos públicos e privados. Sendo assim, deve-se permitir a defesa da legitimidade jurídica da prática potencialmente discriminatória, capaz inclusive de mantê-la no ordenamento jurídico apesar de seus efeitos.

No direito comparado, três principais mecanismos foram empregados com o objetivo de justificar ou afastar um caso de discriminação indireta *prima facie*. São eles os parâmetros da (1) necessidade do negócio (*business necessity*), da (2) justificativa negocial (*business justification*) e a (3) exigência do cargo adotada de boa-fé (*bona fide occupational requirement*).

A justificativa negocial consiste em uma exigência de que haja uma adequação lógica racional entre os critérios de classificação empregados pelo ato discriminatório e um determinado objetivo comercial almejado a partir dessa classificação⁶⁵. Trata-se, portanto, de uma exigência que se pode dizer *fraca*, no sentido de que qualquer vínculo lógico entre o critério de classificação e seu objetivo final seria suficiente para afastar a discriminação indireta. Em contraposição, a necessidade do negócio impõe *standards* mais rígidos para a aferição da legitimidade do ato impugnado. Não basta, aqui, adequação lógica entre o critério empregado e qualquer objetivo comercial – o ato deve ser, mais que isso, necessário, no sentido de que sem ele não seria possível o desenvolvimento regular e eficiente da atividade pretendida. Além disso, a aplicação do parâmetro da necessidade do negócio leva, em diversos contextos, à necessidade de se demonstrar também que não haveria outros meios menos prejudiciais ao grupo ou pessoa afetados capazes de promover

⁶⁵ Esta é a definição que decorreu do julgamento do caso *Wards Cove* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989)].

igualmente a finalidade do negócio.⁶⁶ A exigência do cargo adotada de boa-fé (ou, simplesmente, exigência adotada de boa-fé), por fim, consiste nas hipóteses em que o critério adotado para a ocupação de uma determinada posição, apesar de produzir efeitos discriminatórios, é essencial ao regular exercício das funções atribuídas àquela posição⁶⁷. Trata-se de um mecanismo aplicado tradicionalmente aos casos de discriminação direta em que o emprego de um critério de classificação proibido é necessário – como, por exemplo, no caso de se exigir que determinados agentes penitenciários que atuem em uma prisão masculina e que tenham contato com os presidiários sejam homens.

Apesar de distintos entre si, os três mecanismos de justificação de atos discriminatórios possuem características em comum. Em primeiro lugar, os três critérios foram desenvolvidos visando à superação da discriminação no ambiente de trabalho. Não é de se causar estranheza, portanto, que à luz de uma vasta jurisprudência tratando de critérios para a admissão, promoção e remuneração de empregados, se fale em justificativas *comerciais* ou *negociais* dos atos discriminatórios. Em segundo lugar, estes mecanismos se assemelham no sentido de que consistem em testes distintos que visam a aferir, em níveis distintos, a razoabilidade dos atos discriminatórios. Assim, a justificativa negocial busca verificar uma razoabilidade mínima – a mera racionalidade ou, segundo o teorizado por Luís Roberto Barroso, a razoabilidade interna⁶⁸ – dos atos discriminatórios. A necessidade do negócio, assim como a exigência de boa-fé, busca um parâmetro de razoabilidade mais robusto, que acrescenta à exigência de racionalidade um dever de demonstrar também a necessidade da medida – ou seja, que não há outros meios para atender aos objetivos pretendidos senão pelo emprego do critério adotado.

Estes traços comuns revelam sua insuficiência no combate efetivo a toda forma de discriminação indireta. Em primeiro lugar porque os três, por estarem intrinsecamente vinculados – inclusive terminologicamente – às relações trabalhistas e empresariais, não se prestam ao combate de discriminações indiretas que se revelem em outros contextos. Como falar em justificação ou necessidade do negócio de atos do Poder Público que buscam concretizar o interesse público, e não uma atividade de cunho comercial? A gramática das

⁶⁶ Exigência esta prevista já no *Title VII* do *Civil Rights Code*.

⁶⁷ No Canadá, trata-se da definição adotada no caso *Bhinder* e nos que o seguiram, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

⁶⁸ Ou seja, a razoabilidade que se encontra dentro do próprio ato, dizendo respeito à “existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” (BARROSO, 1996, p. 207).

exigências comerciais é inapropriada em um contexto mais amplo da análise da discriminação indireta, especialmente em se tratando de direitos fundamentais existenciais.

Ainda, enquanto exigências de razoabilidade, os três critérios são também insuficientes à luz da tendência internacional de se adotar um modelo mais completo de aferição da legitimidade de atos que restringem direitos fundamentais. Refiro-me, aqui, ao princípio ou regra da proporcionalidade enquanto mecanismo de solução de conflito entre direitos fundamentais⁶⁹. Veja-se: os três mecanismos desenvolvidos à luz das teorias da discriminação indireta consistem em análises monofásicas ou bifásicas de razoabilidade – é dizer, exigindo a adequação lógica entre o ato e seu objetivo ou, de maneira mais completa, também a necessidade deste ato com relação às alternativas disponíveis. O princípio da proporcionalidade, como desenvolvido e aplicado em ordenamentos jurídicos europeus, de outro lado, emprega uma análise trifásica que considera não só a adequação lógica da medida impugnada e sua necessidade, como também uma etapa de ponderação entre finalidades conflitantes (ALEXY, 2008, *passim*; PEREIRA, 2006, *passim*; SWEET; MATHEWS, 2008-2009, p. 97).

Neste sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode figurar como alternativa adequada aos mecanismos da justificativa e necessidade negociais e da exigência de boa-fé, visto que é aplicável, em tese, à generalidade de casos de discriminação indireta, além de adicionar uma última etapa de aferição da legitimidade do ato – potencializando o objetivo de combate à discriminação. Some-se a isso que o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente adotado e reconhecido pela jurisprudência e teóricos no Brasil – não sendo necessário enfrentar, assim, as dificuldades que seriam levantadas pela simples importação de qualquer dos três mecanismos analisados.

Assim, nesta segunda fase, deve-se analisar se a medida causadora da discriminação indireta é adequada aos fins (não-discriminatórios) que pretende promover. Ainda, deve-se verificar se a medida é necessária, no sentido de que não existam outras medidas não-discriminatórias capazes de, na mesma medida, produzir os efeitos desejados. Por fim, o interesse tutelado pela medida geradora da discriminação deve ser cotejado com o princípio da igualdade e da não discriminação, em uma análise ponderativa, de modo a avaliar se a medida pode permanecer. É nesta última etapa que devem ser considerados os ônus que a

⁶⁹ Sobre a natureza da proporcionalidade, se princípio ou regra, confira-se Silva (2002, p. 23).

eliminação da medida pode gerar ao agente da discriminação, em comparação com o grau de promoção da igualdade daí decorrente.

Por fim, a terceira etapa trata da possibilidade de acomodação razoável. Assim, caso o ato seja justificado na segunda etapa, deve-se analisar as alternativas de acomodação apresentadas pelas partes, visando à superação ou máxima mitigação da discriminação concretizada, sem que se imponham ônus desproporcionais sobre o sujeito do dever de acomodar. Também neste caso, à luz do disposto no art. 2º da CDPD, as alternativas apresentadas devem ser submetidas ao princípio da proporcionalidade. No entanto, aqui não se trata de analisar se o ato discriminatório pode subsistir no ordenamento e, sim, se a alternativa de adaptação proposta é, em si, proporcional.

Diante disto, a análise da proporcionalidade da acomodação deverá considerar os seguintes parâmetros: em primeiro lugar, deve-se analisar se a medida é adequada à promoção da igualdade e à inclusão da pessoa ou grupo afetado pela medida. Caso a medida seja inidônea, não se deve prosseguir à análise, reputando-se irrazoável a acomodação sugerida.

Em caso de se verificar a adequação da medida, passa-se à análise da necessidade – ou seja, da existência de outras medidas aptas a promover em mesmo grau o objetivo de igualdade, com menor restrição sobre o sujeito do dever de acomodar, gerando-lhe menos ônus. Tendo em vista que, aqui, o objetivo da proporcionalidade é efetivamente buscar identificar uma solução ao caso de discriminação indireta, a eventual verificação da existência de outros meios de adaptação menos onerosos e igualmente ou mais capazes de promover a igualdade implica não apenas reputar desproporcional a adaptação pretendida, como também a necessidade de substitui-la pela(s) medida(s) consideradas como mais adequadas e menos onerosas.

Por fim, deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito da adaptação pretendida – aqui se inserem, também, as considerações acerca do nível de restrição que sofrem os interesses buscados pela medida geradora da discriminação⁷⁰.

Lembre-se ainda, na linha do que foi afirmado no item anterior, que o processo de aplicação do direito à adaptação razoável exige das partes afetadas – ou seja, tanto do sujeito titular do direito à acomodação, quanto daquele que tem o dever de acomodar – um

⁷⁰ Este ponto foi identificado por Martel (2011, p. 107) como um primeiro aspecto à luz do qual deve ser interpretado o conceito de ônus.

dever de cooperação⁷¹, de modo que ambas as partes devem estar dispostas (e ser incentivadas) a apresentar soluções para a situação em jogo.⁷²

As três etapas de análise dos casos de discriminação indireta devem ser concebidas como sucessivas. Com isso, são quatro os possíveis resultados da aplicação desta metodologia: (1) o caso de discriminação indireta *prima facie* é refutado pela ausência de um de seus elementos; (2) o ato causador da discriminação indireta *prima facie* não sobrevive à segunda etapa, reputando-se integralmente inconstitucional à luz do princípio da igualdade. Ainda, é possível que (3) o caso de discriminação indireta *prima facie* sobreviva à segunda etapa, reputando-se proporcional, sendo possível identificar uma alternativa que permite a superação ou mitigação da discriminação com relação aos grupos ou indivíduos afetados. Surge, aqui, o direito à acomodação dos afetados e o contraposto dever de acomodar por parte do sujeito que causa a discriminação indireta. Por fim, pode ocorrer de (4) o caso de discriminação indireta *prima facie* sobreviver à segunda etapa, mas, na terceira etapa, não serem identificadas medidas proporcionais capazes de superar ou mitigar a discriminação indireta.⁷³ Neste caso, o ato gerador da discriminação indireta é reputado legítimo e os grupos ou indivíduos afetados deverão submeter-se aos seus critérios de classificação.

Por evidente, após serem realizadas as três etapas da análise da discriminação indireta, espera-se que a situação de desigualdade gerada pelo ato aparentemente neutro tenha sido superada ou minimizada substancialmente – seja pelo afastamento do ato, por meio da proporcionalidade aplicada na segunda etapa, seja pela garantia de acomodação aos grupos afetados, realizada também à luz da proporcionalidade. Apesar disso, é

⁷¹ A exemplo do caso *O'Malley* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁷² Neste sentido, afasta-se do modelo norteamericano que prevê a adaptação razoável como uma sugestão que pode ser feita pela parte afetada, mas que, se irrazoável ou apresentando ônus indevido, afastaria o dever de acomodar.

⁷³ Deve-se destacar, a respeito deste último resultado possível, que a própria ideia de adaptação razoável pode ser incompatível com algumas formas de discriminação indireta. Tome-se, por exemplo, os exames de ingresso na universidade pública. Dois casos de discriminação indireta têm sido identificados ao longo dos anos neste contexto. Um deles consiste na aplicação de provas aos sábados – o que impediria ou dificultaria sobremodo a realização dos exames por parte de adeptos de religiosidades que impõem a guarda sabática. Outro caso diz respeito à própria constatação da discriminação contra pessoas negras – cuja representatividade entre os classificados nestes exames é baixíssima. Enquanto na primeira hipótese é possível pensar – e, de fato, pensou-se – em mecanismos de avaliação (é o caso da realização de exame em horários distintos), a solução da discriminação racial no acesso ao ensino superior não perpassa a acomodação razoável. Pelo contrário, o segundo cenário depende da coordenação de diversas estratégias – de efetivas políticas públicas, como é o caso da adoção de cotas raciais no ensino superior.

impossível garantir que esta aplicação gerará uma igualdade plena em favor dos grupos vulneráveis. Esta conclusão, contudo, longe de indicar algum vício na proposta aqui formulada, apenas revela um fato de longa data constatada por diversos autores: o problema da desigualdade, apesar de poder ser trabalhado pelo Direito, foge ao seu total controle.

Significa dizer que, mesmo no contexto de um constitucionalismo da efetividade que busque a concretização real das promessas constitucionais, o Direito por si só não é capaz de resolver todos os problemas sociais – para isso, é essencial que os indivíduos e grupos sociais sejam organizados de tal forma a promover as lutas por reconhecimento para além do direito. Não há, pois, garantia jurídica de felicidade. O que a igualdade como não discriminação pode – e deve – garantir é que todos os mecanismos possíveis serão aplicados para que todos possam trilhar dignamente seus próprios caminhos.

6. CONCLUSÃO

As quatro partes em que se dividiu este trabalho tiveram como objetivo sustentar, em primeiro lugar, a necessidade de o Direito apresentar mecanismos que garantam o reconhecimento e promoção de minorias em situação de marginalização e de vulnerabilidade. Com isso, o Direito passa a operar como mecanismo de superação da opressão e dominação que atingem estes grupos, potencializando e garantindo o pluralismo que marca as sociedades ocidentais modernas. Um destes mecanismos, segundo sustentei, é o direito à acomodação razoável.

Assim, na segunda parte deste artigo, sustentei que a acomodação razoável surge especificamente em casos de discriminação indireta. Em contraposição à discriminação direta, a discriminação indireta tem como principal característica a atenção aos efeitos (e não aos propósitos) discriminatórios causados por práticas, medidas ou atos aparentemente neutros. São estes efeitos, que impactam significativamente grupos vulnerabilizados e marginalizados, que merecem resposta do Direito. No entanto, precisamente porque a discriminação indireta não produz exclusivamente efeitos discriminatórios, o tratamento destas situações deve atentar aos diversos interesses legítimos que se contrapõem nestes casos. A adaptação razoável surge, assim, como um direito que permite resguardar estes interesses, sem desatentar à necessidade de superar ou mitigar a desigualdade produzida.

Assim, na terceira parte deste artigo sustentei que a adaptação razoável, enquanto direito, é caracterizada especialmente por sua adjudicabilidade, por sua eficácia horizontal e vertical e por sua relatividade. Com isso, pretendi sustentar que a adaptação razoável – diferentemente de outros mecanismos de superação da discriminação, como as ações afirmativas – pode ser exigida de imediato, inclusive judicialmente e independentemente atuação legislativa prévia. Trata-se de direito que pode ser exigido, ainda, tanto em face do Poder Público, quanto em face de particulares cujas medidas, atos ou normas produzam efeitos discriminatórios contra minorias. Por fim, trata-se de direito marcado pela sua forte característica relativa, na medida em comporta conformações diversas de acordo com cada hipótese concreta e, igualmente, porque depende de (e exige) concessões mútuas entre as partes conflitantes.

Ao fim, apresentei uma proposta de metodologia para a identificação da discriminação indireta e para a aplicação do direito à adaptação razoável a partir de três etapas. A primeira etapa consiste, precisamente, na demonstração de que estão presentes os elementos caracterizadores de um caso *prima facie* de discriminação indireta – a existência de um ato público ou privado; o emprego de critérios de classificação que possam ser considerados aparentemente neutros; e a produção de efeitos adversos negativos contra a fruição de direitos por uma pessoa ou grupo em situação de vulnerabilidade ou marginalização. Na segunda etapa, sustento que devem ser analisadas as justificações do ato que produz a discriminação indireta – sujeitando-o a um teste de proporcionalidade que analise a medida, ato ou norma à luz dos interesses que pretende promover. Caso o ato, medida ou norma superem estas duas etapas iniciais, sustento que deve ser analisada a possibilidade de acomodação razoável da pessoa ou grupo discriminados. Significa dizer que se deve analisar se há medidas capazes de promover a igualdade, sem gerar ônus excessivo e indevido para aquele que tem o dever de acomodar e de modo a compatibilizar (ou coordenar, sem suprimir) os direitos e interesses em jogo. Afirmei, no entanto, que nem sempre a aplicação desta metodologia implicará um resultado final de eliminação da discriminação identificada, especialmente à luz do fato de que nem todo caso de discriminação indireta encontrará alguma solução (ainda que compromissória) no mecanismo da adaptação razoável. Isso não significa, no entanto, que a metodologia proposta esteja a apontar no sentido da conformação e da resignação. Pelo contrário, o reconhecimento de que há casos em que nem mesmo a adaptação razoável é possível

funciona, sim, como reforço à necessidade de pensar-se estratégias amplas e coordenadas para que seja possível atingir, efetivamente, uma realidade menos desigual e mais inclusiva – que é, afinal, o compromisso constitucional que o Brasil firmou em 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

BARAK, A. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 14, p. 767-774, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BARCELLOS, A. P. D. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, 2008. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CLÈVE, C. M.; RECK, M. B. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003.

DAY, S.; BRODSKY, G. The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? *Canadian Bar Review*, 75, 1996.

DWORKIN, R. *Sovering Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001.

FRASER, N. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOFFMAN, E. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1988.

GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003.

HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb e James Ingram. London: Verso, 2004.

HOUAISS, A. *Dicionário inglês-português*, 15. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

INESC. *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos.* Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, jun. 2011.

MCCRUDEN, C. Institutional Discrimination. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, n. 3, 1982.

MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*: Revised Edition. Cambridge: Belknap, 1999.

RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, fev. 2004.

SANDEL, M. J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, R. E.; PETTIT, P. *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Oxford: Blackwell, 1997.

SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In:

SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, n. 49, p. 1111-1148, 1997.

SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, p. 23-50, 2002.

SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 97-159, 2008-2009.

TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

TORRES, R. L. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

GESTÃO DO REGIME ENFITÊUTICO DOS PATRIMÔNIOS MUNICIPAIS NA
AMAZÔNIA: ESTUDO DE CASO DA GESTÃO DE TERRAS DE BELÉM-PA
(1865 - 1912)

*MANAGEMENT OF EMPHYTEUTICAL REGIME OF MUNICIPAL
PATRIMONY IN AMAZON: CASE STUDY OF LAND MANAGEMENT IN
BELÉM-PA (1865-1912)*

Luana Nunes Bandeira;¹
Luly Rodrigues da Cunha Fischer;²
Maria Claudia Bentes Albuquerque.³

Resumo: A irregularidade fundiária no Brasil é uma problemática que pode ser também verificada na cidade de Belém. Os patrimônios municipais foram geridos majoritariamente pelo regime enfitêutico até 2002, sendo paulatinamente convertidos em áreas de domínio pleno por meio de pedidos de resgate, o que afeta a disponibilidade de terras públicas para gestão territorial local. Assim, este artigo é norteado pelo seguinte problema: em que medida a constituição de enfiteuses, no período de 1865 a 1912, ainda possui efeitos práticos para a consolidação da propriedade privada no município de Belém? Para responder a essa pergunta, foram realizados, no ano de 2015, levantamentos doutrinário e documental acerca do regime de aforamento instituído pelo município para a gestão de suas terras, utilizando-se a coleta de dados existentes em livros de termos arquivados na Companhia de Desenvolvimento e Administração da área metropolitana de Belém. Verificou-se que as enfiteuses estudadas têm natureza de direito real sobre o domínio útil do imóvel e apresentam duração perpétua, bem como constatou-se que apenas uma pequena parcela dos termos de aforamento teve comisso decretado pelas vias administrativa ou judicial, mantendo-se a maior parte em vigor. Assim, concluiu-se que a constituição de enfiteuses, no período de 1865 a 1912, ainda possui efeitos

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogada da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA-UFPA).

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará e Universidade de Paris XIII em regime de co-tutela. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora adjunta 1 nas disciplinas de Direito Agrário e Direito Ambiental da Universidade Federal do Pará.

³ Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia vinculado ao Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará. Professora Substituta de Legislação para Engenharia da Graduação da Universidade do Estado do Pará (UEPA). Professora de Direito Ambiental e Direito Civil da Graduação em Direito da Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA).

Artigo recebido em 17/03/2017 e aprovado para publicação em 14/11/2018.

práticos para a consolidação da propriedade privada no município de Belém, pois não há exigência do registro dos termos de enfiteuse para o aperfeiçoamento dos respectivos atos.

Palavras-chave: Governança de terra. Termo de enfiteuse. Cidade do Belém-PA. Consolidação da propriedade privada.

Abstract: The land irregularity in Brazil is a problematic that can be verified in Belém city. The municipal patrimony was mostly managed by the *emphyteutic regime until 2002, being gradually converted in full domain areas by the discharge request, which affects the availability of public lands for the local territorial management*. So, this article is guided by the following problem: what extent the consolidation emphyteusis, in the period of 1865 to 1912, still has practical effects for the consolidation of private property in the Belém city? For understand the actual reality of this city were done in 2015 doctrinal and jurisprudential survey about emphyteutic regime instituted by the city for management its lands, using data collect that existing in books of emphyteusis archived in the Development and Administration Company of metropolitan area of Belém. Verified that emphyteusis studied has the nature of real law about the useful domain of immobile and presented a perpetual during, it was observed that only a little parcel of the emphyteusis terms had a deal decreed by the administrative or judicial ways, maintaining the highest part in force. So, it was concluded that emphyteusis constitution, in the period between 1865 and 1912, still has practical effects for the consolidation of private property in the Belém city, because there is no exigency of the registry of the emphyteusis terms for the improvement of those acts.

Keywords: Land governance. Emphyteusis terms. Belém-PA city. Consolidation of private property.

1. INTRODUÇÃO

Assim como outras cidades brasileiras localizadas na região amazônica, Belém, capital do Estado do Pará, apresenta falhas relacionadas à governança de suas terras urbanas e periurbanas. Até a edição do Código Civil de 2002, os terrenos integrantes do patrimônio de Belém foram geridos de maneira predominante pelo regime de enfiteuse, tendo sido parcialmente convertidos, ao longo do tempo, em bens imóveis de domínio pleno como resultado de pedidos de resgate realizados pelo próprio foreiro ou por seus sucessores.

Com efeito, tendo em vista a importância dos fatos históricos para a adequada compreensão da trajetória de formação da cidade e, consequentemente, dos problemas fundiários enfrentados nos dias atuais pelo município, este artigo tem como objetivo geral analisar as implicações do regime de enfiteuse sobre a disponibilidade patrimonial de Belém.

Os resultados ora apresentados são partes de um projeto de pesquisa mais amplo intitulado “Apuração do remanescente da primeira léguia patrimonial de Belém: identificação

dos limites da primeira léguia patrimonial e de sua afetação ao uso público”, que se encontra em andamento no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

A questão central que norteia o presente artigo é: em que medida a constituição de enfiteuses, no período de 1865 a 1912, ainda possui efeitos práticos para a consolidação da propriedade privada no município de Belém?

Os métodos utilizados na pesquisa para revisão de literatura e coleta de dados são o bibliográfico e o documental. Para compreender a realidade contemporânea de Belém foram realizados, entre os meses de março e dezembro de 2015, levantamentos de dados sobre o regime de aforamento instituído pelo município existentes em livros de termos arquivados na Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém (CODEM). Os principais documentos examinados foram os termos de aforamentos originais concedidos na cidade no período de 1865 a 1912, compreendendo os livros de termos número 9, 10, 11, 18, 21 e 23.

Para consubstanciar a análise pretendida, este artigo encontra-se estruturado da seguinte maneira: na primeira seção apresenta-se um sucinto apanhado dos principais fatos da História do Brasil que contextualizam a problemática de pesquisa e apresentam relação com a trajetória de formação da cidade de Belém, mais precisamente no recorte temporal correspondente aos registros lançados nos livros examinados.

Na seção subsequente são expostos dados quantitativos e qualitativos extraídos dos termos de aforamento que indicam ocorrências de decretação de comisso, pelas vias administrativa e judicial; e revelam outras informações interessantes sobre a realidade social da população de Belém na época dos registros.

Por fim, discute-se a (im)possibilidade de aquisição do domínio pleno dos imóveis que foram objeto do regime enfítéutico de concessão de terras aplicado na cidade de Belém ao longo de quase quatro séculos. Espera-se contribuir para o esclarecimento da problemática relacionada à governança das terras urbanas e periurbanas municipais.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO DA CIDADE DE BELÉM NO PERÍODO DE 1865 E 1912

A atual situação fundiária do Brasil, mais especificamente da cidade de Belém-PA, guarda relação com o histórico da governança de suas terras, fazendo-se necessário realizar uma análise dos fundamentos aplicados ao longo do tempo pelos gestores no sentido de

direcionar as políticas referentes ao patrimônio municipal. No período de 1865 a 1912, vários são os acontecimentos que podem ser destacados como importantes para a compreensão de questões socioterritoriais.

No ano de 1873, com a edição do Decreto nº 2.342, foi criado na cidade o Superior Tribunal de Justiça do Estado que substituiu o antigo Tribunal da Relação de Belém. Com efeito, as contendas judiciais relacionadas a Belém, inclusive os processos de comisso, deixaram de ser submetidos ao Tribunal da Relação do Maranhão.

É importante destacar a questão orçamentária de Belém que, segundo Cruz (1963a), precisou de ajustes entre 1871 e 1880 para equilibrar o déficit orçamentário, sendo necessários cortes para a realização de obras públicas. Em anos posteriores também houve déficits nas contas públicas. Os cortes nos gastos podem ter relação com o número de concessões de aforamentos realizados na época. Em paralelo ao contexto de Belém, o Brasil experimentava o declínio do reinado de D. Pedro II e o começo de um período de grandes transformações econômicas e sociais causadas sobretudo pela intensificação dos processos de urbanização e industrialização (COSTA; MELLO, 1999).

A partir de 1870, a demanda por mão de obra para a produção da borracha na Amazônia atraiu muitos trabalhadores nordestinos que migraram para o Pará em busca de melhores condições de vida, passando a substituir a mão de obra escrava (SARGES, 2002, p. 77). Isso porque as campanhas antiescravistas e republicanas acabaram levando à edição da Lei dos Sexagenários (1885) e da Lei Áurea (1888), a qual promoveu a libertação dos escravos no Brasil (COSTA; MELLO, op. cit.).

O fim da escravidão e o aumento do fluxo migratório interno produziram em todo o país um contingente de trabalhadores assalariados. Apesar disso, para suprir a demanda por mão de obra não escrava, o Brasil passou a subvencionar a vinda de imigrantes portugueses, italianos, espanhóis e alemães no período de 1851 a 1900 (FREITAS NETO; TASINAFO, 2011).

Em 15 de novembro de 1889, a articulação do movimento republicano com militares resultou na proclamação da República, pondo fim ao regime imperial no Brasil e instalando o Governo Provisório. Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana brasileira, tornando o país uma federação marcada por relativa autonomia econômica e administrativa dada aos estados. A nova constituição promoveu a transformação

das províncias em estados e estabeleceu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte (COSTA; MELLO, op. cit.).

No contexto de profundas mudanças experimentadas pelo país, Belém começou a vivenciar o seu processo de modernização, quando então surgiram diversas fábricas de sabão, óleos, olarias, serrarias etc. (SARGES, op. cit., p. 20-21). A cidade apresentou um grande crescimento em termos populacionais e territoriais, de forma que em 1890 a população de Belém já era de 50.064 habitantes, segundo o Censo Geral do Brasil (ibid., p. 51).

Em 1900, a população de Belém chegou ao patamar de 96.560 habitantes, de acordo com dados da Sinopse do Recenseamento de 1920 citados por Sarges (op. cit., p. 136). O aumento populacional produziu impactos no cotidiano da cidade, revelando a insuficiência da infraestrutura urbana e habitacional para suprir as novas necessidades. Consequência disso foi a percepção de que o poder público deveria disciplinar o uso de espaços públicos e privados, o que levou à edição de diversas normas de conduta social, como o Código de Posturas de 1900 (SARGES, 2002).

Entre os anos de 1840 e 1920, a atividade econômica de Belém baseou-se na extração de látex pelo sistema de crédito denominado “aviamento”. Parte da riqueza oriunda da produção da borracha, que chegou a ser o principal produto de exportação, foi aplicada na urbanização da cidade. Exemplos das ações urbanísticas daquela época são a construção do Teatro da Paz; a criação do Arquivo e Biblioteca Públicos e do Museu Paraense; o calçamento de várias ruas; a criação de quiosques e praças; a valorização e ampliação da área do Bosque Municipal; e a abertura de largas avenidas, cujos nomes homenageiam lutas nacionais, tais como as da Adesão à Independência do Brasil no atual bairro do Umarizal (Bernal do Couto, Oliveira Belo, Antônio Barreto, Diogo Móia, Domingos Marreiros, Boaventura da Silva, João Balbi, Dom Romualdo de Seixas e Dom Romualdo Coelho) e as lutas da Guerra do Paraguai, no atual bairro do Marco (Itororó, Lomas Valentinas, Angustura, Curuzú, Humaitá, Vileta, Chaco, Visconde de Inhaúma, Marques de Herval e Duque de Caxias) (CRUZ, 1973a).

Na mesma época, as ruas do atual bairro da Batista Campos receberam nomes em homenagem aos povos indígenas da região (Pariquis, Caripunas, Tamóios, Mundurucus, Jurunas, Timbiras, Apinagés e Tupinambás), enquanto as ruas da Cidade Velha foram prestigiadas com nomes de municípios do Pará, que também são nomes de cidades portuguesas, a exemplo de Breves, Santarém, Cametá, Óbidos, Gurupá, Cintra, Monte Alegre e Vigia (id., 1963a).

A *Belle-Époque*, como ficou conhecido o ciclo da borracha (1840-1920), também marcou a expansão da cidade das partes baixas (atuais bairros do Jurunas, do Guamá e da Terra Firme) em direção às áreas mais altas, provocando o surgimento dos bairros da Batista Campos, do Marco, de Nazaré e do Umarizal, cujas áreas foram sendo ocupadas pelas famílias mais favorecidas pela economia gomífera (SARGES, op. cit.). As áreas localizadas nas proximidades do núcleo originário de Belém (Cidade Velha) foram sendo paulatinamente ocupadas por comércios, fazendo com que as famílias ali residentes se mudassem para locais mais afastados da cidade, o que, inclusive, provocou o surgimento do atual bairro da Pedreira (ibid.).

Durante a gestão do intendente municipal Antônio Lemos, os melhoramentos relativos ao saneamento, à estética e à ordenação urbanas foram concentrados nas áreas centrais da cidade, onde residia a elite local. As ações profiláticas – especialmente de limpeza urbana, esgotamento sanitário e incineração de lixo, no atual bairro da Cremação – foram intensificadas devido às várias epidemias que atingiram a população da cidade, a saber: febre amarela, tuberculose, varíola, beribéri, diarreia e esterite infantil e hanseníase (SARGES, 2002).

O número de óbitos decorrentes das enfermidades foi tão elevado que o Cemitério da Soledade, na Avenida Serzedelo Corrêa, destinado em 1850 para atender a demanda da década anterior e pôr fim ao sepultamento em igrejas da cidade, acabou sendo interditado em 1874, por razões de saúde pública. Em 1905, tendo em vista a necessidade da classe dominante de maior higidez no fornecimento de alimentos, foi autorizada por contrato entre a Intendência Municipal e a Companhia Pastoril Paraense a construção de um curro e matadouro à margem do curso d'água denominado “Furo do Maguari”, localizado no atual Distrito de Icoaraci (ibid.).

Na virada do século XIX, Belém foi cenário de uma acirrada disputa entre a medicina e as práticas terapêuticas de cura utilizadas por pajés, porque o progresso verificado nos serviços públicos de saúde era restrito a poucos grupos sociais (FIGUEIREDO, 2002). Nas questões de saúde não houve qualquer iniciativa de dotar hospitais ou asilos com médicos para o tratamento das doenças mais corriqueiras. Portanto eram pajés e curandeiros quem tratavam verminoses, febres palustres e sezões, muito comuns nas populações mais pobres da capital e do interior (ibid.).

No final do século XIX, para favorecer as novas atividades econômicas e o objetivo de expansão territorial da cidade, foram difundidas ideias ligadas à necessidade de contenção de cursos d’água naturais, drenagem e aterramento de áreas alagadas da parte baixa de Belém, as quais levaram à criação de pontes e cais, bem como à realização de obras de canalização de igarapés e abertura de valas. Médicos da Inspetoria de Saúde Pública de Belém acreditavam que as epidemias que assolararam a população tinham relação com as áreas pantanosas existentes na cidade (ALMEIDA, 2011). Por esse motivo, muitas ruas e estradas foram criadas sob áreas alagadas, inclusive sob o terreno alagadiço do Igarapé Piry, ligando os dois únicos bairros até então existentes em Belém: Cidade Velha e Campina (ibid.).

Após a proclamação da República, por força do Decreto nº 03, de 5 de dezembro de 1889, expedido pela Junta Provisória Republicana que foi instaurada durante o governo provisório, a Câmara Municipal de Belém acabou sendo dissolvida. Em substituição a ela foi criado o Conselho Municipal, cujos vereadores passaram a decidir sobre assuntos municipais.

O Decreto nº 67, de 21 de fevereiro de 1890, do Governo do Estado do Pará alterou o nome para Conselho de Intendência Municipal (CRUZ, 1963a, p. 400). A partir de 1891, os municípios passaram a ser governados tanto por um Intendente, com funções executivas, quanto pelo Conselho de Intendência Municipal, que tinha atribuições deliberativas (ibid.).

Por todo o exposto, considerando os dados históricos trazidos à lume, verifica-se que Belém passou por profundas mudanças políticas, econômicas, sociais e jurídicas no período de 1865 a 1912 que, como será visto na seção seguinte, acabaram sendo refletidas no regime de concessão de aforamentos. Os livros de aforamentos analisados neste artigo referem-se aos bairros que começaram a ser ocupados como consequência do aumento populacional ocorrido em Belém, na segunda metade do século XIX, revelando o impacto de tais fatos históricos na governança das terras municipais.

3. REGIME ENFITÉUTICO INSTITuíDO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE GOVERNANÇA DAS TERRAS MUNICIPAIS

A análise do regime de aforamento instituído pelo poder público na Cidade de Belém, no período de 1865 a 1912, leva a constatar que as áreas objeto das concessões eram delimitadas por iniciativa dos próprios interessados, bem como pelo ente público a fim de

regularizar a situação jurídica daquelas terras e até mesmo estimular a ocupação de áreas de expansão no município.

