



Gustavo Vinícius Ben
Larissa de Oliveira Elsner
Vitória Volcato da Costa
(Orgs.)

**PESQUISA
CIENTÍFICA E
CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS**



A presente obra apresenta um recorte acerca das pesquisas desenvolvidas pelos alunos e ex-alunos da turma 2018/1 do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), no nível de Mestrado Acadêmico, área de concentração em Direito Público. Assim, a obra versa sobre os temas desenvolvidos nas dissertações já defendidas pelos autores, sendo dividida em duas partes, as quais representam, respectivamente, as duas linhas de pesquisa do Programa: a primeira linha, “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”; e a segunda linha, “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. O derradeiro objetivo da obra é afirmar, mediante estudos jurídicos críticos e aprofundados, a importância da pesquisa jurídica no Brasil, dando-se ênfase à qualidade da Pós-Graduação em Direito oferecida pela UNISINOS, em prol da concretização de direitos humanos e fundamentais para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, permeada pela cooperação e justiça social entre os povos.

ESCOLA
de Direito

DIREITO

Mestrado
e Doutorado



Pesquisa Científica e Concretização de Direitos

Apoio:

ESCOLA
de Direito

DIREITO

**Mestrado
e Doutorado**



UNISINOS

DESAFIE
O AMANHÃ.



CAPES

Pesquisa Científica e Concretização de Direitos

Organizadores

Gustavo Vinícius Ben
Larissa de Oliveira Elsner
Vitória Volcato da Costa



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

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

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



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



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BEN, Gustavo Vinícius; ELSNER, Larissa de Oliveira; COSTA, Vitória Volcato da (Orgs.)

Pesquisa Científica e Concretização de Direitos [recurso eletrônico] / Gustavo Vinícius Ben; Larissa de Oliveira Elsner; Vitória Volcato da Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

263 p.

ISBN - 978-65-5917-187-3

DOI - 10.22350/9786559171873

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

1. Pesquisa científica; 2. Direitos humanos; 3. Direitos fundamentais; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação **9**

Gustavo Vinícius Ben
Larissa de Oliveira Elsner
Vitória Volcato da Costa

Prefácio **12**

Anderson Vichinkeski Teixeira

Parte I **Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos**

Capítulo 1 **19**

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e os seus Reflexos no Decreto 3.298/99

Maytê Ovalle

Capítulo 2 **39**

A Redução da Desigualdade de Renda no Estado Brasileiro via Tributação: da Utopia à Realidade

Priscila Anselmini

Capítulo 3 **68**

Imposto sobre o Patrimônio Líquido: é Possível no Brasil?

Vinicius de Oliveira Barcellos

Parte II **Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização**

Capítulo 4 **99**

O Perspectivismo Ameríndio e suas Contribuições para a Construção de um Discurso Intercultural e Descolonial de Direitos Humanos desde (e para) a América Latina

Alex Sandro da Silveira Filho

Capítulo 5 **119**

O Espelho e o Lugar da Defensoria Pública da União no Combate ao Racismo Institucional: Desafios e Perspectivas para a Defesa dos Direitos da População Negra no Sistema de Justiça Brasileiro

César de Oliveira Gomes

Capítulo 6 **154**

Jurisdição e Art. 3º do CPC: Notas sobre o Sistema de Gerenciamento de Conflitos Hodierno da Justiça Civil Brasileira

Guilherme Christen Möller

Capítulo 7 **182**

A Responsabilidade Civil por Exposição a Substâncias Tóxicas: um Estudo da Aplicabilidade do *Preventive Medical Monitoring* como Instrumento Compensatório por Danos Ambientais Futuros

Gustavo Vinícius Ben

Capítulo 8 **204**

Deficiência, Discriminação e Lei de Cotas: as Barreiras ao Exercício do Direito ao Trabalho

Larissa de Oliveira Elsner

Capítulo 9 **235**

Os Instrumentos Normativos e Institucionais do MERCOSUL para a Política Migratória Brasileira

Vitória Volcato da Costa

Apresentação

*Gustavo Vinícius Ben
Larissa de Oliveira Elsner
Vitória Volcato da Costa*

A presente obra apresenta um recorte acerca das pesquisas desenvolvidas pelos alunos e ex-alunos da turma 2018/1 do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), no nível de Mestrado Acadêmico, área de concentração em Direito Público.

Assim, a obra versa sobre os temas desenvolvidos nas dissertações já defendidas pelos autores, sendo dividida em duas partes, as quais representam, respectivamente, as duas linhas de pesquisa do Programa: a primeira linha, “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”; e a segunda linha, “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”.

O derradeiro objetivo da obra é afirmar, mediante estudos jurídicos críticos e aprofundados, a importância da pesquisa jurídica no Brasil, dando-se ênfase à qualidade da Pós-Graduação em Direito oferecida pela UNISINOS, em prol da concretização de direitos humanos e fundamentais para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, permeada pela cooperação e justiça social entre os povos.

No primeiro capítulo, de título “A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e os seus Reflexos no Decreto 3.298/99”, a autora Maytê Ovalle aborda a discussão acerca da categoria pessoa com deficiência e como a má compreensão desse conceito traz malefícios a este grupo minoritário, a partir de um viés jurídico.

O segundo capítulo, refere-se ao estudo de título “A Redução da Desigualdade de Renda no Estado Brasileiro via Tributação: da utopia à realidade”, de autoria de Priscila Anselmini, em que pretende analisar a tributação como mecanismo redutor da desigualdade de renda presente no Brasil, mediante a proposição de alternativas ao atual modelo tributário excludente.

A pesquisa intitulada “Imposto sobre o Patrimônio Líquido: é possível no Brasil?”, de Vinicius de Oliveira Barcellos, integra o terceiro capítulo desse livro, e busca verificar em que medida é viável a adoção de uma tributação sobre o patrimônio líquido mais adequada aos fins redistributivos da tributação.

No quarto capítulo, o autor Alex Sandro da Silveira Filho apresenta a pesquisa com o título “O Perspectivismo Ameríndio e suas Contribuições para Construção de um Discurso Intercultural e Descolonial de Direitos Humanos desde (e para) a América Latina”, em que aponta o perspectivismo ameríndio como possível caminho para a fundamentação intercultural e descolonial dos direitos humanos, visto que embasada no modo pelo qual os povos indígenas da Amazônia se relacionam com a alteridade, seja ela humana, seja ela composta por seres da natureza.

Chegando ao quinto capítulo, tem-se o trabalho de título “O Espelho e o Lugar da Defensoria Pública da União no Combate ao Racismo Institucional: Desafios e Perspectivas para a Defesa da População Negra no Sistema de Justiça Brasileiro”, em que o autor César de Oliveira Gomes identifica a Defensoria Pública da União como a instituição do sistema de justiça brasileiro vocacionada para pautar o debate em torno da histórica discriminação racial sofrida pela população negra no país em sua interface institucional.

Já no sexto capítulo, o autor Guilherme Christen Möller apresenta a pesquisa de título “Jurisdição e Art. 3º do CPC: Notas sobre o Sistema de

Gerenciamento de Conflitos Hodierno da Justiça Civil Brasileira”, na qual disserta sobre a inclusão da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, e a sua relação com as formas de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

No sétimo capítulo, o autor Gustavo Vinícius Ben expõe o trabalho intitulado “A Responsabilidade Civil por Exposição a Substâncias Tóxicas: um Estudo da Aplicabilidade do *Preventive Medical Monitoring* como Instrumento Compensatório por Danos Ambientais Futuros”. O autor, utilizando-se do método comparativo, discorre sobre a possibilidade de responsabilização civil por danos ambientais futuros por exposições a substâncias tóxicas no Brasil, tendo como parâmetro as ações judiciais estadunidenses de monitoramento médico preventivo (*preventive medical monitoring*).

O texto de título “Deficiência, Discriminação e Lei de Cotas: as Barreiras ao Exercício do Direito ao Trabalho”, da autora Larissa de Oliveira Elsner, compõe o oitavo capítulo desta obra, e dedica-se a apresentar uma síntese dos principais pontos estudados na sua dissertação de mestrado. Trata-se de um convite aos leitores para conhecer os conceitos teóricos e jurídicos vinculados aos Estudos da Deficiência, em particular, aqueles relacionados ao direito humano e fundamental ao trabalho, promovido mediante a Lei de Cotas brasileira.

Por fim, fechando a presente obra, no nono capítulo, de título “Os Instrumentos Normativos e Institucionais do MERCOSUL para a Política Migratória Brasileira”, a autora Vitória Volcato da Costa apresenta e analisa os instrumentos normativos e institucionais para o tema migratório do esquema de integração regional MERCOSUL, e como estes podem auxiliar o Brasil a aprimorar sua política migratória nacional, no que tange a uma maior concretização dos direitos humanos das pessoas migrantes.

Prefácio

*Anderson Vichinkeski Teixeira*¹

É com grande satisfação e honra que teço essas breves considerações prefaciais à obra *Pesquisa Científica e Concretização de Direitos*. Organizada pelo jovem trio de pesquisadores Gustavo Vinícius Ben, Larissa de Oliveira Elsner e Vitória Volcato da Costa, possui o mérito de, antes de tudo, surgir como uma iniciativa discente no sentido de articular pesquisas realizadas no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. No entanto, para muito além da questão atinente ao mero fato de demonstrar a altamente salutar pretensão de protagonismo na pesquisa científica em nível de excelência, os organizadores nortearam-se por duas preocupações de altíssima relevância e atualidade: a atenção com o método na pesquisa jurídica e o senso de responsabilidade social que o pesquisador deve ter ao detectar problemas que se encontram no seio da sociedade onde aquele se insere. Assim, limitar-me-ei a esses dois aspectos da obra em comento.

O Direito, diferentemente das demais áreas do conhecimento, possui uma clássica discussão acerca da relevância do método, seja na construção da pesquisa jurídica, seja na construção fenomenológica da normatividade jurídica. Ocorre que a racionalidade científico-instrumental logrou sucesso em se afirmar, para as ciências em geral, como um processo lógico-racional capaz de dar universalidade aos resultados da pesquisa desenvolvida nos contextos locais mais diversos, independentemente de onde se encontre o investigador no mundo. Em áreas como as ciências médicas e as ciências

¹ Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze, com período de estágio doutoral na Université Paris Descartes-Sorbonne. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Estágio pós-doutoral junto ao Departamento 'Teoria e Storia del Diritto' da Università degli studi di Firenze. Advogado e consultor jurídico.

exatas, a existência de condições verificáveis permite que o mesmo experimento possa ser conduzido e repetido diversas vezes, em diferentes locais. Basicamente, pode-se dizer que a referida prevalência da racionalidade científico-instrumental se deve à existência de princípios ordenadores comuns e métodos compartilháveis de experimentar os objetos de estudo.

Todavia, para o Direito e sua pretensão de ser uma verdadeira “ciência” jurídica, qual seria o espaço dado à racionalidade científico-instrumental? Não somente para o Direito, mas também para as ciências sociais, é altamente relevante a preocupação destacada, entre outros, por Max Horkheimer, quando ressaltou que existem diferenças substanciais entre a razão instrumental e a razão crítica.² A ideia em si de Direito como uma verdadeira ciência se mostra *prima facie* questionável, tendo em vista que diferentes possíveis concepções de racionalidade podem influenciar na produção jurídica.

Por mais que possa parecer uma obviedade, uma reflexão sobre racionalidades pressupõe a existência de uma definição preliminar acerca do método e mesmo de como esse se enquadra no nível epistemológico. Pense-se no fato de que as diferentes orientações filosóficas dos estudos no plano epistemológico não devem ser tidas como causa de imprecisões teóricas, mas, pelo contrário, devem servir como fontes capazes de oferecer uma precisa delimitação dos enfoques possíveis para uma pesquisa. Em uma palavra, dissenso filosófico não pode ser motivo para que se pense na ausência de uma epistemologia jurídica.

Mario Bunge, mesmo tendo presente as diferentes distinções existentes no âmbito da filosofia da ciência, recorda que existem três enfoques de pesquisa notoriamente reconhecidos: descritivo, explicativo e normativo.³ O

² Ver Horkheimer, Max. *éclipse de la raison*. Paris: Payot, 1974, p. 24-27.

³ Ver Bunge, Mario. *La ciencia: su método y su filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1995.

primeiro trata de descrever, com o maior nível de objetividade possível, as relações causais dos objetos de observação daquela ciência em particular; o segundo tenta apresentar hipóteses para explicar as relações causais que constituem o objeto de investigação; por fim, o terceiro apresenta proposições prescritivas para avaliar em que medida a ciência se ajusta aos conceitos universais de determinado conhecimento científico. Aliás, nesse sentido, a noção e a relevância de um método serão decisivamente diferentes de acordo com cada uma dessas três abordagens.

Autor amplamente reconhecido por suas contribuições na filosofia da ciência, Karl Popper e sua destacada orientação normativa, acreditava que existiriam elementos factíveis que permitissem ao pesquisador dar maior solidez à ciência perante os problemas do conhecimento. Tais problemas podem ser descritos por duas classes diferentes de enunciados: (1) enunciados universais, como hipóteses que têm o caráter de leis universais; (2) enunciados singulares, como descrições de acontecimentos concretos.⁴ Levando em consideração um mesmo sistema teórico, seria possível distinguir entre enunciados pertencentes a diferentes níveis de universalidade. Deste modo, as diferentes ciências seriam caracterizadas por diferentes níveis internos de universalidade: “Los enunciados del nivel más alto son los axiomas, y de ellos pueden deducirse otros situados a niveles inferiores.” Ainda na mesma página, afirma que os enunciados empíricos de elevado nível “tienen siempre el carácter de hipótesis con respecto a los enunciados – de nivel inferior – deductibles de ellos: pueden quedar falseados cuando se falsan esos enunciados menos universales.”⁵

Quando consideramos uma epistemologia de enfoque normativo, o método será então construído a partir da forma como as afirmações

⁴ Popper, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962, p. 58.

⁵ Popper, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962, p. 72.

supostamente universais dessa ciência são reconhecidas como válidas. A evolução científica seria, portanto, dependente da capacidade progressiva de adaptação metodológica e ressignificação epistêmica do sistema teórico. Assim, sustentar a autonomia epistemológica de uma ciência implica, em primeiro lugar, delimitar seu sistema de fontes para cumprir a função de enunciados universais – ou com alto grau de universalidade – e, principalmente, demonstrar a capacidade dessa ciência de oferecer as suas próprias contribuições metodológicas.

O problema do método na epistemologia jurídica possui inúmeras discussões, sobretudo no que concerne sua aplicabilidade a dado âmbito do Direito.⁶ Ocorre que a pesquisa jurídica não se desenvolve em um ambiente “asséptico”, deslocado da realidade, livre de pressões factuais das mais diferentes possíveis. Pensamento e realidade estão inseridos naquilo que, em especial no PPGD/UNISINOS, chamamos de fenômeno: um dado real, factual, que, isoladamente, não possuiria sentido em si, mas que, sob a perspectiva cognitivo-intelectual do intérprete, ganha sentido tanto em si como em sua dimensão de interação como os demais elementos factuais. Por consequência, mais do que pensar o ser-em-si, a pesquisa jurídica objetiva, derradeiramente, pensar o ser-no-mundo.

É então que a obra *Pesquisa Científica e Concretização de Direitos* mostra seu alto valor intelectual: parte não do problema em abstrato, mas sim do problema em sua dimensão real. Diversas são as expressões utilizadas para referir isso, como “impacto social”, “inserção local”, entre outras. Porém, creio que responsabilidade social seria a que melhor define um dos escopos gerais que nortearam os autores que apresentaram suas

⁶ A título ilustrativo, refiro as seguintes contribuições recentes que apresentei acerca do problema do método no Direito Constitucional Comparado: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. La méthode en droit constitutionnel comparé: propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. 2019, p. 217-234, 2019; e Id, El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa. *Opinión Jurídica*, Vol. 19, n. 39, p. 307-325, 2020.

contribuições a essa obra. Da rápida leitura do sumário já é possível perceber que um objeto de estudo, algo ao mesmo tempo abstrato e concreto, tomou a atenção dos autores: a igualdade.

As prometidas breves considerações prefaciais deixariam de ser breves se fosse enfrentado o problema da igualdade aqui. Todavia, impossível não me permitir uma reflexão final. Fala-se, em diversos campos do saber, em sustentabilidade multidimensional, até mesmo em responsabilidade multidimensional. Então, não seria possível refletir acerca do problema da igualdade tendo em conta as complexas interconexões entre sua ausência e/ou insuficiente tutela nos mais variados âmbitos? Não estaríamos diante de uma “desigualdade multidimensional” agravada – ou apenas exposta em suas vísceras – pela pandemia de COVID-19? Embora não seja este o enfoque específico da obra em comento, provoco o leitor a pensar que a articulação entre os nove temas abordados poderia sim nos conduzir à cogitação de que o problema da igualdade é, em última instância, uma complexa rede de insuficiências concretas, reais, factuais, que nos permitiriam até mesmo falar em uma desigualdade multidimensional.

Quanto à estrutura da obra, remeto à Apresentação muito bem estruturada feita pelos organizadores. Evidencia-se, em cada contribuição, o rigor metodológico e a atenção a temas sempre muito atuais e de grande relevância.

Por fim, tecidas essas muito breves palavras, reitero a honra neste mister que se encerra aqui e saúdo a todos os envolvidos na obra, desejando que cada estudo apresentado possa ter não apenas seu alcance próprio no meio acadêmico e também no meio editorial, mas que sobretudo possa ter desdobramentos em ulteriores pesquisas.

Porto Alegre, março de 2021.

Parte I

Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos

Capítulo 1

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e os seus Reflexos no Decreto 3.298/99 ¹

Maytê Ovalle ²

Introdução

Dentre as inúmeras discussões contemporâneas, a questão das minorias tem crescido cada vez mais. Contudo, nota-se que ainda há receio da sociedade, assim como das comunidades acadêmica e jurídica em geral em discutir as questões da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, o presente trabalho vem com o objetivo de demonstrar como a ausência destas discussões sobre grupos minoritários acerca da pessoa com deficiência tem prejudicado a categoria em geral. Mais especificamente, como a má compreensão de quem encaixa-se no conceito moderno de pessoa com deficiência traz malefícios ao grupo num viés jurídico.

Isso porque o mundo contemporâneo não aceita mais conceitos taxativos e fechados acerca de quem é ou não pessoa com deficiência, uma vez que a deficiência é um conceito mutável e inconstante, determinado por fatores externos e fora do controle dos indivíduos em geral. Nesse sentido, surge a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com

¹ Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “O conceito de pessoa com deficiência e as repercussões no Direito brasileiro”, sob orientação de Têmis Limberger, apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 31/08/2020.

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2020). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017). Advogada regularmente inscrita na OAB/SP. Possui experiência nas áreas Cível e Família. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5474551166661735>. E-mail: mayte.lle95@gmail.com.

Deficiência, sancionada pelo Brasil. Tal documento exclui o modelo médico e opta pelo modelo social de deficiência, nos moldes supracitados. Entretanto, a Convenção é conflitante com o modelo apresentado por outras normas do sistema jurídico brasileiro, de maneira que se questiona qual delas impera num conflito normativo direto.

Através da metodologia bibliográfica com fins exploratórios, o presente estudo possui o objetivo de responder a questão acerca de quem prevalece neste conflito normativo. Concluiu-se que: a) deficiência é um conceito mutável, a depender de inúmeros fatores de contexto social, econômico, geopolítico, etc., de modo que impossível a taxatividade acerca de quem encaixa-se como pessoa com deficiência; b) Considerando o quórum diferenciado pelo qual a Convenção foi aprovada, encaixa-se esta como Emenda Constitucional nos moldes do artigo 5º §3º da Constituição Federal; c) Num conflito normativo entre a Convenção e o artigo 4º do Decreto 3.298/99, prevalece a Convenção uma vez que esta tem *status* de Emenda Constitucional; d) O artigo 4º do Decreto 3.298/99 é inconstitucional; e e) Cabível Controle de Constitucionalidade Concentrado acerca deste conflito normativo, mais precisamente uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

1 O que é ser pessoa com deficiência?

Segundo o dicionário, deficiência significa “[...] imperfeição, insuficiência, falha [...]” (DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS, 2002, p. 145), enquanto deficiente “[...] falho, imperfeito [...]” (DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS, 2002, p. 145). Contudo, embora haja compreensões únicas acerca de determinados temas, uma palavra ou termo pode ser visto de milhares de maneiras distintas a depender do ponto de vista de quem analisa. Ao mesmo tempo em que a medicina compreende deficiência como o funcionamento anormal de quaisquer funções humanas, na engenharia, significa

alguma anomalia na estrutura construída ou no equipamento utilizado, a qual pode ou não ser reparada a depender do grau de disfunção. A sociedade, por outro lado, compreende como tudo aquilo que é desviante do seu modo de viver.

Nesse sentido, observa-se, por exemplo, o caso da miopia. Para a medicina, é considerada como deficiência, possuindo, inclusive, CID (10-H52.1); no plano social, por outro lado, sequer é percebida já que a anomalia pode ser rapidamente corrigida através do uso de óculos de grau adequado. Além de ser comum dentro do meio social, é quase impossível não conhecer alguém que utilize óculos para a correção de quaisquer problemas de visão, inclusive a miopia (ARAÚJO, 2011). A pergunta que fica é: será que todas as deficiências devem ser vistas da mesma forma, independentemente da realidade daqueles que a possuem? Uma deficiência pode ser vista, em qualquer contexto, como deficiência?

Não é possível que o próprio aparato Estatal diga quem é pessoa com deficiência ou quem tem “dificuldades o suficiente” para viver sob os padrões de vida hegemônicos (FRASER, 1990). Isso porque a deficiência não se resume ao modelo médico, devendo ser compreendida conforme o grau de dificuldade de inclusão social, que varia conforme a espécie de deficiência (ARAÚJO, 2011), mas não se resume a ela. Isso porque a deficiência é também definida pela sociedade em que o indivíduo reside, o grau ou estágio da sua condição, o nível de acessibilidade do local onde vive, entre inúmeros outros fatores (ARAÚJO, 2011; LOPES, 2014; FRASER, 1990).

Portanto, é possível dizer que a deficiência vem do contexto no qual a pessoa com deficiência está inserida de modo que duas pessoas com as mesmas deficiências podem necessitar de níveis e espécies diferentes de auxílio por parte de terceiros ou do próprio Estado, conforme seu contexto econômico, político, social e etc. (FRASER, 1990). Nesse sentido:

[...] a gente vem de um paradoxo que é médico, [...] separando as pessoas por condições médicas [...] [se] o mundo estiver adaptado para isso, eu vou conseguir andar da mesma maneira, eu vou conseguir fazer todas as funções sociais que eu faria se eu visse, se eu andasse com as minhas pernas, enfim, é tudo uma questão de se o mundo está adaptado pra isso ou não, então **a deficiência não está em mim, a deficiência está na sociedade**, está no ambiente. [...] **eu tenho uma característica** [...] o jeito que eu sou, **se eu vou funcionar ou não depende menos de mim do que do ambiente que é oferecido pra mim**. (MAMILOS, 2016a) (Grifo nosso).

Por consequência, uma pessoa com deficiência que vive num grupo ou meio no qual todas as suas necessidades são supridas (ou seja, no qual há inclusão social), não pode ser considerada pessoa com deficiência, uma vez que a própria palavra supõe uma capacidade suprimida ou inexistente. Nesse sentido, a pessoa com deficiência pode, portanto, realizar as mesmas tarefas que qualquer pessoa sem deficiência, quebrando diversos paradigmas e expectativas do senso comum cotidiano, como, inclusive, já faz:

[...] eu sempre falo que tudo dá pra fazer, que eu conheço gente que faz programação, [...] já conheci pessoa com deficiência visual que fez engenharia [...] [outro que] fez física [...] [e] desenvolveu um trabalho de física ótica [...] ele é cego. E o cara fez um trabalho de física ótica. [...] é difícil, mas eu acho que a maioria das profissões dá pra fazer. É claro, você vai ter dificuldade, vai ser difícil. Hoje tem cegos que são fotógrafos, que desenvolveram técnicas pra isso, então tipo, se tem cego fotógrafo, meu... dá pra fazer muita coisa. (IMAGINA JUNTAS, 2016).

Portanto, a deficiência nada mais é do que uma questão de ponto de vista, na qual, dentro das sociedades contemporâneas, prevalece a ideologia hegemônica de que essa é limitadora (FRASER, 1990). Até porque o contexto dominante da sociedade entende determinadas deficiências como benéficas, a exemplo daqueles entendidos como pessoas “superdotadas”

(MAMILOS, 2016a; FRASER, 1990). Muitas deficiências, contudo, não atrapalham a maneira de viver das pessoas, trazendo apenas algumas dificuldades em determinados momentos e ocasiões. Deste modo, por vezes essas pessoas não se veem como pessoas com deficiência, já que não se encaixam no estereótipo. Todavia, sendo questão de mera estruturação social é por sorte e acaso que essas pessoas não foram tão prejudicadas quanto outras (HEIDEGGER, 2008).

Logo, compreendendo a deficiência como um fenômeno social, é possível dizer que ela pode ser anulada a depender das circunstâncias: Um surdo total bilateral pode conviver normalmente numa sociedade onde se fala libras fluentemente entre seus cidadãos e em todos os meios de comunicação, enquanto o mesmo surdo possui diversas dificuldades de convívio em um local onde não se fala a língua de sinais; um cadeirante não possui qualquer problema de acessibilidade onde há rampas de acesso e elevadores em todos os locais e as calçadas sejam adequadas; um autista (a depender do seu grau de autismo) não possui problemas de aprendizado quando bem estimulado pela escola e família, entre muitos outros exemplos (MAMILOS, 2016a; ARAÚJO, 2011).

Dessa forma, sabendo que a deficiência é uma construção social e que sua forma de superação se encontra na acessibilidade e inclusão, a conclusão óbvia é pelo incentivo a ações que tenham como objetivo a promoção de ambientes inclusivos e acessíveis a todos os públicos a fim de caminhar no sentido da extinção da exclusão promovida pela deficiência (HOHENDORFF; OVALLE, 2020)³. Porém, há um grande obstáculo para

³ Segundo Rosângela Berman Bieler, a deficiência e sua necessidade de acessibilidade ou adequação social pode ser traduzida através da equação “Deficiência = Limitação Funcional x Ambiente”. Vide: BIELER, Rosângela Berman. Deficiência, pobreza e exclusão: a estratégia de desenvolvimento inclusivo ressignificando o conceito de acessibilidade. In: Conferência nacional dos direitos da pessoa com deficiência, 1, 2006, Brasília. Caderno de Textos. Brasília: Ampid, 2006. Disponível em http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/subsídios_para_conferencistas.html. Acesso em: 27 jun. 2020.

essa solução: a hegemonia dominante aliada ao seu entendimento de que a deficiência é, por si só, limitante (FRASER, 1990).

Há uma grande dificuldade de promoção da inclusão quando o entendimento de pessoa com deficiência, conforme o senso comum, é de um ser humano dependente e despreparado para a vida em sociedade (HOHENDORFF; OVALLE, 2020). Torna-se mais difícil ainda quando não há como detectar a dificuldade daqueles que possuem qualquer tipo de deficiência a menos que você seja ou conheça alguém que possua uma deficiência.

Para que a pessoa com deficiência não seja mais considerada como pessoa com deficiência, é necessário que suas necessidades sejam supridas. Para supri-las, é preciso que a sociedade as reconheça; para reconhecê-las, é essencial que a comunidade conviva com pessoa com deficiências. Por consequência, o ponto principal é a inclusão social (BIELER, 2006), que se torna o papel principal do Estado no que tange aos direitos da pessoa com deficiência (FERREIRA, 2014; BRASIL, 2008; BRASIL, 2009; UN, 2006). Uma cidade acessível e inclusiva não possui pessoas com deficiências, apenas pessoas diferentes umas das outras, o que, na realidade, todos já são.

Ocorre que a inclusão social exige tanto a conscientização da comunidade quanto a readequação dos espaços, para que haja acessibilidade, não adaptação⁴. Continuando, é necessário que a sociedade compreenda que a pessoa com deficiência faz parte do contexto social e apenas torna visível a diferença subjetiva que já existe em cada ser humano. Portanto, a pessoa com deficiência possui as mesmas necessidades e vontades que qualquer outra pessoa e, dessa maneira, é uma possível consumidora, uma

⁴ Adaptar difere-se de tornar acessível, conforme entendimento da autora, uma vez que a adaptação é a adequação daquilo que já existe (e não é acessível), enquanto a acessibilidade é a reestruturação completa do local para que a PCD seja recebida da mesma maneira que uma pessoa sem qualquer deficiência. [...]“[...] adaptação é aquela coisa ‘mambembe’ que você põe aquela ‘rampinha rapel’, você pega a cordinha e puxa para poder subir e precisa de um atrás e um na frente para não capotar. Isso não é acessível, isso é adaptado [...]” (MAMILOS, 2016a).

possível cliente, público alvo, entre outras promessas da vida mundana (MAMILOS, 2016a).

Ser pessoa com deficiência não significa uma redução de possibilidades, pelo contrário, é a abertura para novas possibilidades de vivenciar o universo, “[...] a pessoa não tá com defeito, ela tem uma característica intrínseca, isso não faz dessa pessoa menos capaz numa série de outras coisas [...]” (MAMILOS, 2016a). Obviamente que talvez seja necessário o auxílio ou a criação de ferramentas por terceiros para facilitar a execução de determinadas tarefas, entretanto, já faz parte do padrão humano necessitar de auxílio de terceiros para tarefas diárias. Não há comida que chegue à mesa sem outro que a tenha plantado; não há tratamento médico que seja realizado sozinho; não há livro para ser lido sem outro que o escreva; e assim por diante. A vida em sociedade intrínseca ao ser humano já possui como característica a interdependência (MAMILOS, 2016a).

Assim, é necessário que haja um movimento de conscientização para que os espaços se tornem acessíveis não porque a lei determina, mas porque é uma outra necessidade que possíveis clientes ou públicos alvo tenham. A pessoa com deficiência deixa de frequentar locais não porque não quer ou não sai de casa; mas justamente porque esses locais não foram projetados para ela.

Um vegetariano/vegano nunca frequentará uma churrascaria, mas, o empreendedor vê uma oportunidade de negócio, porque conhece e vê todos os dias pessoas vegetarianas/veganos. Logo, cria cardápios e opções para elas, na esperança de cativá-las como possíveis clientes. Se o mesmo empreendedor nunca tivesse visto, conversado ou frequentado locais que existissem pessoas com essa opção alimentar, jamais lhe ocorreria criar um cardápio específico para elas. O mesmo vale para a pessoa com deficiência.

No entanto, ao contrário do exemplo dado, a pessoa com deficiência tem seu direito de ir e vir restringido, visto que, ao contrário do vegetarianismo/veganismo, que permite frequentar outro local ou pedir um prato que não tenha carne, muitas vezes não há como driblar a necessidade de ir ao local (escola, universidade, rua, entre outros) ou, pensando de maneira mais abrangente, a inexistência de acessibilidade restringe o direito fundamental de liberdade de locomoção.

Por conseguinte, vemos cada vez menos pessoas com deficiência em espaços públicos e privados, confinando-as em suas casas, negando-lhes diversos direitos. E o ciclo continua infinitamente. Por isso, a questão da pessoa com deficiência não pode ser vista como uma questão de oferta versus demanda, ela não é sobre mercado, mas sobre Direitos Humanos.

2 O decreto 3.298/99 e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU

Na década de 90, com o objetivo de sanar a ambiguidade acerca das pessoas com deficiência e garantir-lhes aqueles direitos constitucionais especialmente a elas reservados e regulamentar a Lei nº 7853, de 24 de outubro de 1989, o Poder Executivo sancionou um Decreto nº 3.298, de 20 de Dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Neste Decreto, considerando o tema deste trabalho, focam-se especificamente em seus artigos 3º e 4º, os quais conceituam o que é deficiência e, portanto, quem se encaixa na categoria das pessoas com deficiência⁵.

⁵ Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

“Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia,

Em primeiro lugar, importante frisar sobre a divergência constante no mesmo instrumento legal demonstrada por ambos os artigos de lei. Enquanto um traz um conceito moderno e aberto de pessoa com deficiência, o outro restringe aqueles que são capazes de gozar dos direitos a eles reservados, o que, por si só, traz inúmeras discussões, as quais são recorrentemente levadas ao Judiciário⁶.

Nesse sentido, com a promulgação do Decreto 5.296, de 02 de Dezembro de 2004, o texto passou por algumas alterações, chegando a ter a remoção de palavras que criaram a remoção de determinados grupos ao acesso às cotas sociais⁷, o que, por si só, considerando que as questões

tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 600; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

⁶ Um exemplo é a diferenciação de tratamento entre os cegos monoculares e os surdos unilaterais. Embora a literalidade do texto impede que ambos façam parte das cotas a eles reservadas, o Tribunal entendeu que a existência da expressão “no melhor olho” autoriza o entendimento de que é possível encaixar o cego monocular dentro do Decreto, ao passo que o surdo unilateral não possui o mesmo direito uma vez que o texto, em sua literalidade, enfatiza o “bilateral”. Tal diferenciação é expressa pelo Superior Tribunal de Justiça na promulgação de suas Súmulas 377 e 552 e, até hoje, causa grande comoção por parte dos surdos unilaterais.

⁷ O Decreto alterou diversos critérios para as deficiências já previstas no Decreto 3.298/99. Contudo, para os fins deste trabalho, considerar-se-á apenas a alteração constante na redação atual do artigo 4º inciso II do Decreto 3.298/99, no qual lia-se “[...] II - deficiência auditiva - **perda parcial ou total** das possibilidades auditivas sonoras [...] f) **anacusia** [...]” (BRASIL, 1999) (grifo nosso) e hoje lê-se “[...] II - deficiência auditiva - **perda bilateral, parcial ou total**, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ. [...]” (BRASIL, 2004) (grifo nosso). Tal alteração retirou a possibilidade do surdo unilateral recorrer às cotas sociais reservadas à Pessoa com deficiência.

referentes à pessoa com deficiência, são questões de Direitos Humanos, seria passível de objeções⁸.

Após pouco mais de uma década, o Brasil aprovou a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual foi logo ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de Julho de 2008 (BRASIL, 2008), e promulgada por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009). Assim, a deficiência passa a ser tratada não como uma questão médica a ser curada, mas como uma condição humana que deve ser contornada pelo ambiente, livrando-se das barreiras sociais, linguísticas, arquitetônicas e quaisquer outras que existam e impeçam a completa inserção social e inclusão do ser humano em questão (FERREIRA, 2014). O que vem de acordo com o que foi largamente demonstrado no tópico anterior, além de coeso com o entendimento contemporâneo acerca da questão.

Segundo a Convenção, pessoas com deficiência são “[...] 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.” (BRASIL, 2008; BRASIL, 2009). O conceito, nesse sentido, encaixa-se perfeitamente com aquilo expresso pelo artigo 3º do Decreto 3.298/99.

Logo, cada cidadão possui suas próprias vivências e realidade, de modo que, mesmo que ambos possuam dificuldades, um cadeirante que possui condições financeiras não vive do mesmo modo que um cadeirante sem qualquer possibilidade recursal (HEIDEGGER, 2008).

Nesse sentido, é perfeitamente possível dizer que a deficiência vem do contexto no qual a pessoa com deficiência está inserida de modo que

⁸ Talvez até em sede de Controle de Constitucionalidade, como será melhor mencionado mais à frente.

duas pessoas com as mesmas deficiências podem necessitar de níveis e espécies diferentes de auxílio por parte de terceiros ou do próprio Estado, conforme seu contexto econômico, político, social e etc.

Não é possível, portanto, que o próprio aparato estatal diga quem é pessoa com deficiência ou quem tem “dificuldades o suficiente” para viver sob os padrões de vida hegemônicos. Isso porque a deficiência não se resume ao modelo médico, devendo ser compreendida conforme o grau de dificuldade de inclusão social, que varia conforme a espécie de deficiência (ARAÚJO, 2011), mas não se resume a ela, uma vez que a deficiência é também definida pela sociedade em que o indivíduo reside, o grau ou estágio da sua condição, o nível de acessibilidade do local onde vive, entre inúmeros outros fatores (ARAÚJO, 2011; LOPES, 2014).

Entretanto, o Poder público continua utilizando conceitos taxativos sob o paradigma da “segurança jurídica” e do mito da Lei que, quando em conflito com questões relacionadas às pessoas a qual ela deveria reger, vence sem qualquer questionamento, o que, por si só, já é um indicativo de que o Direito não tem cumprido o seu papel de servir as pessoas e não ao próprio sistema (FINNIS, [21]).

Fica, portanto, a questão ainda não resolvida: Entre a Convenção, o artigo 3º e o artigo 4º do Decreto 3.298/99, qual a resposta para quem é pessoa com deficiência segundo os parâmetros normativos brasileiros? A resposta está na Constituição Federal e será melhor explanada no próximo tópico.

3 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU: *status* constitucional e consequências

A Constituição Federal, em seu artigo 5º §3º (BRASIL, 1988), determina que os Tratados de que versem sobre Direito Humanos, aprovados num regime qualificado especial, tem *status* de Emenda Constitucional.

Pouquíssimos instrumentos normativos adquiriram esse *status*⁹, contudo, dentre eles encontra-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (UM, 2006; BRASIL, 2008; BRASIL, 2009).

Logo, a Convenção tem *status* de Emenda Constitucional, o que a coloca acima de qualquer Lei Ordinária sobre o assunto. Nesse sentido, considerando toda a discussão já longa e exaustivamente demonstrada sobre o conflito normativo versando a respeito do conceito de pessoa com deficiência entre os artigos 3º e 4º do Decreto 3.298/99 (BRASIL, 1999), a Convenção sempre teria vantagem e, portanto, supremacia.

Por esta razão, qualquer taxatividade relacionada ao que seria considerado como deficiência é, além de capacitista¹⁰, pois, além de uma violação à própria Convenção seria, também, uma violação a um dispositivo da Constituição Federal, os quais, considerando versarem sobre Direitos Fundamentais, teriam aplicabilidade direta e imediata¹¹.

Entretanto, importante frisar que, conforme a própria Convenção, agora norma constitucional, no que tange a Direitos Humanos, na existência de norma mais favorável dentro do sistema jurídico interno, deve sempre esta prevalecer, mesmo que anterior à Convenção¹², e tratada

⁹ Entre eles, o Tratado de Marraquexe, pelo Decreto nº 9.522, de 08 de Outubro de 2018.

¹⁰ Termo utilizado para referir-se à discriminação contra a Pessoa com deficiência.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹² "Article 4 - General obligations: [...] 4. Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of persons with disabilities and which may be contained in the law of a State Party or international law in force for that State. There shall be no restriction upon or derogation from any of the human rights and fundamental freedoms recognized or existing in any State Party to the present Convention pursuant to law, conventions, regulation or custom on the pretext that the present Convention does not recognize such rights or freedoms or that it recognizes them to a lesser extent.[...]" (UN, 2006).

"Artigo 4º, IV - Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau" (BRASIL, 2008; BRASIL, 2009).

como EC. Além do mais, segundo a própria Convenção não há vinculação de legislação ordinária futura (ARAÚJO, 2017), de modo que há a possibilidade de criação de norma mais benéfica a qualquer tempo, a depender da vontade do legislador ordinário¹³.

Logo, é possível dizer que os Direitos Fundamentais relacionados à pessoa com deficiência constantes na Convenção possuem não apenas status constitucional, como também eficácia direta e imediata, possibilitando alegar que a Lei 13.146/2015 dispôs-se a alargar, explanar e detalhar o leque de direitos proposto pela Convenção da ONU, e, conforme a Convenção (BRASIL, 2006; BRASIL 2009; UN 2006) a promulgação posterior de normas mais benéficas não contrariariam em nenhum aspecto a norma com status de EC¹⁴.

Portanto, se a resposta adequada à CF é aquela que se encontra dentro da mesma (STRECK, 2017a, 2017b), por conseguinte, a solução conveniente é justamente a proposta pela Convenção, uma vez que essa possui *status* Constitucional, além de configurar como norma de eficácia direta e imediata.

Por esse ângulo, não é possível a criação ou permanência de uma norma que inferioriza deficiências, ditando quem está apto a ser ou não incluído na categoria de pessoa com deficiência, uma vez que a própria

¹³Embora, até o presente momento, a autora deste trabalho não considere nada mais favorável do que um conceito aberto de deficiência igual ao proposto pela Convenção.

¹⁴"Article 4 - General obligations: [...] 4. Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of persons with disabilities and which may be contained in the law of a State Party or international law in force for that State. There shall be no restriction upon or derogation from any of the human rights and fundamental freedoms recognized or existing in any State Party to the present Convention pursuant to law, conventions, regulation or custom on the pretext that the present Convention does not recognize such rights or freedoms or that it recognizes them to a lesser extent.[...]" (UN, 2006).

Artigo 4º, IV - Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau" (BRASIL, 2008; BRASIL,2009).

Convenção Internacional dita que a deficiência é um conceito mutável, em construção e sujeito às adequações e ressignificações sociais necessárias, não sendo papel do Executivo ou Judiciário ditá-las, mas sim das circunstâncias sociais em relação à própria pessoa com deficiência a depender da sua espécie e grau.

Nessa perspectiva, é possível alegar a inconstitucionalidade do Decreto 3.298/99. Indo mais a fundo, é possível discutir a questão da inconstitucionalidade do artigo 4º Decreto 3.298/99¹⁵, pois contraria diretamente toda a fundamentação e principiologia de Emenda Constitucional ao propor uma distinção entre aqueles que se encaixam ou não nas categorias de pessoa com deficiência, sem qualquer preocupação com incontáveis fatores que influem na deficiência, já exaustivamente expostas ao longo deste trabalho, mas podendo ser brevemente citadas: condição socioeconômica; grau e espécie de deficiência; local de domicílio; contexto social; entre inúmeros outros exemplos.

Embora seja compreensível a vontade do legislador de prever as situações e, assim, criar sistemas que possam auxiliar o regimento da coisa pública; é razoável a alegação de que esta padronização estipulada pelo

¹⁵Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparlesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências." BRASIL. Decreto-lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 20 jun. 2020

artigo 4º do Decreto 3.298/99 e todas as suas consequências diretas (súmulas e decisões as quais ganham status de precedente/jurisprudência) já não são mais aceitáveis, não apenas do ponto de vista legal, mas também social. O século XXI trouxe atenção a consideráveis lutas de grupos minoritários, tendo a sociedade moderna buscado cada vez mais um mundo diverso. Nos limites do possível e razoável, o indivíduo prevalece sobre a conjuntura (falando sobre Direitos Humanos), de modo que se busca cada vez mais entender as raízes de determinados padrões de conduta e comportamento social ou individual para que seja possível a extinção desses mesmos padrões que oprimem determinados grupos de indivíduos.

Portanto, para compreender a pessoa com deficiência como pessoa munida de características únicas e, assim, a existência de uma necessidade de adequação da sociedade para a inclusão do indivíduo (e não o oposto), é necessário desmistificar o modelo médico e optar pelo social não só no plano material, mas no formal, ou seja, no do Direito escrito. Por essa razão, o artigo 4º do Decreto 3.298/99 é inconstitucional e violador não só de Direitos Fundamentais, mas também Direitos Humanos.

Nesse sentido, considerando a inconstitucionalidade mencionada, é perfeitamente cabível uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a Convenção que se tornou Emenda Constitucional é posterior ao Decreto atacado, bem como ao Decreto que o modificou (Decreto 5.296/04).

Entretanto, apesar de toda a argumentação aqui exposta, o Executivo e o Judiciário brasileiro insistem na utilização de um instrumento normativo que, ao que foi exaustivamente aqui demonstrado, nem está mais vigente segundo os parâmetros legais.

Considerações finais

Deficiência não é algo a ser procurado na pessoa, mas na sociedade em que ela convive, uma sociedade realmente inclusiva não possui pessoas com deficiência, mas pessoas diversas, com características diversas e inúmeras possibilidades de caminhos e modos de realizar a mesma tarefa. É necessário que a sociedade supere o modelo médico de deficiência e adequa-se ao seu conceito moderno.

Numa tentativa de incentivo a essa conduta e efetiva inclusão social, a ONU criou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual foi sancionada no Brasil em 2008 com um quórum qualificado, quórum que traz ao documento normativo *status* de Emenda Constitucional, conforme moldes do artigo 5º §3º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, opõem-se a Convenção ao modelo proposto pelo Decreto 3.298/99, mais especificamente em seu artigo 4º, onde determinou-se quais características eram ou não consideradas relevantes para determinar quem é pessoa com deficiência.

Impossível a imposição de um modelo que propõe a deficiência como uma característica sujeita ao modelo social, ou seja, pressupõe uma análise subjetiva, num sistema onde há uma norma taxativa. Uma característica pode ser tratada de maneira diferente a depender dos inúmeros fatores contextuais (classe social, região, tempo, etc.), de modo que um cadeirante onde há rampas de acesso e instrumentos de acesso análogos em todos os lugares não possui as mesmas dificuldades de um cadeirante que não possui sequer calçadas acessíveis.

Nesse sentido, considerando a colisão principiológica e textual entre o artigo 4º do Decreto 3.298/99 e o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, numa análise hierárquica, resta

óbvio a prevalência da norma que possui *status* Constitucional, de maneira que inconstitucional o texto do Decreto e, portanto, incompatível com o sistema normativo vigente, sendo cabível Controle de Constitucionalidade Concentrado, mais especificamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Entretanto, apesar de todas as conclusões aqui expostas, o Poder público ainda vem utilizando norma que não se encontra mais vigente no sistema normativo atual, em nome da segurança jurídica e da manutenção de uma hegemonia dominante.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da pessoa com deficiência**. 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direito das pessoas com deficiência**. In: Enciclopédia jurídica PUCSP. [São Paulo, 2017], abril 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/51/edicao-1/direito-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: 15 Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS. São Paulo: Edições Poliglota, 2002.

FERREIRA, Laíssa da Costa (coord.). **Convenção da ONU sobre o direito das pessoas com deficiência**: Novos comentários. Brasília: Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos-SDH-Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com deficiência, 2014. p. 26-35.

FINNIS, John. **Priority of persons**. [S.l.]: [21]. Disponível em <https://www.scribd.com/document/191289450/John-Finnis-The-Priority-of-Persons>. Acesso em: 27 jun. 2020.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. **Social Context**, n. 25/26, p. 56-80, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2008.

HOHENDORFF, Raquel von; OVALLE, Maytê. A pessoa com deficiência e a tecnologia: uma breve visão da Quarta Revolução Industrial como atalho entre acessibilidade e Direito Humanos. *In*: SOARES, Saulo Cerqueira; Eça, Vitor Salino de Moura; SOARES, Ivna

Maria Mello Soares. **Afirmação de Direitos em tempos líquidos**. Curitiba, 2020. p. 85-93.

IMAGINA JUNTAS: #20 Imagina Acessível. Entrevistadores: Carol Rocha, Jessica Grecco e Gustavo Lanzetta. Entrevista: Gustavo Torniero. [S.l.]: Half Deaf, 23 maio. 2018. *Podcast*. Disponível em: <https://halfdeaf.com.br/shows/imagina-juntas>. Acesso em: 27 jun. 2020.

JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Laís de Figueiredo. Artigo 1: Propósito. *In*: FERREIRA, Laíssa da Costa (coord.). **Convenção da ONU sobre o direito das pessoas com deficiência**: Novos comentários. Brasília: Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos-SDH-Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com deficiência, 2014. p. 26-35.

MAMILOS: #58 Acessibilidade. Entrevistadores: Cris Bartis e Juliana Wallauer. Entrevista: Katya Helmelrijk, Fernando Scalabrini, Mara Gabrilli, Luiz Numeriano e Alexia. [S.l.]: B9, 26 fev. 2016a. *Podcast*. Disponível em <https://www.b9.com.br/shows/mamilos/mamilos-58-acessibilidade/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MAMILOS: #59 Super Tuesday e Monólogo do Oscar. Entrevistadores: Cris Bartis e Juliana Wallauer. Entrevista: Peu Araújo e Joel. [S.l.]: B9, 04 mar. 2016b. Disponível em <https://www.b9.com.br/shows/mamilos/mamilos-59-super-tuesday-e-monologo-do-oscar/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à constituição (resposta correta). *In*: **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 252-268.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. Livro eletrônico. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/cfi/87!/4/4@o.00:0.696>. Acesso em: 06 de fev. 2019.

UNITED NATIONS (UN). **Convention on the rights of persons with disabilities**. New York, 2006. Disponível em https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_15.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

Capítulo 2

A Redução da Desigualdade de Renda no Estado Brasileiro via Tributação: da Utopia à Realidade ¹

*Priscila Anselmini*²

Introdução

Atualmente, a humanidade depara-se com a crescente desigualdade de renda, que traz reflexos diretos no modo de viver da população global e, diante deste cenário, é imprescindível pensar em soluções eficientes à redução dessa desigualdade. Para tanto, o artigo busca analisar a tributação como esse meio redutor, principalmente em relação à desigualdade de renda presente no Brasil, por meio da adoção de alternativas ao atual modelo tributário excludente.