No sentido de compreender o instituto do aforamento, foram analisados os livros nº 9, 10, 11, 18, 21 e 23 que compilam os termos concedidos aos foreiros no município de Belém, constatando-se que estes documentos possuem um padrão mimeografado com espaços em branco que deveriam ser preenchidos conforme as especificidades de cada beneficiário, sendo ao final assinado pelo servidor responsável com a data da concessão, descrição das metragens do lote aforado, discriminação dos confinantes e localização do lote.

Ademais, fora as informações padronizadas que deveriam necessariamente constar nos termos de aforamento, foram identificadas anotações sobre a constituição de ratificações, traspasses e comissos envolvendo o lote objeto da concessão. É importante ressaltar que no caso específico da pena de comisso, o terreno deveria ser devolvido pelo foreiro ao município de Belém, caso contrário restaria configurada uma situação de irregularidade do lote.

Em geral, as concessões eram promovidas a partir da petição do requerente à Câmara Municipal de Belém. O pedido realizado informava a localização do lote, suas metragens e dados específicos, como: a configuração de áreas alagadas ou de igapó, bem como já indicavam a finalidade do pedido de aforamento, ou seja, se aquele terreno se destinaria para fins de moradia ou desenvolvimento de atividades agrárias, por exemplo.

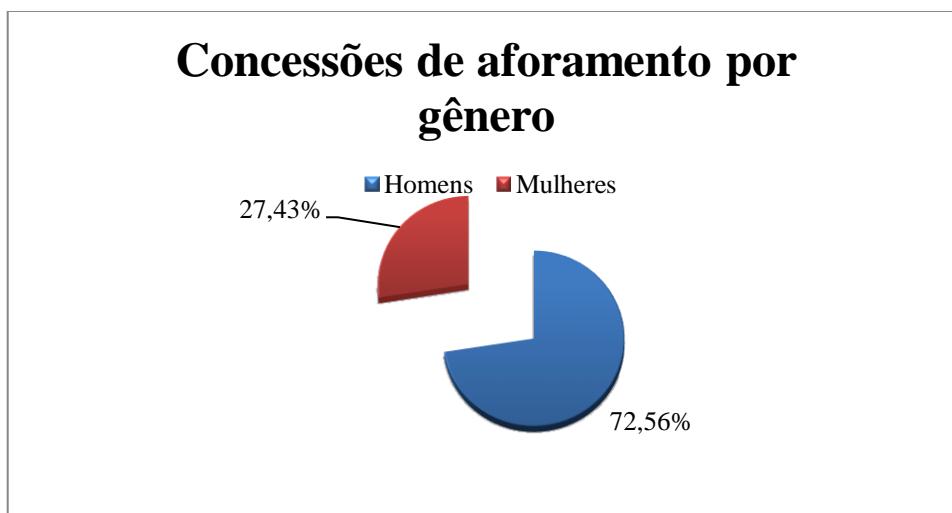
Os referidos requerimentos tinham por fundamento jurídico o disposto no art. 11 da Lei Provincial nº 394, de 25 de outubro de 1861, a qual previa a possibilidade de concessões do domínio útil pelo particular, permanecendo o domínio pleno com o poder público. Assim, cabia ao particular a utilização da terra sob a condição de pagamento do foro anual à Secretaria da Câmara Municipal.

Os livros de aforamento do período trabalhado nesse artigo trazem a identificação da localização por meio da transcrição das quadras e lotes, sistema aplicado às novas áreas ocupadas na denominada Primeira Légua Patrimonial de Belém.

Nesse sentido, após a aprovação da concessão, o foreiro deveria obedecer a cláusulas específicas relacionadas à alienação daquele lote sem a prévia autorização da Câmara Municipal sob pena de incorrer no chamado comisso, o qual poderia ocorrer por via administrativa ou judicial e resultaria na automática devolução do terreno à Câmara.

Ao passarmos para uma análise específica⁴ dos principais elementos observados nas concessões emitidas no período de 1865 a 1912, foram identificados 871 termos, sendo que, deste total, a maior quantidade foi concedida a homens, totalizando 632 (72,56%) documentos; enquanto apenas 239 (27,43%) foram concedidos à mulheres, conforme ilustra o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Distribuição das concessões de aforamento por gênero



Fonte: elaborado pelas autoras a partir das informações fornecidas pela Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém (2015).

Nesse contexto, os números denotam que a maioria das concessões foram emitidas em nome de homens, porque neste período a mulher ainda era juridicamente tutelada pelo pai ou, quando casada, pelo marido. O cenário demonstra que naquele momento a ocupação da terra regularmente reconhecida pelo Estado se concentrava em poder dos indivíduos do sexo masculino.

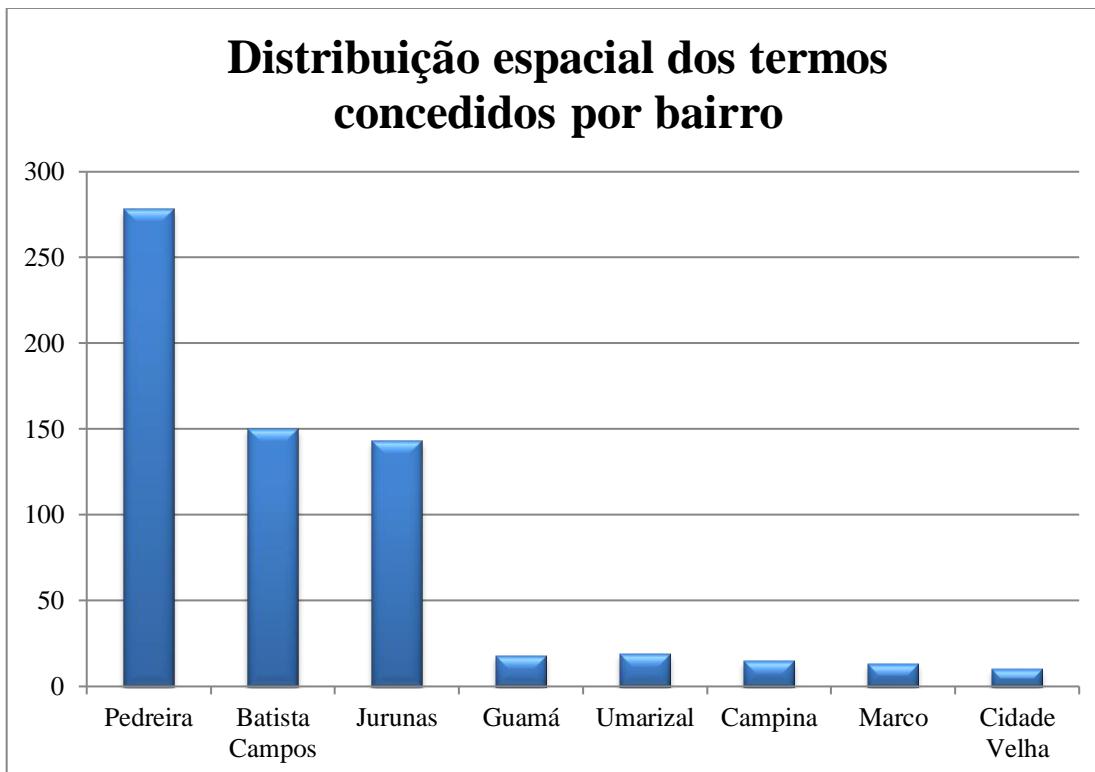
A respeito da distribuição espacial na cidade, verificou-se que neste período já se consolidava uma expansão da ocupação territorial de Belém para novos bairros, bem como já se configurava a divisão territorial em quadras e lotes.

Assim, na análise quantitativa por bairros, no bairro da Pedreira foi concedido um total de 278 termos de aforamento; em Batista Campos há 150 termos emitidos; no Jurunas constam 143 concessões; no Guamá foram constatados 18 aforamentos; no bairro do

⁴ A partir desse momento, destaca-se que três pontos centrais serão quantitativamente abordados, são eles: a distribuição de aforamentos por gênero; a distribuição espacial dos termos por bairros da cidade de Belém; e a distinção entre comissões administrativos e judiciais.

Umarizal há 19 concessões; 15 na Campina; 13 no Marco; e 10 na Cidade Velha. Vejamos, pois, a representação gráfica da distribuição espacial dos aforamentos em Belém:

Gráfico 2 – Distribuição espacial dos aforamentos por bairros da cidade de Belém



Fonte: elaborado pelas autoras a partir dos dados fornecidos pela Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém (2015).

Além dos bairros acima destacados como aqueles com maior número de aforamentos concedidos, também foram identificados em menor quantidade lotes aforados nas seguintes localidades: São Brás (5), Nazaré (8), Cremação (3) e Terra Firme (2).

Constata-se que há uma concentração de foros concedidos em determinados bairros da cidade, sendo estes: Pedreira, considerada uma área de expansão de Belém; Batista Campos, um bairro nobre ocupado por famílias com significativo poder aquisitivo; e Jurunas, o qual concentra uma população, em grande parte, de baixa renda.

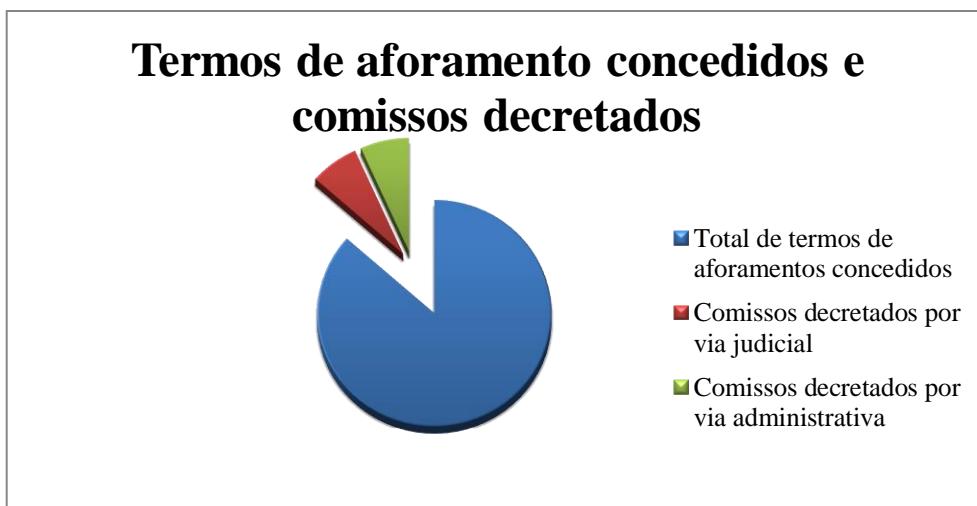
No que diz respeito às modalidades de comissos, estes poderiam ser administrativos ou judiciais. Assim, o comisso tinha por efeito a extinção do contrato de aforamento em razão do não cumprimento das cláusulas contratatuais relacionadas ao pagamento do foro e destinação do lote, por exemplo.

Através de anotações manuscritas nos espaços em branco dos termos, assim como também poderiam constar em documentos separados dos termos de forma datilografada, é possível identificar se o comisso foi judicial ou administrativo.

Destaca-se que, durante a análise qualitativa dos termos, observou-se que não há indicação dos procedimentos para a aplicação do comisso e da devolução dos terrenos à Câmara Municipal de Belém.

Contudo, foi identificado um total de 136 comissos decretados, sendo que 68 foram decorrentes de ato administrativo, e outros 68 decorreram de sentença judicial. Ressalta-se que na análise global há um número equitativo de comissos judiciais e administrativos, porém, no estudo feito por livros separadamente, verifica-se que não há uma distribuição proporcional por livro isoladamente analisado.

Gráfico 3 – Termos de aforamento concedidos e comissos decretados



Fonte: elaborado pelas autoras a partir dos dados fornecidos pela Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém (2015).

4. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA DAS TERRAS MUNICIPAIS A PARTIR DO REGIME ENFITÉUTICO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a existência de duas espécies de enfiteuse, quais sejam: civil e administrativa, sendo que a primeira se constituía sobre bens públicos e particulares; enquanto a segunda somente recaia sobre os bens públicos dominicais.

De acordo com Santos et al. (2012), a enfiteuse ou o emprazamento pode ser definida enquanto um negócio jurídico pelo qual o enfiteuta transfere, em caráter perpétuo, o domínio útil, a posse direta, o uso, o gozo e o direito de dispor sobre determinado imóvel sob a condição das cláusulas contratuais, sendo pertinente investigar se este instituto ainda possui efeitos jurídicos atualmente e se há a possibilidade de transferência de domínio pleno a partir dele.

Retomando a discussão das espécies de enfiteuse, desde o Código Civil de 2002, não se pode mais constituir novos aforamentos civis, uma vez que o art. 2.038 é claro ao dispor que: “fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior”.

No caso das disposições do Código Civil de 1916, este tratava das enfiteuses nos artigos 678 a 694, enquanto instituto de natureza jurídica de direito real a partir do momento que se fizesse o registro cartorial para aquisição da propriedade.

Ocorre que a exigência registral em relação ao emprazamento somente é juridicamente válida no período de 1916 a 2002, resultando na transferência perpétua do domínio a partir do registro do termo de aforamento no cartório de imóveis competente.

Nesse contexto, formula-se o seguinte questionamento: os contratos de aforamento anteriores à 1916 possuem efeitos jurídicos para constituição de propriedade atualmente? A esse respeito, nota-se pela pesquisa realizada, que se faz importante avaliar a validade jurídica deste instituto, mesmo que tenham sido constituídos em momentos históricos distantes, pois, como foi identificado, há um significativo número de termos de aforamento concedidos no período de 1865 a 1912 na cidade de Belém, totalizando 871 concessões.

Do universo total, devem ser excluídos 136 termos que tiveram o comisso decretado, pois constituído o comisso, o contrato de aforamento estaria automaticamente extinto, retornando o lote aforado ao poder público municipal.

Assim, temos então 735 termos de aforamento como atos jurídicos perfeitos, os quais para o seu aperfeiçoamento bastava o simples cumprimento das cláusulas contratuais, uma vez que a exigência de registro somente se consolidou a partir de 1916.

Ocorre que este ato resulta apenas na possibilidade de usar e gozar, cabendo ao foreiro a faculdade de levar o contrato a registro para constituição da propriedade, no sentido de poder dispor do imóvel.

Dessa forma, afirma-se que os 735 termos de aforamento concedidos em diferentes bairros da cidade de Belém, no período de 1865 a 1912, são plenamente válidos, pois não foram extintos pelo comisso. Ademais, a proibição do Código Civil de 2002 não retroage para invalidar as enfiteuses constituídas anteriormente.

Embora sejam plenamente válidos para consolidar a propriedade privada, atualmente devem satisfazer outro requisito que é o pagamento do resgate a partir de processos administrativos junto à Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém, conforme prevê a Instrução Normativa CODEM nº 1, de 11 de março de 2014.

Segundo a referida norma administrativa, o pedido de resgate deverá ser realizado na chamada Unidade de Atendimento ao Cliente (UAC) a partir da documentação apresentada pelo requerente, detentor do domínio útil.

Após o recebimento da documentação e sua análise, o processo é encaminhado à Unidade de Pesquisa Fundiária e Locação (UPL), que deverá realizar a pesquisa fundiária da área, incluindo a planta e memorial descritivo do polígono.

De acordo com o art. 5 da IN CODEM nº 1/2014, nesse momento será verificado se: 1) há correspondência entre as informações da CODEM e do Registro de Imóveis, através do extrato de cadeia dominial; 2) se existe pendência quanto ao pagamento de foros ou outras obrigações decorrentes da enfiteuse; e 3) se há sobreposições da área com terrenos de marinha, acrescidos de marinha ou unidades de conservação.

Após todo o procedimento, a CODEM avaliará o valor do imóvel e notificará o requerente para o pagamento, assim, o administrado poderá efetuar o resgate ou contestar o valor a ser pago.

Uma vez efetuado o pagamento, o poder público municipal deverá emitir a certidão de resgate que ao final será entregue ao requerente para que tome as providências de registro cartorial.

Contudo, em termos práticos, este trabalho buscou investigar os aspectos quantitativos e qualitativos acerca dos termos de aforamentos constituídos no período de 1865 a 1912 a fim de investigar posteriormente a validade destes documentos e a possibilidade de serem convertidos em propriedade, concluindo-se que todos aqueles sujeitos que obtiverem tais títulos, atualmente, além de possuírem o domínio útil do lote, poderão

efetuar o resgate junto à CODEM e registrá-los no Cartório de Registro de Imóveis para aquisição do direito de propriedade sobre o bem imóvel aforado.

5. CONCLUSÕES

A análise dos livros de aforamentos número 9, 10, 11, 18, 21 e 23 permitiu a verificação de algumas relações sociais e jurídicas que se estabeleceram no período de 1865 a 1912, especialmente no que diz respeito à concessão de terras consideradas patrimônio de Belém.

Constatou-se que a capital do estado do Pará passou por profundas mudanças entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, que influenciaram o modelo de governança de suas terras.

Os livros de aforamento analisados apresentaram referências aos bairros por onde teve início a formação da cidade (Jurunas, Cidade Velha, Campina etc.), demonstrando que o regime de enfiteuse constituiu a principal forma de concessão de terras até o ano de 2002, quando entrou em vigor o novo Código Civil brasileiro.

Dados como o quantitativo de termos do livro de aforamento e a data de concessão dos terrenos requeridos revelaram uma correlação com as fases históricas em que houve aumento ou redução demográfica e expansão territorial da cidade, fatores que acabaram afetando a disponibilidade patrimonial do município.

Verificou-se que os terrenos objeto das concessões eram delimitados tanto pelos próprios interessados quanto pelo município, a fim de regularizar a situação jurídica das terras aforadas e de incentivar a ocupação de novas áreas da cidade, o que levou ao surgimento de novos bairros, como por exemplo Umarizal, Nazaré, Batista Campos, Marco e Pedreira.

Importante indicador encontrado diz respeito à concessão de aforamento por gênero no período abarcado pela pesquisa. Os dados demonstraram que a maioria das concessões foram feitas para homens, enquanto apenas um reduzido percentual de termos era atinente a suplicantes do sexo feminino.

No que diz respeito às formas de decretação do comisso, embora os termos não trouxessem a descrição dos procedimentos aplicados em cada hipótese pela Câmara Municipal de Belém, percebeu-se que poderiam ser administrativos ou judiciais. Quanto aos efeitos jurídicos contemporâneos dos termos examinados, observou-se que apenas uma

pequena parcela teve comisso decretado, mantendo-se a maior parte em vigor. Outrossim, as enfiteuses estudadas apresentaram características de direito real sobre o domínio útil do imóvel e duração perpétua.

Diante da validade jurídica dos termos de aforamento referentes aos terrenos não atingidos pelo comisso, conclui-se que a constituição de enfiteuses, no período de 1865 a 1912, ainda possui efeitos práticos para a consolidação da propriedade privada no município de Belém, pois não há exigência do registro dos termos para o aperfeiçoamento dos respectivos atos, isto por serem anteriores ao Código Civil de 1916, sendo passíveis de resgate junto à Companhia de Desenvolvimento e Administração da Área Metropolitana de Belém, nos termos da Instrução Normativa CODEM nº 1, de 11 de março de 2014.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Conceição Maria Rocha de. Belém do Pará, uma cidade entre as águas: história, natureza e definição territorial em princípios do século XIX. In: Simpósio Nacional de História – ANPUH, 26., jul. 2011, São Paulo. Anais. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300673503_ARQUIVO_ANP_UH2011BelemdoParaumacidadeentreasaguas.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

_____. As águas e a cidade do Pará: uma leitura histórica sobre as águas e a cidade de Belém no século XIX. In: BELTRÃO, Jane Felipe; VIEIRA JÚNIOR, Antônio Otaviano (Orgs.). *Conheça a Belém*. Belém: EDUFPA, 2008.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CRUZ, Ernesto. *História de Belém*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1963a. v. 1.

_____. *História de Belém*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1963b. v. 2.

_____. *Ruas de Belém*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1992.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1999.

FIGUEIREDO, Aldrin Moura de. Quem eram os pajés científicos? Trocas simbólicas e confrontos culturais na Amazônia, 1888-1930. In: FONTES, Edilza (Org.). *Contando a história do Pará*. Belém: E. Motion, 2002. v. 3.

FREITAS NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. *História geral e do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Harbra, 2011.

SANTOS, Francisco José Rezende dos; COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos; SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Enfiteuse: aforamento ou emprazamento*. São Paulo: IRIB, 2012.

SARGES, Maria de Nazaré. *Belém: riquezas produzindo a Belle-Époque (1870-1912)*. 2. ed. Belém: Paka-Tatu, 2002.

RESPONSABILIDADE JURÍDICA PELO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

LEGAL RESPONSIBILITY FOR THE USE OF PESTICIDES IN BRAZIL

Larissa Camapum de Souza¹

Resumo: A proposta do presente trabalho ocupa-se de analisar o ordenamento jurídico brasileiro quanto à previsão de responsabilidades advindas do uso de agrotóxicos. A pesquisa parte preponderantemente da Lei de Agrotóxicos, portanto, a perspectiva de análise é a dogmática jurídica. As responsabilidades administrativa, penal e civil são brevemente diferenciadas e individualmente analisadas, sendo que primeiramente aborda-se de forma bastante resumida aspectos gerais da teoria da responsabilidade pertinente a cada uma delas e, em seguida, como são estabelecidas à luz da legislação de agrotóxicos. Apesar de não ter como função o impedimento dos danos, uma vez que a análise dogmática é reconhecidamente limitada, a responsabilização do agente causador ao menos contribui para a reparação da vítima e da coletividade, sendo citados alguns exemplos práticos nesse sentido.

Palavras-chave: Agrotóxicos. Responsabilidade jurídica. Responsabilidade administrativa. Responsabilidade penal. Responsabilidade civil.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the Brazilian legal on responsibilities for the use of pesticides. The research comes mainly from the Pesticides Law, therefore, the perspective of analysis is legal dogmatics. The administrative, criminal and civil responsibilities are briefly differentiated and individually analyzed. Firstly, a very brief summary is given of general aspects of the theory of responsibility pertinent to each one, and then, how they appear in the pesticide's legislation. Although it does not have the function of preventing damages, because the dogmatic analysis is admittedly limited, the responsibility of the causative agent at least contributes to the reparation of the victim and the community with some practical examples being cited in the text.

Keywords: Pesticides. Legal responsibility. Administrative responsibility. Criminal responsibility. Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Advogada.

Artigo recebido em 11/04/2017 e aprovado para publicação em 04/12/2018.

A problemática das externalidades negativas do uso de agrotóxicos começou a ser denunciada ainda na década de 1960 no mundo, sobretudo com os estudos da bióloga americana Rachel Carson (1962) e a partir da publicação da obra “Primavera Silenciosa”.

O esclarecimento público sobre os riscos desses produtos ocorre, todavia, de maneira lenta e gradual, haja vista que o que ainda prepondera é o discurso tecnicista, que traz como imprescindível a utilização desses compostos para garantia da produção agrícola e do direito à alimentação.

Apesar disso, a grande potencialidade lesiva desses compostos é fato incontroverso diante das inúmeras pesquisas científicas sobre o tema realizadas nas últimas décadas, de modo que o estudo da responsabilidade emerge como assunto de especial relevância a fim de que os causadores dos danos sujeitem-se aos deveres de restauração, recuperação e reabilitação em favor dos ambientes e pessoas vitimados (VAZ, 2006, p. 131).

O presente trabalho cuida de analisar, com base no ordenamento jurídico brasileiro existente, como são apuradas as diferentes responsabilidades decorrentes do uso de agrotóxicos, tendo em conta toda a cadeia de comercialização e utilização dos agrotóxicos no país, marcada pela pluralidade de atividades, deveres legais e sujeitos envolvidos.

Para isso, parte-se da Lei de Agrotóxicos a fim de verificar como a legislação específica traz o assunto e, em seguida, estuda-se cada uma das responsabilidades administrativa, penal e civil possíveis no âmbito de utilização de agrotóxicos.

A pesquisa tem por base uma perspectiva pautada na dogmática jurídica, portanto, analisa-se o problema para o Direito e tendo por base o próprio Direito, sendo reconhecidas as limitações dessa ótica, uma vez que incapaz de propor soluções para extirpar os danos advindos do uso de agrotóxicos, já que esses compostos continuam autorizados no país.

Apesar disso, o estudo intenta contribuir para que sejam trazidos à visibilidade danos e responsabilidades que ainda tendem a permanecer invisíveis e, assim, não extinguir, mas minimizar o problema, sendo citados, ao final, alguns exemplos de aplicação prática da responsabilização civil.

2. DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

A Lei de Agrotóxicos (lei nº 7.802 de 1989) e seus regulamentos trouxeram dispositivos que regulam “a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação [...]” dos agrotóxicos e afins no país, de modo que desde a inserção no mercado consumidor, que exige o registro, até o descarte das embalagens depois de utilizadas há a incidência de dispositivos que determinam como deve ser feita cada etapa.

Além da previsão de deveres, a Lei de Agrotóxicos trouxe, de forma inovadora e expressa, à luz da preocupação com externalidades negativas provenientes da utilização dessas substâncias, a possibilidade de responsabilização nas esferas administrativas, civis e penais dos sujeitos que causarem danos à saúde e ao meio ambiente.

O tema vem tratado de forma genérica no artigo 14 e seguintes da Lei nº 7.802 de 1989 (redação semelhante no art. 84 do Decreto nº 4.074 de 2002), que dispõe:

Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem: (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)

- a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
- b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
- c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
- d) ao registrado que, por dolo ou por culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
- e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
- f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.

Da leitura do artigo, verifica-se que a Lei de Agrotóxicos trouxe a possibilidade de uma tríplice imputação de responsabilidade do agente causador do dano (seja ele qualquer um dos apontados), inclusive cumulativa, nas diferentes esferas de responsabilidade jurídica.

Tendo em vista que não é objeto do presente trabalho estudar a fundo o instituto da responsabilidade em sentido amplo no ordenamento jurídico brasileiro, apontam-se alguns

traços caracterizadores desse conceito apenas para que possa ser entendida no contexto de agrotóxicos.

Ensina Rui Stoco (1999, p. 59) que a ideia de responsabilidade pode ser retomada da origem latina da palavra *respondere*, a qual significa responder a alguma coisa, é dizer, acontecidos atos danosos surge a necessidade de responsabilizar alguém por eles.

Segundo José de Aguiar Dias (2006, p. 3), não é fácil a conceitualização de “responsabilidade”, já que todas as manifestações de atividades humanas estão afetas ao problema da responsabilidade. Apesar disso, como ponto de partida, ele traz que responsabilidade e termos correlatos incutem a noção de contraprestação ou correspondência de repercussão obrigacional de determinada ação do homem. Desse modo, como são inúmeras as possibilidades de repercussões das atividades humanas, variadas também são as espécies de responsabilidade conforme diferentes campos: moral, jurídico, direito público ou privado (DIAS, 2006, p. 4).

Apesar de não haver uma separação completamente definida entre responsabilidade moral e jurídica, podendo haver a realização de infração que atinja normas de caráter moral, religiosa, costumeira ou legal, Dias (2006, p. 7) aponta que “[...] é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo” e destaca que só há que se falar em responsabilidade jurídica quando há um prejuízo.

José Cretella Jr. (1980, p. 7) aponta que a responsabilidade jurídica se caracteriza pelo transporte da noção de responsabilidade para o direito, em que a ação de determinado sujeito (público ou privado) que contrariar norma objetiva obrigará o infrator a responder por meio de sua pessoa ou de bens.

A responsabilidade jurídica é tradicionalmente dividida em civil e penal, aparecendo a administrativa como desmembramento da penal, sendo que variados autores tentam diferenciar cada uma delas, sobretudo as duas primeiras (CHAMONE, 2008).

Concorda-se com José de Aguiar Dias (2006, p. 11-12), que refuta a diferenciação dessas esferas com base na repercussão social ou individual do dano, as quais são comumente relacionadas, respectivamente, à responsabilidade penal e civil. O autor defende que, considerando que o homem é parte da sociedade, não podendo ser dela isolado, qualquer dano a ele infligido também repercutirá na sociedade, de modo que o prejuízo ao

particular afeta o equilíbrio social. O autor denomina isso de repercussão social, que corresponde à consequência, ao reflexo, na coletividade, de dano (qualquer que seja ele) gerado a qualquer de seus membros componentes (DIAS, 2006, p. 12).

Tal consideração tem especial relevância no presente trabalho, uma vez que este cuida de analisar a responsabilidade em um contexto de uso de agrotóxicos, os quais correspondem a substâncias com variados, extensos e permanentes efeitos no meio ambiente e na saúde, de forma que inegável que a sociedade como um todo, ainda que em alguns casos indiretamente, também figura como vítima dos danos suportados pelo uso dessas substâncias. Isso sem contar outros tipos de danos, como os sociais e culturais que também decorrem da adoção desses compostos como parte integrante do pacote tecnológico.

A diferenciação com base na amplitude da repercussão do dano também se mostra superada com o reconhecimento da existência de danos civis difusos e coletivos, tal como ocorre na responsabilidade ambiental.

Nesse diapasão, segundo Dias (2006, p. 12), os fundamentos das responsabilidades jurídicas são praticamente os mesmos, sendo que o que as diferencia são as condições para que seja aplicada uma ou outra maneira de reparação social, se punição ou reparação. Assim explica:

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão-somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. [...]. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sin lege*, diante da qual só exsurge a responsabilidade penal em sendo violada a norma compendiada na lei; enquanto que a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo, que viola também o equilíbrio social, mas que não exige as mesmas medidas no sentido de restabelecê-lo, mesmo porque é outra a forma de consegui-lo. A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação. (DIAS, 2006, p. 12-13).

Da leitura do trecho, observa-se que o autor diferencia as esferas de responsabilidade jurídica não com base no bem jurídico tutelado, eis que todas as esferas podem tutelar o mesmo bem, e nem de acordo com a amplitude da repercussão do dano (coletivo ou

individual), mas sim conforme o tipo de reparação cabível e prevista no ordenamento – o que o ordenamento exige para que isso ocorra e como ocorre.

Nessa perspectiva, Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 14) dispõe que a separação entre as ilicitudes civis e penais ocorre conforme critérios de conveniência e oportunidade, de acordo com interesses da sociedade e do Estado, sendo, portanto, variáveis no tempo e espaço. A reparação dos danos nas diferentes esferas ocorre de acordo com razões de política criminal, de modo que ao direito penal são atribuídos os ilícitos de maior gravidade objetiva e que atingem mais diretamente o interesse público.

No que tange à diferenciação entre a responsabilidade administrativa e a penal, ambas ensejadoras de atos punitivos pelo Estado, Hely Lopes Meirelles (2004, p. 193-194) pontua que a primeira se caracteriza como medida de autotutela da Administração que compete a todos os órgãos da administração, já a segunda é medida de defesa social que só pode ser aplicada pela Justiça Penal do Poder Judiciário.

Estabelecidas breves diferenciações sobre cada uma das responsabilidades, passa-se a analisar cada uma delas sob a ótica da responsabilização prevista na legislação sobre agrotóxicos em casos de danos à saúde e meio ambiente.

3. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E LEI DE AGROTÓXICOS

Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 238), “Responsabilidade administrativa é aquela que resulta da infringência de norma da Administração estabelecida em lei (em sentido geral, compreendendo também o regulamento, os cadernos de encargo etc) ou no próprio contrato [...].” Disso verifica-se que a possibilidade de responsabilização administrativa ocorre sempre que o sujeito incorrer em infração administrativa (condutas contrárias a normas administrativas).

Carvalho Filho (2013, p. 150-151) aduz que uma vez configuradas as condutas ilícitas a reação da ordem jurídica se materializa por meio de sanções, cuja aplicação decorre da relação Administração-Administrado e tem como exemplos a multa em geral, apreensão de bens, interdição de estabelecimentos, entre outros. O referido autor ressalta dois aspectos que devem ser lembrados para a aplicação da sanção: a exigência de previsão legal e o fato de que o administrador deverá levar em conta vários fatores para a adequada aplicação da sanção, uma vez que é frequente a previsão de condutas ilícitas em um dispositivo e as

sanções em outro, de modo que todos os elementos que cercam a conduta, independente do diploma legal em que estejam, devem ser considerados (CARVALHO FILHO, 2013, p. 150-151).

Em matéria de agrotóxicos, haverá infração administrativa quando uma ação omissão importar na inobservância do disposto na Lei nº 7.802 de 1989, no Decreto nº 4.074 de 2002 ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes (art. 82 do Decreto nº 4.074 de 2002).

Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 187) diz que haverá infração administrativa quando houver conduta contrária a quaisquer normas administrativas previstas nas legislações pertinentes a agrotóxicos, ressaltando, além das já mencionadas, a Lei nº 9.294 de 1996, que trata da propaganda, e a Lei nº 9.605 de 1998² (regulamentada pelo Decreto nº 6.514 de 2008), lei geral em relação a questões ambientais, a qual deverá incidir quando a conduta infratora não se enquadrar em nenhuma das leis anteriores.

Especificamente no artigo 85 do Decreto nº 4.074 de 2002, constam como infrações administrativas:

- I - pesquisar, experimentar, produzir, prescrever, fracionar, embalar e rotular, armazenar, comercializar, transportar, fazer propaganda comercial, utilizar, manipular, importar, exportar, aplicar, prestar serviço, dar destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins em desacordo com o previsto na Lei nº 7.802, de 1989, e legislação pertinente;
- II - rotular os agrotóxicos, seus componentes e afins, sem prévia autorização do órgão registrante ou em desacordo com a autorização concedida; e
- III - omitir informações ou prestá-las de forma incorreta às autoridades registrantes e fiscalizadoras.

O próprio Decreto deixa claro que a responsabilização administrativa não impede apuração das responsabilidades cíveis e penais e determina que as sanções constituirão, de forma isolada ou não, e independente de existência de medida cautelar de interdição de estabelecimento, em apreensão dos materiais contaminados e aplicação das penalidades do art. 17 da Lei nº 7.802 de 1989 (art. 86 do Decreto nº 4.074).

Por sua vez, o referido art. 17 prevê penalidades de advertência, multa, condenação e inutilização de produto, suspensão de autorização, registro ou licença, cancelamento de autorização, registro ou licença, interdição temporária ou definitiva de estabelecimento;

² “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

destruição de vegetais, partes de vegetais e alimentos (em caso de resíduos acima do permitido ou sobre os quais houve aplicação de agrotóxico proibido), as quais serão aplicadas conforme determinações dos art. 86 a 92 do Decreto nº 4.074 de 2002, assim como artigos 14 e 15 da Lei nº 9.605 de 1998 (circunstâncias atenuantes e agravantes), de acordo com o disposto no art. 88³ do Decreto.