Portanto, a problemática que se coloca poderia ser resumida nas seguintes indagações: a tributação pode ser um instrumento de redução da desigualdade de renda? Se sim, o atual sistema tributário brasileiro as reduz? Caso não reduza, quais os mecanismos tributários para reverter essa situação?

Dessa forma, analisar-se-á, no primeiro tópico, como o ordenamento tributário brasileiro pode ser um mecanismo eficaz para a melhor distribuição da renda. Logo, é necessário verificar os aspectos históricos e

¹Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “A redução da desigualdade de renda no estado brasileiro via tributação: da utopia à realidade”, sob a orientação de Prof. Dr. Marciano Buffon, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 26 de novembro de 2019.

²Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (Bolsa CAPES/PROEX). Mestre em Direito Público pela UNISINOS (Bolsista CAPES/PROEX). Especialista em Direito Público pela ESMAFE/RS. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa Tributação e Desigualdade no Brasil: a legitimação pelo gasto social inclusivo, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2035142625567909>. E-mail: prisci.anselmini@yahoo.com.br.

contemporâneos que contribuíram para composição da carga tributária brasileira e se esta encontra-se em consonância com os ditames constitucionais. Após essa análise, sobretudo sobre a tributação do consumo e da renda, examinar-se-ão as possíveis soluções e alternativas a esta carga tributária regressiva, focando na redução da tributação sobre os bens de consumo e serviço, principalmente sobre a cesta básica, e a adequação constitucional da tributação da renda de pessoas físicas e jurídicas.

A investigação empregará como recurso técnico as fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, abrangendo fundamentalmente fontes jurídicas, tais como: livros jurídicos, relatórios oficiais, jornais, periódicos, revistas e fontes jurisprudenciais. Utilizar-se-ão grandes obras de Direito, como seguem nas Referências Bibliográficas que mais adiante serão apresentadas.

O objetivo geral deste artigo, então, é demonstrar como a tributação pode ser um instrumento útil e eficaz para a redução da desigualdade de renda, realizando uma leitura do atual sistema tributário do Brasil, para verificar a viabilidade da adoção de alternativas ao modelo tributário existente.

O presente artigo tem como objetivos específicos:

- a) Estudar quais as formas mais eficazes para a redução da desigualdade de renda via tributação, com base nos princípios tributários;
- b) Observar as propostas de tributação sobre os bens de consumo e serviços;
- c) Expor as alternativas ao modelo tributário brasileiro via tributação sobre a renda;

Ao se deparar com a problemática envolvendo a crescente desigualdade de renda no Brasil, percebe-se como isso reflete na vida social e

econômica da população. Por isso, justifica-se esta pesquisa sobre a adoção de alterações na tributação sobre a renda, para que se tenha a concretização dos direitos a todos os cidadãos brasileiros. Isso porque o Estado, através da arrecadação de tributos, possui meios para garantir o seu custeio, concretizando o “bem comum”, isto é, a realização dos direitos constitucionais e fundamentais do cidadão.

1 O Sistema Tributário Brasileiro: aspectos históricos e contemporâneos sobre a composição da carga tributária

Diante das desigualdades enfrentadas pela população mundial, sobretudo no Brasil, decorrente da má distribuição de renda e riquezas, indagam-se quais os instrumentos são necessários e eficazes para a solução desses problemas econômicos, sociais e até políticos? Em face disso, concentra-se o estudo no ramo tributário, com a análise do atual Sistema Tributário brasileiro, seus impostos, princípios norteadores e teorias que influenciaram a atual composição da carga tributária. Em seguida, o presente estudo explora alternativas e propostas ao sistema tributário, visando à concretização da justiça fiscal e a redução da desigualdade de renda.

A distribuição de riquezas em uma sociedade, segundo Dworkin (2005, p. 10), é resultado do seu ordenamento jurídico, mas não só em relação às leis que regem a propriedade e as relações para a sua aquisição e transferência, como também em relação às normas fiscais e políticas. Em face disso, pode-se dizer que, o combate à desigualdade social está interligado diretamente com a justiça social mediante uma tributação baseada na redistribuição de renda.

Não se ignora que o combate à desigualdade pode-se dar mediante a adoção de políticas públicas redistributivas, garantindo acesso à educação qualificada, por exemplo. No entanto, para fins dessa pesquisa o problema

da desigualdade será enfrentado a partir da questão tributária, uma vez que o Sistema Tributário pode ser um instrumento útil na redução dessas iniquidades sociais, como será abordado ao longo do capítulo.

O Estado mediante a arrecadação de tributos tem meios para garantir o seu custeio e com isso, concretizar o “bem comum”. Esse bem comum é a concretização de objetivos e princípios constitucionalmente postos e dos direitos fundamentais. E quanto maior o grau de satisfação desses direitos, menos desigualdade e pobreza terá o Estado. (BUFFON, 2017, p. 159).

Thomas Piketty, em 1997, já afirmava a importância da tributação como mecanismo de redistribuição de riquezas destinada à redução das desigualdades sociais:

O instrumento privilegiado da redistribuição pura é a redistribuição fiscal, que, por meio das tributações e transferências, permite corrigir a desigualdade das rendas produzida pelas desigualdades das dotações iniciais e pelas forças do mercado, ao mesmo tempo que preserva o máximo a função alocativa do sistema de preços. (PIKETTY, 2015, p. 85).

Por certo, a redução das desigualdades pela via do sistema de redistribuição de renda, através de arrecadação de impostos destinados a garantir a proteção dos direitos básicos dos cidadãos, como investimentos nas áreas de educação, saúde, aposentadoria, emprego e habitação, não é a única forma de combate à desigualdade social. Com a promulgação da Constituição Federal e os objetivos do Estado Democrático de Direito, elencados em seu art. 3º, o Estado possui o dever de atender as necessidades de sua população, tornando a tributação com um dever social, sendo o principal meio de financiamento do estado para realizar políticas públicas voltadas à concretização dos direitos básicos do cidadão. (BUFFON, 2012, p. 233)

Com base na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, bem como em tornar a sociedade mais justa e igualitária, a tributação também assume a função redistributiva. Dessa forma, deve haver uma divisão justa do ônus fiscal, através da “[...] capacidade contributiva, por meio da progressividade e da tributação sobre as grandes riquezas, a fim de evitar a concentração de renda.” (RIBEIRO, 2017)

Em vista disso, o tributo, além de contribuir para receita do Estado, tem a função de redistribuição, devendo ser exigido de forma justa entre os cidadãos. Para tanto, deve-se observar os princípios constitucionais da capacidade contributiva e progressividade. Assim, o Estado poderá cumprir o seu caráter solidário e justo, bem como promover a redistribuição de renda e a redução das desigualdades.

Neste sentido, ensina Hugo de Brito Machado que quem possui maior capacidade contributiva, deve pagar um imposto mais elevado, tributando-se de forma igualitária. Logo, é garantida a igualdade na medida em que a proporcionalidade da incidência respeita a capacidade contributiva, em função da utilidade ripária da riqueza. (MACHADO, 2004).

Diante desse contexto, a capacidade econômica deve ser analisada no sentido de ter garantido o mínimo existencial. Este se faz necessário no que diz respeito à proteção de seus direitos fundamentais, tendo o cidadão o direito a uma vida minimamente digna. Logo, para garantir o mínimo existencial, tributam-se com maior carga tributária os bens que não são considerados essenciais, aqueles apresentados como supérfluos e que não estejam elencados no rol do art. 7º, IV, da CF/88, sendo os tributos graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, utilizando o critério da progressividade, a fim de efetivar a justiça fiscal. (SIQUEIRA, 2010).

No entanto, a tributação brasileira onera excessivamente os bens de consumo e serviços, sendo utilizada de forma reversa e indo de encontro

ao arquétipo constitucional e dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Para compreender melhor os efeitos da regressividade e progressividade no sistema tributário é necessário analisar dois tipos de impostos: os denominados impostos indiretos e os impostos diretos. Estes são impostos que recaem sobre a renda e o patrimônio, tendo efeito progressivo na medida em que a participação do contribuinte aumenta conforme o valor da sua renda, seja ela advinda do trabalho ou do capital.

Já em relação aos impostos indiretos o peso da carga tributária recai sobre o consumo de bens, produção e serviço. Estes impostos são considerados regressivos “na medida em que tem uma relação inversa com o nível de renda do contribuinte, prejudicando as pessoas de menor poder aquisitivo.” (DAVI, 2011, p. 64)

No Brasil, quase metade da arrecadação de tributos é sobre os bens de consumo, seguido pela tributação sobre a renda e uma pequena quantia derivada da tributação sobre o patrimônio. Como se sabe, a maior parte da população brasileira é formada por trabalhadores assalariados e pelas classes de baixa renda, o que representa mais de 60% da população, segundo dados do INESC. (DAVI, 2011, p. 66)

Dessa forma, a carga tributária atinge de forma muito elevada as camadas com menor poder aquisitivo, já que a maior parte da tributação recai sobre o consumo. Discute-se que a tributação de forma mais onerosa sobre os bens de consumo e serviços é uma alternativa que visa a atrair indústrias e investimentos internacionais. Ideais estes advindos do modelo neoliberal e da teoria da tributação ótima, que defende a tributação sobre a renda e capital. Contudo, este modelo tributário adotado apresenta-se incompatível com a estrutura social brasileira, aprofundando as desigualdades existentes.

Por isso, para garantir a divisão justa do ônus fiscal e a redistribuição de renda é essencial repensar a atual forma de tributar brasileira, de modo

que se diminua a concentração de renda e garanta ao cidadão a proteção de seus direitos básicos, para uma vida minimamente digna. Para tanto, é imperioso analisar o que levou o Estado brasileiro a adotar este modelo tributário e os reflexos para a composição da carga tributária no Brasil frente à Constituição Federal.

1.1 A composição da carga tributária brasileira: os reflexos do ideário neoliberal frente aos objetivos constitucionais

Como analisado no primeiro tópico, a desigualdade de renda é uma realidade constante nas sociedades contemporâneas. No Brasil, viu-se que a desigualdade de renda teve certa diminuição após o ano 2000, em decorrência das políticas públicas, que aumentaram a renda da população mais carente, reduzindo os índices de pobreza e fome.

No entanto, essa redução da desigualdade de renda deu-se “apesar da tributação” (MATOS, 2014, p. 201), visto que poucas mudanças ocorreram no Sistema Tributário Brasileiro e na distribuição da carga tributária. Desse modo, o atual modelo tributário excludente aumenta ainda mais as iniquidades sociais, principalmente numa sociedade periférica como a brasileira, indo de encontro aos objetivos da Constituição Federal. A partir dessas reflexões iniciais, passa-se a verificar a composição da carga tributária, a fim de visualizar com precisão como este modelo tributário é excludente e não reduz a desigualdade de renda.

Em relação a carga tributária brasileira, percebe-se que, diferentemente da empregada pelos países desenvolvidos e emergentes, não é “a mais alta do mundo”, sendo que, em 2018, o Brasil arrecadou com impostos cerca de 33,58% do Produto Interno Bruto (PIB) (IMPOSTÔMETRO, 2019). Porém, o que se deve atentar não é para o tamanho da nossa carga

tributária em relação aos outros países, e sim pela forma como ela é composta e sobre os bens que ela incide, refletindo na desigualdade de renda e riqueza. (RIBEIRO, 2015).

O fato é que no Brasil, os recursos tributários vêm, em grande parte, de impostos sobre a circulação, produção e o consumo de bens e serviços, que atingem significativamente toda a população, inclusive as classes sociais mais carentes e que sentem os reflexos da excessiva tributação. Em 2017, a Receita Federal divulgou que o Estado brasileiro arrecadou 48.44% de impostos sobre os bens de consumo e serviços. Em contrapartida, a arrecadação sobre os valores provenientes das folhas dos salários se concentrou em apenas 26.12%, a renda em 19.22% e 4,58% sobre a propriedade, o que evidencia a tributação às avessas e seus efeitos regressivos. (BRASIL, 2018).

A tributação sobre o consumo, mesmo sendo dirigida para toda a população brasileira, afeta de maneira mais intensa a população mais carente, já que gasta seus rendimentos na aquisição de bens de consumo e serviços, produtos básicos e necessários para a sobrevivência, não permitindo que se aumente o patrimônio pessoal dessa parte da população. Dessa forma, a preferência em tributar os bens de consumo e serviços resulta no efeito regressivo destes impostos indiretos. (RIBEIRO, 2015).

A tributação sobre os bens de consumo e serviço atinge a população de baixa renda, cerca de 60% da população, em que, por exemplo, os 10% mais pobres contribuem para a Receita Federal do Estado com 32% de seus rendimentos, enquanto isso, os 10% mais ricos, contribuem com apenas 21%. (MARTINS, 2014).

Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, do ano de 2005, já demonstrava que o cidadão que recebia a remuneração de até dois salários mínimos comprometia cerca de 48,8% de sua

renda em tributos. Já os que ganhavam até trinta salários mínimos, despendiam apenas 26,3% da renda em tributos. Atualmente, os dados não mudaram significativamente, sendo que 40% da renda das famílias com menor poder aquisitivo (abaixo da linha da pobreza, por exemplo) é afetada pelo pagamento de tributos. (BUFFON, 2019, p. 202-203).

Apesar da Teoria da Tributação ótima defender que o valor da arrecadação dos tributos voltaria à população por meio de políticas públicas, no Brasil o governo não investe suficientemente o valor arrecadado na promoção de políticas públicas, garantindo à população mais carente os direitos básicos, como educação de qualidade, alimentação, moradia, lazer, vestuário, higiene, saneamento básico, entre outros. Assim, as populações de baixa e média renda contribuem de forma mais elevada, mas não veem esses rendimentos sendo investidos na melhoria dos serviços públicos.

Neste aspecto, o Brasil praticamente recusa arrecadar impostos sobre o patrimônio, o que resultaria na diminuição da carga tributária incidente sobre as classes mais carentes. Por exemplo, os tributos que incidem diretamente sobre a propriedade equivalem apenas a 1,49% do PIB. Nos países como o Canadá, este percentual chega a 10% e nos Estados Unidos a 12,5%. Outro exemplo é o Imposto Territorial Rural (ITR), que incide sobre a propriedade de terra, em que se arrecada o equivalente a apenas 0,01% do PIB. (MARTINS, 2014)

Alguns aspectos no sistema tributário brasileiro demonstram a injustiça fiscal em favor dos mais ricos através, primeiramente, da redução da tributação sobre os lucros das empresas, com a instituição de juros sobre o capital próprio; segunda, isenção do Imposto de Renda na distribuição de lucros a pessoas físicas, como o aluguel, sobre os lucros e dividendos distribuídos aos sócios capitalistas, etc.; e, a eliminação da alíquota de 35% do Imposto de Renda de Pessoa Física, reduzindo a sua progressividade. (SALVADOR, 2012, p. 85-86)

Esse sistema tributário encarece a demanda, prejudicando a produção, a oferta de empregos e o crescimento econômico do país, bem como dificultando o poder de consumo das famílias de baixa e média renda. (FILHO, 2011). Ainda, segundo estudos realizados pelo IPEA, o sistema tributário brasileiro tributa proporcionalmente de forma mais elevada os contribuintes com menor poder aquisitivo, caracterizando o efeito regressivo da tributação no Brasil. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013)

Diante destes aspectos quanto à deficiência da composição da carga tributária no Brasil à redução da desigualdade de renda, é necessário analisar possíveis alternativas a esse sistema tributário excludente, visando à concretização, efetivamente, da justiça fiscal.

2 A busca pela justiça fiscal: alternativas ao Sistema Tributário Brasileiro

A composição da carga tributária brasileira, como visto acima, está baseada nos bens de consumo e serviços, que atinge igualmente toda a população e as diferentes classes sociais, contribuindo para o aumento das desigualdades e não respeitando os princípios constitucionais. Não bastasse isso, a tributação da renda também possui controvérsias constitucionais. Isto porque, embora a Constituição Federal estabeleça que o imposto deve incidir sobre qualquer renda – derivadas do capital e trabalho – e proventos, bem como a alíquota pode ser maior quanto maior o acréscimo patrimonial do contribuinte, na prática isso não vem sendo observado.

Essa inadequada composição da carga tributária vem gerando equívocos na função fiscal e reflete no cotidiano da população brasileira. Para tanto, analisa-se alternativas e sugestões ao atual modelo tributário, a fim de que se respeitem os princípios constitucionais e concretize os objetivos do Estado Democrático de Direito.

2.1 A Tributação sobre os bens de consumo e serviços e sua adequação constitucional

A nossa Constituição Federal preconiza que os tributos devem respeitar a capacidade contributiva e a igualdade. No entanto, viu-se que cerca de 48% da arrecadação tributária pelo estado brasileiro é resultado de impostos incidentes sobre o consumo, visando a desonerar a tributação sobre empresas e capital para atrair investimento de capital estrangeiro e estimular a poupança. Ou seja, objetivando a neutralidade do sistema tributário frente às forças do mercado.

Esta neutralidade do sistema tributário, bem como a defesa aos princípios neoliberais, ocasionou uma interpretação diversa dos princípios constitucionais. Ora, sabe-se que a igualdade não será atingida numa sociedade periférica se tratarmos todos igualmente, sem observar as diferenças sociais e econômicas. Por isso, a Constituição Federal estabelece que os impostos devem observar a capacidade contributiva, na busca da equidade e eficiência do sistema tributário brasileiro.

Como visto, a composição da carga tributária no Brasil realça a concentração de impostos sobre os bens de consumo e serviço, que atinge proporcionalmente a população, independentemente de sua situação financeira, o que agrava ainda mais o cenário desigual brasileiro. O atual sistema tributário, por estar baseado no consumo, é custeado pela maioria da população, formada por cidadãos de baixa renda e que diminuem cada vez mais o seu poder aquisitivo em virtude da excessiva tributação sobre os produtos essenciais à população.

Por conta disso, cogita-se a adoção de alternativas a esse modelo tributário excludente, principalmente no que tange a tributação indireta. Neste sentido, muito se tem questionado sobre os bens essenciais à população frente ao princípio da seletividade e o mínimo existencial. Isto

porque, embora o IPI seja seletivo, ao ICMS é facultado aos Estados a aplicação da seletividade.

Em que pese tal disposição normativa, é imprescindível que os impostos sobre o consumo possuam alíquotas seletivas, incluindo o ICMS, visto que a alíquota reduzida (ou até mesmo zerada) sobre os alimentos essenciais à população permite reduzir o ônus fiscal sobre a população mais carente, equilibrando o sistema tributário nacional.

Como já mencionado, o princípio da seletividade leva em conta a essencialidade do bem à sobrevivência do cidadão, na busca de garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. No entanto, mediante os dados trazidos no tópico anterior, verificou-se que os produtos da cesta básica possuem uma alta carga tributária, principalmente com a incidência do ICMS, visto que os Estados, nem sempre, aplicam alíquotas significativamente menores aos produtos essenciais. (MATOS, 2014, p. 210).

Amaro (2010) explica que os produtos sobre o consumo necessitam observar a seletividade, respeitando o princípio da capacidade contributiva e atenuando o efeito regressivo destes tributos. Deste modo, a tributação do consumo, respeitando a disposição constitucional, pode ser um importante instrumento de combate à desigualdade de renda existente, equilibrando a matriz tributária e distribuindo o encargo fiscal de forma justa entre as classes sociais.

Para tanto, muito já se sustentou na desoneração fiscal dos produtos que constituem a “cesta básica”, ou seja, que os tributos incidentes na compra e venda de tais bens ou prestação de serviços sejam reduzidos ou zerados. Isto porque os tributos indiretos sobre o consumo compõem o preço final destes produtos e serviços, recaindo o ônus fiscal ao consumidor final. (BUFFON, 2019, p. 303-304).

No entanto, pela lógica do mercado, a redução de tributos acaba sendo um incremento na margem de lucro e não na redução efetiva do preço final da mercadoria ou serviço. Assim, a desoneração fiscal só produz efeito se houver um mercado concorrencial efetivo, caso contrário, apenas aumentará o lucro “[...] dos que estão em situação mais vantajosa nesse mercado (os monopólios em especial)”. (BUFFON, 2019, p. 304).

Por conta disso, apresenta-se uma solução alternativa e não excluyente da desoneração fiscal, que é denominada de “*tax free* existencial”. Essa proposta tem como base a ideia do IVA (Impuesto de Valor Añadido), em que é devolvido o valor de impostos pagos ao adquirente de mercadoria ou serviços que não seja cidadão do país. Assim, no Brasil essa ideia poderia ser aplicada na devolução de tributos cobrados indevidamente pelo Estado, isto é, os tributos cobrados sobre os produtos e serviços que atinjam o mínimo existencial do contribuinte, como a “cesta básica”. (BUFFON, 2019, p. 305)

Para implementar esta ideia, Marciano Buffon sugere a adoção de um cadastro, com CPF, dos contribuintes que adquirem mercadorias, tendo como limitador a renda de US\$ 5,50 dólares por dia (renda definida pela ONU como limite da pobreza). Esse limitador, garantiria que, aproximadamente, 25% da população brasileira receberia a devolução do equivalente a cerca de 40% de sua renda. (BUFFON, 2019, p. 306)

Para tanto, essa ideia poderia ser adotada por meio de uma Lei Complementar no Congresso Nacional, definindo os aspectos gerais, como os produtos que compõem a “cesta básica”, e deixando a cada Ente da Federação a tarefa de regulamentar, visando à devolução dos tributos, como o ICMS, ISS, PIS e Cofins. (BUFFON, 2019, p. 306)

Dentre as vantagens do “*tax free* existencial”, destaca-se o impacto direto no crescimento econômico, visto que o incremento da renda da população produz efeitos positivos na economia e na redução dos índices de

desemprego, diminuindo, conseqüentemente, a desigualdade de renda. (BUFFON, 2019, p. 306). Além disso, argumenta-se que o “*tax free* existencial” poderia contribuir ao combate da evasão fiscal. Isto porque estimularia o consumidor a exigir a emissão de documento fiscal em suas aquisições, a fim de solicitar a devolução dos tributos perante o Estado. (BUFFON, 2019, p. 307)

Pelo exposto, percebe-se que é inevitável a adoção de alternativas ao atual modelo tributário, como a restituição daquilo é indevidamente subtraído pelo Estado, a fim de que se proteja o mínimo existencial e a capacidade contributiva do cidadão, concretizando efetivamente a justiça fiscal no país brasileiro.

Neste viés, também há um crescente debate sobre a possibilidade de fusão dos tributos sobre os bens de consumo e serviços, por meio da instituição de um único imposto, como o IVA, no qual é aplicado em outros países. Para tanto, sugere-se a distribuição de competências pela especialização das bases, isto é, ao invés da União ser responsável por todas as bases, essa competência seria dividida entre os entes da federação. Logo, a União seria responsável pela renda e previdência, os estados pelo consumo e previdência de seus funcionários, enquanto os municípios relacionados à propriedade e previdência de seus servidores. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 219)

Esse imposto deveria incidir sobre os valores das operações com bens e serviços, descontando o imposto pago nas operações anteriores, tornando o sistema mais simples e evitando a “guerra fiscal” entre os estados. Essa proposta defende a harmonização de interesses dos entes federados e dos contribuintes, compensando a neutralidade do atual sistema tributário. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 220)

Contudo, deve-se atentar que este imposto deve também compensar os efeitos regressivos do atual sistema tributário, com aplicação de alíquotas progressivas e isenção/benefícios aos produtos que são básicos à sobrevivência da população, respeitando a capacidade contributiva e a igualdade substancial. Portanto, este imposto permite uma segurança jurídica maior, bem como uma melhor interpretação das normas tributárias, mas somente esta adoção não é suficiente para concretizar a justiça fiscal. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 220)

Essas mudanças devem vir acompanhadas de alterações que permitam reduzir o peso da tributação sobre o consumo, como a ampliação da tributação sobre a renda, patrimônio e riquezas. Em vista disso, no próximo tópico será abordada a tributação da renda no Brasil e as propostas que visem a sua adequação constitucional.

2.2 A redistribuição de renda via tributação: uma análise do atual Imposto de Renda

O Imposto de Renda está previsto no art. 153, inc. III da Constituição Federal e é de competência da União. O texto constitucional estabelece que o imposto deve incidir sobre quaisquer renda e proventos, observando o critério da generalidade, adquirida independentemente da pessoa, cargo ou função (critério da universalidade) e possuir alíquotas conforme o acréscimo patrimonial do contribuinte (progressividade). (MATOS, 2014, p. 211)

Todavia, a atual tributação da renda não observa devidamente estes critérios constitucionais. A pessoa física, com reduzida capacidade contributiva, suporta uma carga tributária mais elevada em relação às que possuem mais capacidade econômica. Fato este que pode ser explicado pela não tributação das rendas provenientes do capital. Já em relação a tributação das pessoas jurídicas, estas possuem diversos benefícios fiscais,

isenções e deduções dos lucros, favorecendo a renda do capital em detrimento do trabalho, além de haver mínima progressividade. (MATOS, 2014, p. 211)

Desse modo, para garantir a divisão justa do ônus fiscal e a redistribuição de renda, é necessária, além da redução da taxaço sobre os bens de consumo e serviços, uma tributação progressiva da renda, tanto as advindas do trabalho como as do capital. Neste sentido, é preciso ampliar a base tributável incluindo as rendas que hoje estão isentas, como os dividendos e lucros distribuídos, ou que estão submetidas a alíquotas lineares mais baixas do que as rendas de trabalho. (GOBETTI, 2018, p. 25-30)

A França, por exemplo, é um dos poucos países que mantém um sistema de tributação da renda mais próximo ao conceito de *comprehensive income tax* (taxa de renda abrangente – tradução livre). Isto significa que a nação francesa possui a base de cálculo do Imposto de Renda mais amplo, tributando os rendimentos do capital juntamente com os do trabalho, mas com uma dedução de 40% para os dividendos. (GOBETTI, 2018, p. 37)

A divisão justa do ônus fiscal, por meio da redução da carga tributária sobre os bens de consumo e serviços e a progressividade do Imposto de Renda, abrangendo conjuntamente as rendas de trabalho e capital, são alternativas eficazes ao modelo tributário nacional visando à redistribuição de renda e a consequente redução da desigualdade de renda.

Para tanto, analisa-se detalhadamente a atual tributação de renda da pessoa física e jurídica, bem como alternativas que visam à justa distribuição do ônus fiscal e a efetiva redução da desigualdade de renda.

2.2.1 Tributação da renda das pessoas físicas

No que tange a tributação da renda das pessoas físicas, merece destaque a progressividade aplicada à renda do trabalho. Como é sabido, o

limite de isenção do Imposto de Renda é R\$ 1.903,98, valor este que seria o suficiente para garantir o mínimo existencial do contribuinte. Contudo, a população precisa muito mais do que o atual valor isento para o custeio de suas despesas básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Segundo os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE, a parcela de renda isenta é abaixo dos valores necessários à sobrevivência de uma família. O referido Instituto afirma ser preciso um valor de R\$ 3.960,58, para satisfazer os custos com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e Previdência Social. (DIEESE, 2019)

Neste viés, aplicando a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor- INPC ao valor isento, após a edição do plano Real, que correspondia a R\$ 900,00, chega-se ao montante atual de 3.733,39. Isto é, bem acima da atual isenção do Imposto de Renda de Pessoas Físicas, demonstrando quão deficitária é a isenção frente ao real custeio das necessidades básicas do cidadão. (BUFFON, 2019, p. 311).

Além disso, não são deduzidas do Imposto de Renda as despesas básicas à sobrevivência do contribuinte, tendo que ser medido por um limite legal. Diferentemente, na tributação da renda das pessoas jurídicas, é deduzido da base de cálculo do imposto o valor das despesas. O que por si só demonstra a iniquidade em relação à tributação das pessoas físicas em comparação à pessoa jurídica.

O baixo limite de isenção do Imposto de Renda restringe o mínimo existencial, limitando a valores dedutíveis necessários, afrontando o princípio da capacidade contributiva. Ainda, para aferir a capacidade contributiva, deve-se avaliar a soma dos rendimentos líquidos com a redução das despesas privadas. Ao não se analisar este critério na tributação da renda das pessoas físicas, está diretamente afrontando o princípio da

personalidade, capacidade contributiva e não confisco. (MATOS, 2014, p. 216).

Por isso, defende-se, como medida inadiável, a isenção do INSS sobre o salário mínimo, bem como o aumento do limite de isenção do Imposto de Renda na fonte mensal para valores próximo de R\$ 3.700,00, a fim de garantir a proteção ao mínimo existencial e os direitos básicos prescritos no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. (BUFFON, 2019, p. 311).

Além de um limite de isenção maior, é necessária a elevação da alíquota superior marginal. Observa-se, segundo os dados da OCDE, que nos outros países a alíquota média máxima é 50%. Por exemplo, na Bélgica é 65% e na França 54%, enquanto no Brasil é 27,5%. (MATOS, 2014, p. 216).

Os estudos recentes, principalmente de Piketty (2014, p. 745-793), demonstram que os países que possuem impostos progressivos sobre a renda, bem como de propriedade, construíram sociedades mais igualitárias e, portanto, economicamente mais eficientes. Para tanto, sustenta ser necessária a elevação das alíquotas marginais do Imposto de Renda, a fim de se reduzir a crescente desigualdade social.

No mesmo sentido, Atkinson apresenta algumas sugestões à redução da desigualdade, com base na questão tributária e, entre elas, cita a tributação progressiva da renda pessoal, com alíquotas marginais aumentando através de faixas de renda tributável até um teto de 65%. (ATKINSON, 2015, p. 361-361).

Todavia, no Brasil, além da alíquota máxima ser de apenas 27,5%, há apenas 4 alíquotas, demonstrando a leve progressividade do imposto. Nas palavras de Marciano Buffon, esse fato “[...] consagra um arremedo de progressividade tributária, justamente em relação ao imposto que, sob a ótica da arrecadação, é o mais importante e, sob o ponto de justiça fiscal, está mais apto a produzi-la.” (BUFFON, 2009, p. 69).

Diante disso, Fernando Silveira defende a criação de mais 3 alíquotas do Imposto de Renda de pessoa física, a fim de ter-se uma maior arrecadação e progressividade. Assim, uma alíquota de 32,5% para rendas superiores à R\$ 8 mil reais, de 37,5% para rendimentos acima de R\$ 20 mil reais e 40% para rendas que superem R\$ 40 mil reais. (GAIGER, 2013).

O que se deve atentar é que essas inconsistências na tributação da renda de pessoas físicas prejudicam uma efetiva redistribuição de renda. Assim, a dedução das despesas necessárias, o aumento do limite de isenção e das alíquotas, inclusive a marginal superior, são algumas sugestões à tributação da renda ser um mecanismo de redução da desigualdade. Com isso, haverá a observância ao princípio da capacidade contributiva, o mínimo existencial e a progressividade.

É necessário analisar o modo como os tributos estão sendo cobrados e suas isenções/benefícios, a fim de evitar que a tributação continue agravando o atual quadro social brasileiro. Neste sentido, a tributação da pessoa jurídica e a renda proveniente do capital também geram discrepâncias constitucionais e precisam se adequar aos ditames legais fundamentais.

2.2.2 A tributação da pessoa jurídica e as rendas do capital

No Brasil, optou-se por favorecer a tributação da pessoa jurídica, bem como dos rendimentos provenientes do capital. Como clássico exemplo de transmutação das rendas da pessoa física em jurídica, no qual se possibilita a não tributação do Imposto de Renda, tem-se a isenção dos lucros e dividendos distribuídos e dos ganhos dos sócios de micro e pequenas empresas. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 222).

Essa isenção permite a configuração de inúmeras relações de trabalhos em que os salários e os rendimentos são oriundos de lucros e

dividendos, podendo, inclusive, reduzir os custos com os tributos destinados à previdência, como a contribuição social. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 222). Logo, um expressivo valor em rendas simplesmente não é tributado.

A isenção dos lucros e dividendos, como vista, está prevista na Lei nº 9.249/95, no qual estabelece que, sem motivo aparente, os sócios e acionistas não pagam Imposto de Renda. Além disso, a referida lei também estabelece a dedução dos juros sobre o capital próprio das empresas em relação ao lucro tributável do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro líquido. Desse modo, pode-se remunerar pessoa física ou jurídica e alegar tais valores como despesas, os quais serão reduzidos da base de cálculo do Imposto de Renda. (MATOS, 2014, p. 219)

Quanto ao modo de tributar a pessoa jurídica, observa-se que não há aplicação da progressividade, diferentemente da pessoa física. Veja-se:

[...] está prevista a alíquota de 15% para a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, mais o adicional de 10% sobre o valor resultante da multiplicação de vinte mil reais pelo número de meses do respectivo período de apuração. (MATOS, 2014, p. 219).

Como visto, a falta de progressividade impede a concretização do princípio da capacidade contributiva, inclusive às pessoas jurídicas. Evidencia-se que essa alíquota gera uma tributação menor em comparação com a pessoa física, que submete tal valor a uma alíquota máxima de 27,5%, enquanto a pessoa jurídica tem uma alíquota de 15% e somente se o lucro anual ultrapassar duzentos e quarenta mil reais é que será acrescida a alíquota de 10%. Esse fato acaba estimulando o fenômeno da “pejotização”.³

³Pejotização é o fenômeno pelo qual é transferida a renda do trabalho em renda do capital, em função da diferenciação da carga tributária. Assim, um profissional liberal que preste serviço a uma pessoa jurídica geralmente paga uma

Diante deste cenário, defende-se a eliminação dos tratamentos diferenciados aos rendimentos do capital, como os lucros e dividendos, bem como a integração das rendas do trabalho e do capital, dando um caráter isonômico às diferentes fontes de rendas e reforçando a progressividade dos rendimentos, tanto oriundos do trabalho como do capital. (SILVEIRA; PASSOS; GUEDES, 2018, p. 222).

Os países da OCDE, embora adotem diversos mecanismos para integrar a taxaço dos lucros na pessoa jurídica e na pessoa física, bem como desonerem parcialmente os dividendos, ainda tributam mais significativamente os lucros e dividendos do que o Brasil. A tributação sobre os lucros e dividendos, em média, é de 43,1% nos países da OCDE, na França é de até 64,4%. Já no Brasil é simplesmente isento. (GOBETTI, 2016).

Neste viés, duas tendências internacionais estão sendo objeto de debate em relação à tributação da renda. Uma delas é a tributação linear ou quase linear da renda do capital. A outra defende a redução das alíquotas incidentes sobre o lucro das empresas e compensação com maior tributação dos rendimentos do capital das pessoas físicas. Assim, muitos países já estão adotando outras formas de tributar a renda, por meio da redução do lucro da empresa e ampliando a tributação efetiva dos dividendos distribuídos. (GOBETTI, 2018).

Um estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada simulou cenários de possíveis alterações na legislação do Imposto de Renda. A primeira proposta defende a tributação dos dividendos, com uma alíquota linear de 15%, exclusiva na fonte. A simulação calculou que o Estado brasileiro arrecadaria R\$ 43 bilhões de reais e reduziria a desigualdade em 3,67%. (GOBETTI, 2016, p. 26).

alíquota inferior àquela a qual seria submetido pela tabela do Imposto de Renda da pessoa física (até 27,5%). Vide in: GOBETTI, Sérgio Wulff. Tributação do Capital no Brasil e no mundo. Texto para discussão. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. - Brasília : Rio de Janeiro: Ipea , 2018, p. 31.

A segunda simulação propôs a tributação de dividendos nos moldes da atual tabela do Imposto de Renda de Pessoa Física. Os possíveis efeitos seriam a redução da desigualdade em 4,03% e uma arrecadação em R\$ 59 bilhões de reais. A outra proposta defende a alíquota adicional de 35% no Imposto de Renda de Pessoas Físicas e, simultaneamente, a tributação dos dividendos conforme a tabela progressiva, que geraria uma receita de R\$ 72 bilhões de reais e reduziria a desigualdade em 4,31%. Por fim, o estudo argumenta que, juntamente com a adoção dessas alterações no que tange a tributação dos lucros e dividendos, seria necessária uma reforma tributária mais ampla, na qual abarcasse a redução do lucro do IRPJ, alinhando à tributação dos países da OCDE. (GOBETTI, 2016, p. 27)

No Brasil, a opção de isentar lucros e dividendos distribuídos – entre outros favorecimentos às rendas do capital – não gerou um surto de investimento de indústrias, mas sim na crescente concentração de renda e desigualdade. Portanto, deve-se repensar a atual tributação da renda no Brasil e analisar a viabilidade das propostas internacionais em nosso contexto social. Dos 34 países pertencentes à OCDE, metade já está realizando um movimento neste sentido desde 2008, pois além de tributar as altas rendas, via tributação de dividendos distribuídos, também proporciona uma maior igualdade entre as diferentes formas de renda, principalmente, aquela oriunda do capital. (GOBETTI, 2018).

Por tudo isso, verifica-se que, para haver uma redução efetiva na desigualdade de renda, bem como a sua redistribuição de forma equânime, é imperiosa a adoção de medidas como a diminuição da tributação sobre o consumo e a adequação da tributação da renda aos ditames constitucionais. Isto porque não será possível alcançar a justiça fiscal, bem como construir um país justo e solidário, com uma tributação incompatível com o Texto Constitucional, na qual os que mais pagam tributos são justamente os desprovidos de capacidade econômica.

Considerações finais

Diante do exposto, verifica-se que a pesquisa analisou como a desigualdade de renda pode ser reduzida via tributação, pois, além de políticas públicas, o país brasileiro conseguiria obter avanços na redução da concentração de renda se reestruturasse a sua carga tributária, distribuindo entre os cidadãos o ônus fiscal conforme a capacidade contributiva. Todavia, verificou-se que tributação brasileira é considerada regressiva, isto é, baseada em impostos indiretos, tendo sua base tributária focada justamente nos bens de consumo e serviços, na qual incide de forma significativa sobre os cidadãos com menor poder aquisitivo, que corresponde a maior parte da população brasileira.

Os impostos indiretos possuem efeitos regressivos, já que essa tributação tem uma relação inversa com o nível de renda do contribuinte, prejudicando as pessoas economicamente mais carentes. O problema está no fato de que a maior parte da população do Brasil é formada por classes de média e baixa renda, que acabam arcando com a excessiva tributação sobre os bens de consumo e serviços. Dessa forma, sendo o sistema tributário brasileiro regressivo, estes tributos não respeitam a capacidade contributiva do cidadão. Ora, uma tributação alicerçada nos bens de consumo e serviços, que não tributa de forma significativa o patrimônio e a renda dos cidadãos, demonstra o seu caráter regressivo.

Em vista disso, um ordenamento tributário para ser equânime deve respeitar a capacidade econômica do contribuinte, carecendo respeitar o mínimo existencial de seus cidadãos, garantindo a proteção de seus direitos fundamentais, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme dispõe o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, para termos garantido o mínimo existencial, tributa-se com maior carga tributária os bens que não são considerados essenciais, aqueles apresentados como supérfluos e que não estejam elencados no rol do art. 7º, IV da Constituição Federal. No entanto, o atual modelo tributário, baseado nos bens de consumo e serviços, não observa esses fundamentos e prejudica o acesso do cidadão a bens essenciais para sua sobrevivência.

Por isso, a progressividade dos impostos é essencial para se ter uma maior justiça fiscal, em que a carga tributária é fixada conforme a capacidade contributiva do cidadão. Para isso, se faz necessário uma maior tributação sobre a renda e o patrimônio, para que os tributos sobre os bens de consumo e serviços, que atingem a maior parte da população formada pela classe média e baixa, deixem de produzir seus efeitos regressivos.

Nesta perspectiva, examinou-se a contemporânea tributação sobre a renda das pessoas físicas e jurídicas, bem como os benefícios e isenções previstos no ordenamento tributário. Por certo, é necessária uma tributação progressiva da renda, tanto as advindas do trabalho como as do capital, ampliando a base tributável, incluindo as rendas que hoje estão isentas, como os dividendos e lucros distribuídos, ou que estão submetidas a alíquotas lineares mais baixas do que as rendas de trabalho.

A isenção de lucros e dividendos revela a opção do Estado brasileiro em privilegiar a tributação da pessoa jurídica em comparação às pessoas físicas. Além de não haver a aplicação da progressividade - diferentemente da pessoa física - as isenções e deduções concedidas à pessoa jurídica permite que o Brasil abra mão de uma significativa receita tributária, anualmente, sem um motivo aparente, visto que esse favorecimento às empresas não gerou um surto de investimento de indústrias, mas sim na crescente concentração de renda e desigualdade.

Não obstante, verificou-se que a tributação da renda das pessoas físicas apresenta algumas inconsistências constitucionais, uma vez que a parcela de renda isenta é abaixo dos valores necessários à sobrevivência de uma família, afetando o mínimo existencial e a capacidade contributiva. Além de um limite de isenção maior, é indispensável a elevação da alíquota superior marginal. Observa-se, segundo os dados da OCDE, que nos outros países a alíquota média máxima é 50%, enquanto no Brasil é apenas 27,5%, favorecendo as altas rendas em detrimento dos cidadãos com menor poder aquisitivo.

Por isso, é imprescindível a diminuição da carga tributária incidente sobre o consumo e serviços e a adequação da tributação da renda aos ditames constitucionais, visando a alcançar a justiça fiscal, bem como construir um país justo e solidário, com uma tributação compatível com o Texto Constitucional, não podendo o Estado ser financiado por aqueles desprovidos de capacidade econômica.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

ATKINSON, Antony B. **Desigualdade: o que pode ser feito?** São Paulo: LeYA, 2015.

BANKS, J.; DIAMOND, P. **The base for direct taxation**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros. **Carga tributária no Brasil 2017: análise por tributos e bases de incidência**. Brasília, 3 dez. 2018. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Liv. Do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.

BUFFON, Marciano. Tributação no Brasil: a legitimação do gasto social inclusivo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2017.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

DAVI, J., et al. Carga tributária e política social: considerações sobre o financiamento da Seguridade Social. In DAVI, J., MARTINIANO, C., and PATRIOTA, LM., orgs. **Seguridade social e saúde: tendências e desafios [online]**. 2nd ed. Campina Grande: EDUEPB, 2011. pp. 59-84. ISBN 978-85- 7879-193-3. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 05 dez. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, “Introdução: A Igualdade é importante?”.

FERRAZ, Roberto. Igualdade na tributação – Qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto (Coord.) **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FILHO, Pedro Delarue Tolentino. Progressividade da Tributação e Justiça Fiscal: algumas propostas para reduzir as inequidades do sistema tributário brasileiro. In: RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHEZI JUNIOR, Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulo. (org.). **Progressividade da tributação e folha de pagamento: elementos para reflexão**. Brasília: Ipea; Sindifisco Nacional, Dieese, 2011. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_progressividade_tributacao.pdf . Acesso em: 02 dez. 2020.

GAIGER, F. S. Equidade fiscal: impactos distributivos da tributação e do gasto social. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo**, Brasília, DF, out. 2013. Disponível em: https://www.ipc-undp.org/pub/port/OP221PT_Equidade_Fiscal_Impactos_Distributivos_da_Tributacao_e_do_Gasto_Social_no_Brasil.pdf. Acesso em: 8 dez 2020.

GASSEN, Valcir. D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, 213-234, jul., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf> . Acesso em: 23 dez. 2020.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Tributação do Capital no Brasil e no mundo. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA: Brasília, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8354/1/TD_2380.pdf. Acesso em 9 dez. 2020.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. Progressividade tributária: a agenda negligenciada. Texto para discussão/ **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada** – IPEA: Brasília, abril de 2016, p. 13. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6633/1/td_2190.pdf. Acesso em 19 dez. 2020.

IMPOSTÔMETRO. **Carga Tributária sobe para 33,58% do Produto Interno Bruto**. São Paulo, 1 abr. 2019. Disponível em: <https://impostometro.com.br/Noticias/Interna?idNoticia=444>. Acesso em 15 dez. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS, Antonio. Um mito e algumas verdades sobre os tributos no Brasil, **Instituto Justiça Fiscal**, 04 set. 2014. Disponível em: http://ijf.org.br/?view=detalhe.publicacao&url_amigavel=um-mito-e-algumas-verdades-sobre-os-tributos-no-brasil. Acesso em: 03 dez. 2020.

MATOS, Mateus Bassani de. Tributação no Brasil no século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica. **Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito**, 2014. p. 199. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3735/Mateus%20Bassani%20de%20Matos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 dez. 2020.

MILL, J. S. **Principles of political economy**. Londres: Longmans, 1849.

PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Trad. André Telles da edição francesa de 1997. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas; SAEZ, Emmanuel. **A theory of optimal capital taxation**. Cambridge: NBER, Apr. 2012. (Working Paper n. 17989).

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**. Disponível em: [file:///C:/Users/MICRO/Downloads/15587-52017-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MICRO/Downloads/15587-52017-2-PB%20(1).pdf). Acesso em 26 dez. 2020.

SALÁRIO mínimo nominal e necessário. **Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)**, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

SALVADOR, Evilasio. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas públicas**. Porto Alegre: Tomo Ed., 2012.

SILVEIRA, Fernando Gaiger; PASSOS, Luana; GUEDES, Dyeggo Rocha. Reforma tributária no Brasil: por onde começar? **SciELO - Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 42, n. especial 3, p. 219, publicado em nov. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2018.v42nspe3/212-225/>. Acesso em 18 dez. 2020.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. O critério da capacidade econômica na tributação. **Revista de derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 35, 2010. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000200012&script=sci_arttext. Acesso em: 09 dez. 2020.

Capítulo 3

Imposto sobre o Patrimônio Líquido: é Possível no Brasil? ¹

Vinicius de Oliveira Barcellos ²

Introdução

A tributação é um dos principais mecanismos que o Estado possui para a perseguição dos fins constitucionais, seja por meio da fiscalidade, que angaria os recursos para a garantia dos direitos fundamentais, seja pela extrafiscalidade, quando o próprio tributo atua diretamente na busca de determinado objetivo. Em geral, os países adotam três grandes bases para a tributação: a renda, o patrimônio e o consumo.

Dentro destes três grandes grupos há inúmeras possibilidades, podendo cada Estado adotar formas diversas para a mensuração dos tributos devidos por cada contribuinte. Cada uma das bases possui características que lhe são peculiares, bem como permitem atingir determinados objetivos. Não menosprezando o papel das demais bases e modelos, o presente artigo tem como objeto a tributação do patrimônio, especialmente a possibilidade de adoção de imposto sobre o patrimônio líquido no Brasil.

O sistema tributário brasileiro é fortemente baseado nos tributos incidentes sobre o consumo, os quais possuem como principal característica a regressividade. Contudo, engana-se quem acredita que a regressividade tributária é uma exclusividade dos tributos sobre o consumo. A tributação

¹Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “Constituição, Propriedade Privada e Tributação: a possibilidade de adoção de políticas fiscais voltadas ao desenvolvimento sustentável”, sob a orientação do professor doutor Marciano Buffon, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 11/09/2020.

²Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Servidor Público Estadual. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6844512341668163>. E-mail: vobarcellos@gmail.com.

do patrimônio e da renda não são necessariamente progressivas, exigindo-se que haja um esforço político para que seja fixada nestes moldes. Se a tributação da renda no Brasil transparece ser progressiva com a variação de alíquotas nominais, a sua análise profunda revela uma forte regressividade, em razão de isenções e abatimentos que priorizam a parcela mais rica da população. Há constatação semelhante nos tributos incidentes sobre o patrimônio, os quais, por centrarem-se em alíquotas proporcionais e restringirem as suas bases de cálculo a imóveis e veículos automotores, renunciam ao seu papel na redução das desigualdades, atuando como mecanismo de concentração de riquezas.

Diante deste cenário – uma possível incapacidade de os atuais tributos incidentes sobre o patrimônio atuarem como mecanismos de redistribuição de riquezas – a questão que se impõe é a análise de alternativas. Assim, o problema central do presente artigo é verificar em que medida é viável a adoção de uma tributação sobre o patrimônio líquido, seja em substituição ou em complementação aos atuais tributos existentes, partindo do pressuposto que esta é mais adequada aos fins redistributivos da tributação.

Para a análise do problema proposto o presente artigo irá discorrer sobre o que é um tributo sobre o patrimônio líquido, quais suas diferenças entre os tributos existentes hoje no Brasil, suas vantagens e desvantagens. Posteriormente, verificar-se-á a possibilidade de adoção diante do ordenamento jurídico brasileiro.

1 Construindo pré-conceitos autênticos: o que é um imposto sobre o patrimônio líquido?

A tributação, embora envolta em números, não é algo explicitamente exato. Trata-se de uma das áreas da vida em sociedade que se mostra extremamente interdisciplinar, com necessidade de aportes das áreas

econômica, jurídica e, especialmente, política, uma vez que cabe a cada comunidade, dentro da sua esfera pública, definir quais tributos pretende cobrar, atentando aos objetivos que possui.