A aplicação da sanção pressupõe a lavratura de auto de infração, que obrigatoriamente deve conter a descrição do fato, a imputação do ilícito e a penalidade aplicável, com consequente instauração de processo administrativo (com aplicação subsidiária da Lei nº 9.784 de 1999 sobre processo administrativo federal), não podendo haver aplicação de multa, pelo mesmo fato, por órgão federal competente se a penalidade já foi atribuída por órgão do Estado ou Município (ANTUNES, 2013, p. 1099-1100).

A apuração de responsabilidade administrativa independe de demonstração de dolo ou culpa e aperfeiçoa-se pela simples prática de ato em desacordo com determinação normativa, ou seja, pela mera atuação prevista em lei como punível (VAZ, 2006, p. 187).

Paulo de Bessa Antunes (2013, 1097) diz que se trata de responsabilidade abrangente, pois todos que cometem, incentivarem ou se beneficiarem da infração por ela responderão e qualquer causa sem a qual a infração não teria ocorrido é considerada ação ou omissão, admitindo-se, porém, as excludentes de responsabilização por força maior ou eventos naturais e circunstâncias imprevisíveis. Sobre a imprevisibilidade, o autor defende não poder ser aplicada a imprevisibilidade do homem comum do povo, já que os agrotóxicos são altamente regulamentados, com previsão de utilização com base em conhecimentos técnicos e científicos, o que faz surgir uma presunção de que o uso foi e é feito dentro dessa lógica (ANTUNES, 2013, p. 1097). É dizer, para excluir a responsabilização o fato deve ser cientificamente imprevisível ou de mínima possibilidade de ocorrência.

A observação do autor é interessante, pois se, de fato, a inserção de dado agrotóxico no país pressupõe um processo de registro, em que estudos científicos sobre os impactos do produto são levados em consideração para a concessão e incidem variadas normas para que tais substâncias sejam comercializadas e utilizadas, pressupõe-se que aqueles envolvidos no processo tenham em conta tudo isso em suas atividades.

³ ANTUNES (2013, p. 1099) defende a ilegalidade e inaplicabilidade do art. 88, eis que ele faz remissão a normas que vão além do disposto na Lei de Agrotóxicos.

4. RESPONSABILIDADE PENAL E LEI DE AGROTÓXICOS

Por outro lado, a responsabilidade penal, de acordo com Dias (2006, p. 9) ocorre quando há turbação social prevista e determinada por norma penal (obedece ao princípio da nulla poena sine lege), cuja ação repressora não tem como preocupação fundamental danos particulares (ainda que ocorram), mas o dano social. A sua configuração exige também análise da culpabilidade do agente ou da percepção da antissociabilidade da conduta. Nesses termos, Dias (2006, p. 10) conclui que “a imputabilidade, uma vez afirmada em forma de acusação concreta, é a imputação; declarada como efetiva e real, constitui a responsabilidade”.

Cleber Rogério Masson (2011, p. 46-47) destaca que a responsabilização penal é sempre por fato (o tipo penal deve prever fatos), não podendo ser fundamentada em questões pessoais, de modo que a aplicação da pena ocorre, após devido processo legal, com identificação de agente culpável, que foi condenado por fato típico e ilícito. O autor ensina que vigora o princípio da intranscendência pelo qual ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceiro e que a responsabilidade é sempre subjetiva, exigindo-se a presença de dolo ou culpa para que a conduta seja penalmente relevante (MASSON, 2011, p. 47).

Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 43) aduz que a responsabilidade penal é pessoal, intransferível e que o réu responde com privação de sua liberdade, sendo que, por isso, deve estar cercado por todas as garantias frente ao Estado, cabendo ao último arcar com ônus da prova. A tipicidade é requisito genérico e imprescindível para a responsabilização, exigindo-se perfeita adequação do fato ao tipo penal. Ele aduz também que na esfera penal não é qualquer culpa que é capaz de ensejar condenação do réu e sim apenas a com determinado grau ou intensidade (GONÇALVES, 2010, p. 43).

Em relação à responsabilidade penal prevista na legislação de agrotóxicos, destaca-se que os artigos 15 e 16 da Lei nº 7.802 de 1989 estabelecem que são condutas criminosas produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, dar destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente, bem como o fato de empregador, profissional responsável ou prestador de serviço deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente.

Da leitura dos artigos, verifica-se que as condutas são concomitantemente prejudiciais à saúde e meio ambiente, sendo, portanto, pluriofensivas (VAZ, 2006, p. 157), de modo que tais dispositivos representam mais um exemplo notório de que a Lei de Agrotóxicos trata de maneira conjunta a reprimenda de condutas lesivas a esses dois aspectos.

Quanto ao resultado naturalístico dos crimes previstos, Marcus Paulo Pozzobon (2011) ressalta que não há exigência do resultado danoso para a configuração dos crimes em questão, de forma que, tal como na responsabilidade administrativa, a consumação da conduta criminosa ocorre com o simples desrespeito aos preceitos legais, desvinculada da ocorrência efetiva de resultados/danos⁴ decorrentes da ação proibida pela norma:

Significa, portanto, dizer que a simples ação de destinar inadequadamente embalagens de agrotóxicos, ou mesmo utilizar o defensivo em quantidade diferente daquela estipulada pelo fabricante, independente de resultar em danos à pessoa ou ao meio ambiente, constitui uma conduta criminosa; em Direito (Penal), esse tipo de crime denomina-se crime formal ou crime de mera conduta, pois desimporta o resultado verificado exteriormente; a mera desobediência à norma configura o crime. (POZZOBON, 2011)

Interessante notar que apesar de o crime aperfeiçoar-se pela conduta do agente contrária à disposição normativa, a responsabilidade penal, diferentemente da administrativa, exige que o agente tenha agido de forma ao menos culposa para sua configuração, conforme visto anteriormente e de acordo com o que se infere do art. 18 do Código Penal.

Neste diapasão, Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 159) critica a alteração da redação original do art. 15⁵ da Lei nº 7.802 de 1989, pela Lei nº 9.974 de 2000, que a despeito de ter ampliado o núcleo do delito ao tipificar a conduta de quem dá destinação contrária à lei

⁴ Nesse ponto, interessante trazer observação de José de Aguiar Dias (2006, p. 970), o qual esclarece que a responsabilidade civil tem como traço diferenciador da penal (e, no caso, também pode ser citada a administrativa) o fato de que a segunda se configura independentemente do resultado. Ele aponta que, na verdade, não há exigência de dano para a responsabilidade penal se se leva em consideração o conceito de dano para o direito civil (resultado da lesão ou injúria sobre patrimônio moral ou material), mas que há sim alguma espécie de dano correspondente àquilo que atinge a ordem social.

⁵ Redação original: Art. 15. Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviços na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos seus regulamentos, ficará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. Em caso de culpa, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) MVR. Atual redação: Art. 15. Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa.

a resíduos e embalagens de agrotóxicos, excluiu a forma culposa, uma vez que não trouxe punição em caso de culpa, exigida para que haja responsabilização penal, de forma que representou grave retrocesso na tutela penal da saúde ambiental.

Sobre o art. 15 da Lei de Agrotóxicos, o autor (VAZ, 2006, p. 158) também traz a polêmica em relação à sua revogação ou não quando da entrada em vigor da Lei nº 9.605 de 1998, eis que a última reproduziu, no art. 56⁶, condutas bastante semelhantes àquelas descritas no art. 15 da Lei de Agrotóxicos, pontuando, porém, que a polêmica foi superada com o advento da Lei nº 9.974 de 2000, restando pacificado o reconhecimento da vigência do art. 15.

Vaz (2006, p. 162) ensina que, nesse contexto, em razão do princípio da especialidade, quando houver coincidência entre os núcleos penais do art. 15 da Lei de Agrotóxicos e do art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998 prevalecerá a primeira (dos seis núcleos contidos no art. 15, quatro estão contemplados no art. 56). O problema está no fato, segundo ele, de que o art. 56 é mais abrangente que o art. 15, prevendo condutas que não estão na Lei de Agrotóxicos, o que pode gerar dúvidas na interpretação e na aplicação ou não do dispositivo em matéria de agrotóxicos.

Ele defende que o princípio da especialidade não pode impedir a aplicação da Lei nº 9.605 de 1998, de modo que o agente que manipula agrotóxicos pode cometer os demais delitos previstos nesta Lei⁷. Veja-se:

Não se pode perder de vista que, em matéria ambiental, a Lei dos Agrotóxicos sobrevive apenas como norma especial, punindo a conduta de quem produza, comercialize, transporte, aplique, preste serviço ou dê destinação a resíduos ou embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências das leis e de seus respectivos regulamentos. Qualquer conduta que exceda os limites expressamente fixados pelo legislador pode se converter imediatamente em crime tipificado na Lei nº 9.605/98. Poderá parecer demasiadamente óbvia essa constatação. Acontece que as normas jurídicas se prestam às mais variadas interpretações. Não seria impossível que uma pessoa acusada por estar lavando tanques de aviões à beira de um rio viesse alegar em

⁶ Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.

⁷ Em sentido aparentemente contrário, Marcus Paulo Pozzobon (2011): “Oportuno ainda registrar que a Lei de Crimes Ambientais (9.605/98) criminaliza condutas semelhantes às até aqui tratadas, porém com abrangência mais genérica, pois fala em ‘Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito, usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente’, sem, contudo, especificar quais os tipos de produtos que estão abrangidos pela norma, levando à conclusão de que, em se tratando de agrotóxicos, aplicar-se-á ao caso concreto as sanções previstas na norma específica (Lei de Agrotóxicos), pelo princípio da especialidade.”.

juízo, por exemplo, que sua atividade (de manipulação de agrotóxicos) não encontrava óbice na lei específica dos agrotóxicos. (VAZ, 2006, p. 162).

Por fim, no que tange à efetividade da apuração de crime ambiental por agrotóxicos e consequente responsabilização judicial penal, cita-se trecho de artigo de Vladimir Passos de Freitas (2013):

A Polícia Civil, exceto em Delegacias especializadas, tem dificuldades em investigar este tipo de delito. Se não há investigação, não há precedentes. É rara a jurisprudência, sendo que boa parte diz respeito à importação irregular de agrotóxicos (v.g., TRF-4, HC 5005492-79.2013.404.0000, julgado em 21 de março de 2013). Em caso de capina química em lavoura, crime do artigo 15 da Lei 7.802/89, os réus foram absolvidos no TJ-RS por falta de perícia (ACr 70.030.511.372, j. 11 de março de 2010).

A falta de precedentes também é observada por meio de pesquisa empreendida na dissertação de Dolina Sol Pedroso de Toledo (2012, p. 114), na qual foi constatado que dos 27 acórdãos do Supremo Tribunal Federal em matéria de agrotóxicos, apenas um era relativo à matéria penal e dos 52 encontrados no Superior Tribunal de Justiça somente 10 diziam respeito a assuntos penais, o que demonstra a necessidade de maior atuação nesse campo.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E LEI DE AGROTÓXICOS

No que tange à responsabilidade civil, Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 7-8) elucida que não há acordo doutrinário acerca da conceitualização, sendo que alguns constroem raciocínio impreciso ao limitar-se a dizer que corresponderia a “responder”, outros fornecem como conceitos as causas do dever de reparação e há os que nem conceituam, sendo que tais problemas são observados inclusive na doutrina estrangeira, marcada por definições que na verdade refletem o embate entre os defensores da teoria da culpa e do risco.

Segundo o referido autor (SILVA PEREIRA, 1997, p. 11) não importa qual seja o fundamento, se com culpa ou independente desta, a responsabilidade civil surge quando houver subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de resarcimento, sendo mencionado por ele que “A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 02) diz que “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor dano decorrente da violação de dever jurídico originário”. Isso porque, segundo ele, a violação de dever jurídico configura o ilícito, o qual, quase sempre, gera danos a outras pessoas, o que faz surgir um novo dever jurídico, que é o dever de reparar o dano. Desse modo, a responsabilidade civil apenas surge quando houver violação de dever jurídico e dano, sendo responsável aquele que deve reparar o dano causado pela violação do dever jurídico. Ele complementa que a responsabilidade nasce do mais elementar sentimento de justiça no qual se espera que o agente causador do dano seja obrigado a repará-lo (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 13).

Segundo Dias (2006, p. 55), o fundamento da responsabilidade ou sua causa geradora é, pois, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano”.

As noções trazidas acima servem para dar uma ideia geral acerca da responsabilidade civil, mas não podem ser vistas como inquestionáveis ou ideais. Na realidade, a dificuldade de conceitualização e, consequentemente, de caracterização de seus elementos e espécies está intimamente ligada com o fato de que se trata de instituto em constante transformação.

Dias (2006, p. 25) ensina que não existe teoria unitária e permanente sobre a responsabilidade civil justamente devido à dinamicidade imanente desse instituto jurídico, que tem que se adaptar e se transformar à medida que novas épocas, novos danos, novas condições sociais surgem, exigindo constante flexibilização de pressupostos para que possa, de fato, restabelecer o equilíbrio gerado pelo dano⁸.

No mesmo sentido, Alvino Lima, ainda em 1938 (p. 7-8), já justificava a vivacidade e complexidade da responsabilidade civil com base em duas causas: uma material, que corresponderia justamente aos novos inventos provocadores de situações jurídicas novas e, consequentemente, de motivos para colisões de direitos, e outras de ordem econômica, social, política, moral, materializadas em ataques a concepções tradicionais.

Dito isso, Luís Carlos de Assis Júnior (2010, p.19) ressalta que a definição clássica de responsabilidade civil, caracterizada pelo elo entre a pessoa e a imputação civil, que exige a reparação de bens por meio do restabelecimento de situação anterior, tinha como pressuposto o fato de que somente bens econômicos deveriam ser tutelados e de que apenas

⁸ Sobre a evolução histórica da responsabilidade civil confira: DIAS, 2006, p. 25-53; SILVA PEREIRA, 1997, p. 02-11; LIMA, A., 1938, p. 9-24.

condutas literalmente contrárias a leis poderiam gerar responsabilidade, sendo consagrados como elementos ensejadores de responsabilidade civil o ato ilícito, a culpa, o nexo de causalidade e o dano.

De acordo com Baracho Júnior (1999, p. 293), até o início do século XX a perspectiva de análise da responsabilidade civil era o direito privado, com proteção voltada para a autonomia privada e dentro do plano das relações interindividuais. A responsabilidade civil servia para dar limites a essa autonomia e tais limites eram manifestados na norma jurídica.

Além disso, pontua Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 30) que durante séculos a preocupação maior da responsabilidade civil estava voltada para o agente provocador do dano, sendo a finalidade da responsabilização a aplicação de sanção com o fim de castigar esse agente. Esse modo de pensar respaldou a ideia de imprescindibilidade de culpa para caracterização da responsabilidade, que inspirou diversos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Diante das mudanças experimentadas pela sociedade moderna, mais exigente de respostas rápidas e eficientes, assim como que se enquadrem ao senso de justiça e segurança vigentes, tal perspectiva mostrou-se ultrapassada, sendo substituída pelo enfoque de que a responsabilidade destina-se a ressarcir⁹ a vítima de dano injusto de modo que todo dano deve ser indenizado, em princípio (GONÇALVES, 2010, p. 30).

De acordo com Washington de Barros Monteiro (2013, p. 578), os novos inventos, o surgimento de novos perigos e acidentes, a impossibilidade de estabelecer o nexo causal de danos e a culpa do causador fizeram surgir a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, transbordando os limites da culpa como fundamento único de responsabilização.

Com efeito, a doutrina nacional e internacional majoritária já explicam a responsabilidade civil com foco na reparação de danos, ou seja, por meio do resultado ou consequência, visando o restabelecimento da ordem ou equilíbrio, tanto pessoal como social, para o fim de cumprir a própria finalidade do direito, que é permitir a vida em sociedade (MONTEIRO, 2013, p. 578).

Nessa linha:

⁹ No mesmo sentido e após análise do histórico do desenvolvimento da responsabilidade civil, Dias (2006, p. 50), para quem: “Parece não haver mais dúvidas no sentido de que em tema de responsabilidade civil a tendência que se vai confirmado nos mostra que mais do que apontar o responsável pelo dano optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele será reparado”.

A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos. Fala-se, assim, em responsabilidade decorrente do risco proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco da empresa e de se recorrer à mão de obra alheia etc. Quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores. (GONÇALVES, 2010, p. 30).

Luís Carlos de Assis Júnior (2010, p. 21) destaca que a responsabilidade civil está intimamente ligada ao desenvolvimento das relações sociais, de forma que quanto mais se tornem complexas, mais complexa é também a forma de equilibrar tais relações. Ele relembra como marco “complexizador” a Revolução Industrial, que alterou profundamente os modos de vida das civilizações e relaciona tal fato com a profunda alteração das bases da responsabilidade civil ocorrida no século XX. De acordo com ele, “Os conceitos de culpa, dano, nexo de causalidade e ato ilícito, pressupostos de responsabilidade, passaram a ser repensados. Passou-se a adotar a teoria do risco, a indenizar o dano moral e, dentre outros, a flexibilizar a rigidez da prova de causalidade.”.

Diante disso, concorda-se com Monteiro (2013, p. 579) sobre a ideia de que não existe e nem pode existir teoria imutável de responsabilidade civil, eis que é instituto dinâmico por natureza, que evolui de acordo com a civilização, sendo imprescindível que lhe garanta flexibilidade para que possa ser aplicado em qualquer época, com vistas a consecução de sua finalidade de restabelecer equilíbrio gerado pelo dano.

A temática da responsabilidade civil nos casos de danos decorrentes do uso de agrotóxicos enquadra-se nesse contexto e nessa ótica de necessidade de flexibilização dos pressupostos da responsabilidade civil diante de novas tecnologias, uma vez que surge nesse cenário da sociedade de riscos.

De fato, o uso de agrotóxicos no Brasil insere-se no contexto do processo de industrialização brasileira, baseado no modelo fordista keynesiano, inicialmente incorporado no espaço urbano, mas a partir da segunda metade do século XX estendido ao campo com o fim de modernizar esse espaço e construir um complexo agroindustrial e que teve como elementos a inserção de máquinas, insumos agrícolas e agrotóxicos (LINHARES; SILVA, 1999, p. 147).

Tais elementos não só transformaram as relações econômicas, sociais e ambientais, como também, como se pode perceber agora, contribuíram para modificar a forma de enxergar os danos deles advindos ou com eles relacionados.

Assim, é nessa perspectiva que a responsabilidade civil envolvendo agrotóxicos deve ser entendida. Para isso, defende-se que a previsão da responsabilidade civil na Lei de Agrotóxicos não é taxativa, de modo que se entende que a lei enumera apenas algumas hipóteses de responsabilidade, o que não limita o estudo apenas a seus incisos.

De fato, doutrina dedicada à temática argumenta que condutas não escritas no artigo 14 podem ensejar responsabilidade civil, reiterando a inexistência de rol taxativo e esclarecendo a não sobreposição do dispositivo às previsões da Constituição Federal e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 1981) no que tange ao dano ambiental e às normas do Código de Defesa do Consumidor para os casos de relação de consumo (VAZ, 2006, p. 131).

Nesse diapasão, transcreve-se interessante trecho de Paulo Affonso Leme Machado (2010, p. 673-674):

Teria a lei isentado de responsabilidade o usuário que seguisse a receita e, mesmo assim, danos fossem constatados com referência à saúde e ao meio ambiente? A responsabilidade seria somente do profissional que emitiu a receita? Seria a receita a única norma obrigatória para o usuário, liberando-o completamente de outros cuidados não previstos naquela prescrição? Entendemos que, inobstante deva apurar-se a responsabilidade do emissor da receita, nem por isso fica – de plano – afastada a corresponsabilidade do usuário. Ninguém na coletividade brasileira pode sustentar que não é corresponsável pelo meio ambiente diante da redação do art. 225, caput, da CF, máxime o usuário de agrotóxicos.

Uma interpretação não atenta para as finalidades protetoras dos valores da produção agrícola e florestal, mas também da saúde humana e do meio ambiente, poderia levar o intérprete a considerar o registro e a receita como únicos e supremos árbitros da utilização do agrotóxico no País. Se esquecermos os avanços da introdução da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados ao meio ambiente (art. 14, par. 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938, de 31/08/1981), teremos alimentos consumidos no País contaminados por agrotóxicos, com as vítimas e a coletividade sujeitas à difícil e ingrata tarefa de ter que provar que o usuário de agrotóxicos descumpriu uma receita. Evidente que este ônus da prova não pode cair sobre as vítimas dos alimentos provindos da cultura do usuário, pois seria quase impossível aos consumidores apontar o cumprimento de situações de fato como a observância dos intervalos de segurança entre a aplicação do agrotóxico e a colheita dos produtos agrícolas.

Da leitura do trecho, observa-se o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado no sentido de ser necessária uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico em matéria de responsabilidade civil e agrotóxicos, que exige que os dispositivos da Lei de Agrotóxicos sejam conjugados com as normas protetoras do meio ambiente, eis que os danos advindos do uso envolvem saúde e meio ambiente. Por consequência, observa-se que ele defende a incidência da responsabilidade objetiva, de acordo com o que autoriza a Lei

nº6.938 de 1981, sobretudo diante das dificuldades que perpassam a prova dos danos envolvendo essas substâncias e diante da necessidade de reparação das vítimas pela violação de direitos protegidos constitucionalmente.

A responsabilidade objetiva também é adotada como premissa para a responsabilidade civil envolvendo o uso de agrotóxicos por Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 130-132), tendo em vista ser inequívoca a potencialidade lesiva à saúde e ao ambiente das atividades que envolvem o manuseio desses compostos. Ele ressalta a importância de tal teoria no sentido de fazer militar em favor da coletividade e dos lesados a presunção da nocividade de qualquer atividade relacionada a esses produtos (VAZ, 2006, p. 132).

De fato, a aplicação da teoria objetiva é uma forma de flexibilizar os requisitos e pressupostos da responsabilidade civil tradicional e possibilitar uma facilidade na reparação em juízo das vítimas de agrotóxicos. Essa teoria está fundada no risco da atividade, o qual é completamente identificável no caso de atividades relacionadas a esses compostos, sendo reconhecido o dever de responsabilizar independente da apuração de culpa e do descumprimento de obrigações legais por parte do causador dos danos.

Por outro lado, necessário pontuar alguns questionamentos processuais concernentes à responsabilidade civil objetiva de acordo com o regime jurídico ambiental.

Em se tratando de responsabilização por dano individual à saúde, ressalta-se que a reparação não poderá ser feita exatamente como nos danos coletivos ambientais. Luís Carlos de Assis Júnior (2010, p. 124-125) demonstra essa preocupação ao dizer que:

Se toda reparação por danos classificados como ambientais, inclusive nos casos em que a pessoa reste direta ou unicamente atingida, for destinada a um fundo, a pessoa lesada não estará sendo devidamente tutelada, especialmente nos casos de contaminação por substâncias tóxicas, que afetam – ainda que potencialmente – a saúde do ser humano. Em razão disso, mostra-se pertinente o tratamento dos danos à pessoa como danos autônomos, inclusive, com meios próprios de reparação (ver 6.2), em virtude da primazia da tutela específica. Não há dúvidas de que um meio ambiente ecologicamente desequilibrado também afeta a qualidade de vida, mas, o fato de se partir para uma noção transindividual de proteção consubstanciada na qualidade de vida não pode suprimir a proteção individual, especialmente no que tange à saúde.

As ações civis públicas em matéria ambiental perseguem duas finalidades, em regra, a recuperação do meio ambiente degradado (por meio de medidas diretas e indiretas) e a indenização decorrente do dano causado, sendo que esta última é destinada a fundos para utilização na restauração do meio ambiente degradado (FREITAS, 2005, p. 800-801). No

caso de danos coletivos decorrentes do uso de agrotóxicos, fundos poderiam ser criados também para o incentivo de tecnologias sociais alternativas aos agrotóxicos e financiamento de campanhas públicas alertando para os efeitos nocivos e para a correta utilização.

Em contrapartida, considerando que a vítima da intoxicação por agrotóxicos pode pleitear indenização pelos prejuízos sofridos, independentemente da existência de dano ambiental coletivo e da prévia propositura de ação civil pública, não se cogitará da existência de fundos como mecanismo de reparação nesses casos. A reparação nas ações individuais deve tutelar os direitos lesionados da vítima, ou seja, a indenização deve considerar a reparação da lesão à saúde individualmente sofrida, tanto de repercussão patrimonial como extrapatrimonial.

De fato, os danos à saúde provenientes do uso de agrotóxicos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, conforme os reflexos gerados¹⁰. Por exemplo, em caso de morte, os familiares poderão requerer em juízo a condenação em danos emergentes (despesas hospitalares) e lucros cessantes (alimentos aos dependentes), os quais materializam repercussão patrimonial do dano, e também compensação pelo dano moral sofrido em razão da perda de ente querido, que configura repercussão extrapatrimonial (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2014, p. 285).

No que tange à essa repercussão extrapatrimonial, cogita-se a aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo, baseada na doutrina do “*punitive damages*” americana. Conforme análise de Mayana Barros Jorge João (2013) em artigo publicado no site Migalhas, a doutrina brasileira encontra-se dividida, sendo majoritária a corrente no sentido de que as indenizações por danos morais devem ter caráter precipuamente compensatório, mas o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou como adepto de tal Teoria, com a ressalva, entretanto, de que não podem gerar enriquecimento ilícito, de modo que a adoção da Teoria não foi capaz de incrementar de forma considerável as indenizações por danos morais no cenário brasileiro.

No caso dos agrotóxicos, a aplicação dessa Teoria do Valor do Desestímulo, considerando os graves danos que podem ser gerados por meio da intoxicação por esses compostos, é mais um elemento que contribuiria para a integral responsabilidade por danos

¹⁰ Não é objetivo do presente trabalho discutir sobre a reparação quando o dano é potencial ou futuro. Sobre o tema, é interessante a leitura integral da dissertação de Luís Carlos de Assis Júnior (2010) e em especial do tópico 6.2 (“*O dano potencial decorrente da contaminação e as medidas de reparação*”).

nesse contexto e que poderia colaborar, a partir do próprio Direito, para que os danos fossem evitados.

Outro ponto levantado por Luís Carlos de Assis Júnior (2010, p. 221) diz respeito à aplicação do entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça quanto à imprescritibilidade do dano ambiental aos casos de reparação por danos à saúde por intoxicação da pessoa.

Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 121), comentando sobre dano ambiental e prescrição, diz que, no caso de dano privado (patrimônio privado ou saúde das pessoas) a prescrição do direito de ação opera-se nos termos da lei civil, com aplicação do art. 206, §3º, inciso V, que prevê o prazo prescricional de três anos para a reparação civil, inadmitindo, portanto, a aplicação da imprescritibilidade nesses casos.

Ocorre que se entende que melhor posição apresenta Luís Carlos de Assis Júnior (2010, p. 222), que elucida que além de o direito à saúde ser fundamental e indisponível, tal como o direito meio ambiente equilibrado, o dano à saúde que tem como fato gerador a exposição a agentes tóxicos possui continuidade inegável, eis que pode ir se agravando até a morte da pessoa. Desse modo, não basta, para que haja reparação integral, somente a contagem do prazo prescricional do código civil a partir da ciência inequívoca, pois há uma impossibilidade em saber exatamente quando a extensão dos danos chegou ao final, de modo que conclui pela imprescritibilidade dos danos à saúde por ser meio mais adequado à preservação e tutela da vida da pessoa (ASSIS JÚNIOR, 2010, p. 224-225).

Por fim, a aplicação prática da responsabilidade civil no caso de danos individuais tal como delineada, nos tribunais brasileiros, ainda é bastante incipiente.

Como manifestação relevante cita-se o do trabalhador VMS que faleceu em decorrência de intoxicação hepática crônica decorrente do contato com agrotóxicos em ambiente de trabalho. O caso foi judicializado por meio da Reclamação Trabalhista de protocolo número 0129000-52.2009.5.07.0023 proposta por sua viúva na Justiça do Trabalho de Limoeiro do Norte, no Ceará, em 2009 (BRASIL. Vara Única do Trabalho de Limoeiro do Norte, 2013; SILVA, 2014) e, com base em estudos da equipe médica do Departamento de Saúde Comunitária da Universidade do Ceará, concluiu-se pelo nexo causal entre a morte e o contato com substâncias tóxicas presentes nos agrotóxicos produzidos pela empresa Reclamada. A sentença condenou a Reclamada a pagar pensão mensal no valor equivalente a 2/3 do que o obreiro falecido receberia a título de salário-

mínimo até a data presumida de expectativa de vida (72 anos) e danos morais no montante de cem mil reais.

Já como julgado de destaque no âmbito internacional, com condenação da empresa fabricante, tem-se o acórdão proferido pela Justiça Francesa (R.G: 12/02717 da Corte de Apelação de Lyon) (FRANCE, 2015) em setembro de 2015, que diz respeito a demanda judicial proposta por agricultor francês, Paul François, em face da Sociedade Monsanto, pelas consequências sofridas após acidente com agrotóxico produzido pela empresa. Após a instrução do feito, com realização de perícias neurológicas e toxicológicas, em 13/02/2012, o Tribunal de Grande Instância de Lyon decidiu pela responsabilidade da sociedade Monsanto pelos danos decorrentes da inalação do produto LASSO/LASSO-EC por Paul François, condenando-a indenizar todos os prejuízos suportados por ele, decisão esta que foi confirmada pela Corte de Apelação de Lyon em 2015.

Em decisão recente (outubro de 2018), a justiça americana confirmou a condenação da mesma fabricante (Monsanto, da Bayer) em indenização no montante de 39 milhões de dólares para compensar os prejuízos financeiros e à saúde de Dewayne "Lee" Johnson, de 46 anos, e 250 milhões como multa para caso em que herbicida à base de glifosato da empresa foi identificado como a causa de câncer terminal de Johnson, que trabalhava como jardineiro em área de São Francisco (BELLON, 2018; WELLE, 2018).

Nesse último caso, verifica-se a aplicação dos mencionados “*punitive damages*”, haja vista que a condenação abrangeu não apenas a indenização pelos prejuízos sofridos pelo Sr. Johnson como também considerável valor correspondente à multa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho trouxe de maneira geral as disposições normativas e doutrinárias de como pode ser apurada a tríplice responsabilização, administrativa, penal e civil, dos agentes causadores de danos à saúde e meio ambiente que envolvam o uso de agrotóxicos.

O estudo não pretendeu esgotar as situações fáticas de possíveis danos causados por agrotóxicos, tendo em vista que a cadeia de circulação de agrotóxicos abrange diferentes atividades e diferentes sujeitos, o que dá margem para incontáveis responsabilidades.

Apenas intentou-se diferenciar e explicar brevemente essa tríplice responsabilização de forma básica, sem adentrar nas inúmeras dificuldades que podem permear cada uma

dessas hipóteses, mas com o objetivo de deixar claro que a legislação atual permite a responsabilização do agente que causa danos pelo manuseio de agrotóxicos.

Tal previsão, ainda que não seja capaz de impedir que o dano aconteça, uma vez que a diminuição do uso e também das consequências danosas envolvem uma série de medidas por parte de todos os envolvidos na cadeia de circulação, do Estado e até das principais vítimas, tem a capacidade de inserir o Poder Judiciário, além da Administração Pública, nesse debate e contribuir para que danos invisíveis sejam trazidos à visibilidade, com possibilidade de condenação daqueles que estão acostumados com a irresponsabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Responsabilidade civil decorrente da contaminação da pessoa por agentes tóxicos na sociedade do risco: reparando pelo risco atual de patologia futura. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2010, 274p. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9319/1/LUIZ%20CARLOS%20DE%20ASSIS%20J%c3%9aNIOR%20-%20Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BELLON, Tina. Justiça dos EUA confirma condenação à Monsanto sobre herbicida à base de glifosato. *Reuters*, 23 out. 2018. Disponível em: <[http://www.reuters.com/article/france-pesticides-monsanto idUSL2E8DDE4U20120213](http://www.reuters.com/article/france-pesticides-monsanto-idUSL2E8DDE4U20120213)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucionaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei nº 7.802/89 (lei federal dos agrotóxicos). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=515>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Lei nº 7.802, de 12 de julho de 1989 (lei federal dos agrotóxicos). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm#art15>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Lei nº 9.974, de 06 de junho de 2000. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9974.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Vara Única do Trabalho de Limoeiro do Norte. Reclamação Trabalhista nº 0129000-52.2009.5.07.0023. Reclamante: Maria Gerlene Silva dos Santos. Reclamada: Del Monte Fresh Produtos do Brasil Ltda. Juíza Kelly Cristina Diniz Porto. Limoeiro do Norte, 24 de julho de 2013. Disponível em: <<https://portaldeservicos.trt7.jus.br/portalservicos/>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

CARSON, Rachel. Primavera Silenciosa. Tradução de Raul de Polillo. 2. Ed. São Paulo: Portico, 1962.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Os diversos tipos de responsabilidade jurídica. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1900, 13 set. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11725>>. Acesso em: 3 out. 2016.

CRETELLA JR., José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: teoria geral da responsabilidade civil. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANCE. COUR D'APPEL DE LYON. 6ème Chambre. Arrêt du 10 septembre 2015. R.G: 12/02717. Apelante: SAS Monsanto Agriculture France. Intimados: Sr. Paul François, Association Des Assureurs AAEXA, Caisse Mutualite Agricole Caisse Centrale. Relator: Claude Vieillard, p. 11-12 Disponível em: <http://www.lafranceagricole.fr/r/Publie/FA/p1/Infographies/Web/2015-09-11/109334_1.pdf>. Acesso em: mar. 2016.

FREITAS, Vladimir de Passos. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.).

Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Agrotóxicos, saúde, meio ambiente e justiça. Revista Consultor Jurídico, 14 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-14/segunda-leitura-agrotoxicos-saude-meio-ambiente-justica>>. Acesso em: 18 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <http://www.ambitodireito.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>. Acesso em: 19 nov. 2018.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43165/pdf/43165.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

LINHARES, Maria Yedda; SILVA, Francisco Carlos Teixeira. Terra Prometida: uma história da questão agrária no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado: parte geral. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. Ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 38. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POZZOBON, Marcus Paulo. Os agrotóxicos e a responsabilidade jurídica. Agrolink, 2011. Disponível em: <http://agrolink.com.br/columnistas/os-agrotoxicos-e-a-responsabilidade-juridica_4155.html>. Acesso em: 27 set. 2016.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOLEDO, Dolina Sol Pedroso de. Limites ao poder econômico e agricultura: a regulação e a regulamentação do mercado de agrotóxicos no Brasil. Dissertação de Mestrado, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2012, 155f. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Dolina_Sol_Pedroso_de_Toledo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O Direito Ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WELLE, Deutsche. Justiça dos EUA confirma condenação à Monsanto por glifosato. Carta Capital, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/saude/justica-dos-eua-confirma-condenacao-a-monsanto-por-glifosato>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTAIS NO BRASIL

THE RECOGNITION OF SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTALS IN BRAZIL

José Carlos Kraemer Bortoloti¹

Guilherme Pavan Machado²

Resumo: Os direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988 possuem caráter formal e material de direito fundamental, e por consequência, dotado dos privilégios constitucionais a eles inerentes. No entanto, não há ainda uma unanimidade no que tange o caráter fundamental desses direitos, pois argumentos são tecidos objetivando não reconhecer os direitos sociais como fundamentais. O método de pesquisa utilizado é o teórico-fenomenológico e pesquisa bibliográfica. Nesse trabalho aborda-se três perspectivas sobre esse difícil reconhecimento empírico dos direitos sociais como direitos fundamentais: uma história, dogmático-jurídica e política, com o intento de ratificar a doutrina majoritária do reconhecimento dos direitos (fundamentais) sociais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direitos fundamentais; Direitos sociais; Reconhecimento

Abstract: Social rights listed in the 1988 Federal Constitution have formal character and fundamental right material, and therefore endowed with the constitutional privileges inherent to them. However, there is still no unanimity regarding the fundamental nature of these rights, because arguments are woven aiming to recognize the social and fundamental rights. The research method used is the theoretical-phenomenological and bibliographic. In this paper, we discuss three perspectives on this difficult recognition of social rights as fundamental rights: a history, dogmatic and legal and policy with the intent to ratify the majority doctrine of recognition of rights (fundamental) social.

Keywords: Fundamental rights; Social rights; Recognition.

¹ Doutor em Direito (UNESA/RJ), com Doutoramento Sanduíche junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientação Prof. Dr. Jorge Miranda) financiado pelo PDSE/CAPES. Mestre em Direito (ULBRA/RS). Advogado. Atualmente faz parte do Corpo Docente da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED, na Coordenação do NUJUR e no NDE da Escola. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas em Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais (CEPEJuD) da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Desenvolve trabalhos e estudos nas áreas de Teoria do Estado, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Ensino Jurídico, Prática Jurídica, Direitos Humanos e Direito Internacional Público.

² Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, na linha de pesquisa Fundamentais do Direito e Democracia. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Advogado

Artigo recebido em 09/05/2017 e aprovado para publicação em 10/12/2018.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos (fundamentais) sociais na Constituição Federal de 1988, no âmbito jurídico-dogmático, não têm discurso uníssono quanto ao seu caráter fundamental. As objeções a seu *status* fundamental residem em argumentos acerca de uma interpretação restritiva da CF/88, um apego a uma classificação ultrapassada de direitos fundamentais, já rechaçada, por exemplo, por Jorge Reis Novais quando se fala em um Estado Democrático de Direito contemporâneo, bem como a aspectos políticos ligados ao planejamento orçamentário estatal.

Destarte, o caminhar dos direitos fundamentais no Brasil é muito recente e imaturo, em razão do período pré-Constituição de 1988 ser marcado pelo regime ditatorial, com uma gama ínfima de direitos fundamentais (se é que eram efetivados), e pós-Constituição de 1988, o Brasil tem um texto constitucional audacioso e que promete mudar o contexto social, abrangendo uma gama muito maior e complexa de direitos fundamentais³.

Na Alemanha, por exemplo, o caminhar de uma teoria de direitos fundamentais é mais maduro, vem desde 1949 com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (também promulgada posteriormente ao período nazista-fascista na Alemanha, que trouxe enormes sequelas ao povo), que não contempla direitos não contempla direitos sociais, econômicos e culturais expressamente positivados mas consegue ter um índice satisfatório de efetividade desses direitos, muito maior que o Brasil.

Entre a teoria de direitos fundamentais brasileira e alemã existem pontos de convergência, a exemplo de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais e utilização do princípio da proporcionalidade (LIMA, 2007), e pontos discrepantes, como a positivação de um amplo rol de direitos fundamentais na Constituição de 1988, o que não se encontra na Lei Fundamental de Bonn.

Entretanto, cumpre ressaltar que a teoria germânica de direitos fundamentais tem mais de 50 anos, e muito bem consolidado juridicamente e socialmente, e no Brasil, essa

³ Sobre esse espírito da Constituição Brasileira de 1988, Vieira aponta que “[...] a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de *compromisso maximizador*”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 4, jul-dez 2008, p. 446.

teoria é prematura, e marcado por um “um grande descompasso entre a norma constitucional e a realidade socioeconômica brasileira” (LIMA, 2007, p. 140).

Isso justifica a remissão a um período histórico do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, que segundo Novais (2010), surgiu na Alemanha, por meio de um fenômeno chamado “*paraconstitucionalização*”, onde, mesmo não positivados os direitos sociais, eles eram efetivados em razão do ideal de Estado Social assumido pela Alemanha, calcado também no princípio da dignidade humana.

A situação dos direitos fundamentais em solo brasileiro é preocupante e precária, e a análise do difícil reconhecimento dos direitos sociais enquanto fundamentais no Brasil tem o intento de tentar esclarecer o seu caráter fundamental bem como a sua (in)efetividade no plano prático. Nesse espectro, será tratado nesse trabalho essa perspectiva do difícil reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no prisma dogmático-jurídico, e uma abordagem política da crise sanitária brasileira e um cenário sócio-econômico, que também obsta a efetividade desses direitos.

Cumpre apontar que esse artigo não esgota o tema, e também não tem o condão de dar uma solução a esse problema (pois, no atual contexto brasileiro, uma solução é uma tarefa demasiadamente complicada e complexa), mas sim discutir o tema e buscar elucidar questões relevantes sobre essa discussão de grande importância no cenário jurídico brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO

Para começar a trilhar o desenvolvimento desse trabalho, uma breve revisão sobre a historicidade dos direitos fundamentais mostra-se necessário, apontando os aspectos emblemáticos de enlevo ao mundo jurídico.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social trouxe ao mundo jurídico uma grande mudança, uma vez que o posicionamento estatal no período liberal era de se abster de intervir na vida de seus cidadãos e não primava pela promoção de ações destinadas ao bem-estar social. A sociedade, em virtude dessa abstenção, ficou coberta por desigualdades sociais, discrepâncias sociais e o desconhecimento de uma justiça social. Nesse panorama surge o Estado Social, objetivando a promoção do bem-estar social, buscando uma melhora de vida da sociedade com a promoção de direitos como direito à educação, à liberdade e à saúde.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais surgem nesse cenário, como meio de transformação social e garantia de um princípio da dignidade da pessoa humana, buscando romper um passado repleto de desigualdades sociais e nula justiça social.

Nesse transcorrer histórico, os direitos fundamentais foram evoluindo, e é comum encontrar em escritos as expressões “dimensões” e “gerações” de direitos fundamentais como modo de classificar – equivocadamente - esses direitos, como conceitos fechados e determinados onde um direito fundamental apresente apenas uma natureza negativa, e outro apenas a positiva.

De certo, adota-se a classificação de Canotilho e Alexy que divide, em um primeiro momento, os direitos fundamentais em direitos negativos e direitos positivos, e esse último grupo, em direitos positivos em sentido amplo e em sentido estrito. Esses conceitos serão vistos mais a frente, mas o que importa asseverar é que ainda que estejam assim divididos, são interdependentes porque os direitos negativos podem possuir uma seara positiva e vice-versa.

Assim, os direitos sociais encontram dificuldades para esse reconhecimento como fundamentais, em razão de interpretação ainda liberal-individualista pré-Constituição de 1988 (onde os direitos de segunda e terceira geração eram opcionais), em descompasso com o novo constitucionalismo inerente a Constituição de 1988 e as características e direcionamentos que trouxe consigo.

2.1 - O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO FUNDAMENTAIS: INVOLUÇÃO HISTÓRICA

A discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, segundo Novais, ganhou contornos na Alemanha, no pós-segunda guerra mundial, onde o legislador alemão “optou por não consagrar explicitamente os direitos sociais” (NOVAIS, 2010, p. 75-76) no rol de garantias fundamentais da Lei Fundamental de 1949, a chamada *Grundgesetz*. Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais partia muito mais de uma vontade política oriunda do ideal da constituição do que da vontade do legislador propriamente dita.

Buscava-se, portanto, face “um fundo de recusa de uma consideração plena dos direitos sociais como direitos fundamentais” (NOVAIS, 2010, p. 76-77), efetivá-los baseados em uma fundamentação subsidiária, ou seja, com base em outros princípios basilares para a

formação da identidade constitucional alemã, como por exemplo o princípio do Estado Social.

A exploração da primeira via – dedução dos direitos sociais como direitos constitucionais através de uma interpretação/concretização criativas do princípio Estado Social – permitia deduzir deveres e tarefas ou encargos objectivos que o legislador e os órgãos políticos estariam obrigados a realizar, mas dificilmente permitia conferir a esses comandos constitucionais uma vinculatividade justiciável; a formula era muito mais consentânea com abertura e flexibilidade próprias da realização política com fins constitucionais genericamente enunciados do que vinculatividade jurídica estrita. (NOVAIS, 2010, p. 77).

Nesse passo, ainda que fundamentados subsidiariamente, faltava força jurisdicional aos direitos sociais intrínsecos à *Grundgesetz*, criando outro impasse, portanto, no plano jurídico para o reconhecimento dos direitos (fundamentais) sociais. Entretanto, muitas vezes o Estado Alemão necessitou intervir em situações imersas na tutela de um direito social, fazendo com que a jurisprudência alemã fosse pioneira ao reconhecer, formalmente, a “existência de um direito constitucional a um mínimo vital” (NOVAIS, 2010, p. 77), no Brasil conhecido como mínimo existencial.

Assim, nota-se que, não encontrando uma fundamentação para a efetividade dos direitos (fundamentais) sociais no plano jurídico, subsidiariamente, encontrava-se argumentos no plano político, baseado nos princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. estrutura e perfil estatal. Destarte, Novais pondera que o plano político e jurídico relativo aos direitos sociais, ainda que suscitem a uma interpretação conjunta, são autônomos e há “necessidade de uma separação clara entre plano político e plano jurídico na compreensão da natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais” (NOVAIS, 2010, p. 81).

Ademais, inevitável afirmar que os direitos sociais derivam problemas políticos, assim como problemas jurídicos, entretanto, os argumentos usados para os debates e discursos em cada situação específica, seja política ou jurídica, são diferentes e não se podem confundir. No presente trabalho, será abordado os direitos sociais como problema jurídico, ressaltando as consequências decorrentes desse status de direito fundamental.

Assim, a natureza fundamental dos direitos sociais estaria vinculada a atuação do legislador, ainda, em um momento em que se buscava a observância pelo Poder Público das garantias e direitos constitucionais, especificamente dos direitos sociais, que despendem por parte do Estado grande esforço econômico, a vinculatividade estaria inerente a boa vontade

do legislador em abarcar os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais nas Constituições.

Destarte, no cenário constitucional mundial, há discrepância quanto essa positividade dos direitos sociais nas Constituições, a exemplo dos textos constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos que “mantém os direitos sociais afastados de acolhimento positivo” (NOVAIS, 2010, p. 77), há também o contraponto, qual seja a Constituição Brasileira que agloba grande gama de direitos sociais no seu texto constitucional.

Destarte a não constitucionalização dos direitos sociais na Lei Fundamental de 1949, os direitos sociais não ficaram carentes de efetividade no plano jurídico. Buscou-se, portanto, suprir a ausência de amparo constitucional dos direitos fundamentais em questões principiológicas do Estado Social de Direito, políticas públicas bem como as jurisprudências, que compensaram o déficit no rol de direitos fundamentais desses sociais, consubstanciando-se esse fenômeno então, em uma paraconstitucionalização dos direitos sociais.

É conclusivo, portanto, que a ausência dos direitos sociais no texto constitucional alemão – mesmo as várias Constituições dos Lander anteriormente tivessem positivados esses direitos como fundamentais – não obstruiu a sua efetividade no plano prático jurídico. No entanto, essa efetividade era baseada em primeiro momento, numa vontade política e posteriormente amparado no perfil de Estado Social, buscando-se fundamentar de modo diverso a recepção constitucional dos direitos sociais, não através de um fundamento jurídico propriamente dito.

De facto, a discussão germânica sobre os direitos sociais enquanto fundamentais era fortemente condicionada pela necessidade de, no contexto específico do sistema constitucional alemão pós-guerra, responder à questão fundamental da efectividade ou normatividade dos direitos fundamentais: podiam ou não as eventuais violações dos ditos direitos sociais ser judicialmente sindicáveis, designadamente pelo Tribunal Constitucional através da queixa constitucional directa? [...] (NOVAIS, 2010, p. 78).

Para esse questionamento, os “adversários” dos direitos sociais enquanto fundamentais defendiam a posição de que não podiam ser judiciáveis em função de não serem direitos fundamentais, mas sim normas programáticas sociais, no entanto, até mesmo os contrários ao caráter fundamental dos direitos sociais asseguravam que, quando houvessem situações extremas de violação dos direitos sociais (acende-se a centelha da

proteção de um mínimo existencial inerente ao indivíduo) – aqui embasado na dignidade humana – aí sim caberia uma intervenção judicial estatal, como direito subjetivo do cidadão.

Nessa lavra, a congruência entre a efetividade de direitos sociais entre Alemanha e Brasil, em uma análise sintética desse item, é que ambas (em um primeiro momento) buscam alcançar uma expectativa satisfação de direitos sociais, como o direito à saúde, através de uma vontade política e de uma prática legiferante. Ao passo que, a omissão do Estado na promoção desses direitos, dá ensejo ao Judiciário atuar na defesa e efetividade dos direitos sociais, como guardião de um texto constitucional e do perfil de um Estado Democrático (Social) de Direito.

No próximo subitem, os direitos sociais e seu reconhecimento como direitos fundamentais serão especificamente no Brasil, tentando esclarecer a posição desses direitos enquanto problema jurídico, e, na sequência, os reflexos desse difícil reconhecimento em razão do problema político.

2.2 - OS DIREITOS (FUNDAMENTAIS) SOCIAIS NO BRASIL: RECONHECIMENTO ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO

Duas perspectivas serão aqui trabalhadas: os direitos fundamentais sociais e seu problema jurídico de reconhecimento como tais, assentado no âmbito dogmático-jurídico, e os problemas políticos à sua efetividade, tratando da crise brasileira, a escassez de recursos financeiros e a precariedade da saúde.

2.2.1 - Problema Jurídico de Reconhecimento dos Direitos Sociais Enquanto Fundamentais

O discurso que envolve o problema jurídico de reconhecimento dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais será agora trazido ao Brasil, buscando a análise de pontos circunstanciais dessa análise a fim de esclarecer o caráter dos direitos (fundamentais) sociais na Constituição Federal de 1988.

De maneira introdutória, importante frisar um conceito de direitos sociais no contexto constitucional, para, em momento seguinte, apontar e contrapor as objeções a esse reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos sociais. Serão trabalhadas quatro

objeções centrais: uma primeira quanto o caráter positivo dos direitos (fundamentais) sociais; segundo, a sua indeterminabilidade de conteúdo constitucional; a terceira objeção diz respeito a sua dependência de recursos financeiros para sua promoção e a reserva do (financeiramente) possível; e, por fim, a negativa do regime jurídico privilegiado aos direitos (fundamentais) sociais.

Adotando uma análise conceitual de Novais, direitos sociais, para iniciar os debates, são aqueles direitos fundamentais que geram ao Estado o dever de respeitar, proteger e realizar os bens (jurídicos) inerentes à sociedade como um todo, quais sejam, por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação. Desse conceito, analiticamente se extrai uma concepção de uma seara negativa dos direitos sociais, ao passo que, de acordo com esse conceito de Novais, o Estado tem o dever de proteger os direitos sociais. Ao analisar semanticamente o conceito de “proteger”, pode-se atribuir sinônimos como “preservar”, “cuidar”, por exemplo, corroborando, portanto, a classificação defendida por Canotilho e Alexy de dois grupos de direitos.

Embasado nessa concepção, os direitos sociais, de maneira não exclusiva, evidenciam aspectos de prestações positivas por parte do Estado para a sua promoção, ou seja, é dizer que exigem do Estado a dispensa de orçamento e ações para sua manutenção, além de também possuir uma dimensão negativa, que enseja ao Estado uma postura de abstenção, de não intervenção.

Preliminarmente, importante dedicar atenção para uma classificação antiquada de direitos fundamentais ainda defendida. Atualmente, defender uma classificação dos direitos fundamentais com base nas suas dimensões (ou gerações) é incompatível com as avançadas teorias do Direito e de uma concepção de Estado Democrático (Social) de Direito. Os direitos fundamentais, inseridos em uma ordem constitucional, devem ser compreendidos como um rol único e direcionado em um mesmo objetivo, em razão de que não se pode mais falar em direitos fundamentais unicamente negativos ou positivos, pois essas possibilidades de natureza se confundem, são interdependentes, como falado anteriormente.

[...] trata-se de uma classificação que, além de inconvincente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, ainda tem servido de válvula de escape para que muitos governos, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, nada façam para concretizá-los, a pretexto de que o mais importante é cuidar dos direitos civis e políticos — o que eles já "fazem" —, até porque, para observá-los,

na quase-totalidade dos casos, basta "não fazer nada", ou seja, não cometer violências contra os cidadãos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 759-760).

Nesse sentido, o rol de direitos fundamentais deve ser visto a partir do prisma de um único rol, sem classificações partidas e separatistas, defendendo, a classificação de Canotilho e Alexy, que classificaram os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos positivos, interdependentes. Aqui, nessa discussão quanto a natureza positiva e negativa dos direitos sociais, bem como da (negativa) de uma dupla dimensão a esses direitos, objetiva e subjetiva, aponta o tema da (in)justiciabilidade dos direitos sociais. Ou seja, não podem ser objetos de tutela jurisdicional os direitos sociais, por serem considerados direitos da sociedade, ao passo que apenas os direitos individuais poderiam ser objetos de demandas ao Judiciário, sendo essa concepção muito engendrada numa concepção liberal-individualista de Teoria Constitucional do Estado, onde direitos econômicos, sociais e culturais ficavam em segundo plano, inadequada com a Constituição de 1988.

Nesse sentido, os direitos sociais, segundo Cibelle Gralha Mateus e Konrad Hesse (MATEUS, 2008, p. 61), podem ser arquitetados em dupla dimensão (simultâneas), uma objetiva e outra subjetiva. Enquanto a primeira dimensão diz respeito a um “limite do poder e como diretriz para a sua ação” (MENDES, 2014) em um Estado Democrático de Direito, a segunda, dimensão subjetiva, “[...] engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, ou mesmo o direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de um direito fundamental [...]” (SARLET, 2014, p. 309).

Nesse sentido, os direitos sociais, enquanto fundamentais, e, por consequência, dotados de uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, podem ser objeto de tutelas de demandas judiciais e/ou administrativas individuais ou coletivas (aqui outro debate efervescente quanto à titularidade individual ou transindividual dos direitos sociais, e sua tutela jurisdicional adequada, individual ou coletiva).

Uma compreensão de Estado Democrático e Social de Direito deve-se partir da premissa de que todos os direitos fundamentais estão no mesmo degrau da escada e possuem destaque no ordenamento constitucional brasileiro, bem como não pode ser entendidos e ensinados como conceitos fechados, pois demonstraram-se, com a evolução do direito,

complexos e ramificados, não podendo dar vazão a um entendimento heterogêneo de direitos fundamentais, mas sim homogêneo⁴.

Avançando o diálogo, a indeterminabilidade do conteúdo constitucional diz respeito a alguns fatores como a (não) consideração dos direitos (fundamentais) sociais nos limites de reforma constitucional do artigo 60, § 4º da CF/88, bem como a sua realização condicionada a um orçamento estatal disponível para concretização desse direito, partindo de uma vontade política executora (configurando problema político também, que será abordado mais a frente), a atribuição de uma aplicabilidade imediata a esses direitos fundamentais sociais. Essas questões acima suscitadas, em grande parte, dizem respeito a uma fundamentalidade material desses direitos, ou seja, situações referentes a seu conteúdo, e serão a seguir abordadas.

O artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988⁵ dispõe que os direitos e garantias fundamentais não serão objetos de emenda constitucional, constituindo-se assim limites materiais à reforma constitucional, portanto, cláusulas pétreas. Importante – tentar – delimitar o que seriam os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Brasileira de 1988.

Precípuo é apontar o Título II do texto constitucional, intitulado como “Dos direitos e garantias fundamentais” apresenta um vasto rol de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos fundamentais individuais no artigo 5º, direitos sociais no 6º, direito dos trabalhadores no 7º e direitos de nacionalidade, em razão da sua abertura constitucional disposta no artigo 5º, § 2º que não exclui outros direitos e garantias “[...] decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). O que se afirma para obstacular os direitos sociais serem reconhecidos como direitos fundamentais nesse aspecto é que o inciso IV do § 4º do artigo 60 da CF/88 trata apenas das garantias individuais do capítulo III do Título II do texto

⁴ Jairo Schäfer elenca postulados para uma compreensão unitária dos direitos fundamentais, consubstanciados em um “caráter incindível dos direitos fundamentais [...]”, “Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferenças expectativas [...]”, “Interligação [...] entre todas as espécies de direitos fundamentais [...]”, o entendimento dos direitos fundamentais como “mandados de otimização”, adotando a ideia de Alexy na perspectiva da realização na maior medida possível, e, por fim, “Inadequação das teorias classificatórias que tenham por embasamento teórico a compartmentalização estanque dos direitos fundamentais”. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pg. 95-96.

⁵ Art. 60. [...]§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - Os direitos e garantias individuais. (grifo nosso).

constitucional, não incluindo os direitos sociais (inseridos no capítulo II do Título II da CF/88), e caso o legislador realmente quisesse consagrá-los como limites materiais a CF/88 assim teria expressamente feito, no entanto, a leitura e interpretação constitucional, principalmente do título específico que trata dos direitos fundamentais, mostra a intenção do legislador em elencar inúmeros direitos como fundamentais, não só o rol do artigo 5º e incisos da CF/88.

O que se aduz dessa argumentação é uma interpretação restritiva às normas constitucionais, em especial do referido artigo, devido a uma concepção liberal-individualista (onde os direitos econômicos, sociais e culturais ficavam em segundo plano para a atuação estatal), em disparidade com a que a Constituição de 1988 foi promulgada, ou seja, com base no novo constitucionalismo. Partindo de uma concepção exegética-restritiva constitucional, o artigo 60, § 4º, IV da CF/88 apenas contemplaria como cláusulas pétreas os direitos individuais do artigo 5º. No entanto, na esteira de Sarlet (2008, p. 15-19), três postulados derrubam tal edifício limitador dos direitos fundamentais sociais: a) a Constituição Brasileira de 1988, já em seu preambulo, assume o perfil – também – do Estado Social, assumindo perante os cidadãos sua obrigação na realização dos direitos sociais, ou seja, a vinculação dos direitos fundamentais sociais a uma concepção de Estado constituem identidade constitucional brasileira, sendo limites materiais da reforma constitucional; b) Outro aspecto, é que mesmo sendo considerados – os direitos sociais – direitos da sociedade, possuem titularidade individual e transindividual, assim como tantos outros direitos da coletividade como por exemplo o meio ambiente, os direitos dos trabalhadores, direitos de nacionalidade possuem uma titularidade individual, mesmo sendo considerados direitos do todo; c) E, reforçando o dizer nos parágrafos anteriores acerca da característica dúplice dos direitos fundamentais (dupla expectativa, positiva e negativa, bem como dimensão objetiva e subjetiva) atrelada na compreensão de um rol de direitos fundamentais homogêneo, não estanque, pode-se concluir que também os direitos fundamentais sociais são cláusulas pétreas constitucionais brasileiras.

Outro aspecto que deriva de direitos sociais positivos ou direitos a prestações em sentido estrito, é que estes dependem de recursos financeiros, de um planejamento orçamentário estatal e da dispensa de grande esforço financeiro para a efetividade desses direitos, seja na sua injeção em políticas públicas, como o Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS), ou então nas condenações em tutelas judiciais de saúde, por exemplo, em que o Poder Judiciário impõe ao Estado o fornecimento de um fármaco a determinado cidadão.

Nesse contexto, Sarlet bem enfatiza que, em razão dessa dispensa de esforço econômico pelo Estado, o caráter fundamental dos direitos sociais é posto em xeque.

[...] bastou fossem contemplados nas Constituições os denominados direitos sociais, especialmente [...] a saúde [...], enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria condição de direitos fundamentais destas posições jurídicas. (SARLET, 2002, p. 2)

E nesse mesmo linear Travincas enfatiza que “[...] o argumento dos custos constitui um dos mais enfatizados critérios de diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais, comprometendo a fundamentalidade destes últimos [...]” (TRAVINCAS, 2010, p. 206), o que ratifica a ideia de que, a partir do momento que a efetividade dos direitos sociais necessita de forte orçamento estatal, as objeções residem no fato de que os direitos de liberdade não dependem desse esforço econômico, o que já se refuta, pois como visto anteriormente, também os direitos de liberdade possuem dimensão positiva e implicam em custos ao Estado, claro, de maneira mais branda e não tão escancarada.

Por conseguinte, essa dimensão positiva (não exclusiva) dos direitos (fundamentais) sociais despenderam o surgimento do instituto da reserva do (financeiramente) possível, originada na Alemanha⁶. O significado desse instituto pode ser construído a partir de três aspectos pontuais: a) a disponibilidade fática de recursos para efetividade dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, aqui entendida como a equação entre competências tributárias, planejamento orçamentário; c) proporcionalidade e razoabilidade na prestação ao titular do direito fundamental (SARLET, 2008, p. 24).

As discussões sobre o instituto da reserva do (financeiramente) possível estão sendo cada vez mais tecidos e mais sólidos no intento de entender o tema, que enseja grandes diálogos nos âmbitos dogmático-jurídico e até político. Portanto, o que importa apontar nesse trabalho sobre o tema, de maneira sucinta, buscando sanar tal ponto importante, é que esse

⁶ Surgiu na Alemanha em 1970, consistindo na prestação dos direitos sociais positivos condicionada a real disponibilidade de recursos e capacidade financeira do Estado em fornecer a prestação pretendida pelo indivíduo. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

instituto não é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas atua como “limite jurídico e fático” (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 189) desses direitos.

Limite fático, pois, diz respeito as condições reais para efetivação dos direitos fundamentais, qual sejam, a disponibilidade de recursos financeiros. Já o limite jurídico pode repousar em dois aspectos: um primeiro aponta para as questões de receita, planejamento orçamentário, competências dentro do sistema constitucional brasileiro, e um segundo sobre a proporcionalidade da prestação da prestação no caso concreto, calcada em parâmetros de adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito, a conhecida máxima de proporcionalidade de Alexy (ALEXY, 2015).

Entretanto, a reserva do (financeiramente) possível não pode obstar a efetividade dos direitos sociais, a exemplo do direito à saúde, intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal direito fundamental prevalece frente a reserva do possível na maior parte das condições em que são postos.

O recente entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que a reserva do possível não pode constituir óbice a prestação do direito à saúde quando a efetividade de tal direito fundamental não se dá por políticas públicas, fruto de uma gestão ineficiente⁷, nem tampouco, em razão de tal teoria eximir o ente estatal da pretensão a que é obrigado constitucionalmente.

E, de modo a tratar da última objeção aqui trabalhada, os argumentos que negam uma fundamentalidade aos direitos sociais associam a esses um regime jurídico diferenciado daquele dos direitos de liberdade, lhe destituindo desse regime jurídico privilegiado aos

⁷ APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. 2. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. 3. O fato do tratamento não constar na lista de competência do Município não é óbice à concessão do provimento postulado na demanda, pois tal argumento viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. 4. A ausência de previsão orçamentária e reserva do possível, são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. 5. Deve ser reduzido o valor dos honorários advocatícios arbitrados em favor do FADEP, para adequar aos parâmetros adotados pela Câmara, observados os critérios do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, correspondente ao artigo 85, §§ 2º e 8º do NCPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONFIRMADA A SENTENÇA, NO MAIS, EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação e Reexame Necessário N° 70070061353, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 21/07/2016)(grifo nosso).

direitos fundamentais, qual seja a aplicabilidade imediata, eficácia plena, a vinculatividade e observância por todos os órgãos e entes do Estado.

Nessa contextualização, para iniciar o diálogo acerca do regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, importante atentar para a abertura para um rol sem número – previamente – de direitos fundamentais assim defendidos pela Constituição, em razão da abertura do artigo 5º, § 2º da Constituição⁸. Nesse espectro, como visto anteriormente, tal norma constitucional ratifica de sobremaneira o caráter fundamental dos direitos sociais, pois reconhece “*a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais [...]*” (SARLET, 2012, p. 57), além daqueles elencados no artigo quinto.

Por conseguinte, o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal define que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, acentuando Sarlet que tal característica é ponto diferencial e de deferência dos direitos fundamentais, pois atribui aos direitos fundamentais uma “*juridicidade reforçada*” (SARLET, 2012, p. 58), diferenciando-os das demais normas constitucionais, e causando destaque no sistema constitucional brasileiro. Ainda, em razão desse princípio (da aplicabilidade imediata) enseja uma juridicidade diretamente aplicável, da mesma forma, como ocorre, então com o direito fundamental social à saúde, que em ineficiência (omissão ou ação insuficiente) das políticas públicas, enseja uma tutela jurisdicional de tal direito (daí também porque podem os direitos fundamentais ser justificáveis).

Por derradeiro cumprir pontuar a vinculação do Poder Público às normas de direitos fundamentais. A Constituição não previu expressamente essa vinculatividade no texto constitucional, ao contrário do que fez a Lei Fundamental Alemã de 1949, no seu artigo 1º, inciso III⁹. Assim, os direitos fundamentais sociais, dotados das características acima expostas, asseguram uma observância por todo Poder Público e uma atuação destinada à sua efetivação e não a sua discricionariedade administrativa ou política, pois, se suscetíveis de discricionariedade pelo ente público, os direitos fundamentais seriam fórmulas vazias, sem

⁸Art. 5º. [...]

§ 2º 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.

⁹ Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos –Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] [...] (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

qualquer peso e valor constitucional. E quando assim realizados – de maneira discricionária, a via judicial é a melhor maneira de almejar a efetividade do direito fundamental.

Ainda, essa observância e direção de ações dos poderes do Estado com base na Constituição e nos direitos fundamentais surge com o novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, onde as Constituições ganham caráter normativo “[...] como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado [...]” (CADEMARTORI; CANUT, 2011, p. 12). À guisa dessa concepção neoconstitucional, os poderes públicos estão amarrados pelo que dispõe a Constituição e pelo seu *ethos*, superando o pensamento liberal-individualista pré-Constituição de 1988 (onde direitos de segunda e terceira dimensão eram desconhecidos), e uma concepção de Constituição como documento político, significando opções de atuação do Poder Público.

Com base nos argumentos ora ventilados, os direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988 são direitos fundamentais, e, portanto, comungam de um regime jurídico privilegiado em razão da aplicabilidade imediata, vinculatividade do Poder Público, ratificada pelo entendimento do Ministro do STF, Gilmar Mendes¹⁰, às suas disposições e sua atuação, via políticas públicas rumo a efetivação.

Esse último ponto considera-se nefrágico, pois as políticas públicas brasileiras são ineficientes, atuam de maneira insatisfatória, não proporcionando, em alguns casos, sequer o mínimo existencial ou a proteção do núcleo essencial¹¹ do direito à saúde, por exemplo, o que contribui negativamente para o agravamento da crise sanitária que assola o Brasil.

2.2.2 Problema Político do Reconhecimento dos Direitos Fundamentais Sociais

É de conhecimento majoritário que o Brasil vivencia um grande crise econômica, política e social. Cada vez ouve-se com mais frequência os noticiários de desvios de dinheiro

¹⁰ Gilmar Mendes ressalta em sua obra *Curso de Direito Constitucional* acerca da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Nesse sentido, especificamente no que tange o Poder Legislativo, deve o legislador dar ensejo a concretização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que deve promulgar e editar normas infraconstitucionais que estejam emolduradas nos direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal Brasileira. No entanto, pontua também que, mesmo que sem regulamentação infraconstitucional, ainda assim teriam aplicabilidade imediata, pelo simples fatos de serem normas constitucionais. BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ Também tal princípio foi devidamente positivado na Lei Fundamental de Bonn de 1949, no artigo 19, inciso 2: “(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

por parte dos políticos brasileiro, esquemas fraudulentos de tributos e, o que mais afeta ao tema do trabalho, fraudes dentro do sistema de saúde do Brasil (aqui pode-se citar a máfia das próteses¹², a superfaturamento para reforma/construção de hospitais, superfaturamento de orçamentos para realização de cirurgias, onde o paciente paga até dez vezes mais do que realmente devia, etc.). Um retrato da atual situação caótica da saúde no Brasil pode ser elucidado por Marcus Vinícius Poglinano, que ressalta a “[...]escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência[...]” (POGLINANO, p. 1), insuficiência de leitos hospitalares, equipamentos, falta de médicos¹³, má gestão do SUS, além de outros problemas que obstam a efetividade da promoção do direito à saúde à população.

O mais impactante, em termos de efetividade e eficácia do direito à saúde é a seara econômica. O setor econômico brasileiro alavanca todo o funcionamento das políticas públicas direcionadas a promoção do direito (fundamental social) à saúde, pois como tratado anteriormente, trata-se de um direito que possui como dimensão principal – e não exclusiva - a positiva, ou nas palavras de Alexy, um direito a prestações em sentido estrito, que exige do Estado o despende econômico.

Nesse diapasão, Virgílio Afonsa da Silva ressalta uma perspectiva interessante e relevante ao analisar a falta de efetividade dos direitos sociais, e em especial do direito à saúde, podendo ser atrelada a um panorama econômico estatal concomitante, uma vez que diz os investimentos e gastos com o sistema de saúde brasileiros, tal como a contratação de médicos, compra de equipamentos, manutenção e construção de hospitais, só “é aproveitado para a realização de um único direito social, o direito à saúde” (SILVA, 2005, p. 319-320).