De antemão, então, deve-se ressaltar que o presente estudo não tem a intenção de apresentar uma solução mágica ou única para os problemas tributários brasileiros. O objetivo é apenas analisar uma das formatações possíveis, a qual, se aliada com outros mecanismos tributários, pode resultar em uma forma eficiente para o alcance dos objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais. Em síntese, pretende-se ampliar o debate sobre o assunto e não encerrar a discussão com o oferecimento de uma receita a ser seguida. Se há algo que se deve ter em mente é que em matéria de finanças públicas não há receita única, a qual se aplica a todos e atinge os mesmos resultados. Há uma complexidade que envolve cada um dos países, com suas particularidades nos campos do direito, política e economia, os quais exigem que sejam construídas soluções próprias para cada um.

Assim, o presente capítulo fará uma breve reflexão sobre a possibilidade de o patrimônio atuar como uma forma de mensuração da capacidade contributiva, seguindo por uma apresentação do imposto sobre o patrimônio líquido, com as suas principais características e o que o diferencia dos atuais tributos incidentes sobre a propriedade hoje existentes no Brasil. O intuito é formar as bases necessárias para verificar a possibilidade de adoção de tal modelo de imposto pelo sistema tributário brasileiro.

Nos Estados Fiscais modernos, a capacidade contributiva é um dos princípios basilares da tributação, implicando que os tributos sejam graduados conforme a capacidade econômica dos indivíduos, ampliando o ônus tributário à medida que aumenta tal capacidade. Decorre não somente da própria técnica de cálculo dos tributos, mas sim das exigências

dos princípios da igualdade e solidariedade, bem como da própria ideia de cidadania presente nos Estados modernos. (BUFFON; MATOS, 2015).

Contudo, muito se debateu sobre a possibilidade de o patrimônio atuar como forma de expressão da capacidade contributiva, uma vez que esta requer um caráter personalista aos impostos, exigindo que sejam consideradas as características pessoais do contribuinte em seu maior grau possível, o que seria reduzido nos tributos incidentes sobre o patrimônio. (COSTA, 2012). Esta necessidade de averiguar as condições pessoais dos contribuintes para diferenciá-los é uma decorrência da capacidade contributiva na sua perspectiva subjetiva. Ao mesmo tempo, a perspectiva objetiva distancia-se de tal espectro e analisa a operação realizada, bem como suas particularidades, para definir a imposição tributária. (ÁVILA, 2015).

Conforme ensina Nabais (2009), o patrimônio como uma manifestação de riqueza evidentemente revela capacidade contributiva, sendo suscetível de ser tributado. A defesa de que a riqueza possuída não pode ser alvo de tributação decorre de uma compreensão restrita de capacidade contributiva que reduz a sua aplicação apenas aos casos em que tal manifestação decorra de incrementos das fontes produtivas, não se podendo considerar a própria fonte produtiva como uma riqueza.

Obviamente não se nega a importância dos ensinamentos de Tipke (2012), para quem a base dos tributos deveria ser somente a renda, uma vez que a mais ideal para averiguação da capacidade contributiva. No mesmo sentido os alertas de Caliendo (2017a) de que os tributos sobre o patrimônio, por guiarem-se pelo valor do objeto, mercadoria ou operação econômica, não conseguem identificar com precisão a capacidade contributiva dos cidadãos, especialmente para diferenciá-los para fins redistributivos.

Reconhecidas as suas limitações, é possível afirmar que o patrimônio é uma das formas de verificação da capacidade contributiva, especialmente na perspectiva objetiva, diante da presunção de riqueza daqueles que conseguem acumular patrimônio. No contexto brasileiro, a tal presunção é explicitada pela adoção do constituinte originário de tributos incidentes sobre o patrimônio. (COSTA, 2012).

Não obstante o argumento de que o patrimônio por si só não significa renda para o pagamento dos tributos, deve-se ter em mente que se trata de um problema de liquidez e não de capacidade contributiva, uma vez que ausente a capacidade de pagamento, não a de contribuir. O patrimônio manifesta-se como uma riqueza além da renda, com condão de demonstrar distinções entre os contribuintes aptas a mensurar as suas respectivas capacidades contributivas. (MACHADO, 2019).

A adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido geralmente é justificada justamente por tratar-se de um complemento à tributação da renda. Isto, pois, esta não é suficiente para identificar a capacidade contributiva dos indivíduos. A adoção de alíquotas baixas no imposto sobre o patrimônio líquido permite que este atue de forma complementar aos impostos incidentes sobre a renda, uma vez que ele será suportado com os rendimentos oriundos daquele patrimônio, não havendo necessidade de o indivíduo desfazer-se do patrimônio para o pagamento do tributo. (TILBERY, 1988).

No mesmo sentido, Piketty (2014) afirma que a tributação do capital é complementar, uma vez que um sistema baseado somente nessa base de incidência poderia sufocar o setor produtivo, não diferenciando quando este tem lucros ou prejuízos. A grande questão é balancear o sistema para que haja um equilíbrio entre a tributação do patrimônio e a das rendas. Mas como atingir tal equilíbrio sem descuidar da capacidade contributiva

dos indivíduos, e ainda ampliar as possibilidades de atuação com fins redistributivos dos tributos incidentes sobre o patrimônio? Serve o imposto sobre o patrimônio líquido para tal fim?

Inicia-se então por uma tentativa de conceituação do que seria um imposto sobre o patrimônio líquido. Em uma definição simples e enxuta, este nada mais é que um imposto incidente sobre o valor total do patrimônio de um indivíduo ou grupo familiar, deduzido os valores de suas dívidas, seja esporadicamente ou periodicamente. (RUDNICK; GORDON, 1996).

Conforme afirma Carvalho Jr. (2011), tais tipos de impostos (wealth tax) possuem uma base de cálculo bastante abrangente, incidindo “sobre o patrimônio acumulado em ações, em depósitos bancários e de poupança, em seguros, em investimento em ativos reais e empresas de capital fechado, em títulos financeiros, em imóveis urbanos e rurais (inclusive o de residência), em automóveis, obras de arte, joias, barcos, aeronaves e outros bens de uso pessoal.” Ao mesmo tempo, por tratar do patrimônio líquido, e não bruto, ele permite o abatimento de dívidas e outros ônus da base de cálculo, primando pela verificação da real capacidade contributiva dos indivíduos.

Ou seja, a principal característica de tal imposto é a sua abrangência, por incluir em sua base de cálculo uma série de bens patrimoniais que demonstram riqueza, mas não estão sujeitos à tributação. Além disso, exclui do cálculo do tributo devido às dívidas, não incidindo tributos sobre aqueles valores que não estão efetivamente no patrimônio do contribuinte, permitindo uma maior personalização do imposto, com atenção à capacidade contributiva na sua perspectiva subjetiva. Contudo, estas são apenas características básicas, uma vez que tal tipo de imposto permite inúmeros formatos de configuração, de acordo com os anseios políticos e os objetivos que se pretende alcançar.

Como argumentos a favor da adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) lista os seguintes: (a) redução das desigualdades de riquezas e promoção da igualdade de oportunidades; (b) os benefícios além e acima da renda trazidos pela riqueza; (c) a adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido pode ser um substituto eficiente para os tributos sobre os rendimentos do capital por encorajar um uso mais produtivo dos bens; (d) possível substituto para o imposto sobre o ganho de capital e para os tributos incidentes sobre a herança; (e) promoção de investimentos em capital humano. (OECD, 2018).

Quanto ao item (a) é inegável que um dos principais atrativos para a adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido é a sua capacidade de atuação na redução das desigualdades sociais, especialmente a redução das desigualdades de riquezas. Por possuir uma base de incidência mais ampla, tributando não apenas a propriedade imobiliária, o imposto sobre o patrimônio líquido consegue alcançar melhor a capacidade contributiva dos indivíduos. Além disso, a riqueza nos estratos mais ricos da população é composta por uma série de ativos financeiros sobre os quais não incide a tributação sobre o capital, ao contrário da propriedade imobiliária. Tal abrangência reflete em uma maior progressividade do imposto sobre o patrimônio líquido. (OECD, 2018).

Conforme ensina Piketty (2014), a progressividade é “elemento essencial” para manutenção do Estado Social, tanto pelo seu histórico de redução das desigualdades, quanto pelos desafios apresentados ao Estado no século XXI. No mesmo sentido, Stiglitz (2014), para quem “um sistema tributário mais progressivo pode contribuir um pouco para restaurar a confiança na justiça do nosso sistema, o que poderia ter enormes benefícios sociais, incluindo para a nossa economia.” Além disso, afirma o

prêmio Nobel em economia que há a necessidade de reconhecermos a desigualdade como um problema para o capitalismo, justamente pelo seu efeito direto na igualdade de oportunidades, o que restringe a mobilidade social das camadas mais pobres da população.

Quanto ao item (b), há um argumento geral no sentido de que a renda não é apta a demonstrar todos os benefícios oriundos da riqueza. Isto, pois, o fato de haver certo patrimônio acumulado garante ao indivíduo um certo grau de segurança, independência, influência e poder social que não está diretamente ligada ao seu fluxo de renda. (CARVALHO JR., 2011). Além disso, sabe-se que há uma tendência de multiplicação e concentração do capital, especialmente quando a sua taxa de rendimento é superior à taxa de crescimento. Ou seja, a riqueza tende a se multiplicar de forma orgânica, salvo se houver mecanismos para o controle da sua concentração. (PIKETTY, 2014). A riqueza, muito mais do que mero acúmulo de capital, é um fato social total, pluridimensional, com reflexos não apenas na esfera econômica, mas também política, jurídica, cultural e simbólica. (CATTANI, 2018).

Em um sistema tributário com alíquotas marginais altas na tributação da renda, a instituição de um tributo sobre o patrimônio pode atuar como mecanismo de redução de tais alíquotas sem a diminuição da progressividade do sistema. Tal consequência se deve ao fato de que algumas receitas alvo de evasão fiscal em um deles, podem acabar tributadas no segundo. (RUDNICK; GORDON, 1996).

Relativamente ao item (c), a tributação sobre o patrimônio líquido impõe ao contribuinte a necessidade de alocação dos seus recursos de forma mais produtiva. Semelhante a um modelo de tributação de rendimentos presumidos, tal imposto incide sobre os bens mesmo que não haja um efetivo rendimento, forçando os seus proprietários a buscar formas mais produtivas para tais recursos. (OECD, 2018). Por exemplo, a adoção

de uma alíquota de dois por cento (2%) impõe ao proprietário que busque opções em que haja um rendimento acima deste valor, para que não comprometa o seu capital inicial, tendo que renunciar a parte dele para o pagamento do tributo. Há uma lógica de incentivo por trás da tributação do patrimônio a qual exige dos indivíduos que busquem melhorar os resultados do seu patrimônio. Contudo, não se pode crer que há um efeito ilimitado nos incentivos, uma vez que a taxa de retorno do capital não é algo que depende unicamente do seu detentor, dependendo muitas vezes do tamanho do capital e da própria dinâmica econômica, sujeita a riscos e imprevisibilidades, que podem, ou não, afetar a riqueza de um indivíduo. (PIKETTY, 2014).

No que toca ao item (d), a possibilidade de o imposto sobre o patrimônio líquido atuar como um substituto dos impostos incidentes sobre o ganho de capital e da tributação das heranças, a OCDE reconhece que pode ser uma opção viável, quando não haja um sistema adequado de tributação nessas modalidades. A grande diferença é que a tributação do patrimônio por meio do imposto sobre o patrimônio líquido se dará de forma recorrente, em períodos fixados. Ao invés disto, a tributação dos ganhos de capital e das heranças depende de um evento específico e incerto (alienação ou morte). O imposto sobre o patrimônio líquido teria a vantagem de acompanhar de maneira mais precisa a riqueza de cada um dos indivíduos, verificando a sua capacidade contributiva periodicamente. Contudo, esses impostos possuem um maior custo de administração e controle. (OECD, 2018). Ao mesmo passo, os impostos recorrentes sobre o capital, por utilizarem alíquotas mais baixas, tendem a ter uma maior aceitação social, uma vez que as pessoas preferem pagar anualmente baixos valores, do que montantes significativos em algum momento específico da vida. Além disso, o imposto recorrente garante uma receita mais estável para o Estado. (PIKETTY, 2020).

Por fim, a tributação do patrimônio líquido pode incentivar investimentos em capital humano. Isto se dá em razão da dificuldade de avaliação de tal tipo de capital, especialmente por não haver uma forma de mensuração em termos monetários. Assim, a maioria dos impostos deste tipo acaba isentando ou excluindo de sua base cálculo este tipo de ativo, incentivando as pessoas a fazerem investimentos, algo crucial para o desenvolvimento da sociedade em longo prazo. (OECD, 2018).

Contudo, o imposto sobre o patrimônio líquido também possui algumas desvantagens. Geralmente os tributos incidentes sobre o patrimônio estão associados a um desincentivo à poupança. Como relata Caliendo (2017a), há um paradoxo da parcimônia, no qual o excesso de tributos incidentes sobre a renda e patrimônio podem desincentivar a poupança, diminuindo o bem-estar geral no futuro. Do mesmo modo, um excesso de tributos incidentes sobre o consumo ou a inexistência de tributação sobre o patrimônio pode desestimular as trocas, uma vez que estimula a poupança, diminuindo o nível de riqueza da sociedade como um todo. Assim, há uma necessidade de balanceamento entre as bases tributárias, para evitar tanto a falta quanto o excesso de poupança.

Se por um lado a tributação do patrimônio pode desincentivar a poupança, há autores que argumentam que haveria o contrário, um aumento da poupança, uma vez que os indivíduos teriam que guardar mais dinheiro para alcançar o mesmo resultado pós-tributação. (RUDNICK; GORDON, 1996). Claro, deve-se ter em mente que uma maior quantia poupada significa menos valores sendo gastos no mercado, o que acarreta menor consumo, logo, pode acabar diminuindo a produção econômica do país.

Outro argumento comum contra os impostos sobre o patrimônio líquido é quanto à possibilidade de fuga de capitais, uma vez que a tributação de ativos nos países em desenvolvimento, como o Brasil, pode acarretar a transferência desses bens para países nos quais não há tal tipo

de tributo. (CARVALHO JR., 2011). Nos primeiros debates sobre o assunto no Brasil, Tilbery (1988) já afirmava que a mera tributação do patrimônio, ainda mais com alíquotas baixas, como por exemplo, 1%, não seriam motivo suficiente para a fuga de capitais, havendo a necessidade de outras razões para que houvesse um desinvestimento em massa no Brasil.

Deve-se ter em mente que eventual fuga de capitais está diretamente relacionada ao capital estrangeiro, dos não residentes, uma vez que em grande maioria dos países, o imposto sobre o patrimônio líquido incide inclusive sobre os bens localizados no exterior para os residentes. Obviamente, há a possibilidade de troca de residência com o intuito de evitar o tributo, mas não há dados conclusivos quanto a eventual imposto sobre o capital ser a principal razão para eventual troca de residência. (OECD, 2018). Embora seja a experiência de um país desenvolvido, Piketty (2020) narra que na França a instituição do imposto sobre grandes fortunas não acarretou a fuga da riqueza para outros países, uma vez que houve um aumento sistemático de declarações e do valor total declarado com o passar dos anos.

Há também a necessidade de se pensar normas antievasivas e antielisivas. Neste sentido, Saez e Zucman (2019) ensinam que a imposição de tal tributo deve ser universal, incidindo sobre todo o tipo de ativos, para evitar que haja alterações dos ativos tributáveis para os não tributáveis, para fins de diminuir o pagamento dos tributos. Além disso, tal medida deve vir acompanhada de um forte cadastro de informações; da imposição de obrigações acessórias e sanções para os que atuarem como intermediários para a evasão fiscal; e da capacidade de auditar as informações recebidas. Complementando tais aspectos, para evitar a fuga de capitais, pode-se impor uma tributação alta para a saída de capital do país.

Também para evitar o comportamento elisivo, devem-se adotar poucas regras de isenção, mantendo o tributo o mais abrangente possível. As

isenções devem ser de fácil administração e relacionadas a objetivos específicos, que não comprometam a proposta do imposto sobre o patrimônio líquido. (RUDNICK; GORDON, 1996).

Outro ponto a que se deve ter atenção é o potencial confiscatório de tal tipo de imposição. Uma carga tributária muito alta, que incida sobre renda, propriedade, consumo e outras receitas pode acabar sufocando a atividade econômica e a esfera pessoal do indivíduo. (CALIENDO, 2017a). Um imposto sobre o patrimônio líquido deve ter alíquotas progressivas baixas, uma vez que, por se tratar de tributo sobre o estoque de riqueza, os valores da base de cálculo são extremamente altos. Além disso, a aplicação de alíquotas semelhantes à tributação da renda ou das heranças em um tributo recorrente sobre o patrimônio acumulado teria o efeito de confiscar a propriedade em poucos anos, indo contra a própria lógica do Estado Fiscal. (PIKETTY, 2014) Contudo, não se pode esquecer que a análise dos efeitos confiscatórios não é uma métrica unicamente quantitativa. Embora esta seja importante, também é necessário atentar a critérios qualitativos, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, para averiguar se a imposição tributária é adequada ou não. (FREITAS; DIFINI, 2020).

Pesa contra o imposto sobre o patrimônio líquido os seus custos administrativos. Como narra Carvalho Jr. (2011), a instituição de tal tipo de imposto nos países em desenvolvimento é considerada por alguns como impraticável, diante da necessidade de cadastro de propriedades, identificação dos reais proprietários e apuração do valor do bem. Entretanto, não se trata de um problema restrito aos países em desenvolvimento. A OCDE também relata as dificuldades cadastrais e de avaliação, tanto dos bens como dos ônus que sobre eles recaiam, como uma desvantagem do imposto sobre o patrimônio líquido frente aos tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade. (OECD, 2018).

A dificuldade administrativa foi o principal argumento de Tilbery (1988) para não recomendar a adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido no Brasil. Segundo o autor, nos países em que aplicado, tal imposto não conseguiu que os contribuintes revelassem o seu patrimônio, muito menos uma avaliação correta deles. Assim, sem pressupostos administrativos para a correta apuração de tal imposto, a tendência seria de produção de maiores desigualdades e injustiças tributárias. No entanto, nos últimos trinta anos houve significativos avanços tecnológicos que permitem amenizar tais problemas. (CARVALHO JR., 2011).

Como se pode ver, o imposto sobre o patrimônio líquido possui vantagens e desvantagens, que podem justificar ou não a sua adoção. Cabe ressaltar a sua aptidão para melhor identificar a capacidade contributiva, seja na perspectiva objetiva ou subjetiva. Além disso, a sua adoção pode significar o aumento da progressividade do sistema tributário, atuando como mecanismo de redução das desigualdades sociais, especialmente a concentração de riqueza. Contudo, há algumas desvantagens na sua adoção, como os custos administrativos, desincentivo à poupança e de práticas elisivas, como a fuga de capitais, para evitar a incidência de referido tributo. Feitas as presentes considerações, cabe agora analisar a sua viabilidade da adoção de tal imposto no cenário brasileiro.

2 É possível um tributo sobre o patrimônio líquido no Brasil?

Os tributos são parte da escolha política de cada uma das comunidades. Contudo, não podemos esquecer que nos Estados Constitucionais, até mesmo as decisões políticas estão submetidas ao direito, devendo estar de acordo com a Constituição. (STRECK, 2017). Assim, deve-se inicialmente analisar os preceitos constitucionais para verificar se há compatibilidade entre a adoção de um imposto sobre o

patrimônio líquido no cenário brasileiro, quais as possibilidades para sua modelagem, bem como os efeitos esperados.

Contudo, antes de ingressar na seara constitucional, necessário que se olhe para a realidade tributária brasileira. No ano de 2018, os tributos incidentes sobre o patrimônio no Brasil representaram 4,64% do total arrecadado. (BRASIL, 2020). Para fins do presente artigo, a análise recairá sobre os principais tributos incidentes sobre a propriedade acumulada, não ingressando no debate acerca dos tributos incidentes sobre a transferência de propriedade. Assim, destaque se dará ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), de competência dos municípios, ao Imposto sobre a propriedade de veículo automotor (IPVA), de competência dos estados, e ao Imposto Territorial Rural (ITR), de competência da União. O primeiro e o último possuem como fato gerador a propriedade imobiliária, distinguindo-se pela localização e uso do imóvel (urbana ou rural), enquanto o tributo estadual decorre da propriedade de veículos automotores.

Quanto ao IPTU, trata-se de um dos tributos mais antigos do Brasil, estando presente desde a Constituição de 1934 (GIFFONI; VILLELA, 1987). Contudo, atualmente, os municípios têm como seu principal tributo o Imposto sobre os Serviços (ISS), seguindo uma tendência nacional de privilegiar os tributos indiretos. (AFONSO; ARAÚJO; NÓBREGA, [2020?]). Como afirma De Césare (2003), há uma cultura de baixa arrecadação do IPTU que decorre do conflito político instalado pela sua alta visibilidade, gerando uma forte antipatia pelo imposto.

O IPVA era, até 2017, o principal tributo sobre a propriedade em termos de arrecadação, perfazendo 1,90% do total arrecadado. Em 2018, ele perdeu o posto para o IPTU, que atingiu os mesmos 1,90%; contudo, houve uma queda na participação do IPVA, que amealhou 1,88% do total arrecadado. (BRASIL, 2020). O seu grande problema é a interpretação restrita que o Supremo Tribunal Federal faz do conceito de veículo

automotor, não incluindo as embarcações e aeronaves. (BRASIL, 2007). Ambas são evidentes manifestações de riqueza e, conseqüentemente, de capacidade contributiva. (BUFFON; MATOS, 2015).

No que toca ao ITR, a sua baixa arrecadação é histórica. Giffoni e Vilela (1987) afirmam que a deficiência na atualização dos cadastros e a subvalorização dos imóveis impedem que o tributo atinja o fim extrafiscal de auxiliar do processo de reforma agrária. Conforme números do Censo Agropecuário de 2017, as propriedades com mais de mil hectares representavam 1% das propriedades inscritas, enquanto perfaziam a 47,6% da área analisada. (IBGE, 2019). Diante de tamanha concentração, parece irreal que tal tributo represente apenas 0,06% do total arrecadado (BRASIL, 2020), ainda mais em um país com a extensão territorial do Brasil.

Como se pode ver, a tributação brasileira sobre o patrimônio incide somente na propriedade de bens corpóreos, como se apenas eles fossem uma manifestação de riqueza. Demais bens e direitos não possuem a tributação direta de um tributo sobre o patrimônio, alcançando apenas a sua renda. (BUFFON, 2019). Além disso, em alguns dos tributos existentes, como o IPTU, apesar de haver autorização constitucional para a adoção de alíquotas progressivas, há uma regressividade latente. Isto, pois, há uma subvalorização dos imóveis mais caros, bem como um maior comprometimento da renda pelas famílias mais pobres para o pagamento do tributo. (CARVALHO JR, 2006).

Para que se tenha um sistema tributário realmente progressivo, é necessário fazer correções na tributação do patrimônio. Uma primeira razão para a promoção de alterações está na abrangência dos atuais tributos sobre a propriedade. Se a concentração da tributação em ativos imobiliários e veículos automotores justificava-se em razão da importância destes na composição da riqueza, há a necessidade de repensarmos, especialmente em razão das mudanças ocorridas nas últimas décadas. Segundo a Credit

Suisse (2019), os ativos financeiros correspondem a 49% da riqueza doméstica, superando a antiga tradição de uma concentração de patrimônio em ativos reais. Ainda, segundo o relatório, o 1% mais rico detém 49% da riqueza doméstica, atingindo a desigualdade de riqueza um índice GINI de 0,849, muito maior que o índice GINI de desigualdade de renda, de 0,533, no qual o Brasil concentra 28,3% dos rendimentos no 1% mais rico, conforme dados das Nações Unidas (2019). Ou seja, ao manter os atuais impostos sobre a propriedade, praticamente metade da riqueza dos indivíduos está sendo ignorada, sem considerá-la para a verificação da capacidade contributiva dos indivíduos.

Segundo, por uma imposição constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 traz já no seu artigo 3º o que se pode denominar de essência de um projeto constitucional voltado para o desenvolvimento socioeconômico equilibrado, com a redução das desigualdades sociais e regionais (SCAFF, 2018). Assim, não se pode olvidar do necessário papel dos tributos no século XXI, que podem atuar como um dos principais mecanismos estatais para intervenção na esfera individual. O grande problema é que o atual sistema tributário caminha justamente no sentido oposto, como um catalisador de desigualdades sociais, permitindo uma maior concentração de riquezas. (BUFFON, 2019).

O Constitucionalismo Contemporâneo possui como característica a formação de objetivos materiais, os quais exigem a comunhão de esforços da comunidade para o seu alcance. Assim, não há só obrigações individuais, mas sim algumas obrigações coletivas, que impactam diretamente nos deveres da cidadania. A Constituição não é mais apenas um mecanismo de limitação do poder estatal para a proteção do cidadão, mas sim uma conformadora da vida em sociedade, obrigando que todos atuem na busca por seus objetivos, com intuito de garantir a dignidade humana aos seus membros. (FOLLONI, 2012).

Os tributos serão um dos instrumentos para a busca de tais objetivos. Eles nunca são um objetivo em si, ou seja, eles não são o seu próprio fim, mas sim um meio para atingir determinado fim. (ADAMY, 2012). Isto pode se dar tanto pela fiscalidade, a qual terá o papel de angariar recursos para a promoção de direitos, como pelos seus efeitos extrafiscais, os quais permitem que os tributos atuem como uma verdadeira política pública, no sentido de perseguir diretamente os objetivos constitucionais. (CORREIA NETO, 2017). Os tributos possuem uma extrafiscalidade imanente ou em sentido impróprio. Assim, mesmo quando voltado para fins fiscais, os tributos de alguma forma ocasionam impactos econômicos ou sociais. (NABAIS, 2009). Não é possível pressupor a existência de tributos neutros, no sentido de que não exercem nenhuma influência no comportamento dos indivíduos. (ÁVILA, 2015).

Os efeitos extrafiscais dos tributos consistem em uma característica de todos os tributos, podendo ser negativos ou positivos, tendo em vista a natureza das imposições tributárias de provocar alterações econômicas, sociais ou políticas. Trata-se de questão diversa dos tributos com finalidade extrafiscal, nos quais há um nítido objetivo de atuar como instrumento de ordenação, indução ou redistribuição, estruturando-se em prol de tal objetivo, sendo o resultado fiscal uma questão secundária. Assim, não se pode falar em tributos puramente fiscais ou extrafiscais. (CALIENDO, 2017b). O reconhecimento destas características impõe a necessidade de se pensar a tributação na sua completude, ou seja, não apenas no quanto será arrecadado, mas sim de que forma e quem pagará tais tributos, para que se verifique a sua compatibilidade com o projeto constitucional.

Considerando a importância da redução das desigualdades, o sistema tributário deve pautar-se pela progressividade. Esta, como um reforço do

princípio da capacidade contributiva, tem o papel de produzir o efeito extrafiscal de redução das desigualdades sociais, o que não ocorre quando adota alíquotas proporcionais ou em um sistema regressivo de tributação. (BUFFON; MATOS, 2015). A grande questão é a seguinte: a adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido poderia contribuir para o aumento da progressividade do sistema tributário brasileiro?

Conforme ensina Piketty (2020), os atuais tributos sobre a propriedade são originários do século XIX, tendo fins unicamente fiscais, sem atentar a questões redistributivas. Assim, acabam recaindo de forma mais significativa na parcela mais pobre da população, atuando de forma regressiva. O economista francês considera uma utopia útil a instituição de um imposto mundial sobre o capital, de nítido caráter extrafiscal, como mecanismo de redução das desigualdades sociais, impedindo a concentração de capital. (PIKETTY, 2014). Recentemente, propôs que os países, isoladamente, adotem impostos sobre o patrimônio líquido, destacando o seu potencial para atuar como mecanismo de redistribuição de riquezas mais eficaz que os tributos sobre a propriedade, inclusive com uma melhor aceitação social. (PIKETTY, 2020).

A adoção de tal modelo teria um intuito de perseguir os fins constitucionais, por meio dos seus efeitos extrafiscais de redistribuição de riquezas. Na realidade, a instituição de um imposto sobre o patrimônio líquido apenas para fins fiscais não é recomendada, em razão de seus custos administrativos, salvo nos casos em que é possível minimizá-los e haja sucessivos déficits públicos, tendo em vista a existência de outros tributos que podem ser arrecadados de forma mais eficiente. Assim, deve haver outras justificativas sociais e políticas para a sua adoção. (RUDNICK; GORDON, 1996). Em termos fiscais, no caso brasileiro, embora não seja um valor desprezível, as previsões existentes não chegam a refletir uma

profunda alteração da composição da carga tributária, permanecendo a prevalência dos tributos sobre o consumo.³

Para a criação de referido tributo, há duas possibilidades, ambas de competência da União: o Imposto sobre Grandes Fortunas ou o exercício da competência residual da União para instituir um imposto sobre o patrimônio líquido, como uma base cálculo mais ampla, que incida para além das grandes fortunas.

Não se nega toda a resistência política que existe ao Imposto sobre Grandes Fortunas, especialmente no Brasil, no qual há inúmeros projetos de lei sobre o tema que ainda não resultaram na instituição do tributo. (CARVALHO JR., 2011). Não há grandes diferenças entre as duas opções, uma vez que o Imposto sobre Grandes Fortunas, embora não seja obrigatório, provavelmente utilizaria o patrimônio líquido como base de cálculo. A diferença reside na amplitude do referido imposto, o que no primeiro modelo está restrito às fortunas, ou seja, patrimônios de grande vulto. (CORSATTO, 2000). Ao utilizar a competência residual, haveria margem para a União utilizar patrimônios menores como base de cálculo, buscando universalizar a incidência sobre todos os ativos. Para ambos os casos, a instituição depende de edição de lei complementar.

Sob a ótica apenas redistributiva, uma opção seria a alteração constitucional para a extinção dos demais tributos incidentes sobre a propriedade (IPTU, IPVA e ITBI), unificando a tributação do patrimônio em apenas um imposto, com a maior abrangência possível, de competência da União para manter a uniformidade dentro do território nacional. Com a adoção de alíquotas progressivas e a maior aptidão para averiguar

³Segundo estudo da FENAFISCO e outras instituições, um IGF com alíquotas progressivas de 1%, 2% e 3% sobre os patrimônios do que exceder, respectivamente, a R\$ 20 milhões, R\$ 50 milhões e R\$ 100 milhões poderia, em uma previsão conservadora, atingir uma arrecadação de aproximadamente R\$ 40 bilhões de reais ao ano. Pelos números de 2018, esse valor se aproximaria do total arrecadado com o IPTU ou o IPVA, tendo uma participação inferior a 2% no total arrecadado. (AFD et al, [2020?]).

a real capacidade contributiva, um imposto sobre o patrimônio líquido provavelmente teria melhores resultados na diminuição da concentração de riquezas.

Entretanto, diante da complexidade do cenário brasileiro, uma solução tão simples não necessariamente significa ser a mais adequada à Constituição. Há a necessidade atentar ao pacto federativo, o qual pressupõe que os estados e municípios tenham para si uma parcela de receitas próprias, as quais lhes cabe a gestão de acordo com a realidade e os interesses locais. Isto garante a sua autonomia perante a União, bem como o exercício de suas competências. Emenda à Constituição que tenda a abolir a forma federativa é inadmissível, sendo tal matéria considerada cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição Federal). Ou seja, o poder constituinte derivado não pode promover alterações constitucionais que venham a inviabilizar o exercício das atividades ou que restrinjam significativamente as receitas e autonomia dos entes da federação. (DOMINGUES, 2006).

O fato de haver um uso inadequado das competências tributárias que lhes foram atribuídas não justifica qualquer medida que tenda a abolir tais competências, sob pena de desequilibrar a relação entre os entes federados. Caso a tributação sobre o patrimônio fosse centrada apenas na União, haveria uma maior concentração de poderes e recursos no poder central, submetendo os estados e municípios aos seus interesses.

Contudo, as questões federativas não impedem a instituição de um imposto sobre o patrimônio líquido para uma atuação complementar aos impostos hoje existentes, viabilizando a universalização da incidência sobre os ativos até então não tributados. Assim, pode-se manter a competência municipal e estadual do IPTU e IPVA, com a possibilidade de transformá-los também em impostos sobre o patrimônio líquido imobiliário e automotor, utilizando como base de cálculo o valor individual ou a

soma dos bens de cada tipo que o indivíduo ou seu núcleo familiar dentro da competência de cada um dos entes, garantindo o abatimento dos valores referente às dívidas relacionadas aos respectivos bens. Isto colaboraria para uma maior personalização de tais tributos, com a consequente identificação da capacidade contributiva subjetiva de cada um dos contribuintes. Tais alterações também podem ser implementadas pela União no ITR, que é de sua competência, ou até mesmo haver uma transferência de competência de tal imposto para os municípios, que possuem melhor capacidade de apuração dos valores de mercado dos bens imóveis.

Para evitar qualquer questão relacionada a dupla tributação, os valores pagos nos tributos hoje existentes (IPTU, IPVA e ITR) devem ser abatidos dos valores devidos no Imposto sobre o patrimônio líquido, ou ao menos, pelas próprias características de tal imposto, ser retirados da base de cálculo, uma vez que são ônus sobre o patrimônio. A ideia central é de que haja uma relação de complementaridade entre a tributação da renda e do patrimônio, especialmente com os tributos hoje existentes e eventual novo imposto. (CORSATTO, 2000). Ao novo imposto caberia fazer o ajuste fino na capacidade contributiva, inclusive com a possibilidade de criação de eventuais mecanismos de restituição para aqueles que não possuem capacidade contributiva patrimonial e tenham recolhido valores em excesso aos cofres dos demais entes da federação.

A manutenção das competências municipais e estaduais permite que haja uma gestão compartilhada e troca de informações entre os entes da federação, com uma melhor identificação dos valores dos bens, colaborando para a redução dos custos administrativos de tal tributo. Pode haver também o aprimoramento das administrações tributárias municipais, tornando mais eficiente a cobrança do IPTU em alguns municípios, os quais serão chamados a colaborar com informações ao imposto da União. Junto a isto, é possível destinar parte dos valores arrecadados aos municípios e

estados, seja de forma proporcional aos valores patrimoniais dos contribuintes de cada um deles ou com algum mecanismo de distribuição diverso, que vise a redução das desigualdades regionais, distribuindo os recursos de forma inversamente proporcional aos valores arrecadados.

O modelo apresentado consiste em apenas uma das possibilidades, como já dito alhures, com a intenção de ampliar o debate sobre o assunto. Guardadas as devidas proporções, enquadra-se na categoria de utopia útil de Piketty. Trata-se de proposta que exige um amplo debate e uma profunda alteração no modelo tributário de praticamente todos os entes da federação. Contudo, deve-se ter em mente desde já que há tal possibilidade diante da Constituição Federal, podendo-se falar até mesmo em uma exigência constitucional neste sentido.

Tal modelo ampliaria a tributação sobre a parcela mais rica da população, enquanto diminui significativamente os valores devidos pela parcela mais pobre, materializando a ideia de progressividade fiscal. No que toca às alíquotas e o tamanho da faixa de isenção que devem ser adotadas, tais definições dependem da discussão sobre eventual projeto de lei complementar, sendo a decisão de cunho eminentemente político, relacionada ao nível de atuação desejado pela comunidade. O que se pode adiantar é que não poderá ser baixa a ponto de se tornar insignificante, sob pena de o imposto perder seu sentido. Ao mesmo tempo, deve-se atentar para a adoção de medidas antielisivas, para evitar que haja a diluição do patrimônio com o intuito de diminuir a incidência do imposto. (CARVALHO JR. 2011).

Conforme verificado, há espaço e possibilidades dentro do cenário constitucional brasileiro para a adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido, especialmente em razão dos seus efeitos extrafiscais de redistribuição de riquezas. Tal imposto atuaria como um complemento aos atuais impostos existentes sobre a propriedade, cabendo ao poder

legislativo discutir a possibilidade de sua instituição e definição dos parâmetros para a sua cobrança.

Considerações finais

Alterações em um sistema tributário sempre é um tema sensível, uma vez que praticamente toda a população está sujeita ao pagamento de tributos. Há inúmeros interesses em jogo, os quais não permitem que se chegue a uma solução rápida e simples para as grandes discussões tributárias. Obviamente não existe tributo perfeito. Contudo, isto não impede que haja uma minuciosa análise sobre os pontos positivos e negativos de cada um dos tributos instituídos.

O presente artigo objetivou justamente isto: formar bases para a tão necessária discussão sobre impostos incidentes sobre o patrimônio, buscando verificar a possibilidade de adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido. O resultado foi de que há significativas vantagens na sua instituição, especialmente com o aumento da progressividade e a possibilidade de redução das desigualdades sociais e da concentração de riqueza. Como desvantagem para o presente tributo está nas suas dificuldades administrativas, as quais com os avanços tecnológicos e cooperação institucional podem ser amenizadas.

Diante do texto constitucional, verificou-se duas possibilidades para a sua adoção: a tão discutida instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas ou o exercício da competência residual da União. Assim, o imposto sobre o patrimônio líquido atuaria como um complemento aos atuais impostos sobre o patrimônio e a renda, visando justamente a ampliar a progressividade do sistema fiscal, quesito o qual aqueles são extremamente deficientes.

Pode-se afirmar, então, que a não adoção de um imposto sobre o patrimônio líquido no Brasil está relacionada de forma muito mais direta a

resistências políticas e sociais do que a entaves jurídicos. Em matéria constitucional há não apenas permissões, mas também exigências por uma tributação mais progressiva.

Referências

ADAMY, Pedro. Instrumentalização do direito tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.).

Fundamentos do direito tributário. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

AFONSO, José Roberto R.; ARAÚJO, Érika Amorim; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da.

IPU no Brasil: um diagnóstico abrangente. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, [2020?]. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1541/IPU no Brasil Um Diagnóstico Abrangente.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1541/IPU%20no%20Brasil%20Um%20Diagn%C3%B3stico%20Abrangente.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 06 jun. 2020.

AUDITORES FISCAIS PELA DEMOCRACIA (AFD) et al. **Tributar os ricos para enfrentar**

a crise: fundo nacional de emergência de R\$ 100 bilhões para estados e municípios. Brasília, DF: Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (FENAFISCO), [2020?]. Disponível em: <http://www.fenafisco.org.br/images/bandeiras/Carta.entidades.final.pdf?t=1585080521>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal do Brasil. Centro de Estudos Tributários

e Aduaneiros. **Carga tributária no Brasil 2018: análise por tributos e bases de incidência**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. p. 4. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 379572**. Recorrente:

Conrado van Erven Neto e outro (a/s). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506713>.

Acesso em: 11 jun. 2020.

BUFFON, Marciano. MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil do século XXI:** uma abordagem hermenêuticamente crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas:** como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

CALIENDO, Paulo. A tributação progressiva da renda e a redistribuição da renda: o caso do Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direitos**, Belo Horizonte, v. 20, n. 40, p. 190-214, 2017a. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/17989>. Acesso em: 04 jun. 2020.

CALIENDO, Paulo. Extrafiscalidade econômica: possibilidades e limites constitucionais. **Revista de Direitos Fundamentais e Tributação**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1-44, 2017b. Disponível em: <http://www.rdf.com.br/revista/article/view/1>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CARVALHO JR., Pedro Humberto Bruno de. **IPTU no Brasil:** progressividade, arrecadação e aspectos extra-fiscais. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), dez. 2006. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1251.pdf. Acesso em: 06 jul. 2020.

CARVALHO JR., Pedro Humberto Bruno. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre grandes fortunas:** a situação no Brasil e a experiência internacional. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), out. 2011. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

CATTANI, Antônio David. **A riqueza desmistificada.** 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Cirkula, 2018.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os impostos e o Estado de Direito.** São Paulo: Almedina, 2017. *E-book*.

CORSATTO, Olavo Nery. Imposto sobre grandes fortunas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 37, n. 146, p. 93-108, abr./jun. 2000.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

CREDIT SUISSE. **Global wealth report 2019**. Zurich: Credit Suisse Research Institute, 2019. p. 56. Disponível em: <https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/about-us/research/publications/global-wealth-report-2019-en.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

DE CESÁRE, Cláudia. O cadastro como instrumento de política fiscal. In: ERBA, Diego Alfonso; OLIVEIRA, Fabrício Leal de; LIMA JÚNIOR, Pedro de Novais. (org.). **Cadastro multifinalitário como instrumento de política fiscal e urbana**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2003. p. 39-70.

DOMINGUES, José Marcos. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 222-232, 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/294>. Acesso em: 14 jun. 2020.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do direito tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 11-34.

FREITAS, Daniel Dottes de; DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Tributos com efeito confiscatório e dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

GIFFONI, Francisco de Paula; VILLELA, Luiz A. **Estudos para a reforma tributária: tributação da renda e do patrimônio**. t. II. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), mar. 1987. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0105.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Agropecuário**

2017: resultados definitivos. Rio de Janeiro, 2019. p. 65-66. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano 2019**. New York: PNUD, 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.

OECD. **The role and design of net wealth taxes in the OECD**. OECD Tax Policy Studies, n. 26. Paris: OECD Publishing, 2018.

PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RUDNICK, Rebecca S.; GORDON, Richard K. Taxation of Wealth. *In*: THURONYI, Victor (ed.). **Tax Law Design and Drafting**. vol. 1. Washington D.C.: International Monetary Fund, 1996.

SAEZ, Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. **How would a progressive wealth tax work?** Evidence from the economics literature. Berkeley: [s. n.], 5 fev. 2019. Disponível em: <http://gabriel-zucman.eu/files/saez-zucman-wealthtaxobjections.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

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

TILBERY, Henry. Reflexões sobre a tributação do patrimônio. *In.*: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 317-370.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

Parte II

Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização

Capítulo 4

O Perspectivismo Ameríndio e suas Contribuições para a Construção de um Discurso Intercultural e Descolonial de Direitos Humanos desde (e para) a América Latina ¹

Alex Sandro da Silveira Filho ²

Introdução

A efetivação plena dos direitos humanos na América Latina é tida como uma perspectiva extremamente utópica e distante, haja vista as profundas assimetrias de poder existentes entre os mais diversos grupos étnico-sociais que habitam a região, impulsionadas pelo processo conhecido como colonialidade. A colonialidade ocultou saberes, formas de vida, subalternizou sujeitos em prol do “desenvolvimento” e do “progresso” e colocou o sujeito e o conhecimento europeus como sendo os mais importantes (QUIJANO, 2005). Não obstante, os processos de invisibilização e subalternização impulsionados pela lógica da colonialidade reverberaram nos primeiros documentos de direitos humanos, que foram pensados unicamente desde e para a Europa, sua cultura e seus sujeitos. Buscando construir uma ideia de direitos humanos que permita enfrentar o paradigma eurocêntrico, pensadores e pensadoras da América Latina construíram a ideia de “interculturalidade” (MIGNOLO; WALSH, 2018),

¹Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “A lógica da colonialidade e a ausência de responsabilização legal das empresas transnacionais por violações de direitos humanos ocorridas nas cadeias de produção: o caso do povo indígena Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul”, sob a orientação da Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 20/05/2020.

²Advogado e pesquisador. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – 2016). Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (2020). Membro do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH), coordenado pela Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4148196344569055>. E-mail: alexsilveirafilho@yahoo.com.

que busca colocar em simetria todas as culturas e formas de vida, construindo, com base no diálogo, uma nova retórica para legitimação dos direitos. Porém, tal ideia é, admitidamente, utópica, sobretudo se considerarmos os duros retrocessos que a região vem sofrendo.

Por conta disso, esse trabalho apresenta a categoria antropológica do perspectivismo ameríndio, que encontra especial guarida na obra do antropólogo brasileiro Eduardo Viveiros de Castro, como um caminho empírico que pode ser trilhado (ou não) rumo a construção de um discurso de fundamentação dos direitos humanos que possua caráter intercultural e descolonial, haja vista seu embasamento no modo pelo qual os povos indígenas da Amazônia se relacionam com a alteridade, seja ela humana, ou composta por seres da natureza e animais.

Esse trabalho será cindido em dois tópicos. No primeiro, será analisada a ideia de interculturalidade, o que lhe faz surgir, isto é, a imposição da lógica da colonialidade nas relações sociais, suas facetas e suas dificuldades de materialização, por si só, enquanto discurso de fundamentação dos direitos humanos. Na segunda parte, será explorada a ideia do perspectivismo ameríndio, suas características e considerações, sobretudo no que toca a humanização de toda alteridade, inclusive a não propriamente vista como humana.

Tal estudo busca contribuir na seara do pensamento descolonial e sua relação com a (in)efetividade dos direitos humanos em contextos plurais, como o latino-americano, apontando alternativas palpáveis, fundadas em experiências de povos da região, como possíveis saídas que podem impulsionar a construção de uma retórica de direitos humanos que tenha força para enfrentar (e superar) a lógica da colonialidade.

1 Interculturalidade: a utopia do diálogo simétrico entre os povos da América Latina

Uma das primeiras coisas que nos vêm à cabeça quando falamos em América Latina é na sua diversidade étnico-cultural. Trata-se de uma região com diversos povos, de diversas origens, que reproduzem suas vidas de formas muito distintas umas das outras. Ademais, outro aspecto que é lembrado quando falamos em América Latina são as profundas desigualdades sociais existentes nos países da região, especialmente no Brasil. Tais desigualdades mostram marcadores muito claros, sobretudo em questões envolvendo raça, gênero e classe. As pessoas mais ricas são homens, as coletividades mais ricas são brancas, enquanto o povo negro é majoritariamente pobre, e as mulheres dependem dos homens para a manutenção de suas vidas (OXFAM, 2018).

Esse processo gerador de profundas assimetrias de poder com marcadores de raça e gênero, todavia, teve início muito antes. Mais do que isso, foi com o início desse processo que a Europa se tornou o “centro do Mundo”, naquilo que se convencionou chamar de “Modernidade”. De acordo com Quijano (2005, p. 117),

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a idéia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo.

Não obstante, um grupo de pesquisadores latino-americanos, buscando analisar a origem desses fenômenos de exclusão social, chegou a

cinco conclusões, quais sejam: a) a Modernidade, ao contrário do que comumente era sustentado, teve início em 1492, com a conquista e colonização da América; b) o colonialismo e o conseqüente desenvolvimento do sistema capitalista mundial foram fundamentais para a constituição da Modernidade; c) a Modernidade, assim, não era um fenômeno localizado somente na Europa, mas se tratava de um fenômeno global, cuja face oculta (a colonialidade) operou nas regiões ditas “periféricas” do globo para manter e ampliar o poder (e hegemonia) da Europa; d) necessidade, pela Europa, de legitimar a subalternização de sujeitos e negação dos conhecimentos oriundos de outras regiões do Globo com base no “desenvolvimento” e no “progresso” que os europeus tinham o “dever” de levar até esses locais e povos, considerados “atrasados” e “bárbaros”; e) o eurocentrismo como a forma de conhecimento da Modernidade/Colonialidade, o que seja isso, uma representação hegemônica e modo de conhecimento que sustenta sua própria universalidade, firmando-se numa relação entre essa universalidade abstrata e o mundo concreto europeu como centro (ESCOBAR, 2003, p. 60). Em outras palavras, valendo-se da reflexão do filósofo porto-riquenho Ramón Grosfoguel (2009, p. 409),

Nos últimos 510 anos do ‘sistema-mundo patriarcal/capitalista colonial/moderno europeu/euro-americano, passamos do ‘cristianiza-te ou te dou um tiro’ do século XVI, para o ‘civiliza-te ou te dou um tiro’ do século XIX, para o ‘desenvolve-te ou te dou um tiro’ do século XX, para o recente ‘neoliberaliza-te ou te dou um tiro’ dos finais do século XX e para o ‘democratize-se ou te dou um tiro’ do início do século XXI.

Assim, conforme aponta o sociólogo peruano Aníbal Quijano (2005), a colonialidade se baseia “na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder

[capitalista] e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e da escala societal”.

Nesse ínterim, é importantíssimo salientar que a colonialidade, por mais que tenha se originado no colonialismo, não se confunde com ele. Consoante o lecionado por Nelson Maldonado-Torres,

Colonialismo denota uma relação política e econômica, na qual a soberania de um povo reside no poder de outro povo ou nação, que constitui tal nação em um império. Ao contrário desta ideia, a colonialidade refere-se a um padrão de poder que emergiu como resultado do colonialismo moderno, mas em vez de se limitar a uma relação formal de poder entre dois povos ou nações, se refere a forma como trabalho, conhecimento, autoridade e relações intersubjetivas são articuladas entre si, através do mercado capitalista mundial e da ideia de raça. Assim, embora o colonialismo preceda a colonialidade, a colonialidade sobrevive ao colonialismo (2007, p. 129, tradução nossa³).