¹² O esquema Máfia das Próteses era organizado por médicos e fabricantes de próteses ortopédicas, onde os cirurgiões realizam cirurgias desnecessárias para a instalação de próteses nos pacientes, ou então os pacientes com problemas e que necessitavam de próteses eram aconselhados a buscar no Poder Judiciário a realização da cirurgia para colocamento da prótese, no entanto esse procedimento era superfaturado e, posteriormente cobrado do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPE), vindo a causar um rombo de, aproximadamente, um milhão de reais. Disponível em <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/02/cpi-sobre-mafia-das-próteses-e-concluida-com-sete-indiciados-no-rs.html>> e <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/06/policia-do-rs-indicia-12-pessoas-por-envolvimento-na-mafia-das-próteses.html>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

¹³ Uma medida tomada e em andamento para suprir a falta de médicos nos postos de saúde e nos hospitais é o Programa Mais Médicos, que consiste em “busca resolver a questão emergencial do atendimento básico ao cidadão, mas também cria condições para continuar a garantir um atendimento qualificado no futuro para aqueles que acessam cotidianamente o SUS. Além de estender o acesso, o programa provoca melhorias na qualidade e humaniza o atendimento, com médicos que criam vínculos com seus pacientes e com a comunidade”, com a vinda – provisória – de médicos cubanos para ajudar na crise sanitária brasileira. Disponível em <<http://maismedicos.gov.br/conheca-programa>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

O que se permite aferir é que a promoção com efetividade – frise-se – exige do Estado a dispensa de um esforço econômico considerável, bem como somente será aproveitado para aquele direito, ou seja, é caro efetivar de maneira suficiente e satisfatória o direito à saúde. Contudo, tais constatações não são justificativas para a ineficácia e insuficiência das políticas públicas brasileiras e da situação deplorável da saúde brasileira.

Decerto, avançando nesse raciocínio, assim como as ações estatais voltadas para a efetividade do direito à saúde, direito social trabalhado, também “os serviços de saúde são prestados de maneira individual a quem deles necessite, e a infraestrutura para a prestação do referido serviço não pode ser compartilhada para sua oferta a todos indistintamente” (MANICA, p. 10).

Não se almeja o entendimento da ideia de que os serviços públicos de saúde são para alguns, certo é que não é esse o objetivo do Sistema Único de Saúde (que um dos seus princípios é a universalidade), muito pelo contrário, os serviços de saúde são para toda a sociedade, no entanto são prestados de forma individualizada, porque o Estado “deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão” (BRASIL, 2008, p. 6), e isso gera a “insuficiência de sua prestação pelo Estado” (MANICA, p. 11).

Na atual conjuntura do cenário econômico-político-social brasileiro, o fato mais impactante aos direitos fundamentais sociais é a escassez de recursos públicos (aptos) para a busca de sua efetividade. O Brasil imergiu em uma crise tão grande, que medidas trágicas estão sendo ensaiadas, como por exemplo o PEC 241/2016¹⁴, chamada de “Novo Regime Fiscal”, que, um de seus objetivos, é alterar o financiamento da saúde de piso para teto, ou seja, ao invés de estabelecerem um percentual mínimo de investimento no segmento no exercício seguinte, instituem um teto máximo a ser gasto.

De maneira sucinta, o *ethos* do projeto é o reajuste fiscal para redirecionamento das verbas orçamentárias, objetivando a retomada de crescimento econômico e fretamento da inflação. A consequência, com enfoque importante para a saúde, é a delimitação do gasto

¹⁴ A PEC 241/16 busca transformar o gasto mínimo com a saúde, prevista no artigo 198, § 2º, I da CF/88, que dispõe que a União deve dispor de, no mínimo, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro para esse financiamento. No entanto, a redação do projeto objetiva que “A partir do exercício financeiro de 2017, as aplicações mínimas de recursos a que se referem o inciso I do § 2º e o § 3º do art. 98 e o caput do art. 212, ambos da Constituição, corresponderão, em cada exercício financeiro, às aplicações mínimas referentes ao exercício anterior corrigidas na forma estabelecida pelo inciso II do § 3º e do § 5º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. BRASIL. PEC 241/16. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=35A6D5C32D1E5DB17B9FC81C1A38BAD8.proposicoesWeb1?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

com o segmento, não haverá um mínimo a ser gasto, mas um gasto máximo, baseado no exercício anterior atualizado da inflação. Ou seja, um sistema já deficiente, em falência, é proposto e desenhado para atuar sempre com base em um limite, o que no caso da saúde, ainda mais brasileira, onde respira desigualdades sociais e atendimento à saúde precário, parece ser inviável.

Premissas basilares aqui devem ser apontadas para o debate: a) todos os direitos fundamentais exigem, direta ou indiretamente do Estado (*latu sensu*) gastos públicos¹⁵; b) a vinculatividade do direito fundamental social por todos os órgãos do Estado, em todas as esferas, sejam eles Executivo, Legislativo e Judiciário; e c) no atual cenário brasileiro, na esteira de Calabresi e Bobbit (CALABRESI; BOBBIT, 1978), devem ser feitas “escolhas trágicas”.

Nesse sentido, as escolhas orçamentárias do Estado, por meio do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, previstas no texto constitucional, tem o papel de organizar todo o desempenhar econômico estatal para o exercício seguinte, além de objetivar a efetividade dos direitos fundamentais.

[...] fixa prioridades dos gastos públicos, permitindo maior controle, efetividade, segurança e, acima de tudo, uma maior democratização na escolha do destino das verbas públicas que serão alocadas, inclusive, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde (NETO, 2012, p. 117).

Nessa passagem de Neto, pode-se acentuar que uma boa gestão e escolhas pelos representantes do povo na construção do planejamento orçamentário Estatal (em todos os entes federativos) influenciam drasticamente a realização e efetividade dos direitos fundamentais, que devem ser prioridades na composição desse programa, o que se percebe, empiricamente (até pela PEC antes apresentada e outras decisões políticas táticas no cotidiano), que não acontece.

Ao passo que as políticas públicas não engrenam, não proporcionando um atendimento aceitável à população, tendo em vista a dimensão subjetiva dos direitos

¹⁵ Aqui já ressaltado no presente trabalho a dual perspectiva dos direitos fundamentais, dotados de uma dimensão positiva e negativa. Um exemplo de direito individual na dimensão negativa é o direito à propriedade, onde o Estado aparelha sua polícia para que, em caso de violação, consiga garantir esse direito. Tal direito individual, de maneira indireta, acarreta gastos ao Estado. SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

fundamentais¹⁶, o acesso à justiça torna-se meio subsidiário de ter o direito fundamental tutelado¹⁷. Consequentemente, as demandas judiciais para a tutela de medicamentos, por exemplo, aumentam, e o Estado-Juiz, frente a um nítido direito fundamental social, analisando outras variáveis do caso, profere em maior escala sentenças procedentes, condenando o ente federado ao fornecimento ou prestação do tratamento pleiteado. Isso gera, em razão da quantidade de demandas individuais ajuizadas, um descompasso orçamentário, agravando ainda mais a crise do Brasil, talvez o maior “doente” de todo esse cenário.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva de trabalho desse artigo, onde foram abordadas três ramificações do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, qual sejam a histórica, jurídica e política, cabe salientar que as discussões suscitadas não esgotam o tema, que tem um espaço cada vez maior nos ambientes acadêmicos-dogmáticos.

A Constituição de 1988 surgiu como futuro garantidor de direitos fundamentais, amparada em uma teoria neoconstitucional, onde os direitos fundamentais são o centro da atuação estatal, no sentido de dirigi-la e limitá-la, bem como teve um aumento da jurisdição constitucional e uma constitucionalização do Direito (BARROSO, p. 16).

Um dos grandes problemas para a falta de efetividade constitucional vem amparada na teoria da “baixa constitucionalidade” de Lênio Streck (STRECK, 2014, p. 83), onde postula que a Constituição de 1988 ainda é vista com olhos do passado, e então não foram criadas condições e possibilidades para a efetividade de suas disposições.

A teoria Constitucional Brasileira ainda tem resquícios de um pensamento liberal-individualista, onde os direitos econômicos, sociais e culturais não tinham espaço no atuar

¹⁶ Nesse aspecto, Barroso assevera que ao atribuir as normas a sua máxima densidade normativa, forte a aplicabilidade direta e imediata, também assim, mediante a violação do direito, tem o cidadão a faculdade de requerer o provimento jurisdicional para reparar a lesão ou ter efetivado seu direito. BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 10, p. 25-66, 2008.

¹⁷ FERREIRA relaciona a judicialização à saúde, como tal fenômeno é denominado, a “inserção no texto constitucional associada à doutrina da efetividade dos direitos sociais, como indicadora do reforço de sua qualificação enquanto direito fundamental”. FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade*. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, ano 15, n. 22, jul-dez de 2011, p. 235-263.

estatal e jurídico, e a negativa de fundamentalidade dos direitos sociais é eivo dessa teoria antiquada do Direito Constitucional Brasileiro.

Por fim, à guisa de todo exposto, no Brasil, os direitos sociais são direitos fundamentais, em caráter formal de maneira absoluta, no entanto, ao tratar da seara material, de conteúdo e alcance, as visões são partides, muito em razão de uma atuação executiva de políticas públicas ineficientes, bem como de um abismo enorme entre Constituição Federal de 1988 e atual cenário brasileiro, demonstrado no trabalho pelo direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em 09 de agosto de 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/suspensao_tutela_antecipada_mabthera.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2016.

CADEMARTORI, Sergio; CANUT, Letícia. Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para análise da exigibilidade judicial. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 12, n. 1, março-junho 2011, p. 9-40.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, outubro-dezembro 2007.

HABER NETO, Michel. A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil. 238 folhas. Dissertação. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14062013-132237/pt-br.php>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

LIMA, George Marmelstein. Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha. 149 páginas. Tese. Universidade Federal Fluminense, 2007.

MANICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. Disponível em <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/saude_um_direito_fundamental_social_individual.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2016.

MATEUS, Cibelle Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

POGLINANO, Marcus Vinicius. História das políticas de saúde no Brasil – uma pequena visão. Disponível em <http://www.uff.br/higienesocial/images/stories/arquivos/aulas/Texto_de_apoio_3_-HS-Historia_Saude_no_Brasil.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

[...] Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em < <http://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terra Brasilis. Revista Sequência, Florianópolis, n. 69, p.83-108, dezembro 2014.

TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 11, p. 203-213, abril-junho 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 4, p. 441-463, jul-dez 2008.

APATRIDIA NA SOCIEDADE COSMOPOLITA: perspectivas para a efetivação dos direitos
humanos dos apátridas

*STATELESSNESS IN THE COSMOPOLITAN SOCIETY: perspectives for the effectiveness
of the human rights of stateless people*

Bárbara Bruna de Oliveira Simões.¹

Resumo: Este artigo estuda a apatridia e perspectivas para a efetivação dos direitos humanos das populações apátridas. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, objetiva-se analisar o paradoxo da existência de apátridas na sociedade cosmopolita, em que há a busca constante pelos direitos humanos. Por quais razões ainda existem apátridas no mundo? Quais ações são necessárias para erradicar a apatridia? A importância da temática reside no fato de que relatórios das Nações Unidas e demais organizações internacionais mostram que é crescente a quantidade de apátridas no mundo, condição que gera a necessidade de medidas urgentes por parte dos Estados. Utiliza-se como referencial teórico a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta, partindo-se da ideia de fraternidade como um anacronismo que auxilia a desvelar o paradoxo dos apátridas e enxergar novas realidades para compreender o outro. O artigo é dividido em quatro tópicos que se relacionam com os pressupostos elencados na Metateoria do Direito Fraterno: conceito e origem dos apátridas, nacionalidade, causas da apatridia e perspectivas para extinguir a apatridia. Por meio deste estudo, observa-se que a apatridia, embora presente na história da humanidade, é um desafio atual às nações. Contudo, as práticas efetivadas pelas organizações internacionais e pelos Estados mostram-se fundamentais para a erradicação da apatridia.

Palavras-chave: Apátrida. Direitos humanos. Metateoria do Direito Fraterno. Nacionalidade.

Abstract: This article studies the statelessness and perspectives for the realization of the human rights of stateless populations. Through bibliographical and documentary research, the objective is to investigate the paradox of the existence of stateless people in cosmopolitan society, in which there is a constant search for human rights. For what reasons are stateless people still in the world? What actions are necessary to eradicate statelessness? The importance of the issue lies in the fact that reports from the United Nations and other international organizations show that the number of stateless people in the world is increasing, a condition that generates the need for urgent measures by States. The Eligio Resta's Metatheory of Fraternal Law is used as a theoretical reference, starting from the idea of fraternity as an anachronism that helps to uncover the paradox of the stateless and to see new realities to understand the other. The article is divided into four

¹ Mestranda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities. Bolsista Capes. Advogada.

Artigo recebido em 04/12/2017 e aprovado para publicação em 11/10/2018

topics that relate to the presuppositions listed in the Metatheory of Fraternal Law: concept and origin of stateless people, nationality, causes of statelessness and perspectives to extinguish statelessness. Through this study, it is observed that statelessness, although present in the history of humanity, is a current challenge to the nations. However, the practices carried out by international organizations and States are fundamental for the eradication of statelessness.

Keywords: Stateless. Human rights. Metatheory of Fraternal Law. Nationality.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da humanidade é desenhado ao longo da história, através de feitos memoráveis, invenções e mudanças sociais. Da formação dos Estados-nação, parte-se, atualmente, para a sociedade da informação, que proporciona aprendizagens e novos conhecimentos todos os dias. Pelos meios eletrônicos, são geradas informações, restando evidente que a forma de compreender o mundo e adquirir conhecimentos mudou. O que antes era pesquisado nas coleções de enciclopédias, hoje está disponível através de um clique no mundo virtual.

Assim como a sociedade muda tecnologicamente, o direito também passa a ser visto e praticado de forma diferente, contudo, observa-se que as referências do direito atual ainda são fundadas em muitas fragilidades. Por isso é oportuno pensar em outros pressupostos que, embora não garantam fundamentos podem desvelar paradoxos dos fundamentos, como é o caso da fraternidade. Ao estudar a situação dos apátridas, depara-se com este paradoxo entre ser humano e não ter os direitos humanos. Entre estar numa nação e não ter nacionalidade alguma.

Os apátridas, ou o termo em inglês, *stateless people*, literalmente, povo ou pessoas sem Estado, encontram-se em várias partes do planeta e em crescente número. Diante do fato de serem pessoas sem nação, a maior parte de suas informações vêm de organizações não governamentais (ONGs) e de agências especializadas, como o ACNUR², em inglês UNHCR³, agência das Nações Unidas responsável por estudar e realizar medidas que efetivem melhores condições de vida aos apátridas. Contudo, questiona-se como ainda

² Para mais informações sobre a ACNUR, ver a página disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/>>. Acesso em 04 dez. 2017.

³ Para mais informações sobre a UNHCR, ver a página disponível em: <<http://www.unhcr.org/>>. Acesso em 04 dez. 2017.

podem existir pessoas na condição de apátridas neste momento de busca constante por efetivação de direitos humanos? Quais medidas estão sendo tomadas e quais ainda podem ser postas em prática para erradicar a apatridia?

Para desvelar estes questionamentos, utiliza-se, neste estudo, o referencial teórico da Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta. Resta inicia seus estudos entre as décadas de 1980 e 1990, perguntando-se a razão de a fraternidade – presente no lema da Revolução Francesa junto com a liberdade e a igualdade – ter permanecido escondida por tantos anos. Isso porque são inúmeros os estudos acerca da igualdade e da liberdade, contudo, a fraternidade ficou esquecida. Assim, ela retorna anacronicamente para a atualidade como uma desveladora de paradoxos, como uma nova forma de enxergar a realidade e o outro presente nesta realidade. O outro que deve ser compreendido com o outro-eu, com sentimento de hospitalidade e fraternidade.

Diante disso, o presente artigo divide-se em quatro tópicos que são estruturados em consonância com os pressupostos elencados por Eligio Resta na Metateoria do Direito Fraterno, visando, através da intersecção entre o estudo dos apátridas e do Direito Fraterno, responder às dúvidas anteriores quanto à apatridia. No primeiro tópico, apresenta-se o conceito de apátrida, bem como as normas internacionais que tutelam os direitos dessas pessoas. Ainda, busca-se o mapeamento histórico da apatridia. No segundo tópico, faz-se um estudo específico sobre a nacionalidade, reconhecida como direito humano, mas que é ausente no caso dos apátridas, mostrando, então, o paradoxo existente entre ser humano e ter direitos humanos.

Na sequência, no tópico terceiro, realiza-se o levantamento das principais situações que causam a apatridia: conflitos armados, legislações omissas, discriminantes ou em conflito com as de outras nações, fluxos migratórios, sucessão de Estados, dentre outras. Por fim, no tópico de número quatro apresentam-se as boas práticas já realizadas por nações visando extinguir a apatridia, bem como os dados do Relatório das Nações Unidas para extinguir a apatridia até o ano de 2024. Este consiste num plano contendo 10 ações que necessitam ser implementadas pelas nações, com auxílio do ACNUR, para que não ocorram novos casos de apatridia e sejam resolvidos os ainda existentes.

Com este estudo, por meio do referencial teórico da Metateoria do Direito Fraterno, de Eligio Resta, objetiva-se pesquisar quem são os apátridas, como está a situação deles e por que ainda há tantos casos de apatridia na sociedade cosmopolita, realizando a

interseção com os pressupostos do Direito Fraterno, desvelando o paradoxo entre a busca pela efetividade máxima dos direitos humanos e a existência de pessoas sem direito.

2. O DIREITO JURADO EM CONJUNTO. QUEM SÃO OS APÁTRIDAS?

O ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas (UNHCR, sigla em inglês), órgão encarregado de auxiliar os apátridas e propor mecanismos para extinguir a apatridia, estima que haja cerca de 10 milhões de pessoas apátridas no mundo (UNHCR, 2014, p.4), o que gera a ausência de direitos humanos a estas pessoas. O número de pessoas apátridas pode ser ainda maior, pois é muito difícil realizar uma pesquisa estatística, já que estas populações não possuem registros, como certidão de nascimento, identidade, passaporte. Assim, a cada dia, pode haver o nascimento de crianças apátridas no mundo, sem que o ACNUR consiga mapear os casos.

Diante deste dado, questiona-se como uma pessoa pode não ter o reconhecimento de sua nacionalidade por nação alguma? E, além disso, como pode não ter efetivados seus direitos humanos somente por não possuir este vínculo? “A resposta mais simples para essa questão é a constatação imediata de que o mundo é dividido em Estados, e Estados são associações que, entre outras características, possuem o monopólio de legitimidade da mobilidade [...]” (REIS, 2004, p. 150). Ou seja, o Estado possui monopólio da mobilidade no momento em que este é um dos fundamentos de sua soberania, não havendo organização superior que possa obrigá-lo (*ibid.*, loc. cit.)⁴.

Assim, em termos gerais, “A ausência de laço jurídico da nacionalidade decorrente do refúgio ou de uma incongruência legal caracteriza uma pessoa como “apátrida” pelo direito internacional” (BICHARA, 2017, p. 238). A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, em seu artigo 1º, §1º, designa como apátrida toda pessoa que não seja considerada como nacional seu por nenhum Estado, conforme a sua legislação. Ainda, no §2º do mesmo artigo, encontram-se os casos aos quais a Convenção não será aplicada:

⁴ Eligio Resta parte da fraternidade escondida nas masmorras da Revolução Francesa para iniciar as reflexões da Metateoria do Direito Fraterno, dispondo que a fraternidade se relacionava com os princípios de um direito internacional, que pressupunha uma comunidade política fundada no Estado nacional (RESTA, 2004, p. 9-10).

§2. Esta Convenção não se aplicará:

- a) Às pessoas que atualmente recebem proteção ou assistência de um órgão ou organismo das Nações Unidas diferente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, enquanto estejam recebendo tal proteção ou assistência.
- b) Às pessoas a quem as autoridades competentes do país onde tenham fixado sua residência reconheçam os direitos e obrigações inerentes à posse da nacionalidade de tal país.
- c) Às pessoas sobre as quais existam razões concretas para considerar:
 - I) Que tenham cometido um delito contra a paz, um delito de guerra ou um delito contra a humanidade, definido nos instrumentos internacionais referentes a tais delitos.
 - II) Que tenham cometido um delito grave de índole política fora do país de sua residência, antes de sua admissão em tal país.
 - III) Que são culpados de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações – OIM (2009, p. 8) “(...) faltam ao apátrida os direitos decorrentes da nacionalidade: a proteção diplomática do Estado, nenhum direito inerente de permanência no Estado da residência e nenhum direito de regresso caso decida viajar.” O primeiro pressuposto apresentado por Resta (2004, p. 133) diz respeito a um direito jurado em conjunto, compartilhar regras de convivência. Assim, é contrário ao direito paterno, aquele soberano.

A ausência de direitos dos apátridas existe porque, na sociedade, os juramentos são feitos pelo direito paterno, aquele direito soberano que não vive em conjunto, somente manda. “(...) *che è il diritto imposto dal ‘padre signore della guerra’ su cui si ‘deve’ soltanto giurare*” (id., 2005, p. 132). Para Reis (2004, p. 151), as convenções relativas a refugiados e apátridas já apresentam modificações no direito internacional, reconhecendo a existência dos indivíduos e não somente das nações, tendendo à acentuação dos direitos individuais.

Quanto aos diplomas legais que realizam a proteção dos apátridas, devem-se diferenciar algumas situações. Os apátridas que também são refugiados são protegidos pela Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. Já aqueles que não são refugiados, são protegidos pela Convenção sobre o Estatuto dos apátridas, de 1954, em que se busca o reconhecimento da nacionalidade destas pessoas para efetivar seus direitos.

A Convenção de 1954 garante aos apátridas o direito à assistência administrativa (Artigo 25), o direito à carteira de identidade e aos documentos de viagem (Artigos 27 e 28) e os isenta da reciprocidade dos requisitos (Artigo 7). Estas disposições diferenciadas são implementadas para lidar com dificuldades específicas enfrentadas pelos apátridas devido à falta de qualquer nacionalidade, por exemplo, proporcionando a eles um documento de viagem mutuamente reconhecido que funcione no lugar do passaporte. Estas questões não estão

regulamentadas por outros instrumentos do direito internacional, e se encontram entre os principais benefícios legais dos apátridas contidos na Convenção de 1954 (UNHCR, 2011, p. 4).

Na origem da preocupação internacional para com os apátridas, tendia-se a considerar o apátrida na condição de refugiado, contudo, nem sempre um apátrida é um refugiado, conforme as especificações da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Somente após a Segunda Guerra Mundial é que há o reconhecimento dos apátridas como pessoas sem nacionalidade (BICHARA, 2017, p. 239).

Em 1961, criou-se a Convenção para Redução dos Casos de Apatridia⁵. Ainda, visando extinguir a apatridia até o ano de 2024, a Organização das Nações Unidas criou o Plano Global 2014-2024 (UNHCR, 2014). Neste relatório, estabelecem-se 10 ações que devem ser tomadas pelos Estados com suporte da própria ONU e de outras organizações para resolver as principais causas de apatridia, prevenir novos casos e melhor identificar e proteger populações apátridas. Este relatório das Nações Unidas será a temática deste artigo no seu último tópico.

Importante, ainda, observar que se formou, na literatura jurídica, a ideia de dois tipos de apatridia, consoante o ACNUR (2016a): os apátridas *de jure* não são considerados nacionais por nenhuma nação e os apátridas *de facto*, que possuem uma nacionalidade de determinado país, mas esta resulta ineficaz.

O Estatuto dos Refugiados de 1951 apresenta a preocupação da comunidade internacional com o refugiado que sofre perseguição pelos motivos elencados no artigo 1º, A, (2) e, além disso, não quer ou não pode voltar ao seu país de residência. Diante disso, o refugiado se torna apátrida de fato (BICHARA, 2017, p. 240). Neste sentido, segundo a OIM (2009, p. 8-9) a apátrida *de facto* é a situação daquele que:

(...) tem a nacionalidade de um Estado, mas, tendo deixado esse Estado, não goza de nenhuma protecção por parte deste, quer por se recusar a pedir essa protecção, quer por o Estado se recusar a protegê-lo. A apatridia *de facto* é um termo, frequentemente, relacionado com os refugiados.

Já os apátridas *de jure* surgem “(...) da constatação, pelo Estado acolhedor, da inexistência ou da impossibilidade de comprovar o vínculo jurídico de nacionalidade entre

⁵ Na página <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/campanha-das-convocaes-sobre-apatridia/>> o ACNUR organizou seis razões pelas quais os Estados devem aderir às Convenções sobre apatridia de 1954 e 1961.

uma pessoa e um Estado, nos termos da legislação aplicável do Estado de origem” (BICHARA, loc. cit.).

Esses tipos irão variar conforme a situação que deu causa à condição de apátrida da pessoa, por exemplo, numa sucessão de Estados, onde a pessoa é nacional de uma nação que passa a não existir mais. Já uma criança refugiada que nasce em um país que não prevê a regra do *jus soli*, poderá ser apátrida, pois não pertence a nação alguma. Todavia, Bichara (op. cit., p. 242) alerta para o fato de que a distinção entre apátrida *de facto* e *de jure* é irrelevante, já que as Convenções de 1951 e de 1954 obrigam os Estados partes a proteger os direitos humanos das pessoas nessas condições.

Diante disso, deve prevalecer o caráter humanitário e assistencial em relação a estas pessoas, sejam refugiadas, sejam apátridas, ou ambos. Embora haja a normatização e as obrigações elencadas nas Convenções, a apatridia ainda é constante na sociedade cosmopolita. Rememora-se, então, que Resta (2004, p. 9) mostra que a fraternidade retornou de forma anacrônica na atualidade, partindo de uma simples narrativa da Revolução Francesa para uma desveladora de paradoxos, como referência para unir as pessoas e, quem sabe, apostar numa nova forma de efetivar, neste caso, os direitos humanos dos apátridas.

3. A NACIONALIDADE COMO DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO OUTRO

Para que se possa compreender o conceito de um povo sem nação, ou um povo apátrida, faz-se necessário conceituar a situação contrária, possuir a nacionalidade⁶. O Estado é formado por três elementos: base territorial, comunidade humana que se estabelece sobre essa área e um governo que não se subordina a qualquer outra autoridade, um governo soberano (REZEK, 2014, p. 199). Esta comunidade humana, ou povo⁷, é “(...) o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para construir o

⁶ Há críticas quanto à conceituação de nacionalidade, pois muitos autores referem-se a ela como uma ficção, criada para diferenciar populações. Neste sentido ver Pereira (2011). Todavia, neste artigo, pretendemos somente conceituar o termo nacionalidade para podermos entender os apátridas. A análise sobre a ficção da nacionalidade será objeto de outro estudo.

⁷ O elemento povo que constitui o Estado deve ter uma noção jurídica, pois o termo população somente indica um dado demográfico, e o termo nação indica laços históricos e culturais, o que será o objeto de nosso estudo a seguir (DALLARI, 2003, p. 95-96).

Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente (...)” (DALLARI, 2003, p. 99-100).

Acresce que, em circunstâncias excepcionais e transitórias, pode faltar ao Estado o elemento *governo* – tal é o que sucede nos períodos anárquicos -, e pode faltar-lhe até mesmo a disponibilidade efetiva de seu *território*, ou o efetivo controle dessa base por seu governo legítimo. O elemento humano é, em verdade, o único que se supõe imune a qualquer eclipse, e cuja existência ininterrupta responde, mais que a do próprio elemento territorial, pelo princípio da *continuidade do Estado* (...) (REZEK, loc. cit.).

Dallari (op. cit., p. 95-96) menciona que o termo nação/nacionalidade é erroneamente confundida com o termo povo, pois o conceito de nação teve grande prestígio durante a Revolução Francesa, como identificação de hegemonia do povo. Utilizava-se, por exemplo, governo da nação ou soberania nacional, introduzindo-se, a partir de então, a ideia de nacionalidade, que indica o membro da nação, sendo esta última entendida como Estado⁸.

A ligação entre Estado e nação, construída na modernidade, assim como o princípio de autodeterminação interna, implica na formação de um laço entre nacionalidade e cidadania, isto é, à medida que o Estado-nação é generalizado como a forma de organizar politicamente o mundo, a cidadania passa a ser atribuída em função da nacionalidade. Entre outras coisas, isso significa que o acesso aos direitos de cidadania está condicionado à posse da nacionalidade (REIS, 2004, p.155).

Como conceituar, então, a ideia de nacionalidade? Nacionalidade é “(...) o elo jurídico que liga uma pessoa a um Estado. Confere a esta pessoa um estatuto jurídico que é determinado pelo direito internacional, nomeadamente as leis relativas às condições das pessoas e bens.” (BOUCHEST-SAULNIER, 1998, p. 319). Para Reis (ibid., loc. cit.), não há critérios naturais ou provenientes da lógica para determinar o que é a nacionalidade. Segundo a autora, há duas tradições que estabelecem o critério de nacionalidade, a francesa (baseada no contrato político) e a alemã (baseada na cultura). Assim, do ponto de vista francês, a nacionalidade seria uma escolha, enquanto que do ponto de vista alemão, seria um destino.

⁸ Contudo, atualmente, pode-se observar a diferença entre nação e Estado “Assim, pois, nem o termo *nação*, que indica uma comunidade, nem o seu derivado, *nacionalidade*, são adequados para qualificar uma situação jurídica, indicando, tão-só, a pertinência a uma comunidade histórico-cultural, não sendo correto o uso da expressão *nação* com o sentido de povo”. (ibid., p.96).

Certeza tem-se que a nacionalidade é tida como um direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15: “*1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade*”, devendo os Estados promoverem a nacionalidade da melhor forma possível a todas as pessoas.

Assim, os Estados devem promover políticas de reconhecimento de nacionalidade aos apátridas que se encontram em seu território ou, ao menos, políticas que efetivem seus direitos. Todavia, Resta (2004, p. 10), ao mencionar a fraternidade da Revolução Francesa, observa que ela continuava como a expressão de pertença dos indivíduos a um território de nascimento.

O código fraterno, código do nascimento, com efeito, vincula a uma obediência em troca de cidadania: por essa via é possível ser, em caso de transgressão ou de dissenso, no máximo criminoso, mas nunca “inimigo”. A comunidade política (e o Estado-nação deu sua contribuição) pressupõe a amizade política no interior e exporta a inimizade ao exterior (ibid. p. 35).

Ou seja, aquele que não pertence à nação é o inimigo e, assim, criam-se as diferenças em relação ao outro que não é igual ao nacional de determinada nação. Verificamos, então a interseção da nacionalidade, ou ausência dela, com dois pressupostos da Metateoria do Direito Fraterno apresentados por Eligio Resta.

O pressuposto número dois diz que o direito fraterno “(...) é livre de obsessão da identidade que deveria legitimá-lo. (...) Não pede outras justificações senão a *comunitas*, ou seja, a tarefa compartilhada” (ibid., p. 133-134). A tarefa compartilhada pode ser encontrada na tentativa de regularizar a situação dos apátridas pelas nações. A *comunitas* mencionada por Resta poderá existir de duas formas: diante de um Estado global, de normas iguais para todos, sem nações soberanas ou através da compreensão de efetivar o direito à nacionalidade àquelas pessoas privadas dela.

O surgimento de uma nação global é um sonho ainda distante em nossa sociedade, contudo, as políticas para conferir nacionalidade aos apátridas são práticas já existente em muitos países, como será abordado na sequência deste estudo⁹.

⁹ “O argumento em torno da cidadania mundial e da perda do controle das fronteiras pelo Estado sustenta que, neste novo contexto internacional, “o ‘nós’ estaria perdendo essa capacidade de decidir sobre as identidades e os direitos relacionados a elas”. Assim, o Estado estaria ficando impotente diante dos

Também, o pressuposto de número três dispõe ser a humanidade o lugar comum dos direitos humanos, razão pela qual se deve revogar a ideia de cidadania, no sentido da existência de divisões dentro da espécie humana dependendo da origem da pessoa. “(...) ciò porta alla consapevolezza che i diritti umani possono essere minacciati soltanto dall’umanità, ma possono essere tutelati sempre e soltanto dall’umanità stessa (...)” (RESTA, 2005, p. 132).

Neste sentido, já se encontra a previsão internacional da nacionalidade como um direito humano, um direito de todos, sem divisões dentro desta humanidade. O regime internacional dos direitos humanos auxilia no entendimento de que existem direitos que são de todos, independentemente da determinação de cada Estado dentro de seu território e para sua população. Como visto acima, a nacionalidade já é declarada como um direito humano.

O surgimento deste regime internacional de direitos humanos poderia estar levando a uma perda da autonomia dos Estados na resolução de questões referentes ao direito de entrada em seu território, bem como a diferenciação entre nacionais e estrangeiros e os critérios de nacionalização (COSTA; REUSCH, 2016, p. 286).

Este mesmo regime internacional dos direitos humanos auxilia na ideia de separação entre direitos e cidadania (*ibid.*, loc. cit.), ou seja, no reconhecimento dos direitos dos homens e não do cidadão de determinada nação. Reis (2004, p. 154) apresenta em seu estudo que é crescente o reconhecimento da pessoa como portadora de direitos humanos, diferenciando-se o indivíduo de sua nacionalidade. Diante disso, como a imigração contribui para esta separação de indivíduo/nacionalidade, já que subverte a relação formadora do Estado (povo/Estado, território), obriga-se o Estado receptor a formalizar regras de acesso ao seu território e sua nacionalidade. Já se fala, inclusive, em perda do controle das fronteiras pelos Estados e o surgimento de uma cidadania transnacional (*ibid.* p.157).

Tendo em vista esta preocupação internacional com os direitos humanos, em que se coloca o indivíduo no centro, observam-se novas práticas que auxiliam na efetivação de direitos dos apátridas, separando a nacionalidade da cidadania e do próprio indivíduo.

movimentos entre fronteiras, e a identidade nacional perdendo a centralidade como fonte do reconhecimento de direitos de cidadania” (COSTA; REUSCH, 2016, p. 288).

Contudo, ainda há a diferenciação daquele que é estrangeiro para o nacional, do “outro” para aquele que pertence à nação, evidenciando-se a ausência de hospitalidade e fraternidade.

4. O PARADOXO DO AMIGOS-INIMIGO: as causas da apátrida

Segundo relatório do UNHCR (2014, p. 6), a apátrida ocorre em decorrência de discriminações na legislação (gênero, raça, religião, grupo social, sexo), conflito de legislações internas dos Estados acerca da aquisição da nacionalidade, sucessão de Estado sem a consideração de certas comunidades na legislação, conflitos armados que ocasionam fluxos migratórios e até mesmo por simples falta de previsão legislativa. Assim, em que pesa a estrutura do regime internacional dos direitos humanos, reconhecendo o indivíduo no centro das discussões, ainda se encontram estas discriminações que causam a apátrida.

Resta (2004, p. 34) relata a diferenciação que era realizada na comunidade política em relação ao interno e o externo. Ao inimigo interno era dado o nome de criminoso ou minoria. “É exatamente aquela definida por uma *lei da amizade* que encontra nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*” (ibid., p. 19-20).

As causas acima são variáveis que podem gerar, isoladamente, a apatriadia, ou podem, em conjunto, gerar populações apátridas. Por exemplo, observam-se situações de apatriadia decorrentes de conflitos armados que geram fluxos migratórios, mas estes também podem ocorrer pela sucessão de Estados, ou os conflitos armados podem surgir em decorrência das legislações discriminantes.

A apatriadia está normalmente associada a períodos de mudanças profundas nas relações internacionais. A remarcação de novas fronteiras internacionais, a manipulação dos sistemas políticos por parte de líderes nacionais a fim de alcançar fins políticos questionáveis e/ou a denegação ou privação da nacionalidade para excluir e marginalizar minorias raciais, religiosas ou étnicas, têm resultado em apatriadia em várias regiões do mundo (ACNUR, 2014, p. 6).

Os conflitos armados causam danos irreversíveis às populações afetadas¹⁰. “A guerra é por definição um estado transitório. Não deve ser feita de tal modo que torne impossível a

¹⁰ O conflito armado que está na mídia atualmente é o da Síria. São 6 anos de conflito, mais de 400 mil mortes e 5 milhões de refugiados. O conflito teve origem nas revoltas no mundo árabe que ficaram conhecidas como

paz entre as comunidades envolvidas ou provoque destruições irreversíveis" (BOUCHET-SAULNIER, 1998, p. 16). Todavia, esta não é a realidade vivenciada. Segundo Smith e Braein (2007, p. 70), desde 1989, 75% das mortes em guerras foram de civis.

Após a Primeira Guerra Mundial, o fracasso da tentativa de cooperação é visível com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, em 1939, chegando ao fim em 1945. Finalizadas as duas grandes guerras, os conflitos em nível internacional e não internacional não cessaram. Segundo Smith e Braein (op. cit., p. 8-24), desde o seu fim, no ano de 1989, sucederam-se mais de 120 conflitos pelo mundo todo, sendo que menos de 10% são entre países e após 15 anos do auge da Guerra Fria, os gastos militares no mundo são de 810 milhões de dólares, em 2000.

Relacionado aos conflitos armados, estão os casos de fluxos migratórios. No século XX, em torno de 40 milhões de pessoas foram consideradas refugiadas, destas, 14 milhões fugiram para o exterior (refugiados internacionais), 6 milhões não são considerados refugiados, mas são impossibilitados de retornar aos seus lares e 20 milhões são refugiados internos (ibid., p. 42). O fenômeno migratório faz parte da existência humana, ocorre que, na atualidade, grande parte dos movimentos migratórios decorrem de guerras civis, conflitos religiosos e étnicos (GUERRA, 2015, p. 55)¹¹. Dados do UNHCR (2017, p. 3) mostram que no primeiro semestre de 2016, 3,2 milhões de pessoas foram forçadas a abandonar seus lares, número que engloba 1,5 milhão de refugiados ou solicitantes de refúgio.

Juntando essas variáveis, a apatridia aparece em casos de crianças que nascem em território estrangeiro e não têm reconhecida sua cidadania naquele país por conta de legislações conflitantes, como é o caso da concorrência negativa entre os critérios de nacionalidade *jus solis* e *jus sanguinis* (PEREIRA, 2011, p. 47), ou discriminatórias. Segundo o relatório do UNHCR (2014, p. 10), a maior parte dos apátridas já não possui nacionalidade desde o nascimento: ou os pais também são apátridas ou as crianças

Primavera árabe. Importante, contudo, observar que além das causas políticas, de derrubar a ditadura de al-Assad, há questões econômicas, como a localização da Síria, saída importante para o mar Mediterrâneo (geopolítica do petróleo). Para mais informações sobre a guerra na Síria, acessar a página disponível em: <[ttp://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/entenda-causas-do-conflito-na-siria](http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/entenda-causas-do-conflito-na-siria)>. Acesso em 04 dez. 2017.

¹¹ "Nas últimas décadas, milhares de pessoas foram forçadas a abandonar suas casas em resultado do terror político, de conflitos armados e da violência entre diferentes origens culturais. De acordo com o ACNUR, o caráter dos conflitos que estão na origem desses movimentos de fuga em massa vem se transfigurando. Nos anos 50, 60 e 70, os imigrantes fugiam das ditaduras; contudo, a partir dos anos 80, a maioria dos refugiados passou a fugir de conflitos internos em seus próprios países." (PEREIRA, 2011, p. 31).

nasceram em países cujas leis não lhes estendem a nacionalidade; também pode ocorrer com crianças que são abandonadas ou separadas das famílias e a nacionalidade não pode ser certificada, caso muito frequente em populações refugiadas.

Lisowski (2012, p. 114-116) relata ainda os casos de desmembramento e sucessão de Estados, como ocorreu na Europa com a antiga Iugoslávia, e de expatriação involuntária e forçada, como os ocorridos nos regimes soviético e nazista. Importante ressaltar que a Convenção de 1961 limita de forma rigorosa os motivos para que o Estado provoque a perda da nacionalidade de uma pessoa, que deve ocorrer com garantias processuais e não resultar em apátrida (ACNUR, 2014, p. 31).

A maioria dos apátridas no mundo pertence a uma minoria étnica, religiosa ou linguística. A discriminação em razão da raça, cor, etnia, religião, gênero, opinião política, ou outros fatores, pode ser evidente ou provocada inadvertidamente pelas formas como as leis são aplicadas. As leis podem ser consideradas discriminatórias se contiverem uma linguagem preconceituosa ou se da sua aplicação resultar discriminação (*ibid.*, p. 30).

Pratica-se, assim, a diferenciação já relatada por Resta: “(...) somos amigos porque existem inimigos, somos amigos porque não somos estranhos, somos amigos porque nos escolhemos para nos contrapormos a outras formas de relações impostas ou involuntárias” (RESTA, 2004, p. 25). Há muitas outras situações que geram a apatridia e que passam a ser combatidas conforme os casos são relatados ao ACNUR. A maior parte das situações ocorre por conta de práticas discriminatórias e por conflitos existentes entre as nações. Aqui encontramos o ponto de interseção com os pressupostos número quatro e cinco do direito fraterno.

Resta (*op. cit.*, p. 134) menciona que há uma grande diferença entre ser homem e ter humanidade. A humanidade encontra-se na responsabilidade para com os direitos humanos, um dever, razão pela qual o direito fraterno é cosmopolita, de todos e para todos. Se todas as nações buscarem a efetivação dos direitos humanos, redigindo legislações igualitárias, procurando resolver pacificamente os conflitos e alternativas aos fluxos migratórios, os direitos humanos dos apátridas serão defendidos, também.

Da mesma forma, o pressuposto de número cinco mostra que o direito fraterno é não violento, pois busca o fim do paradoxo amigo/inimigo, na ideia já exposta acima de

que o estrangeiro, o indivíduo que vem de fora, é o inimigo. “*Per questo non può difendere i diritti umani mentre li sta violando*” (id., 2005, p. 133).

Como visto, as causas da apatridia são diversas e levam à ausência de direitos humanos a estas populações. Contudo, muitos casos de apátridas poderiam ser erradicados se as organizações e Estados trabalhassem em conjunto visando acabar com legislações discriminatórias, pois a maior parte dos apátridas são minorias que sofrem diferenciações quanto à etnia, religião, nacionalidade. Há ações que já estão em prática para erradicar a apatridia e cada vez mais essas atitudes devem ser incentivadas pelas nações.

5. ERRADICAR A APATRIDIA: perspectivas e apostas na fraternidade

O número de apátridas ainda é elevado na sociedade cosmopolita, contudo, algumas boas práticas já foram realizadas por diversos Estados para efetivar os direitos humanos destas populações. Cabe ressaltar que os direitos elencados nas Convenções estudadas ao longo desta pesquisa, embora protejam os apátridas, não equivalem a possuir uma nacionalidade (UNHCR, 2011, p. 9). Assim, toda a mobilização feita pela ONU e por outras organizações governamentais e não-governamentais justifica-se pelo fato de que a apatridia ainda é uma questão recorrente na atualidade.

Resta (2004, p. 52) compara a humanidade à ecologia, ao dizer que estas são formadas por situações diversas como o rio límpido e do ar despoluído, apresentando, assim, o paradoxo de que somente a humanidade pode ameaçar a própria humanidade. O ACNUR vem desenvolvendo uma série de relatórios e manuais, já expostos ao longo deste artigo, que guiam as nações para desenvolverem procedimentos de identificação de apátridas e medidas a serem tomadas para auxiliar estas pessoas.

Como principal aposta para o futuro, tem-se o Plano Global para extinguir a apatridia em dez anos (2014-2024). O relatório (UNHCR, 2014, p. 2) apresenta 10 ações que devem ser implementadas pelas nações, com o apoio das Nações Unidas, para, dentre outros objetivos: extinguir situações de apatridia já existentes, prevenir novos casos de apatridia e melhor identificar e proteger os apátridas. As dez ações consistem em:

- Ação 1: Resolver as principais situações de apatridia existentes;
- Ação 2: Certificar que nenhuma criança nasceu apátrida;
- Ação 3: Remover a discriminação de gênero das leis de nacionalidade;

Ação 4: Evitar a negação, perda ou privação de nacionalidade por motivos discriminatórios;
Ação 5: Prevenir a apatridia em casos de sucessão estatal;
Ação 6: Conceder o status de proteção aos imigrantes apátridas e facilitar sua naturalização;
Ação 7: Assegurar registro de nascimento para prevenção de apatridia;
Ação 8: Emitir documentação de nacionalidade para aqueles com direito a ela;
Ação 9: Aderir às Convenções da ONU sobre Apatridia;
Ação 10: Melhorar dados quantitativos e qualitativos sobre populações apátridas.
(UNHCR, 2014, p. 4)

Encontra-se, então, o ponto de interseção entre as boas práticas para extinguir a apatridia e o pressuposto de número seis elencado por Eligio Resta na Metateoria do Direito Fraterno. Este pressuposto apresenta a ideia de que o direito fraternal é contra os poderes, contra uma maioria que exerce domínio (RESTA, 2004, p. 135). As 10 ações elencadas no relatório das Nações Unidas, embora precisem ser efetivadas pelos países para gerarem resultados, já se apresentam como uma forma de não-dominação de um Estado em relação ao outro ou em relação a uma minoria, visto que somente unindo forças é que os resultados serão alcançados.

O relatório (UNHCR, op. cit.) ainda apresenta alguns casos de políticas que foram realizadas dentro dos Estados para acabar com a apatridia. O primeiro relato é da Costa do Marfim, que, em 2013, realizou reformas na lei de migração, significando a inclusão de povos que antes eram reconhecidos como apátridas. Há também o relato de uma cerimônia de naturalização em Riga, capital da Letônia, de 77 apátridas, resquícios dos antigos Estados da URSS. O governo da Letônia determinou que somente teriam cidadania automática aquelas pessoas que viviam na Letônia antes de 1940, data da ocupação russa¹².

O informe das Nações Unidas sobre apátrida (2011, p. 4) apresenta casos de sucesso no combate à apatridia: em Bangladesh, as minorias Bihari, falantes de Urdu, permaneceram sem nacionalidade por três décadas. Uma decisão marcante na Corte Suprema de Bangladesh em 2008 confirmou o direito à cidadania bangladeshi aos Biharis. Em seguida, o governo expediu documentos de identidade e registrou os Bihari para votar nas eleições que aconteceram naquele mesmo ano. No Vietnã, em 2009, foi feita uma emenda à lei de cidadania para resolver a apatridia entre mulheres vietnamitas que casavam

¹² Para mais informações sobre os apátridas na Letônia, acessar a página disponível em:<<http://www.voxeurop.eu/pt/content/article/3776441-apatridas-russos-com-problemas-de-identidade>>; <https://gazetarussa.com.br/sociedade/2015/06/15/governo_da_letonia_ignora_situacao_de_populacoes_russofonas_30465>. Acesso em 04 dez. 2017.

com estrangeiros, renunciando à sua nacionalidade. Com o fim do casamento antes da naturalização, estas mulheres viravam apátridas. Na Indonésia, uma lei de 2006 acabou com a apatridia de mais de 100 mil pessoas que perderam a nacionalidade, pois estavam vivendo fora do país há mais de cinco anos. A lei, ainda, facilitou a aquisição de documentação para muitos chineses que viviam na Indonésia como apátridas por conta de uma restrição de reconhecimento de cidadania para quem não é de origem indonésia.

Embora a apatridia aparentemente não afete o Brasil, isso não é verdade. Há casos recorrentes, como nos anos 90, em que foram gerados milhares de “brasileirinhos apátridas” espalhados pelo mundo. Entre 1994 e 2007, a CF-88, Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecia que seriam brasileiros somente os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que viessem a residir na República Federativa do Brasil e optassem em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. A emenda constitucional número 54, aprovada pelo Congresso Nacional em 2007, suspendeu a exigência de que as crianças nascidas no estrangeiro deveriam viver no Brasil para receber a nacionalidade. (OLIVEIRA; MARTIN, 2016, p. 10).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou em 2005 o caso Yean e Bosico vs República Dominicana. O Estado da República Dominicana negou a cidadania dominicana às duas meninas, deixando-as apátridas até o ano de 2001. Como consequência, as meninas não puderam frequentar a escola. A Corte declarou a responsabilidade do Estado por violação ao direito à nacionalidade, dentre outros. A República Dominicana buscou mão de obra haitiana para trabalhar nas plantações de cana-de-açúcar durante várias décadas. Todavia, estes trabalhadores passaram a ser explorados nas plantações, vivendo muitos anos na informalidade, sem documento algum que comprovasse a moradia na República Dominicana. Vivendo sem documentação, seus filhos, nascidos em solo dominicano, também passaram por dificuldades ao obter documentos, como é o caso relatado acima (MORAES, 2016, p. 147-151).

Ainda há outros casos importantes de boas-práticas: no Quirguistão ocorreram reformas abrangentes em 2007 que permitiram que aproximadamente 40 mil pessoas que viviam sem nacionalidade depois da independência, recebessem este direito. A nova legislação reconheceu como nacionais todos os soviéticos apátridas que residiam no país por cinco anos ou mais (ACNUR, 2014, p. 28). No Quênia, uma nova Constituição foi adotada em 2010 e uma Lei sobre Cidadania e Imigração, que incorporam, dentre outras medidas contra a apatridia, uma norma que garante a cidadania a órfãos (*ibid.*, p. 38).

Tais práticas revelam o sentido do pressuposto número sete da Metateoria do Direito Fraterno, que menciona ser este um direito inclusivo, em que bens e direitos devem ser de todos (RESTA, 2004, p. 135). “*L’aria, la vita, il patrimonio genetico non possono che essere inclusivi; possono esserlo meno le proprietà quando non sono ugualmente distribuite*” (id., 2005, p. 133). Os direitos humanos pertencem aos humanos, são inclusivos, assim, pertencem aos apátridas também e as mudanças relatadas acima efetivam esses direitos.

Outras práticas que protegem as populações apátridas, e que se relacionam com as 10 ações lançadas acima, dizem respeito à facilitação e não demora na análise e disponibilização do processo de naturalização dentro das nações e a não utilizar o idioma como forma de discriminar aqueles que não o dominam completamente, devendo os Estados não requerer mais do que um adequado conhecimento do idioma para regularizar a naturalização dos estrangeiros (MREKAJOVD, 2014, p. 204-207).

Diante do exposto, a esperança na fraternidade é uma aposta, como menciona Resta no pressuposto de número oito: “*È la scommessa di una differenza rispetto agli altri codici che guardano alla differenza tra amico e nemico; (...)*” (RESTA, 2005, p. 133). Apostar na fraternidade significa reconhecer que os direitos humanos pertencem a todos e que os apátridas devem ser vistos como o outro-eu na sociedade. Pelo exposto, observa-se que muitas ações estão sendo feitas, principalmente pelas Nações Unidas, visando à melhoria nas condições de vida das populações apátridas, bem como se tem intensificado a busca por mudanças legislativas para que os Estados não criem casos de apatridia dentro de suas legislações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo estudou a condição de apatridia e perspectivas para a efetivação dos direitos humanos das populações apátridas na sociedade cosmopolita. Como visto, os apátridas são povos ou pessoas sem Estado, encontram-se em várias partes do planeta e em crescente número. Questionou-se: como ainda podem existir pessoas na condição de apátridas neste momento de busca constante por efetivação de direitos humanos? Quais medidas estão sendo tomadas e quais ainda podem ser postas em prática para erradicar a apátrida?

Para isso, utilizou-se o referencial teórico da Metateoria do Direito Fraterno de Eligio

Resta, diante da ideia de fraternidade como um anacronismo que retorna, das masmorras da Revolução Francesa, para a atualidade como uma desveladora de paradoxos, como uma nova forma de enxergar a realidade e o outro presente nesta realidade.

Dividido em quatro tópicos estruturados em consonância com os pressupostos elencados por Eligio Resta na Metateoria do Direito Fraterno, visando, através da intersecção entre apátridas e Direito Fraterno, responder às dúvidas anteriores, este estudo mostrou a importância de se debater a questão da apatridia, pelo fato de que relatórios das Nações Unidas e demais organizações internacionais mostram que é crescente a quantidade de apátridas no mundo, condição que gera a necessidade de medidas urgentes por parte dos Estados.

Analisou-se o conceito de apátrida, bem como as normas internacionais que tutelam os direitos dessas pessoas e as nomenclaturas existentes na doutrina jurídica sobre o tema. Observou-se que entre as classificações, de apátridas *de jure* e *de facto*, deve prevalecer o caráter humanitário e assistencial em relação a estas pessoas, sejam refugiadas, sejam apátridas, ou ambos. Embora haja a normatização e as obrigações elencadas nas Convenções, a apatridia ainda é constante na sociedade cosmopolita.

Ainda, estudou-se, especificamente a questão da nacionalidade, condição contrária à da apatridia. As mudanças na ordem internacional, diante do reconhecimento de direitos humanos internacionais, trouxeram a ideia de que o indivíduo deve ser o foco das atenções e não somente o cidadão. Tendo em vista esta preocupação internacional com os direitos humanos, verificam-se novas práticas que auxiliam na efetivação de direitos dos apátridas, separando a nacionalidade da cidadania e do próprio indivíduo.

O levantamento das principais situações que causam a apátrida – conflitos armados, legislações omissas, discriminantes ou em conflito com as de outras nações, fluxos migratórios, sucessão de Estados, dentre outras – evidenciou que as causas da apatridia são diversas, contudo, a discriminação com minorias é a principal causa da ainda existência de populações apátridas no mundo.

Também foram apresentadas práticas de efetivação dos direitos humanos dos apátridas por diferentes nações e organizações internacionais. Uma dessas práticas é o Relatório das Nações Unidas para extinguir a apatridia até o ano de 2024, que consiste num plano de 10 ações que devem ser implementadas pelas nações, com o apoio das Nações Unidas, para, dentre outros objetivos: extinguir situações de apatridia já existentes, prevenir

novos casos de apatridia e melhor identificar e proteger os apátridas.

Todos esses dados, em conjunto com os pressupostos da Metateoria do Direito Fraterno, mostram que é possível uma ação conjunta para a efetivação dos direitos humanos dos apátridas e a consequente erradicação da apatridia. A fraternidade, com espírito de hospitalidade, busca novas formas de enxergar a realidade, colocando todos na condição de humanos, independentemente das diferenças. Por isso, vale a pena apostar na fraternidade e no mundo sem apatridia.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *O que é a apatridia?* 2016a. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. *Quem são e onde estão os apátridas?* 2016b. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/quem-sao-e-onde-estao-os-apatridas/>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. *Doze milhões de apátridas vivem em limbo legal Brasil é “caso de sucesso” em campanha global do ACNUR sobre apatridia.* Brasília: ACNUR, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Apatridia_no_mundo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Nacionalidade e apatridia.* Manual para parlamentares n. 22. Genebra: ACNUR, 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=553f52ff4>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Uniceub*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

BOUCHET-SAULNIER. Guerra. In: *Dicionário prático do direito humanitário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

COSTA, Marli Marlene da; REUSCH, Patricia Thomas. Migrações internacionais (soberania, direitos humanos e cidadania). *Passagens: Revista internacional de história política e cultura jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 275-292, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/99>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LISOWSKI, Telma Rocha. A apátridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 3, p. 109-134, 2012. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. “O Haiti não é aqui”: a apátridia na República Dominicana. In: GEDIEL, Jose Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Org.). *Refúgio e hospitalidade*. Curitiba: Kairós, 2016, p. 139-164.

MREKAJOVD, Eva. Facilitated Naturalization of Stateless Persons. *Tilburg Law Review*, 19, p. 203-211, 2014. Disponível em: <http://booksandjournals.brillonline.com/docserver/journals/22112596/19/1-2/22112596_019_01-02_S022_text.pdf?expires=1512404212&id=id&accname=guest&checksum=427E34D57F20AFFD9B1F260C4221D396>. Acesso em: 04 dez. 2017.

OIM. *Glossário sobre migrações*, n.22. Genebra: OIM, 2009.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade*. Porto Alegre: Ed. da UniRitter, 2011.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Direitos humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas: da identidade à diferença. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 67-81, jul./dez. 2008.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *RBCS*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcso/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Editori laterza Bari, 2005.

_____. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SMITH, Dan; BRAEIN, Ane. *Atlas da situação mundial*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

UNHCR. *Global action plan to end stateless 2014-2024*. Genebra: UNHCR, 2014. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/statelessness/54621bf49/global-action-plan-end-statelessness-2014-2024.html>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. *Mid-year trends 2016*. Genebra: UNHCR, 2017. Disponível em: <www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/58aa8f247/mid-year-trends-june-2016.html>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. *Protegendo os direitos dos apátridas*: convenção da ONU de 1954 sobre o Estatuto dos apátridas. Genebra: UNHCR, 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

O LUGAR DO DIREITO PENAL NA LUTA DOS MOVIMENTOS DE MULHERES NO BRASIL

THE PLACE OF CRIMINAL LAW IN THE FIGHT OF WOMEN'S MOVEMENTS IN BRAZIL

Luanna Tomaz Souza¹

Resumo: O artigo analisa em que medida os movimentos de mulheres têm utilizado o recurso ao direito penal como forma de enfrentamento à violência cometida de contra a mulher no Brasil e quais são os problemas decorrentes dessa vinculação. Num primeiro momento analisa-se a ação dos movimentos de mulheres no Brasil, depois os problemas do recurso ao direito nas ações dos movimentos sociais e se este pode ter um viés emancipatório. Por fim, é avaliado se a ação dos movimentos de mulheres tem importado uma legitimação de um sistema seletivo e violento.

Palavras-chave: Movimento de mulheres. Lei Maria da Penha. Teorias feministas. Sistema de justiça criminal.

Abstract: The article analyzes the extent to which women's movements have used the use of criminal law as a mean of coping with the violence committed against women in Brazil and which are the problems arising from this linkage. First, we analyze the action of women's movements in Brazil, then the problems of recourse to the law in the actions of social movements and whether it can have an emancipatory bias. Finally, it is evaluated whether the action of the women's movements has imported a legitimization of a selective and violent system.

Keywords: Women's movement. Maria da Penha law. Feminist theories. Criminal justice system.

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 80, os movimentos de mulheres no Brasil passam a discutir intensamente a questão da violência e isso indubitavelmente contribuiu para inúmeros

¹ É graduada em Ciências Sociais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará e Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. É Diretora em exercício da Faculdade de Direito da UFPA e professora do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFPA. É pesquisadora do Grupo de Estudos sobre Mulher e Relações de Gênero Eneida de Moraes (GEPEM-UFPA). Coordena o Grupo de Estudos em Direito Penal e Democracia (UFPA), a Clínica de Atenção à Violência (CAV/UFPA) e o Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Violência na Amazônia (NEIVA-UFPA). É conselheira da OAB-PA. Integra a Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB. Tem experiência na área de Direito Penal e Processo Penal, Criminologia, Sociologia Jurídica, Segurança Pública, Direito das Mulheres e das Crianças e Adolescentes.

Artigo recebido em 05/12/2017 e aprovado para publicação em 13/08/2018

avanços como políticas públicas, em especial os conselhos e as delegacias da mulher, e avanços legais, em especial, a Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, e a Lei nº 13.104/2015, a Lei do Feminicídio.

O presente artigo pretende analisar em que medida os movimentos de mulheres no Brasil se utilizaram do recurso ao direito penal como forma de enfrentamento à violência cometida de contra a mulher no Brasil e os problemas decorrentes dessa vinculação.

Essa preocupação se justifica diante do crescimento do encarceramento no país e o desenvolvimento de críticas contundentes a um punitivismo existente hoje que reafirma o excesso punitivo e ignora as mazelas do sistema de justiça criminal que atua de forma seletiva e reproduz violências e marginalidades.

Em um método dedutivo de análise parte-se de autores das Ciências Sociais e do Direito para compreender de que forma os movimentos sociais percebem os limites do recurso ao direito penal, sem ignorar os avanços em âmbito nacional e internacional, em especial no aspecto legal e de políticas públicas. A pesquisa também utiliza fontes secundárias de pesquisas realizadas e âmbito de dissertação e doutorado sobre a atuação dos movimentos no enfrentamento à violência cometida contra a mulher.

2. A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DAS MULHERES ORGANIZADAS NO BRASIL

Os movimentos sociais foram objeto de pesquisa eminentemente da Sociologia. Por volta de 1840, o termo começou a ser utilizado por Lorenz Von Stein, que à época chamava a atenção para o movimento operário francês, o comunismo e os socialismos emergentes. A partir da segunda metade do século XX, os movimentos sociais passaram a assumir novas fisionomias. Novas bandeiras passam a surgir: o feminismo, o pacifismo, a ecologia, o que alguns autores vão denominar “novos movimentos sociais” (HERKENHOFF, 2004).

Esses movimentos têm cumprido um papel relevante no processo de remodelamento das instituições sociais, tornando-as mais democráticas e abertas à participação popular. Em razão disso, importantes concepções e valores sociais têm sido repensados, de modo a poderem abrigar as novas demandas sociais, possibilitando o exercício de práticas coletivas voltadas à afirmação da autonomia dos sujeitos e grupos sociais. A condição deficitária das minorias, a qual impede que a cidadania possa ser gozada indistintamente por todos, vem sendo progressivamente minada (SOUZA JÚNIOR, 1991).

A rigor, no Brasil, datam de 1977 e 1978 os primeiros estudos, atraídos pelo ineditismo de práticas populares numa conjuntura de despolitização repressiva e, a despeito de obstáculos jurídicos e institucionais, pela percepção de que este processo instaurava práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e revelando novos atores. Junqueira (2001) chama a atenção para o fato de que, no Brasil, tais movimentos surgem com características diferentes dos países centrais, atentos a problemáticas específicas da realidade nacional e politizando espaços antes silenciados. Na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras de 2002, por exemplo, em sua Carta de Princípios, os movimentos de mulheres² destacaram uma agenda de compromissos com questões muito amplas como a “justiça econômica e social”, “a crítica ao modelo neoliberal injusto, predatório e insustentável do ponto de vista econômico, social, ambiental e ético”, “comprometer-se com a luta pelo direito à terra e à moradia”, e outros temas ligados à política global.

Segundo Christo (1998), contudo, é o âmbito da micropolítica que estes movimentos sociais têm como objetivo precípuo, buscando melhorias em determinados aspectos da vida cotidiana, reelaborando condições consideradas desfavoráveis, colocando em pauta temas como o desequilíbrio ecológico, a poluição, a falta de habitação e saneamento básico, o preconceito racial, a discriminação por orientação sexual e as questões de gênero.

As abordagens da micropolítica podem ser relacionadas com processos de singularização, de valorização da subjetividade no qual se inserem os movimentos sociais. Guattari e Rolnik (1996) destacam que o que caracteriza estes movimentos não é somente uma resistência contra o processo de serialização da subjetividade, mas também a tentativa de produzir modos de subjetividade originais e singulares.

Evidentemente, não podemos aqui desconsiderar a relevância da articulação entre os partidos políticos e os movimentos sociais, uma vez que através das entidades partidárias as reivindicações e os projetos desses movimentos sociais encontram representação e transcendem as transformações locais. Por vezes, diante da diversidade representada pela construção destes movimentos há questões gerais que os unificam no âmbito da macropolítica como a luta pelos direitos humanos ou o campo mais progressista da política, identificado, em regra, como esquerda.

² Há que se ressaltar neste trabalho que mesmo usando o termo “movimentos de mulheres” e/ou “movimentos feministas” no plural, é reconhecida as especificidades presentes em cada movimento que os compõem. Utiliza, contudo, o termo no plural para marcar o reconhecimento a sua diversidade.

Isso também demonstra como a noção de diversidade é marcante para estes movimentos. Em primeiro lugar, pela dimensão que esta ocupa no âmbito da igualdade propugnada entre homens e mulheres. Em segundo lugar, pela própria forma com que esses movimentos são construídos, aglutinando segmentos extremamente diversos em torno de uma pauta comum na defesa dos direitos das mulheres. De onde você fala, de que entidade você faz parte, todas essas questões marcam sua construção como sujeito deste movimento.

Na construção da III Conferência Nacional de Políticas Públicas Para as Mulheres o próprio regimento impõe a observância da representação de classe, étnico racial, geracional e de liberdade sexual da composição das delegadas (art. 24, § 2º). Desta feita, muito marcante na construção da Conferência era o segmento de representação, que podia colocá-las como comissão organizadora, como delegadas, ou como simples participantes.

Essas contradições e antinomias não podem nos permitir desconsiderar a grande contribuição destes movimentos ao criar formas de luta e de defesa da cidadania baseadas na participação e no reconhecimento da diversidade nas esferas de participação. As práticas autoritárias ainda vigentes na estruturação de determinadas organizações partidárias impõem na maioria das vezes limites na distribuição do direito de decisão ao estabelecer inúmeras hierarquias, que tais movimentos, em que pese ainda sentirem tais influências, tentam constantemente irromper.

As práticas coletivas expressas nos novos movimentos sociais são importantes instrumentos de construção de uma cidadania que é fruto da conquista e tem como cerne a capacidade de criar padrões de convivência social não excludentes, mas que promovam o respeito às diversidades.

A ideia de cidadania que mais se coaduna com o projeto de democracia dialógica é aquela que toma o indivíduo como sujeito de direitos e que, ao exercê-los, influi e delimita as funções do Estado. Tal concepção destaca a interdependência entre cidadania e participação. Esses elementos não podem ser objeto de concessão do Estado, nem de um segmento social aos demais, nem mesmo de um projeto de política social moldado sem a prévia reflexão e deliberação dos membros da comunidade a que se destina. Nenhuma instância social pode conceder a cidadania ou estabelecer os limites da participação, porque do contrário teremos um arremedo de cidadania, viciada na sua origem e deficitária no seu exercício.

O Direito, sob o paradigma humanista da modernidade, constituiu-se a base da formação de uma noção fundamental: a de sujeito de direito. Essa noção vem remeter à ideia mais abrangente de pessoa humana, a qual lhe serve de referência antropológica, e que é individualizada no contexto da relação jurídica.

Na esfera dos movimentos sociais, autores como Souza Júnior (1991) constroem a noção de sujeito coletivo: uma coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas mediante as quais seus membros pretendem defender interesses e expressar suas vontades, constituindo-se nessas lutas. A análise da experiência da ação coletiva dos novos sujeitos sociais, que se exprime no exercício da cidadania ativa, designa uma prática social que autoriza estabelecer a determinação de espaços sociais a partir dos quais se enunciam novos direitos e a constituição de novos processos sociais.

Os movimentos de mulheres são um exemplo de como formas de luta organizada e criativa podem contribuir para a evolução das relações sociais. Através da diversificação das estratégias de conquistas, que variam desde o diálogo com entidades partidárias e sindicais, até a inserção dos movimentos em outras organizações coletivas baseadas em identidades étnicas, religiosas, as mulheres organizadas forçaram o debate público sobre as relações de gênero.

O movimento feminista teve sua eclosão a partir dos anos 60, sempre pautado por uma grande multiplicidade, em que momentos unitários foram efêmeros e com objetivos muito específicos. Surge como movimento organizado no último século nos Estados Unidos. Antes, podemos apenas destacar atuações individuais ou de pequenos grupos nas lutas das mulheres em busca de seus direitos (CELMER, 2008).

No Brasil, a ação das mulheres organizadas não é recente, ganhando, entretanto, maior repercussão na década de 70 quando, inclusive por iniciativa das Nações Unidas, foi proclamado o Ano Internacional da Mulher (1975). Atualmente, os movimentos de mulheres são uma realidade em quase todo o país, havendo diversos grupos e organizações femininas que objetivam a superação da discriminação sexual e a implementação de políticas públicas que contemplam as necessidades das mulheres.

No presente artigo será feita referência especial aos movimentos de mulheres, pois nem todos os movimentos de mulheres se identificam como feministas. Na realidade, conforme ressalta Gregori (1992), mesmo o movimento feminista não pode ser considerado uma entidade concreta, um movimento unificado, mas está sujeito a influências históricas,

culturais, sociais, conflitos e contradições. Sua definição assim é difícil, tal qual a quantidade de tendências, de agrupamentos e a diversidade de ideias, envolvendo visões de mundo que se pautam, essencialmente, na busca por uma relação de maior simetria entre os sexos. Este termo traduz, assim, todo um processo que se constrói no cotidiano e que não tem ponto determinado de partida ou chegada, mas é repleto de transformações, contradições, avanços e recuos (SOUZA, 2009).