A colonialidade ostentou papel central na construção dos discursos de fundamentação dominantes dos direitos humanos. Conforme aponta Bragato (2014, p. 208), “os direitos naturais do homem nasceram como decorrência da superioridade intrínseca do sujeito racional (europeu-moderno), que é o centro do modelo antropocêntrico.” Tal sujeito racional é definido “pelo pensar e pelo raciocinar livre das emoções e orientado ao domínio e à instrumentalização do mundo, o que gerou uma nova e dominante perspectiva cultural encarnada pelas sociedades industriais” (BRAGATO, 2014, p. 2018), o que colocou os indivíduos e grupos que não se enquadravam nesse padrão como inferiores, sobretudo se

³Colonialismo denota una relación política y económica, en la cual la soberanía de un pueblo reside en el poder de otro pueblo o nación, lo que constituye a tal nación en un imperio. Distinto de esta idea, la colonialidad se refiere a un patrón de poder que emergió como resultado del colonialismo moderno, pero que en vez de estar limitado a una relación formal de poder entre dos pueblos o naciones, más bien se refiere a la forma como el trabajo, el conocimiento, la autoridad y las relaciones intersubjetivas se articulan entre sí, a través del mercado capitalista mundial y de la idea de raza. Así, pues, aunque el colonialismo precede a la colonialidad, la colonialidad sobrevive al colonialismo”.

considerarmos as teorias raciais vigentes no período em que surgiram as primeiras declarações de direitos humanos.

Nesse sentido, o professor mexicano Alejandro Rosillo Martínez aponta que a fundamentação de direitos humanos não pode ser feita com base em apenas uma forma de vida, pois corre o risco de se tornar etnocêntrica, e por conta disso, excludente. Diz Martínez:

[...] a fundamentação dos direitos humanos deve possibilitar o diálogo intercultural para mostrar que a experiência de luta pela dignidade humana, e o uso de instituições políticas e jurídicas para protegê-la, não são postulados exclusivos do Ocidente. Caso contrário, a força crítica do discurso de direitos humanos se vê diminuída em realidades periféricas, alheias total ou parcialmente a tradição eurocêntrica, e se tornam ideologias e instrumentos que legitimam a opressão pelas classes dominantes – que geralmente são institucionais e simpatizam com os interesses das potências do Norte– sobre as classes pobres e populares. (2011, p. 366-367, tradução nossa).⁴

Para enfrentar os impactos socioculturais da colonialidade, um conjunto de pesquisadores latino-americanos desenvolveu uma série de marcos teóricos de caráter propositivo que se enquadram em uma grande categoria chamada de descolonialidade. A descolonialidade, enquanto prática social dos povos subalternizados pela lógica da colonialidade, não é um fenômeno atual. Catherine Walsh e Walter D. Mignolo (2018, p. 16) apontam que, desde o início do período colonial, a descolonialidade caracteriza boa parte das lutas locais, movimentos e ações diretas para resistir e recusar os legados e as contínuas relações e padrões de poder estabelecidos pelo colonialismo (e por conseguinte, pela colonialidade). Dessa forma,

⁴“La fundamentación de derechos humanos debe posibilitar el diálogo intercultural para mostrar que la experiencia de lucha por la dignidad humana, y el uso de instituciones políticas y jurídicas para protegerla, no son postulados exclusivos de Occidente. De lo contrario, la fuerza crítica del discurso de derechos humanos se ve disminuida en realidades periféricas, ajenas total o parcialmente a la tradición eurocéntrica, y se vuelven ideologizaciones e instrumentos que justifican la opresión de las clases dominantes –que suelen ser funcionales a y simpatizar con los intereses de las potencias del Norte– sobre las clases pobres y populares”.

a descolonialidade necessariamente segue, deriva e responde à colonialidade e ao processo e condição colonial em andamento. É uma forma de luta e sobrevivência, uma resposta e prática epistêmica e baseada na existência - principalmente por sujeitos colonizados e racializados - contra a matriz colonial de poder em todas as suas dimensões e pelas possibilidades de um contrário (MIGNOLO; WALSH, 2018, p. 17, tradução nossa⁵)

A descolonialidade, ademais, busca reconhecer e destruir as estruturas hierárquicas de raça, classe e gênero que foram desenvolvidas com o objetivo de controlar a vida, o conhecimento, a espiritualidade e o pensamento, estruturas claramente interligadas e constitutivas do capitalismo global e da Modernidade ocidental (MIGNOLO; WALSH, 2018, p. 17). Não obstante, a descolonialidade “é indicativo da natureza contínua de lutas, construções e criações que continuam a trabalhar dentro das margens e fissuras da colonialidade, para afirmar aquilo que a colonialidade tentou negar” (MIGNOLO; WALSH, 2018, p. 17, tradução nossa⁶). A partir da leitura de Mignolo e Walsh é possível concluir, portanto, que a descolonialidade procura tornar visíveis, abrir e fazer avançar perspectivas e posições radicalmente distintas às que sustentam a racionalidade ocidental como possibilidade única de existência, análise e pensamento.

Assumir a descolonialidade como um projeto de desmantelamento da matriz colonial de poder (e por conseguinte, da colonialidade) demanda, para Walter Mignolo, a escolha da *opção descolonial*. Tal opção se apresenta, primeiramente, como uma alternativa à forma de construção do conhecimento imposta pela colonialidade do saber, que busca promover e

⁵“Decoloniality necessarily follows, derives from, and responds to coloniality and the ongoing colonial process and condition. It is a form of struggle and survival, an epistemic and existence-based response and practice—most especially by colonized and racialized subjects—against the colonial matrix of power in all of its dimensions, and for the possibilities of an otherwise”.

⁶“it is indicative of the ongoing nature of struggles, constructions, and creations that continue to work within coloniality’s margins and fissures to affirm that which coloniality has attempted to negate”.

continuar o projeto moderno, por força da categoria criada pelo semiólogo argentino conhecida como “geopolítica do conhecimento”, por meio da qual o eurocentrismo se apresenta como um conhecimento superior, único, como se não tivesse tempo e lugar definidos (MIGNOLO, 2008, p. 10). A opção descolonial, num segundo plano, tem como pressuposto o desprendimento inicial da retórica da Modernidade, em que se legitimam modelos de pensamento que são convertidos em elementos da organização social e seus acontecimentos históricos (MIGNOLO, 2018, p. 15).

Com todos esses elementos de definição da descolonialidade, forma-se o questionamento: como desenvolver um projeto descolonial de sociedade? Aníbal Quijano (2014, p. 113), que apresentou primeiro o conceito de colonialidade, aponta que um projeto descolonial passa, necessariamente, por um processo de libertação que demanda o “engajamento na luta pela destruição da colonialidade do poder, não só para terminar o racismo, mas pela sua condição de eixo articulador do padrão universal do capitalismo eurocentrado”. Para tanto, Quijano (2014, p. 113) defende a chamada *socialização radical do poder*, por meio da qual a colonialidade pode ser contraposta (e, quem sabe, derrotada), pois esta dá aos sujeitos subalternizados o controle dos elementos básicos de sua vida social (que sempre esteve nas mãos de quem construiu o projeto moderno/colonial).

Para Ramón Grosfoguel (2014, p. 407), falar de um projeto descolonial é falar de um “projeto de diversidade anticapitalista, universal e radical”. Tal projeto demanda, segundo Grosfoguel (2014, p. 407), uma relação entre a transmodernidade de Dussel e a socialização radical do poder de Quijano, que busque a construção de um universal descolonial, que respeite e dê voz às realidades plurais no enfrentamento à colonialidade, por meio de uma coletividade de projetos ética e epistemologicamente descoloniais.

Na visão de Nelson-Maldonado Torres (2019, p. 98), a descolonialidade enquanto projeto “está longe de ser apenas uma revolução política ou apelo à independência; é, antes de mais, uma forma de insurreição metafísica que procura pôr um fim à catástrofe metafísica da colonialidade”. Tal insurreição possui relação com a emergência do apelo a um bem que não se encaixa na ideia de bem (maniqueísta) do projeto colonial/moderno, que faz frente à colonialidade do ser (e do não-ser), resultando em um processo dialético que, com isso, deixa de ser definitivo ou autossuficiente. Assim, “se a colonialidade ontologizou o bem e o mal, a descolonialidade desontologiza e descoloniza-os, levando-os de volta à esfera da existência e práxis humanas com implicações éticas, políticas e metafísicas” (MALDONADO-TORRES, 2019, p. 98). Portanto, a descolonialidade é “uma luta ético-política, epistêmica e simbólica que pretende criar uma realidade de inter-relações humanas para além da palavra e do ‘Homem’” (MALDONADO-TORRES, 2019, p. 98).

Dentre as propostas de desenvolvimento de um projeto descolonial de sociedade, a interculturalidade se coloca como uma opção de fundamentação dos direitos humanos que se alicerça no diálogo entre as culturas como cerne de sua construção. Logo de início é importante distinguir a interculturalidade de outro conceito que lhe é semelhante a *priori*, mas que na prática é bastante distinto, que é o multiculturalismo. De acordo com Catherine Walsh (2008, p. 141),

Enquanto o multiculturalismo apóia a produção e administração da diferença dentro da ordem nacional [liberal], tornando-a funcional para a expansão do neoliberalismo, a interculturalidade, entendida a partir de seu significado pelo movimento indígena, aponta mudanças radicais para essa ordem. Seu desejo não é simplesmente reconhecer, tolerar ou incorporar o diferente dentro da matriz e das estruturas estabelecidas. Pelo contrário, está implodindo da diferença nas estruturas coloniais de poder como desafio, proposta, processo e

projeto; é fazer reconceptualizar e refundar estruturas que colocam em cena e em lógica de relações eqüitativas, práticas e diversas formas culturais de pensar, agir e viver. (Tradução nossa)⁷

A interculturalidade possui três dimensões centrais, quais sejam: a) interculturalidade relacional, que diz respeito ao contato/intercâmbio entre culturas; b) interculturalidade funcional, em que tal perspectiva se enraíza no reconhecimento da diversidade e diferença cultural, buscando a inclusão dessa diferença na ordem social estabelecida, como faz o multiculturalismo, e c) interculturalidade crítica, a mais importante dessas dimensões, por questionar a lógica irracional e instrumental do capitalismo (e da colonialidade), apontando para a construção de um novo ordenamento social (WALSH, 2012, p. 63-66).

Por conta disso, a interculturalidade possui um potencial de transformação social a partir do diálogo entre as diversas culturas e formas de vida que habitam a América Latina, sendo a partir desse diálogo (simétrico) que se dará a construção de um novo discurso de fundamentação dos direitos humanos, que possa abarcar diversas realidades, diversos saberes, diversos modos de reprodução da vida (BRAGATO, BARRETTO, SILVEIRA FILHO, 2017, p. 54).

Porém, a interculturalidade, dada a sua ousadia, guarda uma natureza utópica, que não pode ser constituída *a priori*, mas que vai se estabelecendo conforme o avanço das lutas sociais dos grupos minoritários. Conforme o lecionado por Catherine Walsh e Walter Mignolo (2018, p. 59),

⁷No original: Mientras que el multiculturalismo sustenta la producción y administración de la diferencia dentro del orden nacional [liberal] volviéndola funcional a la expansión del neoliberalismo, la interculturalidad entendida desde su significación por el movimiento indígena, apunta cambios radicales a este orden. Su afán no es simplemente reconocer, tolerar ni tampoco incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructuras establecidas. Por el contrario, es implosionar desde la diferencia en las estructuras coloniales del poder como reto, propuesta, proceso y proyecto; es hacer reconceptualizar y re-fundar estructuras que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir.

[...] a interculturalidade, sob essa perspectiva, não é uma condição existente ou um acordo feito. É um processo e projeto em contínua insurgência, movimento e construção, uma ação consciente, atividade radical e ferramenta baseada em práxis de afirmação, correlação e transformação (Tradução nossa)⁸.

Por conta disso, a interculturalidade, por si só, pode não bastar para a construção de uma nova retórica de direitos humanos, que abarque as diversas realidades da América Latina. É também necessária uma visão de mundo pragmática que viabilize essa interculturalidade, a partir da ressignificação da ideia de sujeito. E é aí que entra o perspectivismo ameríndio.

2 Perspectivismo ameríndio: uma contribuição da antropologia para a (des)construção da fundamentação dos direitos humanos desde a América Latina

O perspectivismo ameríndio caracteriza-se como uma concepção antropológica que busca afastar a separação entre natureza e cultura, desenvolvida por antropólogos como Lévi-Strauss, com base nas vivências dos povos originários da Amazônia, que gerava uma ontologia baseada em diversos pontos de vista dos seres do cosmos (GOMES, 2012, p. 135). Segundo o antropólogo brasileiro Eduardo Viveiros de Castro, criador do conceito, (2013, p. 347), “trata-se da concepção, comum a muitos povos do continente, segundo a qual o mundo é habitado por diferentes espécies de sujeitos ou pessoas, humanas e não humanas, que o apreendem segundo pontos de vista distintos”, que parte da ideia quase absoluta, para os povos originários da América Latina, que não existe distinção alguma entre humanos e animais. Não obstante, pode-se afirmar que o perspectivismo é oriundo de

⁸No original: Interculturality, from this perspective, is not an existing condition or a done deal. It is a process and project in continuous insurgence, movement, and construction, a conscious action, radical activity, and praxis-based tool of affirmation, correlation, and transformation.

uma concepção indígena segundo a qual o modo como os seres humanos veem os animais e outras subjetividades que povoam o universo – deuses, espíritos, mortos, habitantes de outros níveis cósmicos, plantas, fenômenos meteorológicos, acidentes geográficos, objetos e artefatos – é profundamente diferente do modo como esses seres veem os humanos e se veem a si mesmos. (VIVEIROS DE CASTRO, 2013, p. 350.)

Viveiros de Castro (2013) utiliza o nome de *perspectivismo*, é importante salientar, na medida em que os povos ameríndios se apreendem como sujeitos a partir do momento no qual se veem a partir do olhar de sua vítima, de seu *inimigo*, a partir do momento no qual pronunciam sua essência pela *perspectiva* do outro. É por isso que, nas cosmovisões ameríndias, “ante a necessidade de a todo momento constituírem o Eu como Outro, não existem senão fora de si, pelo que sua imanência coincide com sua transcendência” (ASSY; ROLO, 2019, p. 2377), o que em muito lembra as cosmovisões africanas, como o *Ubuntu*.

Por conta disso, Viveiros de Castro é categórico ao afirmar que “a condição original comum aos humanos e animais não é a animalidade, mas a humanidade”, na medida que os animais possuem um lado “propomosórfico” invisível, que os conduz a tal condição (2013, p. 356). No *perspectivismo*, o centro da questão da diversidade não se funda num multiculturalismo, mas sim num multinaturalismo, em que existiria, para Viveiros de Castro, “uma unidade do espírito e uma diversidade dos corpos. A cultura ou o sujeito seriam aqui a forma do universal; a natureza ou o objeto, a forma do particular” (2013, p. 349). Nesse sentido, Viveiros de Castro acrescenta que

O relativismo cultural, um multiculturalismo, supõe uma diversidade de representações subjetivas e parciais, incidentes sobre uma natureza externa, una e total, indiferente à representação; os ameríndios propõem o oposto: uma

unidade representativa ou fenomenológica puramente pronominal, aplicada indiferentemente sobre uma diversidade real. Uma só “cultura”, múltiplas “naturezas”; epistemologia constante, ontologia variável – o perspectivismo é um multinaturalismo, pois uma perspectiva não é uma representação. Isto porque as representações são propriedades do espírito, mas o ponto de vista está no corpo. (2013, p. 379)

Ademais, é possível distinguir o multiculturalismo e o multinaturalismo por dois elementos, que são os seguintes: a) o multinaturalismo, ao contrário do multiculturalismo, tem, na sua estrutura de pronominação (eu, tu, ele) uma estrutura transcendental, na qual se determina a condição de possibilidade de seu próprio ser, e não uma estrutura tardia e inessencial (na qual um ser possui legitimidade ontológica para pronominar o outro); b) por conta disso, o que é determinante para o estabelecimento dessa marcação pronominal multinaturalista é a individualização do sujeito a partir do “tu”, e não do “eu”, pois desde o perspectivismo os seres se caracterizam desde a visão do outro, como já foi dito (ASSY; ROLO, 2019, p. 2388).

A caracterização do perspectivismo como um multinaturalismo percebe-se, ademais, como uma conexão entre noções que se chocam, na medida em que

(a) o perspectivismo ameríndio pressupõe que cada ente vê a si próprio (e aos seus) como humanos, ao passo que todos os demais são considerados como não-humanos, seguindo uma lógica de correspondências no seio das relações de predação (ou seja, os jaguares seriam humanos entre os jaguares, mas espíritos-predadores para os queixadas e assim por diante seguindo a contiguidade das diferenças corporais); (b) o multinaturalismo se caracteriza pela afirmação da humanidade (ou da cultura) como característica universal de todos os entes inseridos no contexto da cosmopolítica de predação, o que daria suporte teórico à “doutrina das roupas animais (ASSY; ROLO, 2019, p. 2375).

O perspectivismo se contrapõe a Modernidade/Colonialidade em duas nuances bastante relevantes que se relacionam entre si, quais sejam: a) o ato de conhecer, sobretudo no que diz respeito ao xamanismo ameríndio (que gere as relações entre as diferentes perspectivas de cada sujeito do cosmos) significa personificar, isto é, “tomar o ponto de vista daquilo (ou antes, daquele) que deve ser conhecido”, enquanto o ato de conhecer, numa perspectiva moderna, consiste em objetivar, o que seja, ver no outro o que ele tem de diferente de mim, e reduzi-lo a um “mínimo ideal”. Em outras palavras, na concepção moderno-colonial, a forma do outro é a coisa, e no perspectivismo ameríndio, a forma do outro é a pessoa; b) na visão moderno-colonial, um sujeito é um objeto insuficientemente analisado, enquanto no perspectivismo ameríndio, um objeto é um sujeito incompletamente interpretado (VIVEIROS DE CASTRO, 2013, p. 360).

Tendo em vista o exposto até aqui, seria possível afirmar que o perspectivismo ameríndio busca apresentar uma multiplicidade de representações sobre o mesmo contexto? Viveiros de Castro acredita que não. O antropólogo brasileiro sustenta que “diferentes tipos de seres veem as mesmas coisas diferentemente é meramente uma consequência do fato de que diferentes tipos de seres veem coisas diferentes da mesma maneira” (VIVEIROS DE CASTRO, 2013, p. 379). Nessa linha de raciocínio, é importante salientar que

[...] todos os seres veem (“representam”) o mundo da mesma maneira – o que muda é o mundo que eles veem. Os animais utilizam as mesmas categorias e valores que os humanos: seus mundos, como o nosso, giram em torno da caça e da pesca, da cozinha e das bebidas fermentadas, das primas cruzadas e da guerra, dos ritos de iniciação, dos xamãs, chefes, espíritos etc. (VIVEIROS DE CASTRO, 2013, p. 378-379.)

Por conta disso, é possível afirmar que “o problema antropológico, então, está na contínua tradução das diversas narrativas dos excluídos, não no sentido da descoberta de um significado velado, mas na subversão de sua língua maior, por meio da conversibilidade mútua entre antropologia e mitologia” (ASSY; ROLO, 2019, p. 2379). Não obstante, essa visão mitológica dos povos ameríndios que se constitui como um sinal antropológico faz com que a condição humana seja preponderante à espécie humana (exatamente ao contrário do que sustenta a visão ocidental que inspirou o discurso de fundamentação dos direitos humanos), e tal condição deve ser atribuída a qualquer ser que deseje compartilhá-la, e recusar essa condição (como por meio de categorias como a animalidade) significaria recusar a sua existência (VIVEIROS DE CASTRO, 2013, p. 382). Como exemplo disso, Viveiros de Castro (2013, p. 381) cita o encontro entre o colonizador europeu e os povos indígenas durante o processo de *Conquista* da América:

Para os europeus, tratava-se de decidir se os outros tinham uma alma; para os índios, de saber que tipo de corpo tinham os outros. O grande diacrítico, o sítio da diferença de perspectiva para os europeus, é a alma (os índios são homens ou animais?); para os índios, é o corpo (os europeus são homens ou espíritos?). Os europeus não duvidavam que os índios tivessem corpos – animais também os têm; os índios, que os europeus tivessem almas – animais também as têm. O que os índios queriam saber era se o corpo daquelas “almas” era capaz das mesmas afecções e maneiras que os seus: se era um corpo humano ou um corpo de espírito, imputrescível e proteiforme. Em suma: o etnocentrismo europeu consiste em negar que outros corpos tenham a mesma alma; o ameríndio, em duvidar que outras almas tenham o mesmo corpo.

É possível, com isso, apontar que o sinal de diferença entre os seres, desde a visão dos povos ameríndios, não é a repetição dos mesmos corpos humanos (e a posse de “humanidade” por critérios metafísicos como alma

e razão), mas sim uma distinta constituição proposomórfica (corpos humanos, corpos de animais, etc.) na qual o que se repete é uma condição humana transcendental, visualizável a partir dos olhos do *inimigo* (ASSY; ROLO, 2019, p. 2389). Em outras palavras, para os povos ameríndios, não é o corpo físico que define os limites e as possibilidades metafísicas, mas o contrário. Dessa forma, Bethania Assy e Rafael Rolo (2019, p. 2391) concluem que

Se para o pensamento ocidental, o humano é a figura daquele que se desloca no espaço já delimitado e formatado em fronteiras, para o pensamento ameríndio o humano é o pano de fundo sempre capaz de subverter qualquer fronteira estabelecida em favor da instauração de uma cosmopolítica entre todos os viventes. Se para o ocidental, o humano é aquele cuja propriedade é não possuir especificamente um *proprium*, podendo assumir tanto as características de um animal, como as de um anjo, a depender de uma específica disposição do espírito, para o ameríndio, o humano é o anti-*proprium*, sempre preparado para a transgressão de fronteiras e a assunção da perspectiva de um terceiro, evitando-se justamente a constituição de qualquer perspectiva privilegiada, transcendental ou redundante. Se para o ocidental o solipsismo é o principal receio epistêmico, para o ameríndio o principal receio vital seria a desintegração do corpo canibalizado.

Assim, o perspectivismo ameríndio se mostra como uma excelente ferramenta de reflexão rumo à construção de um discurso latino-americano de direitos humanos, na medida que propõe um novo olhar sob a alteridade, um olhar de enaltecimento, de empoderamento, por mais que na prática aquele olhar possa ser exageradamente equivocado. Se foi a visão do outro como diferente e inferior que gerou a colonialidade e seus processos de subalternização e exclusão de grupos sociais, uma mudança de ponto de vista sobre esse outro, com base nos ensinamentos dos povos originários da *Ameríndia*, pode ser a chave de ignição que pode ser virada,

buscando o desenvolvimento de um discurso simétrico, plural e efetivo de direitos humanos.

Considerações finais

Ante tudo que foi exposto nesse trabalho, fica plenamente possível afirmar que o perspectivismo ameríndio é uma perspectiva teórico-prática extremamente válida como vetor de construção de um discurso intercultural e descolonial de direitos humanos, que possa abarcar a diversidade sociocultural da América Latina.

Chega-se a tal resultado pois, inicialmente, os processos de subalternização e vulnerabilização de grupos sociais decorrentes da lógica da colonialidade impuseram a matriz colonial-moderna de poder como sendo superior às até a época da *Conquista* presentes na América Latina, inferiorizando pessoas, silenciando conhecimentos, apagando culturas e modos de reprodução da vida. Tal fenômeno se estendeu ao discurso de fundamentação que inspirou as primeiras declarações de direitos humanos, pensadas para as sociedades industriais da Europa, ignorando as realidades e grupos sociais da América Latina.

Em vista dessas disparidades na efetivação de direitos humanos para grupos sociais subalternizados pela lógica da colonialidade, a interculturalidade se apresenta como um discurso alternativo ao dominante, na medida que propõe a construção desse discurso a partir do diálogo (simétrico e pacífico) entre as diversas culturas e modos de vida que habitam a América Latina. Todavia, a construção desse diálogo intercultural-descolonial depende da pavimentação de um caminho que lhe possibilite, um caminho pragmático, que se inspire nas cosmovisões dos povos originários da América Latina.

O perspectivismo ameríndio, nesse sentido, se mostra como um dos caminhos (não o único, evidentemente) que pode auxiliar nessa

construção de um discurso não-colonial de direitos humanos, na medida que não coisifica, mas personifica o outro, resignificando as relações sociais e até mesmo aquelas entre humanos e animais e possibilitando um diálogo simétrico e intercultural.

Portanto, embora tudo isso se mostre num horizonte mui distante, especialmente se considerarmos o atual e futuro (a curto prazo) momento político do Brasil, tanto a interculturalidade quanto o perspectivismo ameríndio podem ser ferramentas teóricas que, por mais utópicas que sejam, farão com que os defensores e defensoras de direitos humanos na América Latina não deixem de caminhar.