No Brasil, historicamente, a depreciação foi utilizada como arma antifeminista. Mulheres que lutavam por direitos ou que assumiam atitudes consideradas inadequadas ao modelo tradicional de feminilidade e às relações estabelecidas entre os gêneros eram consideradas na sociedade, e em parte ainda o são, como "masculinizadas, feias, despeitadas" (SOIHET, 2013). Isso criou uma resistência à identificação de mulheres desta forma. Inegável, contudo, que os movimentos feministas e de mulheres, em toda sua diversidade, são uma referência fundamental em temas do interesse das mulheres no plano internacional e também nacional, sendo um dos movimentos sociais do país de maior força e expressão de resistência às inúmeras violações aos direitos humanos.

No Brasil, a partir da década de 70 e 80, os movimentos começam a dar atenção especial à questão da violência cometida contra a mulher, tornando-a visível na mídia, principalmente diante da repercussão da morte de Ângela Diniz.

A partir disto, em São Paulo, no ano de 1980, é criado o primeiro grupo de combate à violência contra a mulher, o SOS-MULHER, cuja experiência foi pioneira no sentido da defesa dos Direitos das Mulheres e, também, de oferecer apoio psicológico e material a mulheres vítimas de violência. Apesar de sua curta duração (1980-1983) é o embrião das organizações não-governamentais de defesa da mulher no Brasil.

Em 1985, é criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, que aos poucos foi perdendo sua autonomia financeira e administrativa, esvaziando-se o órgão. Em resposta ao desmantelamento do Conselho, principalmente pelo Governo Collor, o movimento de mulheres voltou à luta e criou o Fórum Nacional de Presidentes de Conselhos da Condíção e Direitos da Mulher, uma instância de articulação política rapidamente reconhecida e legitimada.

O chamado “Lobby do batom”, instituído pelos movimentos de mulheres brasileiras, incluindo 26 deputadas federais constituintes, obtém significativo avanço, garantindo que na

Constituição Federal fosse prevista a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (CELMER, 2008).

O Brasil chegou a sediar, em junho de 1994, em Belém, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, um marco na luta dos movimentos de combate à violência cometida contra a mulher.

Em 2002, é criada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres através da Medida Provisória 103, no primeiro dia do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para desenvolver ações conjuntas com os Ministérios e Secretarias Especiais, com o fito de incorporar as especificidades das mulheres nas políticas públicas e estabelecer as condições necessárias para a sua plena cidadania, consolidando uma importante parceria entre os movimentos e o Estado na elaboração das políticas públicas.

Fica clara assim a importância da atuação dos movimentos para impulsionar as políticas públicas voltadas à violência conjugal. Cecilia Santos (2010), observou, contudo, que quer no domínio da formulação, quer no da implementação, há mecanismos de absorção/tradução destas demandas pelo Estado, que, numa perspectiva pós-estruturalista, pode ser considerado um espaço de lutas discursivas e de poder em que são legitimados e reconstruídos inúmeros interesses, direitos, identidades, categorias e relações sociais.

Os movimentos de mulheres extrapolaram assim os limites do seu status e do próprio conceito. Foi além da demanda e da pressão política na defesa de seus interesses específicos. Entrou no Estado, interagiu com ele, ao mesmo tempo em que conseguiu permanecer como movimento autônomo, elaborando e executando políticas dos lugares onde ocupava. No espaço do movimento, reivindica, propõe, pressiona, monitora a atuação do Estado, não só com vistas a garantir o atendimento de suas demandas, mas acompanhar a forma como estão sendo atendidas (SOUZA, 2009).

Nesse sentido, muitas demandas são absorvidas pelo Estado sem que sequer se reconheça a atuação dos movimentos de mulheres. É muito comum movimentos serem alijados das políticas após seu estabelecimento. Isto cria uma relação dicotômica que não expressa a importância destes movimentos para sua existência, além de retirar dos mesmos o protagonismo sobre seus rumos. Alimenta-se, na verdade, a lógica de que os movimentos de mulheres estão distantes da compreensão sobre o mundo jurídico e suas nuances, quando, na realidade, foi através destes movimentos que tal questão passou a ser reconhecida como um fenômeno jurídico.

3. O RECURSO AO DIREITO NAS AÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

É interessante observar o papel que o direito pode ou não ocupar nas lutas sociais contra hegemônicas. A ideia de Democracia sem fim de Boaventura de Souza Santos (1997) supõe que o exercício democrático societal está longe de se cumprir com as instituições democráticas representativas. A democracia realiza-se por um continuado aprofundamento das práticas democráticas, processo que implica por um lado uma crescente participação dos cidadãos e por outro a capacidade do exercício democrático para confrontar as desigualdades.

Madalena Duarte (2011) constrói a ideia de “justiça sem fim”, como aquele processo que permite que o direito opere como instrumento de democracia e justiça social para aqueles que delas mais carecem. É também o processo que continuamente reinventa os sujeitos de direitos no seio de formações sociais em constante mudança. Os movimentos sociais são aqui parte essencial deste processo.

A ação dos movimentos sociais parte da articulação entre uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. Segundo Santos (2002), a primeira é uma investigação que visa demonstrar que o que não existe é, na verdade, ativamente produzido, como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe. Pauta-se numa perspectiva de uma política de reconhecimentos que toma parte na transformação do que existe criando novos espaços de possibilidade. Ao reconhecer eixos emancipatórios no direito, a sociologia das ausências explora a possibilidade do seu uso em lutas contra-hegemônicas. A escolha dos movimentos de mulheres pauta-se numa sociologia das emergências, isto é, pela evidência daquilo que existe como uma tendência, pela presença de um “ainda não”, de uma “possibilidade e uma capacidade concreta que nem existem no vácuo, nem estão determinadas”. Os movimentos incluem, assim, o recurso ao direito e aos tribunais como uma pauta estratégica.

Nos finais do século XIX e princípios do século XX, após um primeiro período de entusiasmo, começa uma contestação social às promessas não cumpridas da modernidade. O direito começa a denotar fragilidade. Passa a se aproximar das pessoas judicializando a vida social de uma forma sem precedentes, dando maior visibilidade aos tribunais.

Segundo Duarte (2011), coloca-se nesse momento também um dilema aos tribunais: continuar a aceitar a omissão política, que poderia salvaguardar sua independência, mas

torná-los socialmente irrelevantes ou aceitar sua cota-parte de responsabilização política na atuação promocional do Estado. Esta opção ocorreu nos países com fortes movimentos sociais, levando os tribunais a posturas pró-ativas, a intervir no domínio da constitucionalidade por omissão e à coletivização da litigiosidade. O direito, ainda permanecendo estatal, volta a colocar-se no centro das lutas sociais como um instrumento privilegiado e aceito pelos movimentos contestatórios que podiam inclusive usar o direito contra o Estado.

No contexto hodierno, torna-se evidente que algumas promessas não foram cumpridas e nunca se cumprirão, outras foram cumpridas em excesso. O Estado enfraquece e a comunidade torna-se mais marginalizada do que nunca. Se no momento anterior, as relações sociais estavam amplamente reguladas pelo direito, com a crise do Estado-Providência, verifica-se que nem todas as áreas são reguladas pelo direito. Também ao contrário do período anterior, onde o direito foi politizado, agora ele é politizado até certo limite. Diante dos excessos e déficits da modernidade, o direito foi um instrumento de refreamento de velhas expectativas e regulação de novas, sendo que historicamente ele permitia operar mudanças sociais que não colocavam em causa o paradigma da modernidade, antes o reproduziam. Cabe então perguntar se seria legítimo seu uso nas direções emancipatórias.

Sobre esse aspecto são identificadas por Duarte (2011) duas principais correntes. A primeira seria a derrotista. Inspirada no pensamento marxista, acredita que o direito não é só hegemônico, como serve a propósitos hegemônicos. Estas opiniões caminham no sentido de que o direito contribui para a legitimação das instituições e relações sociais dominantes:

A dependência política que se esconde por detrás de uma aparente neutralidade do direito e de suas instituições proporciona que, para vários autores, o direito seja tido como instável, ambíguo e manipulável, podendo ser utilizado para justificar qualquer decisão judicial. A aparente instabilidade do direito e a maleabilidade dos direitos é mais visível e contextos de instabilidade social, política e/ou econômica (DUARTE, 2011, p. 27).

Ao recorrer ao tribunal, o movimento põe nas mãos do juiz o rumo de suas lutas, podendo a decisão ter consequências intencionais ou não. Outra questão relevante a considerar é a distância entre o “direito presente nas leis” (*Law in books*) e o direito efetivamente exercido (*Law in action*). Muitas vezes, mesmo quando os desenhos legislativos

são concebidos ao encontro das agendas emancipatórias, a fraca capacidade das suas instituições para impor tais agendas frustra estes direitos em sua concepção original. No Brasil, por exemplo, é comum a expressão “lei que pega” e “lei que não pega”. O mesmo acontece quanto às decisões judiciais. O Poder Judiciário nem sempre tem a capacidade para implementar suas decisões para pessoas para além dos litigantes, havendo sempre espaço para evasão legal.

A discrepância entre o direito legislado e o direito exercido na prática pode também ter origem na agenda política que promove a criação de determinadas leis. Há direitos que só se permitem ser progressistas porque se sabe que não vão ser efetivados, na tentativa de simular uma transformação social e emudecer as reivindicações dos grupos empurrando o direito escrito para frente de práticas que não serão concretizadas.

Outro argumento apresentado contra a mobilização do direito pelos movimentos sociais é o fato de aquele aniquilar a diferença. A lei uniformiza-os na medida em que todos são iguais perante a lei, e naturaliza-os, considerando que todos eram iguais antes da lei. Isso leva também a despolitização do movimento social por inúmeras razões. Primeiro, o fato de muitos movimentos verem transformações legais como um fim em si mesmo, perdendo a noção dos objetivos que levaram a politização. Em segundo, a despolitização ocorre na sequência da individualização dos direitos. Uma experiência coletiva é transformada numa reclamação individual, perdendo-se o impacto político desejável.

Essa despolitização é marca da própria formalização e burocratização que a relação com o mundo jurídico acarreta, impedindo a expansão do movimento, ou então, o moldando em termos semelhantes aos de uma firma de advogados e consultores. Permite também ao Estado condicionar a ação dos movimentos, pois os tempos e a linguagem destes tornam-se a linguagem e os tempos definidos pelo andamento do processo.

Em algumas situações há inclusive a criminalização dos seus/as militantes. Numa situação de conflito entre os movimentos e o aparelho estatal, este se coloca muitas vezes não numa postura de administrar o conflito, mas de criminalizar a conduta dos militantes. Esse controle, essa intervenção operada pelo Estado, situa-se concretamente através da estruturação das chamadas agências de criminalização (polícia, ministério público, poder judiciário, dentre outras) (FOSCARINI, 2008).

Esta perspectiva tem afinidade com o ceticismo com que Foucault (1979) lê as possibilidades de ação emancipatória na modernidade. Apesar de relativizar a centralidade

das emanações da soberania nos Estados modernos, o autor confere pouco espaço para conceber o direito fora do exercício da dominação.

A perspectiva derrotista tende a desvalorizar as experiências que dão conta das possibilidades emancipatórias do direito, sustentando-se primordialmente na ideia do direito como instrumento de poder pelos grupos dominantes e nas práticas do exercício do direito, tendentes que são a reiterar o *status quo*.

Para Duarte (2011), a perspectiva informada procura repensar o direito, adequando-o às reivindicações normativas dos grupos subalternos e dos seus movimentos, bem como das organizações que lutam por alternativas à globalização neoliberal.

Reconhece que há um direito emanado do Estado, contudo, acredita que o direito oficial é muito diverso, e por vezes contraditório, assim como nem todo o direito se reduz efetivamente ao direito estatal, embora fosse o propósito do bem-estar social. Segundo Santos (1980), o reconhecimento deste pluralismo jurídico implica aceitar que existem zonas de contato e que o combate jurídico travado na zona de contato é uma luta pluralista pela igualdade transcultural. As lutas contra hegemônicas surgem cada vez mais nestas zonas de contato, pelo recurso a múltiplas fontes de direito e pela concorrência feroz entre elas. Nestes termos, as organizações não governamentais (ONGs) e os movimentos sociais podem ser reconhecidas também como fontes do direito.

Ainda que hegemônicas, as diferentes formas de direito, nas quais se inclui o direito estatal, podem ser usadas para prosseguir objetivos não hegemônicos, dependendo do uso específico que lhes é dado pelos grupos sociais. Para Santos (2003), o direito não pode ser emancipatório ou não-emancipatório, porque emancipatório ou não-emancipatório são os movimentos, as organizações, os grupos cosmopolitas que recorrem à lei.

Alguns autores acreditam numa espécie otimismo ingênuo, que acredita que os tribunais ao garantir o acesso a grupos sem influência na arena política decidindo favoravelmente sobre os direitos desses grupos assumem um papel de corretores das desigualdades sociais. Acreditam que a transformação social provocada pelo direito seria assim inevitável.

A perspectiva informada, contudo, não aposta na mistificação do direito, considerando que nem sempre as novas leis são efetivadas e que as decisões judiciais frequentemente falham na sua componente redistributiva. A revogação de uma lei não significa erradicação social, sendo aliás constante a oposição do *status quo* cultural às

transformações legais, que podem se dever a fontes de direito não estatais ou paternalismos políticos mais do que uma vontade política comprometida. Por outro lado, “também não é menos verdade que os valores que o direito exprime não estão necessariamente fixados para sempre e que é função de cada lei encorajar as normas sociais a caminhar em certas direções” (DUARTE, 2011, p. 43).

Alguns grupos podem optar também por mais eficaz a curto prazo zelar pela concretização efetiva das leis definidas pelo direito estatal do que lutar pela transformação do *status quo* jurídico.

No que se refere ao fraco poder de implementação das decisões judiciais, a perspectiva informada enfatiza importantes conquistas alcançadas pelos tribunais. É necessário assim ter em conta a função simbólica dos tribunais. A garantia da tutela dos direitos por parte dos tribunais tem geralmente um poderoso efeito de confirmação simbólica.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Brasil de reconhecer a união homoafetiva³, por exemplo, levou a que muitos Estados reconhecessem a conversão da união em casamento seguindo a dianteira do Congresso Nacional, onde grupos conservadores possuem grande força, como o segmento religioso.

Sobre estas questões pode-se inferir que em primeiro lugar, a mobilização dos tribunais por parte dos cidadãos implica a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar, sendo uma forma de exercício da cidadania e da participação política. Em segundo lugar, as funções do direito extravasam a resolução concreta dos conflitos, devendo o mesmo ser entendido como uma concepção de poder, como um conjunto de recursos e meios cujo controle e mobilização geram e exacerbam conflitos mais do que resolvem. Por fim, deve-se enfocar não a efetiva aplicação da decisão judicial, mas sim o uso do direito como um recurso estratégico na luta global do movimento. Para Duarte (loc. cit., p. 47), “o risco de despolitização só estará iminente se a luta se legalizar antes de se politizar, isto é, se os grupos recorrerem apenas a estratégias jurídicas e judiciais”.

A articulação do recurso ao tribunal com outras vias de ação torna uma derrota judicial menos perniciosa para os objetivos do movimento e dificilmente implicará a sua desmobilização. Tais ações podem envolver o *lobby* e comunicados de imprensa, mas

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ.

também comportar ações mais radicais de confronto como greves, manifestações de rua, desobediência civil.

De acordo com a perspectiva informada, que tem como representantes Boaventura de Souza Santos (2003) o recurso crescente aos tribunais pelas ONGs e movimentos leva progressivamente a transformação daqueles. A cidadania ativa pressupõe que todos os níveis de poder, os processos, os mecanismos, as instituições se amoldem e se adaptem às formas de participação popular. Assim, em diversos países, os movimentos sociais têm vindo a reivindicar um efetivo acesso ao direito e à justiça independente e imparcial. Estes novos atores têm vindo a permear o campo jurídico, na perspectiva de Bourdieu (2005), reduzindo a distância entre o conhecimento científico e o conhecimento informado pelas práticas sociais.

4. OS MOVIMENTOS DE MULHERES E O RECURSO AO DIREITO PENAL

A ideia de que as agências penais se encontram capacitadas para dar resposta aos conflitos que atormentam a sociedade está fortemente arraigada no imaginário coletivo. Contudo, o aparato penal não é senão um elemento de exercício de controle social que permite assegurar a continuidade do modelo dominante e a consolidação da hierarquização social. Desta feita, a justificação da intervenção penal como elemento dissuasivo de novas condutas delitivas carece de fundamento (Birgin, 2000).

Segundo Zaffaroni (2000), o poder punitivo é uma viga mestra da hierarquização verticalizante que alimenta todas estas discriminações e violações da dignidade humana. Como a expropriação e a seletividade são características fundantes do sistema penal atual, uma maior intervenção penal não resolve os problemas que enfrentam as vítimas.

O poder punitivo sempre opera seletivamente. A seleção criminalizante é o produto último de todas as discriminações. Cada grupo que luta contra a discriminação critica severamente o discurso legitimante do poder punitivo, mas sempre reivindica o uso do poder punitivo para redução de sua discriminação. No Brasil, temos exemplos emblemáticos como o Projeto de Lei que criminaliza a homofobia⁴, a Lei de combate à discriminação racial (Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.)⁵ e mais recentemente a Lei Maria da Penha (Lei

⁴ Projeto de Lei 122/06 da Câmara dos Deputados.

⁵ Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

11.340/2006)⁶. A pretensão de que o poder punitivo se ponha a serviço do discurso antidiscriminante é polêmica, pois como o poder hierarquizante da sociedade, o instrumento mais violento da discriminação, pode converter-se em um instrumento de luta?

Há teorias que postulam esta transformação pelo chamado direito penal mínimo. Trata-se de uma proposta que exige uma mudança profunda na sociedade para que o direito penal esteja ao lado dos mais débeis e não um mero retoque. Nada obstante, não há nada na história que permita afirmar a perspectiva desta mudança quando, pelo contrário, toda a experiência histórica prova que invariavelmente o poder punitivo tem estado sempre do lado mais forte. A pretensão de pequenas reformas pontuais leva a críticas, o que a sociedade está acostumada, mas também leva a uma legitimação do sistema. O poder punitivo pode sair satisfeito e mais forte, principalmente quando alguns afirmam que sua ineficácia diante da luta anti-discriminatória provém das garantias e limites que impõe a legalidade constitucional e internacional (ZAFFARONI, 2000).

Na medida em que o discurso anti-discriminatório se contamina com estas legitimações, se nega a si mesmo. Perde seu conteúdo ético ao admitir que outra pessoa possa se servir de meio para simbolizar qualquer coisa, por mais justa que seja, degrada-se e neutraliza-se.

O avanço do pensamento teórico feminista contrasta com a preeminência de certos discursos que outorgam legitimidade ao poder punitivo como instrumento que pode dar resposta às reivindicações das mulheres. Ignora-se assim que dentro do sistema penal existe uma visão de gênero e que este sistema reflete a visão que os numerosos mecanismos sociais construíram sobre gênero⁷. O sistema penal exerce certas funções de controle social em relação com as mulheres e durante o desenvolvimento de tais funções assimilou uma percepção de gênero da mulher como sujeito não digno de tutela nas mesmas condições que o homem.

No último período, contudo, acirrou-se a luta dos movimentos de mulheres para o fortalecimento da atuação do sistema de justiça criminal nos casos de violência conjugal. Esta luta levou principalmente a maior visibilização do tema, que quedava impune nas

⁶ Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁷ Exemplo disto é a presença do elemento normativo “mulher honesta” em diversos tipos penais, determinando que somente algumas mulheres seriam protegidas, aquelas que exerciam determinados atributos de gênero. Na antiga lição de Hungria, mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes” (HUNGRIA, 1981, p. 139). Isto somente foi retirado com a Lei 11.106/2005.

estruturadas dos juizados especiais criminais e nas varas comuns. Com a Lei Maria da Penha há a criação das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher, núcleos no Ministério Público e na Defensoria especializados e a ampliação das penas⁸ e hipóteses de prisão⁹. O Brasil possui hoje mais de 52 varas e juizados especializados de violência contra a mulher. Nas Varas e Juizados especializados, até julho de 2010, a Lei Maria da Penha já foi responsável por quase 111 mil sentenças proferidas, mais de 330 mil processos distribuídos, mais de 1500 prisões preventivas e quase 10 prisões em flagrante¹⁰.

Em volta do controvertido tema da relação entre mulheres e o sistema penal desenvolve-se um debate teórico entre as teorias feministas e as teorias garantistas preocupadas que o recurso exacerbado ao direito penal leve a crença na legitimidade do sistema, ao invés do reconhecimento de seus problemas (BIRGIN, 2000; CELMER, 2008).

A linguagem do direito deu particular força às reivindicações dos movimentos de mulheres. Essa linguagem é enganosa, contudo, se obscurece e oculta a diferença entre a reivindicação de um direito e a possibilidade de exercê-lo. As políticas de igualdade, apesar de sua importância, encontram-se limitadas para responder a injustiça e a desigualdade que hoje experimentam a maioria das mulheres que derivam de um sistema de opressão no qual estão implicados o Estado e a lei.

O direito é um discurso social e, como tal, dota de sentido as condutas de varões e mulheres, ao que converte em sujeitos, ao tempo que opera como o grande legitimador do poder que fala, convence, seduz e se impõe, através das palavras da lei. Este discurso jurídico institui, dota de autoridade, faculta a decidir ou fazer, e seu sentido resulta determinado pelo jogo de relação de dominação, pela situação das forças em voga em um certo momento e lugar.

As mulheres sentem-se discriminadas pelo sistema penal. A situação é extremamente paradoxal: quem tem menor vinculação com o direito penal se sente discriminado por ele e busca sua contenção e proteção pública, solicitando que lhes dê ingresso ao sistema.

⁸ Com a criação do § 9º do art. 129, a pena nesses casos passa de 3 (três) meses a 1 (um) ano, para 3 (três) meses a 3 (três) anos.

⁹ Determina-se a possibilidade de prisão preventiva quando do descumprimento de medidas protetivas determinadas pelo/a juiz/a de urgência.

¹⁰ CNJ. *Brasil passa a ter 52 varas e juizados especializados de violência contra a mulher.* <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13487-brasil-passa-a-ter-52-varas-e-juizados-especializados-de-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Segundo Larrauri (2008), alguns grupos feministas buscaram o recurso ao direito penal como forma de proteção às mulheres, o que pode levar a problemas, pois criminalizar condutas não assegura que sua aplicação fuja a estereótipos, tampouco que se enfrente as desigualdades. Ademais, isso pode levar a riscos como se atentar para alguns casos considerados mais graves e ignorar agressões cotidianas ou gerar tipos penais contra as mulheres, numa espécie de vingança.

As feministas argumentam que as agências penais não dão o tratamento devido aos conflitos que tem como vítima as mulheres porque subestimam a razão da discriminação de gênero inerente ao sistema androcêntrico que nos rege. Ao reclamar uma maior intervenção punitiva, ou seja, o uso simbólico do direito penal, o discurso feminista advoga pela legitimação do sistema penal e se contamina dos discursos discriminatórios em que este se funda. Por outra parte, pelo seu caráter coativo, o aparato punitivo se encontra informado por uma série de princípios – legalidade, culpabilidade, inocência- que derivam diretamente da vigência do sistema democrático que fazem com frequência com que se presuma que os autores dos delitos não são castigados.

Cabe ressaltar também que o sistema de justiça criminal não foi estrutura para oferecer atenção às vítimas. O Sistema penal moderno é resultado do processo de construção social do fim do século XII e início do século XIII e que coincide com a confiscação do conflito por parte do Estado das mãos da vítima. Este modo de resolver conflitos nasceu no momento em que o soberano começou a afirmar que toda violação à lei constitui intrinsecamente um desafio a seu próprio poder. A vítima foi assim privada de sua intervenção.

Como a expropriação e a seletividade são características fundantes do sistema penal atual, uma maior intervenção penal não resolve os problemas que enfrentam as vítimas. A seletividade do sistema penal opera desde a classificação das condutas que habilitam a intervenção coativa estatal e as que de fato serão objeto de processo criminal. Em realidade, o sistema de justiça criminal não possui canais de realização dos direitos da vítima, pois seu foco é o comportamento “desviado”.

Hoje existem diversos discursos que têm a intenção de levar a vítima em consideração, o que não passa de um paliativo, ou seja, uma forma de atenuar seus excessos e de modo algum uma restituição do direito confiscado. Quando o poder punitivo restituir a sério o poder da vítima teremos outro modelo de solução de conflitos, deixando de ser poder punitivo porque perderá seu caráter estrutural, que é a confiscação da vítima (ZAFFARONI, 2000).

Apesar da importância do reexame do papel da vítima reavivando seu protagonismo, isso tem despertado um processo perverso, onde estas e seus familiares são instrumentalizados pelo sistema punitivo. As vítimas são manipuladas e passam a opinar sob a égide de um autoritarismo penal, típico da Lei e da Ordem. Tem sido muito comum, por exemplo, a utilização dos nomes de vítimas para intitular leis o que faz com que a receptividade da lei e a comoção social sejam maiores. É o caso da Lei Maria da Penha, da Lei Carolina Dieckmann¹¹ e a Lei Joanna Maranhão¹².

Percebe-se nestas condutas verdadeiro populismo penal que reivindica o uso simbólico do direito penal. Os Projetos de Lei quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que sustentem tais posições. Os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem da influência da mídia (GAZOTO, 2010).

Em projetos de lei que envolvem a proteção de grupos vulneráveis é prática comum a criação de medidas extrapenais meramente programáticas, mas que, concretamente, aumentam penas e incidências de aplicação de leis penais. Boa parte desses projetos são de autoria de parlamentares oriundos de profissões ligadas à repressão criminal.

Poucas vezes na história o poder punitivo esteve tão carente de legitimidade e, como nunca, expressado verdadeiros disparates políticos traduzidos em leis penais incoerentes, sobre abundantes, ineficazes para os propósitos declarados, meramente sensacionalistas e demonstrativas da quebra de poder dos Estados Nacionais (ZAFFARONI, 2000).

Ao falarmos dos feminismos, todavia, não podemos ignorar suas diferentes abordagens limitando-o a um único pensamento. Segundo Cecília Santos (2010), não se pode resumir as lutas feministas à criminalização, sendo este em alguns casos apenas o enfoque “traduzido” pelo Estado de suas demandas. Em São Paulo, por exemplo, há coletivos que desenvolvem um trabalho de mediação de conflitos intrafamiliares a partir de uma abordagem terapêutica e não criminal (Pró Mulher, Família e Sociedade) ou que tem se focado na perspectiva da saúde pública (Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde). Há também lutas históricas de descriminalização de tipos como o aborto, a sedução e o adultério.

¹¹ Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

¹² Lei nº 12.650, de 17 de maio de 2012, que modifica as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Para a autora, muitas vezes o movimento segue este caminho como um recurso discursivo simbólico de ameaça e de conscientização social para evitar a trivialização de um problema que só recentemente foi reconhecido. Os movimentos feministas defrontam-se, assim, com o desafio de não permitir a restrição do tratamento de um problema que suas lutas demonstraram ser complexo e multidimensional.

Essa é uma questão que não alcança apenas os movimentos de mulheres, mas os movimentos sociais como um todo que são seduzidos pelo ideal repressor numa sociedade cada vez mais punitivista. Maria Lúcia Karam (1996) chamou de esquerda punitivista a adesão de amplos setores da esquerda à ideologia da repressão, notadamente utilizada pelos setores mais conservadores da sociedade contra os grupos ditos subalternos. Isto chama a atenção tendo em vista que durante muitos anos esses movimentos resistiram ao uso do direito por entendê-lo voltado aos interesses hegemônicos, sendo instável, ambíguo e manipulável (SOUZA, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível que em algumas ocasiões, o poder punitivo possa ter algum efeito simbólico, ou um efeito preventivo, mas isso não autoriza a legitimá-lo em sua totalidade, afirmindo que sempre tem este efeito. De qualquer modo, em nenhum caso se pode sancionar uma lei por um mero efeito simbólico, importando sempre em uma imoralidade: o emprego do ser humano como coisa, como meio, o desconhecimento de sua dignidade.

Na luta contra a discriminação nunca se pode lançar mão do poder punitivo? Não há em princípio nenhum obstáculo ético para employar a mesma técnica oriental de usar a força para neutralizá-lo. A questão radica em uma fina distinção de natureza pragmática que implica avaliação de custos e benefícios que cada discurso anti-discriminatório deve realizar acerca da conveniência, sempre conjuntural, de usar o poder punitivo como tática. Toda tática, entretanto, deve ser usada a serviço de uma estratégia, tendo que ser descartada quando obstaculizasse ou neutralizasse a estratégia.

Nada impede que haja uma lei penal antidiscriminatória, mas nada deve crer que com isso se esgota a reivindicação e não deve servir para legitimar o poder punitivo nem habilitá-lo a recair sobre os próprios discriminados.

Legitimamente, os movimentos de mulheres podem fazer uso do poder punitivo como recurso tático e com alcance limitado e prudente, de modo que não obstaculize sua estratégia. Para isso não deve blindar o poder punitivo com um elemento de legitimação geral (como a apelação ao valor simbólico), mas reconhecendo nele uma questão pragmática e tática, pois uma força inimiga, descartando que possa ser própria.

Também não se pode tachar os movimentos de mulheres de punitivistas, pois seria uma forma de invisibilizar diferentes manifestações desses movimentos e pautas históricas importantes como a descriminalização do aborto.

É necessário diálogo entre o pensamento feminista, preocupado com a proteção das mulheres, e com o pensamento crítico ao direito penal, que aponta as falhas desse sistema. Esse diálogo pode questionar o direito penal, para dizer que este não cumpre sua promessa de segurança das mulheres, mas que diante da falta de alternativas estruturadas é, em algumas vezes, o único recurso possível para impedir o aumento da violência contra determinadas mulheres. É necessário, nesse passo, apostar na diversificação das respostas e na construção de novos recursos.

REFERÊNCIAS

BIRGIN, Haydée. *El gênero del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes das organizações não-governamentais Themis e JusMulher sobre a Lei 11.340/06*. Dissertação de mestrado, Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

DUARTE, Madalena. *Movimentos na Justiça: o direito e o movimento ambientalista em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2011.

FOSCARINI, Leia Tatiana. *A criminalização dos movimentos sociais e o sistema judiciário*. III Mostra de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese de Doutorado, Sociologia, Universidade de Brasília, 2010.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e Queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

HERKENHOFF, João Batista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Através do espelho: ensaios de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital e Instituto Direito e Sociedade, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p. 79-92.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violência doméstica*. Montevideo: Euros Editores, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada, In: SOUTO, Claudio e Falcão, Joaquim (org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980, p. 107-117.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na transição pós-moderna*. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 2002, p. 237-280, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, p. 3-76, 2003.

SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, p. 153-170, 2010.

SOIHET, Rachel. Mockery as a conservative instrument among libertarians: Pasquim's antifeminism. *Revista de Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 13, n. 3, 2005.

SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz. “Será que isso vai pra frente, doutora?” *Caminhos para a implementação da Lei “Maria da Penha” em Belém*. Dissertação de Mestrado, Direito, Universidade Federal do Pará, 2009.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O sujeito coletivo de direito. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 131-142.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée (org). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 19- 38.

O INCIPIENTE PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SUA FUNÇÃO PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*THE INCIPIENT NON-RETROGRESSION PRINCIPLE AND YOUR PROTECTIVE
FUNCTION FOR THE FUNDAMENTAL RIGHTS*

Vitor Gonçalves Machado.¹

Resumo: O princípio da vedação de retrocesso é de suma importância para a consolidação do Estado Constitucional Democrático de Direito, por isso a necessidade de maior aprofundamento da temática, sobretudo no enfoque ao seu reconhecimento e alcance. Apesar das parcas literaturas sobre o tema, já existe jurisprudência no trato à problemática, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos principais Tribunais de Justiça estaduais. Não se pode menosprezar o princípio com argumentos falaciosos e interpretações limitativas equivocadas, tais como a doutrina da reserva do possível, sob pena de afrontar a plena consolidação da vedação de retrocesso. Sua relevância reside no fato de que não poderá o legislador, mesmo que indiretamente, restringir ou suprimir direito fundamental inserto no sistema jurídico.

Palavras-chave: Princípio da proibição de retrocesso. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

Abstract: The non-retrogression principle is a very relevant principle to the consolidation of the Democratic State of Law, therefore the need for further deepening of the theme, focusing particularly on its scope and recognition. Despite the meager literature on the subject, there is already case law in dealing with the issue. We cannot underestimate the principle with fallacious arguments and erroneous interpretations, such as the reserve of the possible, under penalty of affront the full consolidation of the non-retrogression principle. Its importance lies in the fact that the legislature cannot, even indirectly, restrict or eliminate the fundamental rights.

Keywords: Non-retrogression principle. Fundamental rights. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, passam por constante crise, muito em razão da falta de efetividade dos mesmos. Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV). Mestre em Direito Processual (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES). Pós-Graduado em Direito do Estado e em Ciências Criminais (Universidade Anhanguera). Advogado.

(2008, p. 12-13) que há uma crise de identidade, além da relacionada à efetividade, que perpetra o âmbito do Estado, da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo possível dizer que no Brasil vive-se um “*mal-estar constitucional*”, um “*pessimismo pós-moderno*”.

Nota-se também, rumando no sentido de agravamento da problemática, certas tentativas legiferantes em retroceder, às vezes de forma indireta e obscura, no rol catalogado e garantido dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Ora, basta verificar as recentes propostas de lei do Congresso Nacional em que se busca, em nome principalmente da salvaguarda da economia e dos cofres do Governo, mudanças em normas que garantem direitos fundamentais para a maioria da sociedade brasileira, como as reformas trabalhista e previdenciária.

Em razão disso, é inegável a importância que advém de uma consagração e extensão do *princípio da proibição de retrocesso* no sistema brasileiro, uma vez ser necessária cada vez mais a proteção (concomitantemente com a efetividade) dos *direitos e garantias fundamentais* ante à mencionada crise por qual atravessam.

Nesse sentido, buscar-se-á com o presente estudo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, compreender a extensão desse princípio, levando em consideração a necessidade de proteger os direitos fundamentais, sobretudo em razão de possíveis reformas legislativas.

Para tanto, a metodologia empregada focou no método dedutivo, partindo-se de premissas gerais (entendimentos de outros autores e órgãos julgadores) para uma observação mais particular (entendimento pessoal), a qual foi mais bem “encorpada” no quinto capítulo. Também se buscou, em certas passagens, o emprego do método dialético, que comprehende e considera opiniões e diferenças de opiniões, como existe na análise sobre a doutrina da *reserva do possível*. Com isso, outro objetivo pretendido foi o de trazer ao estudo uma argumentação que seja consistente e dialógica dentro da teoria do direito enquanto teoria formal.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

2.1 - FORMULAÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO

Artigo recebido em 29/12/2017 e aprovado para publicação em 11/10/2018

O nascimento das Constituições dos Estados, com a positivação de direitos sociais e a previsão das instituições encarregadas da aplicação e realização destes direitos, surge como o primeiro caminho aberto para a eclosão do princípio da vedação de retrocesso.

Foi a partir da *constitucionalização do Estado Social*², no final da década de 1920, principalmente com o advento da Constituição Alemã de Weimar, em 1919, e com a Constituição Mexicana de 1917, as quais serviram de modelo para muitas Constituições posteriores, que se passou a ter maior preocupação com a consagração dos direitos sociais em um patamar legalmente superior aos demais direitos, fazendo incluir no texto constitucional direitos como saúde, trabalho, moradia, assistência social etc.

Ocorre que posteriormente à eclosão destes Estados Sociais e da afirmação dos direitos humanos muitas crises, recessões e outras tantas variáveis foram percorridas, fazendo com que os governos se movessem para adaptar suas legislações em nome de certas necessidades “mais importantes” que a conquista histórica dos direitos fundamentais, sendo necessário, a fim de brecar tentativas legislativas que pareciam não atentar contra a Constituição, um pensamento, uma obrigação, um instrumento apto a fazer com que fosse impedido pelo legislador o *retroceder* no rol consagrado dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proibição de retrocesso começou a ser debatido no meio judiciário principalmente a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, tendo o Tribunal Constitucional português, conforme demonstra Cristina Queiroz, apreciado e julgado sensíveis casos relativos a direitos fundamentais sociais e as tentativas legislativas de diminuí-los ou extinguí-los.

Em um desses processos, Queiroz cita o julgamento (Acórdão nº 39/1984) que o Tribunal Constitucional proferiu sobre o “Serviço Nacional de Saúde” (considerado um verdadeiro *leading case* sobre o tema), declarando ser inconstitucional o art. 17 do Decreto-Lei nº 254, de 29 de junho de 1982, na parte em que revogava pura e simplesmente os artigos 18 a 61, 64 e 65 da Lei nº 56/1979, a qual instituiu o Serviço Nacional de Saúde. O argumento do Tribunal foi no seguinte sentido:

² Sobre uma rápida compreensão do nascimento do Estado Constitucional de Direito e Democrático, vale conferir: MORAES, 2010, p. 02-06.

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efetivamente criado, então a sua existência passa a gozar de proteção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma *garantia institucional* de um direito fundamental, logo, um *atentado ao próprio direito fundamental* (QUEIROZ, 2006b, p. 107, destaque no original).

Queiroz também traz à baila o *Acórdão nº 349/1985* do Tribunal Constitucional da Itália, Corte esta que, igualmente ao Tribunal Constitucional Federal alemão, prefere utilizar as referências “princípio da confiança”, “segurança jurídica” ou “cláusula da reserva do possível” em vez de “princípio da proibição de retrocesso social”. No referido acórdão, o Tribunal italiano salientou não ser vedado ao legislador modificar desfavoravelmente certas disciplinas de relações de duração, porém a ele não é conferido alterar disposições a partir de uma regulamentação irracional, “que incida arbitrariamente nas situações substantivas criadas por leis precedentes, frustrando a *confiança* dos cidadãos na *segurança jurídica*” (QUEIROZ, 2006a, p. 69).

Jeffries Jr. e Levinson (1998, p. 1215), por sua vez, analisam que o princípio ganhou especial destaque com o julgamento dos “*race cases*”, casos que foram levados à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) e que formaram a base para o estudo do *princípio do não retrocesso*³ no Direito Constitucional. Esses casos se tratavam de tentativas legislativas em estender proteções desagregadoras e discriminatórias como razoáveis e justas em questões de cunho escolar e imobiliário.

Como exemplo, o caso *Reitman vs. Mulkey* (de 1967), que refletiu o primeiro posicionamento da Suprema Corte americana sobre o assunto, trazia a questão dos eleitores do estado da Califórnia que pretendiam emendar sua Constituição para proibir leis que limitam o direito de cada indivíduo em recusar a vender, arrendar ou alugar bens imóveis a certas pessoas que bem escolher, em sua absolutadiscrição. A Suprema Corte decidiu que a legislação nesse sentido seria inconstitucional, já que poderia encorajar ou autorizar qualquer tipo de discriminação privada feita pelos indivíduos (*ibidem*, p. 1216).

Nesses casos julgados historicamente em solo norte-americano, Jeffries Jr. e Levinson (*ibidem*, p. 1217) identificam que o não retrocesso utilizado como tese da Corte foi no sentido de que estariam os legisladores indo de uma posição onde poderiam

³ A nomenclatura adotada em solo norte-americano tende a ser *non-retrogression principle*, ou seja, princípio do não retrocesso (em uma tradução literal).

beneficiar minorias, através de assuntos imobiliários e escolares sem discriminação, para uma posição onde não poderiam.

2.2 - ANÁLISE DE SUA DEFINIÇÃO E BASE TERMINOLÓGICA

A base terminológica adotada para acolher o princípio em estudo não tem sido fácil. Segundo pesquisa feita por Narbal Fileti (2007, p. 151-152), existem várias nomenclaturas utilizadas para exprimir o mesmo princípio, quais sejam: princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social; princípio do não-retrocesso social; princípio de contrarrevolução social; princípio da proibição de evolução reacionária; regra do não-retorno da concretização; regra do não-retrocesso social; proibição de regressividade; princípio da proibição de retrocesso em sentido estrito; princípio da proibição da retrogradação; eficácia vedativa do retrocesso; eficácia impeditiva do retrocesso; não-evolução reacionária.

Ocorre que algumas dessas terminologias vão de encontro ao que é a natureza jurídica do princípio. Sem entrar em maiores polêmicas nesse campo, é necessário entender que a proibição de retrocesso se trata de um *princípio constitucional* (ainda que implícito dentro da Constituição Federal de 1988), e não propriamente de uma eficácia jurídica imanente aos princípios (FILETI, 2007, p. 147-149).

Sarlet sustenta que a proibição de retrocesso constitui *verdadeiro princípio constitucional implícito*, ligado tanto ao princípio do Estado de Direito quanto ao princípio do Estado Social (1998, p. 371).

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 67), por outro lado, entende que a vedação de retrocesso constitui, na verdade, uma modalidade de *eficácia jurídica* reconhecida pela doutrina aos princípios, podendo ser considerada uma derivação ou aprofundamento do conceito que define a eficácia negativa. Assim, a vedação de retrocesso, para a autora, diz respeito especialmente aos princípios relacionados aos direitos fundamentais:

A vedação do retrocesso desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais. Consciente de que estas normas infraconstitucionais é que formarão o caminho capaz de levar ao fim pretendido, o propósito da vedação é evitar que o legislador vá tirando as tábua e destrua o caminho porventura já existente, sem criar alternativa que conduza ao objetivo em questão (*ibidem*, p. 80-81).

Já em relação à sua definição, os doutrinadores buscam geralmente em *José Joaquim Gomes Canotilho* a melhor determinação do que venha a ser esse princípio, o qual foi assim formulado pelo mestre de Coimbra:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei de segurança nacional”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo *inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial* (2003, p. 339-340, destacou-se).

Ainda segundo Canotilho, o princípio do não retrocesso social – que o assim denomina, utilizando também as nomenclaturas “princípio de contra-revolução social” ou “princípio da evolução reacionária” – é desdobramento do princípio da democracia econômica e social, que, por sua vez, constitui

[...] uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e ou outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social” (2003, p. 338).

Citado por Ingo W. Sarlet (2008, p. 22), o constitucionalista Luís Roberto Barroso entende que o princípio estudado decorre do sistema jurídico-constitucional, e expressa que “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.

Apenas para enfatizar, Cristina Queiroz (2006a, p. 116) salienta de forma apropriada o que deve se entender pela proibição de retrocesso:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o *legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações*. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei (destaque nosso).

Desse modo, verifica-se que a tormenta (mas não a única) está justamente na expressão: *uma vez consagrados os direitos fundamentais, não poderá o legislador ordinário eliminá-los ou diminuí-los sem alternativas ou compensações.* Mas que alternativa e compensação são essas? Meros paliativos? Compensar como política pública social? Seria isso realmente importante a ponto de possibilitar a revogação plena de uma lei que já haja consagrado direitos sociais, os quais foram lutados e conquistados por toda a recente história da humanidade? Qual o real sentido protetor do princípio em análise?

2.3 - FINALIDADES PRETENDIDAS

Sucintamente, em relação aos objetivos do princípio, torna-se possível assim estabelecê-los⁴: i) proibir a supressão e/ou a redução, inclusive de forma indireta e obscura, de direitos fundamentais em níveis já alcançados e garantidos aos cidadãos; ii) evitar que o legislador ordinário venha a revogar integral ou parcialmente um ou mais diplomas legais (infraconstitucionais) que já se concretizaram a ponto de efetivar os direitos fundamentais (ou, pelo menos, o “conteúdo essencial” destes), limitando a reversibilidade dos direitos adquiridos; iii) proteger o catálogo dos direitos fundamentais, sobretudo no seu “núcleo essencial” da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana; iv) garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, assumindo a função de “guarda de flanco” no sentido de coibir o “retroceder” ao *status quo* alcançado na perspectiva do Estado Social (isto é, mesmo que não seja necessariamente uma obrigação de *avançar*, deve ser sempre uma proibição de *retroceder*); v) invalidar qualquer norma, por inconstitucionalidade, que revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito sem que seja acompanhada de uma política equivalente, deixando assim um vazio em seu lugar.

No exemplo citado por Canotilho (2003, p. 339) para ilustrar a última finalidade, seria inconstitucional “uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma”.

⁴ Conferir principalmente: CANOTILHO, 2003, p. 339-340; BARCELLOS, 2002, p. 69; SARLET, 1998, p. 371-372; QUEIROZ, 2006b, p. 101-102.

3. POR UMA SUPERAÇÃO DOS PROBLEMAS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO

3.1 - O VERDADEIRO ALCANCE QUE DEVE SER COMPREENDIDO NA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO

Assim como problematiza Ana Paula de Barcellos (2002, p. 68), há ainda certa controvérsia existente em relação à extensão do princípio da vedação de retrocesso.

De início, cumpre observar o que Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins asseveraram. Segundo os autores, por *direitos fundamentais* a atual Constituição Federal brasileira passou a dar um sentido mais abrangente, englobando não apenas o rol do art. 5º e os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Assim sendo, direitos fundamentais são os “direitos público-subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 54).

Adriana Zawada Melo entende que direitos fundamentais são os direitos dos seres humanos que indicam a todos, inclusive ao Estado, os limites que não podem ser extrapolados e os objetivos a serem atingidos a fim de assegurar níveis satisfatórios de vida aos cidadãos. Complementando, a autora indica como características essenciais dos direitos fundamentais a função dignificadora, a natureza principiológica, a função legitimadora, o aspecto de normas constitucionais e a historicidade com que se revestem os mesmos. Por fim, igualmente como Dimoulis e Martins, sustenta que há uma essência que não pode ser esquecida do conceito dos direitos fundamentais, que é exatamente se constituírem em *direitos subjetivos públicos*, “oponíveis pelos indivíduos contra o Estado e conferidos por normas de direito público” (MELO, 2007, p. 74).

De fato, não é interessante, até para fins de nosso corte metodológico, expor uma única definição do conceito de direitos fundamentais, mesmo porque esses são construídos historicamente, existindo, ademais, o problema da linguagem do direito. Mas o conteúdo mínimo que caracteriza os direitos fundamentais é a sua colocação central no sistema jurídico, reconhecido historicamente e oponível contra o Estado.

Como exemplo a ser destacado de direito fundamental longe do rol do art. 5º e seguintes é o que a Constituição consagra no art. 225, ou seja, o *direito de todos ao*

ambiente ecologicamente equilibrado. Aliás, o tema em torno do direito ambiental e a vedação do retrocesso foi tratado pelo Senado Federal em Colóquio realizado no dia 29 de março de 2012, no qual contou com a participação de renomados professores. Ficou inclusive consignado que a vedação ao retrocesso na área ambiental é a mais urgente e a mais impactante de todos os direitos fundamentais, posto que o direito ao meio ambiente equilibrado deve ser defendido e preservado também para as futuras gerações, não podendo haver qualquer ameaça que possa ensejar seu recuo⁵.

De qualquer forma, o maior problema dos direitos fundamentais sociais talvez seja o fato de se apresentarem muitas vezes como *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais*, com alto grau de *abstração*, sendo em grande parte apenas concretizados mediante prévia intermediação do Poder Legislativo (QUEIROZ, 2006b, p. 88-89).

No entanto, o que deve ser consignado é que o alcance do princípio necessita ser o *máximo possível*, a ponto de *abrir em seu seio de proteção todo o rol dos direitos fundamentais (gênero)*, e não apenas, como se poderia supor, os direitos ditos sociais (espécie). Isto porque grande parte dos autores que traçam comentários a respeito tende a colocar a expressão “social” ao final da nomenclatura do princípio, entendimento, a nosso ver, incoerente na medida em que se poderia (equivocadamente) interpretar que a proibição abrange tão estritamente os *direitos sociais*.

Decerto, o que aqui se quer relevar não é exatamente o fato de o princípio ser denominado de “proibição de retrocesso” ou “proibição de retrocesso social”. Na verdade, o que deve estar assinalado é a compreensão do real alcance do princípio, sendo essa questão, indubitavelmente, de suma importância para a defesa dos direitos fundamentais.

3.2 - PELA SUPERAÇÃO DA FALTA DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO

Além do problema acima tratado, o princípio da vedação de retrocesso também não se encontra amplamente *reconhecido* pela doutrina pátria nem está expressamente positivado no nosso ordenamento jurídico. Ademais, na própria doutrina não há um

⁵ Vide documento organizado pelo Senado Federal com artigos de grandes autores, intitulado “O princípio da proibição de retrocesso ambiental”, da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 20 out. 2017.

reconhecimento e base uníssonos para melhor concretizar a força deste princípio para a defesa dos direitos fundamentais.

Não se deve, todavia, deixar de reconhecer o princípio, sobretudo porque o mesmo decorre implicitamente do próprio sistema jurídico brasileiro (como já analisado por Luís Roberto Barroso), a saber: i) do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; ii) do princípio da dignidade da pessoa humana; iii) do postulado da segurança jurídica (proteção da confiança dos cidadãos); iv) da petrealidade das normas que definem direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV, CF/88); v) do instituto do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, CF/88); vi) da eficácia negativa que dispõe certos princípios constitucionais (BARCELLOS, 2002, p. 57); vii) do maior reconhecimento e aproximação ao modelo do *neoconstitucionalismo* e, respectivamente, aos seus principais atributos (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 71-73).

Em âmbito internacional, seu reconhecimento é conferido especialmente pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – o qual o Brasil a aderiu no ano de 1992 –, mais especificamente no art. 29, quando expressa:

Artigo 29 – Normas de interpretação: nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de: 1. Permitir a qualquer dos estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; 2. Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos estados-partes ou em virtude de convenções em que seja parte um dos referidos estados; 3. Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; 4. Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a declaração americana dos direitos e deveres do homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Sendo assim, se há alguma falta de reconhecimento, a mesma não poderá servir como forma de obstáculo à persecução dos objetivos do princípio da vedação de retrocesso.

4. MANIFESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A PROBLEMÁTICA: O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E DO DIREITO ESTRANGEIRO

O STF já teve oportunidade de se manifestar acerca do princípio da vedação de retrocesso durante a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.104-0/DF, no qual se debateu sobre aposentadoria e violação de direito adquirido de

servidores que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998. A Ministra e Relatora do processo Cármem Lúcia (grande defensora do princípio) assentou que

[...] quanto ao *princípio da proibição do retrocesso social*, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso⁶ (destacou-se).

Nessa mesma decisão, os Ministros Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes e Marco Aurélio deixaram evidente o papel fundamental que possuem as cláusulas pétreas e o princípio da segurança jurídica no sentido de impedir o retrocesso dos direitos fundamentais:

Não me parece lógico, até porque *um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço*. Esse o significado último de uma cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. *Uma interdição ao retrocesso* (Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito, na ADIn 3.104-0/DF). [...] Talvez devêssemos tratar como categoria geral a segurança jurídica. Aí, aparecem as espécies: direito adquirido, ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a própria idéia de segurança jurídica em sentido estrito (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). [...] Pelo menos que se possa cogitar de um mínimo de segurança jurídica – e o Estado está organizado para proporcionar aos cidadãos segurança jurídica (Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio) (destacou-se).

Outra importante decisão da Corte Suprema foi a consubstanciada no Mandado de Segurança nº 24.875-1/DF, julgada em 11 de maio de 2006. Neste acórdão, um fato bastante interessante era que seu objeto girava em torno do limite imposto aos proventos de aposentadoria de quatro Ministros aposentados do próprio STF. No que tange ao princípio em destaque, vale conferir o que assentou em seu voto o Ministro Celso de Mello:

[...] A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (destaque nosso).

⁶ STF, ADIn nº 3.104-0/DF, acórdão publicado no DJ em 09/11/2007.

O Ministro Celso de Mello também proferiu voto na decisão exarada no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada pelo Pleno do STF em 17 de março de 2010), que dizia respeito ao direito à saúde. Na ocasião, o Ministro lembrou também de outras características essenciais do princípio:

[...] Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merecer ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, *impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive*, consoante adverte autorizado magistério doutrinário [...] (destacou-se).

Outro exemplo de julgamento pelo STF foi o relativo ao direito ao voto secreto. No acórdão da Medida Cautelar na ADIn nº 4.543/DF (Órgão julgador: Tribunal Pleno; data do julgamento: 19/10/2011; data da publicação: 02/03/2012), ressaltou a Ministra Carmén Lúcia que a proibição de retrocesso também é aplicável aos direitos políticos, *não* sendo constitucional uma norma que emprega sistema de impressão do voto pela possível vulneração da urna e consequente ofensa ao direito do sigilo do voto.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 17-18), discorrendo sobre a jurisprudência que vem se formando – embora não uníssona – no *direito estrangeiro*, traz consideráveis posicionamentos chancelados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão.

Apenas como exemplo, é oportuno trazer o que Sarlet constatou a respeito da Corte alemã, a qual assentou entendimento de que a *garantia da propriedade*, possuindo proteção de natureza pública e alcançando uma função conservadora de direitos, além de oferecer ao cidadão segurança jurídica quanto aos direitos patrimoniais, sendo ao titular do direito conferida uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada, *não pode ser suprimida sem qualquer compensação*.

Em solo norte-americano, coube a Jeffries Jr. e Levinson a análise sobre como a Corte Suprema vem se manifestando sobre o tema. Os já mencionados “*race cases*” foram o começo da controvérsia quanto à aplicabilidade ou não da proibição de retrocesso. Porém, outros processos de interesse para a sociedade foram igualmente apreciados e julgados pela Corte, como os casos *Romer vs. Evans* e *Hunter vs. Erickson*.

Em *Romer vs. Evans*, submetido à Suprema Corte estadunidense em 1996, trazia o caso de uma Emenda do estado de Colorado que proibia os governos municipais e o estadual de promulgar ou aplicar quaisquer preferências, tais como cotas ou reclamações de discriminação, baseadas em orientações homossexuais. De acordo com a Suprema Corte, a Emenda, por negar aos homossexuais o direito de buscar específica proteção da lei e ofender o princípio da igualdade de proteção que o governo e seus órgãos devem observar – isto é, devem permanecer imparciais para todos aqueles que buscam assistência –, foi considerada inconstitucional, ainda porque vem positivando uma “discriminação privada” altamente arriscada, onde poderia ser discutida inclusive em patamar político (JEFFRIES JR. & LEVINSON, 1998, p. 1229).

Por seu turno, a autora portuguesa Cristina Queiroz traz em seu estudo interessantes julgados ocorridos no Tribunal Constitucional de seu país.

No Acórdão de nº 509/2002, em que se tratava acerca do “rendimento social de inserção”, a Corte máxima de Portugal explicitou (com amparo na doutrina de Canotilho) o seguinte sobre quando deveria operar e incidir o princípio da proibição de retrocesso social:

Quando [...] se pretenda atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, isto é, quando sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se pretenda proceder a uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial; ou, ainda, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; ou quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade (QUEIROZ, 2006b, p. 108).

Em outro Acórdão relatado pelo Tribunal Constitucional português foi debatida a questão sobre o “acesso ao ensino superior público e propinas⁷” (TC nº 148/1994). Nesse caso, a Corte assentou que o estabelecimento de “propinas” era constitucional e não representava meio de impedir o acesso ao ensino superior público. Ela não enxergou que disso pudesse decorrer para o estudante um direito definitivo ao ensino superior progressivamente gratuito, mas sim que seria um direito vinculado ao postulado da “reserva do possível”, ou seja, uma meta que se pretenda atingir (QUEIROZ, 2006b, p. 107).

⁷ “Propina”, em Portugal, seria como uma espécie de taxa de frequência a ser paga pelo estudante às escolas e faculdades.

Como já especificado no tópico sobre a formulação histórica do princípio, o Tribunal Constitucional de Portugal já teve oportunidade de julgar inconstitucional uma lei por revogar grande parte da legislação portuguesa do Serviço Nacional de Saúde, argumentando na linha de que “com esta revogação estaria o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde, ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde” (SARLET, 1998, p. 370).

Foi esse caso do Serviço Nacional de Saúde português que o Ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto no MC nº 24.875-1/DF, extraído trecho daquela decisão do Tribunal de Portugal:

As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, *obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados*. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. *O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social*. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do “Estado social” (destacou-se).

5. A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: a necessária maximização da principiologia em solo brasileiro

5.1 - A EQUIVOCADA COMPREENSÃO DAS CAUSAS DE “RECESSÕES E CRISES ECONÔMICAS” COMO LIMITES AO PRINCÍPIO

As conquistas históricas relativas aos direitos fundamentais, conforme ressalta a Ministra do STF Cármem Lúcia, citada pelo também Ministro da Corte Suprema Luís Roberto Barroso (2004, p. 378) e seguindo a orientação doutrinária de Canotilho, não podem ser anuladas, destruídas ou combalidas. Seria uma grave ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito qualquer tentativa de diminuir ou extinguir legislativamente, ainda que usando de manobras indiretas, os direitos fundamentais individuais e coletivos, incluindo aí também os direitos sociais.

A partir de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, resta claro que não há princípio nem direito considerado de modo *absoluto*. E isso se passa também com o princípio da vedação de retrocesso, segundo o qual “nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas” (CANOTILHO, 2003, p. 339).

Porém, esse entendimento não é, em nossa percepção, o mais coerente em defesa dos direitos fundamentais, ainda mais quanto à resguarda dos direitos sociais e à problemática da falta de efetividade (e identidade) que abala os mesmos. Isso não quer dizer, no entanto, que não haja limites à interpretação/aplicação do princípio.

Argumentar que seria possível o legislador ou quem lhe fizer as vezes (por exemplo, o Presidente da República em suas atribuições atípicas) revogar, diminuir ou restringir direitos básicos aos cidadãos em razão de *recessões e crises econômicas* não pode prosperar no atual sistema.

O que existe é a previsão expressa na Constituição Federal de restrição de certos direitos e garantias em decorrência da decretação de *Estado de Defesa* (art. 136, CF/88) ou de *Estado de Sítio* (arts. 137 a 139, CF/88), os quais se tratam de medidas excepcionais dentro do ordenamento, decretadas pelo Presidente da República (art. 84, IX, CF/88) para vigorar somente por tempo certo, em lugar específico e em determinadas situações com o fito de preservar ou restabelecer a ordem pública e a paz social.

É o chamado *sistema constitucional das crises*, consistente em um conjunto de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (MORAES, 2010, p. 807).

As hipóteses de cabimento tanto do Estado de Defesa quanto do Estado de Sítio estão previstas na CF/88 no art. 136, *caput*, e art. 137, incisos I e II. Pela leitura de tais dispositivos, percebe-se que não há permissivo constitucional para que o decreto da medida excepcional (lei em sentido lato, pois) imponha a restrição a direitos ou garantias em razão de crise econômica.

Sendo assim, a restrição, por exemplo, ao *direito constitucional de reunião* (art. 5º, XVI, CF/88) é *inadmissível quando sustentada com base em uma situação hipotética de crise econômica deflagrada em um país*, mesmo que tenha repercussões mundiais. Vedar a participação de pessoas em uma reunião pacífica em razão de recessão econômica é algo

contrário aos ditames do Estado Constitucional Democrático de Direito, sendo nítida que tal vedação tem suas raízes em um sistema totalitário.

Outro exemplo seria a redução ao consagrado *direito constitucional à saúde* (arts. 6º e 196 a 200, CF/88) baseando-se em possível crise econômica brasileira, na medida em que pudesse imaginar o advento de uma Emenda Constitucional que extinguisse o Sistema Único de Saúde (SUS) com o fito de “enxugar” gastos, ou estabelecer contrapartida financeira a ser arcada pelos seus usuários para que o SUS não represente mais ônus financeiro ao Estado.

Nesta última situação, entendemos que poderia ocorrer essa hipótese, visto que o legislador poderia deixar de questionar a proposta legislativa sob o entendimento de que esta não representaria uma “proposta tendente a abolir direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV, CF/88), uma vez que a alteração seria dos arts. 198 e 200 da Carta Magna, e não propriamente de algum dos direitos ou das garantias insertos no Título II da CF/88.

Por sua vez, como já presenciado em discurso do ex-presidente dos Estados Unidos da América George W. Bush, o *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225, CF/88) também se mostra potencial alvo de leis que poderiam vir a revogá-lo ou diminuí-lo, sob o argumento de que o respeito ao meio ambiente representa empecilho ao desenvolvimento econômico de um país que deseja se industrializar e continuar “seu progresso”.

Desse modo, situações que envolvem aspectos puramente de ordem econômica *não* podem servir como empecilho à aplicação e posterior consolidação do princípio da vedação de retrocesso, como, embora apenas no plano da teoria do direito (teoria formal, portanto), conseguimos demonstrar com os casos hipotéticos do direito à reunião, do direito à utilização dos serviços do SUS e do direito ao meio ambiente equilibrado. São situações controversas, polêmicas, porém analisadas neste estudo apenas no plano formal, ainda sem esgotamento do tema.

5.2 - AFINAL, QUAIS SERIAM OS LIMITES AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO? UMA ANÁLISE CRÍTICA EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio em xeque deve ser analisado quanto à questão das suas limitações. Mas diga-se: analisado de forma racional, crítica e emancipadora, em consonância com a defesa e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Primeiro, a questão que envolve a limitação e a relatividade dos direitos fundamentais (quaisquer direitos, na verdade) e a consideração de que estes não são *absolutos*, posto que não podem servir de defesa para práticas ilícitas e nem podem desrespeitar por completo outros situados no mesmo patamar hierárquico, não serve para afirmar a relatividade da vedação de retrocesso. O que ocorre, nesses casos, diz respeito tão-somente aos direitos fundamentais e à característica intrínseca destes da relatividade. Ou seja, por não representar regra, mas sim princípio, então à proibição de retrocesso deve ser conferido outro tratamento.

Nesse sentido, não é de todo modo coerente considerar que a vedação de retrocesso é limitada por ser um princípio marcado pela *relatividade*, as quais estão relacionadas ao estudo dos direitos fundamentais. Exemplificando, num eventual *conflito entre princípios*, não haverá extirpação de um em detrimento do outro no caso concreto, mas sim serão *sopesados axiologicamente*, sendo um mais valorado que outro. Desse modo, inegável é aqui a contribuição do *princípio da proporcionalidade*, chamado de *princípio dos princípios*, como bem analisado por Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 268-271).

Segundo, parece-nos incomunicável com o paradigma do Estado Democrático de Direito estabelecer como exceção à vedação de retrocesso situações em que determinados direitos são restringidos, mas, em contrapartida, são criados outros “esquemas alternativos ou compensatórios” (CANOTILHO, 2003, p. 339-340).

De fato, a questão de estabelecer política legal apenas de forma “compensatória” ou “paliativa” – como se poderia interpretar da afirmação acima – para “ocultar” a revogação de direitos fundamentais é impensável no atual paradigma constitucional. O que o legislador propugna com isso é justamente buscar obter um rebaixamento do rol catalogado dos direitos fundamentais dos cidadãos de uma maneira *indireta e obscura*.

Esquemas compensatórios ou alternativos não serão políticas seguras e aptas a buscar o desenvolvimento social de um país, tampouco podem ser considerados como eficazes no objetivo de consagração de outros direitos em detrimento daqueles ditos fundamentais a que estejam limitando.

A questão de ser um “esquema compensatório ou alternativo” também pressupõe a momentaneidade da política, restando, assim, a possível indagação: e depois de cumprida a política compensatória ou alternativa, que pode ser um paliativo, voltará a efetividade do direito básico antes limitado ou continuará revogado? Até quando será cumprido o paliativo? Qual o prazo? Como se realizará a “compensação” do esquema? Direitos e valores podem ser compensados?

Ademais, há que ser ressaltado também a existência de muitos autores que defendem a doutrina oriunda da jurisprudência alemã de que só é possível efetivar os direitos sociais dentro da esfera patrimonial que dispõe o Estado, sob o famoso jargão: “apenas existem direitos sociais quando e enquanto também existir dinheiro nos cofres do governo”. É a consagração do *princípio (ou doutrina, discurso) da reserva do possível*⁸.

A reserva do possível é entendida como a “possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma” (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 90). Ou seja, os direitos para serem plenamente efetivados, mais especialmente os direitos sociais, dependeriam, além da concretização de outra legislação reguladora dos mesmos, de disponibilidade econômica por parte do Estado para realizá-los. Seria necessário, portanto, haver uma ponderação a ser efetuada pelos poderes públicos, de acordo com a cobertura orçamentária e financeira, dentro da margem de ação do legislador, a fim de averiguar como poderiam ser garantidos, com efetividade, os direitos e pretensões (vide: QUEIROZ, 2006b, p. 98-99).

Todavia, como sustentar a tese de que a “inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer” (QUEIROZ, 2006b, p. 99)? Se os próprios representantes do povo são escolhidos para fazerem acontecer (mais do que) uma gestão racional dos recursos que o governo aufera, como adotar a teoria de que o Estado não tem recursos e não pode concretizar direitos sociais? Ou seja, *não*

[...] podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da reserva do possível, *porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos*

⁸ Ultimamente, tem ganhado força uma teoria que busca aplicar instrumentais econômicos na análise do direito, chamada de Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics*.

direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo (CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 94, destaque nosso).

Pode até ser que a doutrina da reserva do possível seja bem recebida em outros países mais desenvolvidos, como a Alemanha, porém não logra êxito em um país tal como o Brasil, que cada vez mais se afunda em casos de corrupção escancarada no meio político, em contraste com suas mazelas sociais. Se aplicarmos a doutrina da reserva do possível como regra geral, sendo a tônica das respostas do Estado ao seu fracasso no cumprimento dos deveres constitucionais (como, por exemplo, fornecer medicamentos gratuitos para a população), então visualizaremos o próprio fracasso do Estado, mostrando-se, nessa ótica, incompetente para arrecadar recursos e aplicá-los racionalmente nas áreas que mais necessitam.

Sendo assim, em nome de uma *maior efetividade (além da defesa, ou seja, garantia)* dos direitos fundamentais individuais e sociais, somente deve ser interpretada a limitação ao princípio da proibição de retrocesso nos casos de interpretação possivelmente colidente com outros princípios constitucionais e nas decretações excepcionais de Estado de Defesa ou de Estado de Sítio, que têm justamente por finalidade o restabelecimento ou a preservação da ordem pública e da paz social.

Qualquer mudança normativa que envolva direitos fundamentais deve ser sopesada à luz da vedação do retrocesso, mas não é qualquer alteração desse rol de direitos pelo Legislativo que se tornará inviável. Em nossa ótica, reitera-se que os limites devem existir desde que sopesados por outros princípios constitucionais em um determinado caso concreto (o que não seria a tarefa do legislador) ou pelas situações excepcionais do sistema constitucional de crises.

A importância do princípio da proibição de retrocesso para a defesa dos direitos fundamentais, nessa linha, reside no fato de que não poderá o legislador brasileiro restringir ou suprimir, mesmo que de forma indireta, direito fundamental consagrado explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, ainda que com regulamentações relevantes postas em patamar infraconstitucional ou com implementações de políticas compensatórias e alternativas ou, ainda, se está presente no país grave crise derivada exclusivamente de ordem econômica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que não compreenda ainda uma maciça manifestação doutrinária e um alcance para sua efetiva concretização, o princípio da proibição/vedação de retrocesso (social) se faz de extrema importância para a defesa e consequente consagração do rol dos direitos fundamentais.

A plena consagração ainda demorará a vir, disso não se desconhece. Contudo, esse maior reconhecimento tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive com julgados favoráveis no âmbito do STF, bem como o alcance elastecido que se reconhece ao princípio, já demonstra a relevância que o mesmo vai construindo em solo pátrio.

Limites há de existir, claro. No entanto, confundir aspectos intrínsecos ao estudo da limitação relativa aos direitos com aqueles ligados aos princípios é inadmissível. O princípio da vedação de retrocesso sofre de fato sua limitação, mas não tem a ver com o que sofre os direitos fundamentais. A limitação que poderia se imaginar sofrer o princípio aqui em destaque está, via de regra, no sentido de que não poderá o mesmo sobressair frente à decretação de Estado de Sítio ou Estado de Defesa (sistema constitucional das crises). Outras questões referentes à possível limitação do princípio não fazem parte do que seja limite, mas sim apenas técnicas de interpretação já existentes na hermenêutica jurídica, desempenhando grande função nesses casos o princípio da proporcionalidade.

Construir uma doutrina defensora do princípio da vedação de retrocesso é algo que se faz cada vez mais necessário, principalmente tendo em vista a defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Orgs.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 71-112.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIVALI, nov. 2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Narbal%20Antonio%20Mendonca%20Fileti.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Orgs.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 261-271.

JEFFRIES JR., John C.; LEVINSON, Daryl J. The non-retrogression principle in constitutional law. *California Law Review*, v. 86, n. 6, dez. 1998. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/jeffries/86cal_1_rev1211_1998.pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o Estado de Direito Social. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 7, n. 2, p. 71-86, 2007. Disponível em: <<http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2007/vol7/no2/5.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

_____. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006b.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 15, set/out/nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 dez. 2017.