Referências

ASSY, Bethania; ROLO, Rafael. A concretização inventiva de si a partir da perspectiva do outro: Notas a uma Antropofilosofia Decolonial em Viveiros de Castro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 10, n° 4, p. 2367-2398, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n4/2179-8966-rdp-10-4-2367.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 33 – 59. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Florianópolis, vol. 19, n° 1, p. 201-230, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de outro modo: el programa de investigación Modernidad/Colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n° 1, p. 51-86,

2003. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero1/escobar.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- GOMES, Denise Maria Cavalcante. O perspectivismo ameríndio e a ideia de uma estética americana. **Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. hum.**, Belém, v. 7, n. 1, p. 133-159, abr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222012000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 dez. 2020.
- GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos póscoloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 379-412.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGUÉL, Ramón; MALDONADO-TORRES, Nelson (orgs.). **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2019. p. 27-54.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón (Orgs.) **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 127-168.
- MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. **Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación**. 2011. 996 f. Tese (Doutorado em Estudos Avançados em Direitos Humanos) – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2011.
- MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Letral**, Granada, n° 1, p. 4-22, 2008. Disponível em: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/letral/article/view/3555>. Acesso em: 11 jan. 2021.

MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis.** Durham: Duke University Press, 2018.

OXFAM Brasil. **País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras.** 2018. Disponível em: < https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf>

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Perspectivismo e multinaturalismo na América Indígena. In: VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo (org.). **A inconstância da alma selvagem.** São Paulo: Ed. Cosac Naify, 2013. p. 345-400.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. **Tabula Rasa**, Bogotá, n° 9, p. 131-152, 2008.

Capítulo 5

O Espelho e o Lugar da Defensoria Pública da União no Combate ao Racismo Institucional: Desafios e Perspectivas para a Defesa dos Direitos da População Negra no Sistema de Justiça Brasileiro ¹

César de Oliveira Gomes ²

Introdução

O presente estudo identifica a Defensoria Pública da União como a instituição do sistema de justiça brasileiro vocacionada para pautar o debate em torno da histórica discriminação racial sofrida pela população negra no País, em sua interface institucional. A pesquisa é resultado de investigação realizada por meio de revisão bibliográfica e análise de conteúdo, a partir de uma abordagem crítica que encontra na Teoria Crítica da Raça o seu principal referencial teórico.

O parâmetro de análise centrado na ideia de raça questiona princípios caros ao liberalismo e assimilados pelo pensamento jurídico clássico, tais como a igualdade formal e a concepção de humano centrada na razão. A Teoria Crítica da Raça expõe a suposta neutralidade e universalidade das normas jurídicas, e denuncia a cumplicidade do direito em relação às práticas discriminatórias que reforçam a supremacia branca nos espaços privilegiados de poder. Nessa perspectiva, pensa-se a atuação da

¹ Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “Institucionalidades da Defensoria Pública da União para o Enfrentamento do Racismo Institucional a partir do Sistema de Justiça”, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Fernanda Frizzo Bragato, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 02.10.2020.

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos (NDH). Membro convidado da Comissão da Verdade sobre a Escravidão Negra – OAB/RS. Defensor Público Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0460379872291167>. E-mail: cesar_gomes10@hotmail.com.

Defensoria Pública da União no enfrentamento do racismo a partir das lentes da Teoria Crítica da Raça, por se entender que essa matriz teórica oferece elementos consistentes para uma abordagem crítica acerca da formação e desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro e das instituições do sistema de justiça.

O legado de exclusão social patrocinado pelo Estado brasileiro no período pós-abolição da escravidão, e as consequências advindas desse processo histórico, inserem a população negra no conceito de “grupos sociais vulneráveis”, razão pela qual tornam-se destinatários dos anseios institucionais da Defensoria Pública da União.

Pensar a missão constitucional da Instituição a partir das definições de “espelho” e “lugar” conduz à ideia de que a Defensoria Pública da União necessita reconhecer-se como parte de uma estrutura que reproduz o racismo. A partir da superação dos seus indicadores colonialistas, poderá explorar as suas potencialidades e assumir protagonismo no combate ao racismo institucional perante o sistema de justiça.

O racismo, em sua interface institucional, será a categoria a ser analisada como instrumento de manutenção de hierarquias raciais e, por consequência, de uma sistemática violação seletiva de direitos humanos. O enfoque desse estudo se dará a partir das lentes do sistema de justiça, tanto como agente de legitimação das hierarquias sociais estabelecidas pelo poder dominante, quanto para nele estabelecer um *locus* de resistência e afirmação dos direitos das pessoas negras.

Inicialmente, tratar-se-á do papel do sistema de justiça como um mecanismo de perpetuação do racismo, a partir da ideologia liberal que permeia o pensamento jurídico tradicional. Demonstrar-se-á que a crença na neutralidade do direito e na universalidade das normas jurídicas serve de escudo para a problematização das desigualdades raciais, perpetuando lógicas de dominação de brancos sobre negros. Posteriormente, analisar-

se-á o perfil institucional da Defensoria Pública, com um recorte específico para a atuação da Defensoria Pública da União, para atuar na defesa dos direitos de grupos vulneráveis. Finalmente, se abordará os limites estruturais e as potencialidades da Defensoria Pública da União para desenvolver mecanismos internos e externos de combate ao racismo institucional e pautar o debate perante o sistema de justiça.

1 O Sistema de Justiça na questão racial: Instrumento de Superação do Racismo Institucional ou Vetor de Perpetuação de Hierarquias Raciais?

No final dos anos oitenta do século passado, nos Estados Unidos da América, a partir dos trabalhos de vários intelectuais não-brancos, deu-se impulso à chamada Teoria Crítica da Raça. Esse referencial teórico insere a raça como unidade de análise, e ganha fôlego em razão do descompasso existente entre a legislação igualitária que adquiriu corpo nos anos sessenta e as reiteradas discriminações perpetuadas pelo protagonismo de valores como excelência e mérito. Esses últimos guiavam o pensamento jurídico pós-segregação, vinham impedindo o progresso social (PIRES; LYRIO, 2015, p. 64) e a efetiva consolidação da *equal protection doctrine* (RIOS, 2008, p. 128).

Taylor (1998, p. 123) aponta que duas premissas marcam os referenciais da Teoria Crítica da Raça: (i) o racismo é um fato inserido no cotidiano da sociedade, e muitas vezes ocorre de maneira sutil; (ii) a meritocracia e a cegueira da cor (*color blindness*), as quais representam a crença liberal na ideia de igualdade formal e neutralidade do direito.

O parâmetro de análise centrado na ideia de raça se opõe a valores consagrados como “excelência” e “mérito” (PIRES; LYRIO, 2015, p. 64), e questiona princípios caros ao liberalismo e assimilados pelo pensamento jurídico clássico, tais como a igualdade formal e a concepção de humano centrada na razão. A Teoria Crítica da Raça expõe a suposta neutralidade

e universalidade das normas jurídicas, e denuncia a cumplicidade do direito em relação às práticas discriminatórias que reforçam a supremacia branca nos espaços privilegiados de poder (TAYLOR, 1998, p. 122).

A despeito das diferenças que separam a realidade brasileira do contexto estadunidense, pode-se buscar na Teoria Crítica da Raça alguns modelos de investigação para problematizar as dimensões jurídicas das relações no Brasil (FERREIRA; QUEIROZ, 1998, p. 217). Pires e Lyrio (2015, p. 68) lembram que algumas premissas daquele referencial teórico se ajustam às concepções que edificaram o “mito da democracia racial”, dentre elas a crença na meritocracia, a partir de uma suposta neutralidade do grupo dominante e das instituições de poder.

A partir das inquietações trazidas pela Teoria Crítica da Raça, e tendo em conta o contexto brasileiro, pode-se analisar criticamente o papel do direito na legitimação das desigualdades sociais (PIRES; LYRIO, 2015, p. 68). A precariedade das políticas públicas voltadas para a população carente, a opressão racial presente em questões fundiárias, ambientais, da saúde e da educação, e o tratamento dispensado pela justiça criminal à população negra devem ser contados e pensados a partir de referenciais negros.

No dia 13 de novembro de 2019 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou dados da pesquisa “Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil”, ano de referência 2018, dando conta de que as mulheres pretas ou pardas estão na base da desigualdade de renda no País (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019). Essa pesquisa também apontou que no mercado de trabalho, 68,6% dos cargos gerenciais eram ocupados por pessoas brancas, enquanto apenas 29,9% eram ocupados por pessoas pretas ou pardas. No que se refere à população subutilizada no mercado de trabalho, em que pese as pessoas pretas ou

pardas representem 54,9% da força de trabalho, elas formavam dois terços dos subutilizados na força de trabalho em 2018 (66,1%).

Em relação à distribuição de renda e condições de moradia, inobstante as pessoas negras ou pardas representem 55,8% da população brasileira, entre os 10% com maiores rendimentos, representam apenas 27,7% das pessoas. Por outro lado, entre os 10% com menores rendimentos, negros ou pardos perfazem 75,2% dos indivíduos.

A pesquisa também apresenta números relacionados à educação, violência e representação política. No que diz respeito à taxa de analfabetismo³, entre a população branca, ostenta-se o percentual de 3,9%, enquanto na população preta ou parda, a proporção atinge 9,1%. A taxa de homicídio entre pessoas brancas foi de 16,0 para cada 100 mil habitantes, enquanto entre as pretas chegou-se a 43,4 para cada 100 mil habitantes – ano de referência 2017. E no que se refere à representação política, dos deputados federais eleitos no ano de 2018, tem-se o percentual de 24,4% de pretos ou pardos e 75,6% de brancos e outros.

Os números acima mencionados revelam a forma como o racismo opera nos processos de hierarquização social que vitimam a população negra e tornam a abolição da escravidão um processo ainda em curso. Haverá sempre quem identifique o problema apenas a partir de uma perspectiva meramente socioeconômica, de forma a restringir o debate à má distribuição de renda e à indicadores de pobreza, sem problematizar o cenário a partir do fenômeno da discriminação racial.

O conceito de racismo institucional tem origem no ano de 1967, a partir do movimento Panteras Negras, através de dois de seus integrantes, Carmichael e Hamilton, para especificar como se manifesta o racismo nas estruturas de organização da sociedade e nas instituições. Para ambos,

³O critério de análise da pesquisa leva em consideração pessoas de 15 anos ou mais de idade.

“trata-se da falha coletiva de uma organização em prover um serviço apropriado e profissional às pessoas em razão de sua cor, cultura ou origem étnica” (CARMICHAEL; HAMILTON, 1967).

Para uma melhor compreensão da interface institucional do racismo, há de se traçar um paralelo com o conceito de racismo individual. Este consiste em ações explícitas causadas por um indivíduo ou grupo de pessoas, que expõem a vida, integridade física ou psíquica de pessoas, ou até mesmo a propriedade delas, por motivos de perseguição ou desprezo a minorias raciais (CARMICHAEL; HAMILTON, 1967). Por exemplo, quando um funcionário de um estabelecimento farmacêutico recusa atendimento a uma pessoa negra afirmando que “se fosse uma loira, bonita e de olhos azuis, ele quebraria o galho, mas pois, trata-se de um negão feio não ajudaria” (RIO DE JANEIRO, 2019), se percebe de maneira clara uma ação discriminatória que expressa um racismo individual.

No entanto, quando se observa os indicadores sociais divulgados pelo IBGE, o que se constata é a naturalização em associar os negros à pobreza e à violência. É o racismo institucional, cujas consequências repercutem negativamente na coletividade negra. Este advém de uma crença de que brancos são melhores do que negros (CARMICHAEL; HAMILTON, 1967).

O racismo institucional dá conta, portanto, da manutenção de mecanismos cegos de discriminação, aparentemente sem atores (WIEVIORKA, 2009, p. 84), e sem uma inquirição acerca da intenção deliberada de discriminar. E por esse motivo, não raro, é tolerado pelos poderes públicos nos mais diversos segmentos da sociedade, tais como a escola, o mercado de trabalho, ou até mesmo no que se refere às prioridades na elaboração e execução de políticas públicas orientadas à redução das desigualdades sociais e regionais.

O problema que surge ao se pensar o sistema de justiça como um mecanismo de inibição de práticas racistas é que a base da ideologia jurídica e política hegemônica deita raízes na racionalidade liberal burguesa (HERRERA FLORES, 2009, p. 98). Justifica-se a partir dessas referências a reiterada má compreensão dos direitos humanos por parte das instâncias políticas e jurídicas, e o olhar seletivo dessas para tolerar violações de direitos humanos contra determinados grupos de pessoas.

Entenda-se por sistema de justiça, o conjunto de instituições de Estado cujas atribuições orientam-se para garantir a observância e o cumprimento da Constituição e das leis (SADEK, 2002, p. 237). Os estudos relacionados ao Poder Judiciário e demais instituições essenciais à justiça ganham ênfase a partir do processo de redemocratização do Brasil e do crescimento da preocupação com os direitos humanos (SADEK, 2002, p. 242). É o ideal de democracia como valor que confere às instituições da justiça estatal posições de protagonismo no debate público até então inéditas na história do constitucionalismo brasileiro (ALMEIDA, F. 2014, p. 80).

Tanto a jurisprudência estadunidense quanto a brasileira possuem vários exemplos de casos onde o enfrentamento do racismo no sistema de justiça está enfraquecido devido a uma compreensão restrita do que vem a ser um tratamento discriminatório. Não raro, afirma-se que a intenção é a principal característica do ato de discriminação (MOREIRA, A. 2017, p. 29). No Brasil, após a Constituição de 1988, surgiu uma quantidade significativa de normas jurídicas orientadas a inibir práticas discriminatórias. Contudo, a linguagem empregada aponta para uma concepção que vê na intencionalidade e na arbitrariedade elementos essenciais à identificação de um ato discriminatório.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no Relatório nº 66/2006 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006), referente ao caso “Simone André Diniz”, reconheceu que o

[...] racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei antirracismo no Brasil. O tratamento desigual conferido aos crimes raciais no País reflete na maneira como parte do sistema de justiça trata as denúncias de ocorrência de discriminação racial, mediante argumentos no sentido da ausência de tipificação do crime e dificuldades em provar a intenção discriminatória.

A CIDH também reconhece que

[...] essa prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação.

Concorda-se com Pires quando refere a necessidade de se compreender a forma como o racismo opera no seio das relações intersubjetivas (2018, p. 70). Trata-se de medida essencial à efetivação de políticas públicas direcionadas ao enfrentamento do racismo institucional. Da análise dos crimes previstos pela Lei nº 7.716/1989, afere-se que o legislador emvidou esforços na punição de condutas que expressam um racismo aberto e individual, exigindo, também, que a intenção de ofender ou excluir possa ser comprovada. Por outro lado, não se verifica nenhuma medida orientada à inibição de condutas que expressem um racismo institucional ou sistêmico (PIRES, 2018, p. 71).

A doutrina tradicional acolhe, portanto, majoritariamente, a discriminação direta como critério de aferição do ato de discriminar passível de sanção pelo direito. Nesta, a distinção ou exclusão têm o propósito específico de prejudicar ou anular o gozo ou fruição de direitos de alguém, em

razão de sua origem, raça, sexo, idade, cor ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas (RIOS, 2008, p. 89). Tal interpretação fragiliza o espectro de proteção dos grupos mais vulneráveis às práticas discriminatórias, pois revela-se insuficiente para combater atos nos quais a intenção de discriminar resta acobertada ou disfarçada por práticas de aparente neutralidade.

A par disso, os debates em torno do racismo que compõem a identidade nacional vêm ganhando espaço tanto na sociedade quanto na academia. No sistema de justiça, o assunto ainda é abordado de maneira tímida se for levada em consideração a relevância do tema como chave explicativa do processo civilizatório brasileiro. PIRES e LYRIO (2014) informam que “sob o manto da suposta neutralidade e universalidade dos direitos, as decisões prolatadas pelos tribunais brasileiros são, em sua quase totalidade, calcadas na ‘cegueira da cor’ e não consideram o fator ‘raça’ em suas análises, ignorando as barreiras socioeconômicas intrínsecas à realidade dos afro-brasileiros”.

Para uma reflexão madura sobre a questão, é indispensável aprofundar o debate acerca dos efeitos pós-abolição da escravização e as implicações do racismo institucional na manutenção das desigualdades que ainda vitimam a população negra no Brasil. Conforme Mignolo (2010, p. 17), quando eclodiu a Revolução Industrial no norte da Europa, a ideia de raça não era algo visível. Os negros e os indígenas não pertenciam à classe trabalhadora, e mesmo assim foram explorados no trabalho como escravos e rebaixados às classes inferiores, justamente porque foram considerados como seres humanos inferiores. Ou seja, não subsiste o argumento de que a causa da situação de precariedade da população negra se deve a fatores meramente socioeconômicos. A classificação social não se fundou em vertentes de ordem econômica, e sim, na configuração de hierarquias raciais (MIGNOLO, 2010, p. 101).

O legislador constituinte de 1988 criou um Órgão com vocação constitucional específica para tratar dos direitos dos grupos em situação de vulnerabilidade e problematizar o racismo a partir do sistema de justiça: a Defensoria Pública. O modelo de assistência jurídica integral e gratuita preconizado pela Constituição da República é também chave explicativa para a compreensão do processo de democratização do Estado. Identifique-se, assim, na própria estrutura do constitucionalismo brasileiro uma instituição que tem como um de seus objetivos “a prevalência e efetividade dos direitos humanos”.

2 A Defensoria Pública da União na defesa dos direitos dos grupos vulneráveis

O desenho constitucional da Defensoria Pública sugere um horizonte de emancipação social para os grupos vulneráveis, sobretudo em termos de representatividade de suas demandas perante o sistema de justiça. Nessa perspectiva, verifica-se na atuação da DPU a possibilidade de o sistema de justiça brasileiro promover a internalização de normativas internacionais relacionadas à tutela dos direitos da população negra.

A constitucionalização da Defensoria Pública foi uma das grandes inovações da Assembleia Constituinte de 1987-1988, na busca não apenas da democratização do acesso à justiça, mas também da democratização do próprio Estado de Direito (MOREIRA, T. 2017, p. 647).

Os efeitos decorrentes do colonialismo marcaram sobremaneira as dinâmicas sociais e institucionais que se desenvolveram no Brasil ao longo do Século XX. Não por acaso, o Deputado Federal Ulysses Guimarães, em discurso proferido por ocasião da Sessão de Abertura da Assembleia Nacional Constituinte, em 04 de fevereiro de 1987, observou que “[...] todos os nossos problemas procedem da injustiça. O privilégio foi o estigma deixado pelas circunstâncias do povoamento e da colonização, e de sua

perversidade não nos livraremos, sem a mobilização da consciência nacional” (GUIMARÃES, 1987).

Os anos de autoritarismo e processos de invisibilização perpetrados pelo Estado brasileiro em relação à determinadas categorias de pessoas – pobres, negros, mulheres, etc. – fizeram da relação entre povo e instituições uma experiência de medo, receio e desconfiança daquele para com estas (SANTOS, E. 2013, p. 197-198). A Defensoria Pública surge na Constituição de 1988 como a Instituição incumbida de ser a voz da população vulnerável no sistema de justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, assim compreendidos à época, aquelas pessoas desprovidas de recursos financeiros para custear os serviços jurídicos pertinentes à defesa dos seus direitos.

O fundamento constitucional da Defensoria Pública decorre da conjugação do art. 5º, LXXIV com o art. 134 da Constituição de 1988. O Estado deverá prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, e o fará através da Defensoria Pública. Trata-se da consolidação no texto constitucional do modelo público de assistência jurídica gratuita (FENSTERSEIFER, 2017, p. 119).

Essa primeira etapa da evolução da Defensoria Pública na ordem constitucional assemelha-se à primeira fase das ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A atuação direcionava-se ao atendimento em demandas individuais de pessoas que não dispunham de recursos financeiros para contratar os serviços jurídicos necessários à defesa dos seus interesses. O critério econômico, e tão-somente ele, indicava as hipóteses de atuação da Defensoria Pública.

As Defensorias Públicas do Brasil iniciam a navegação pela segunda onda referida por Cappelletti e Garth (1988) com o advento da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Esse texto legal alterou a Lei nº

7.347/1985 para incluir a Defensoria Pública entre os legitimados para propor ação civil pública.

Esse movimento resulta da necessidade de o sistema de justiça responder aos anseios das pessoas em situação de vulnerabilidade para além de perspectivas relacionadas tão-somente à classe social. De acordo com Santos (1986, p. 15), a proteção dos direitos difusos e a ascensão de atores sociais historicamente alijados do acesso à justiça – minorias raciais, mulheres, consumidores, movimentos operários, etc. –, levaram a uma transformação das dimensões institucionais, organizacionais e processuais do direito. A mudança de paradigma na forma como o sistema de justiça passa a recepcionar os direitos decorrentes das demandas dessas coletividades abre o debate sobre o descompasso existente entre a igualdade prevista em lei, de caráter formal, e a desigualdade material suportada pelos setores desfavorecidos da sociedade.

A evolução normativa do modelo de assistência jurídica adotado pelo Brasil alcança a terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth (1988) com a promulgação da Lei Complementar n. 132 (BRASIL, 2009). O espectro de atribuições do órgão alcança a defesa individual em juízo, a defesa de interesses difusos e coletivos, a atuação com enfoque na resolução extrajudicial de conflitos e a educação em direitos (SANTOS, B. 2011, p. 51).

A transposição da visão tradicional trouxe para a Defensoria Pública um compromisso mais amplo com os valores democráticos. O art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação da Lei Complementar 132/2009 a define como expressão e instrumento do regime democrático. Já o art. 3º-A, incluído pela redação da LC 132/2009, elenca a afirmação do Estado Democrático, a prevalência e efetividade dos direitos humanos, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais como um dos objetivos a serem perseguidos.

O conceito de vulnerabilidade na nova arquitetura institucional da Defensoria Pública brasileira também é redimensionado. Historicamente atrelado a critérios meramente econômicos, a identificação da vulnerabilidade e da própria noção de necessitado adquire um sentido mais amplo, em sintonia com o perfil mais democrático e solidarista da instituição (GONZÁLEZ, 2017, p. 21). Para Bragato (2018, p. 49), a vulnerabilização decorre da “condição de alta suscetibilidade à violação de direitos resultante da posição cultural não-dominante (ou minoritária) que certos indivíduos ou grupos ocupam na sociedade”. Não menos importante é o conceito de minoria, o qual não deve ser aferido a partir de critérios especificamente numéricos. A perspectiva de “minorias” suscetíveis à violação de direitos humanos está relacionada à condição de grupos sociais não hegemônicos culturalmente e que, por esse motivo, carecem de poder em suas dimensões econômica, cultural e política (BRAGATO, 2018, p. 52).

Trata-se dos hipossuficientes organizacionais, assim compreendidos aquelas pessoas e grupos sociais que ostentam uma específica vulnerabilidade que as impede de exercer plenamente os seus direitos junto ao sistema de justiça (GIFFONI, 2015, p. 102). Essa vulnerabilidade pode decorrer de questões relacionadas aos mais diversos marcadores de diferenças sociais e culturais, tais como raça e gênero.

O processo de ampliação das funções institucionais da Defensoria Pública iniciado pela Lei Complementar n. 132/2009 ganhou ênfase na Constituição com a promulgação da Emenda Constitucional n. 80/2014. O artigo 134 passa a refletir o amadurecimento e o protagonismo da Defensoria Pública no processo de democratização da Justiça. Conforme Silva (2015, p. 102), “há na Constituição, com régua e compasso, uma Instituição direcionada a defesa e promoção dos direitos humanos, de maneira explícita e inequívoca: a Defensoria Pública”.

O modelo de assistência jurídica gratuita adotado pelo Brasil, personalizado na constitucionalização da Defensoria Pública, ao adequar-se aos valores equacionados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, possui no acesso à justiça, na dignidade da pessoa humana e na igualdade substancial os seus valores fundantes (MAGNO, 2019, p. 153). O princípio da não-discriminação, nessa hipótese, está diretamente atrelado à igualdade, no sentido de evitar que traços e circunstâncias pessoais juridicamente irrelevantes impeçam grupos sociais estigmatizados de acessar o sistema de justiça para defender os seus direitos (MOREIRA, A. 2017, p. 35).

A persistência das desigualdades raciais no Brasil (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011), somada ao déficit de políticas públicas adequadas ao enfrentamento da questão por parte do Estado brasileiro, inserem a população negra no conceito de “grupos sociais vulneráveis”, razão pela qual tornam-se destinatários dos anseios institucionais da Defensoria Pública. No que respeita ao racismo institucional, a atuação da Defensoria Pública da União, cujas atribuições abrangem todo o território nacional, se revela estratégica.

3 Os limites e responsabilidades da Defensoria Pública da União para o enfrentamento do racismo institucional a partir do Sistema de Justiça

Ao longo de mais de 30 (trinta) anos da Constituição da República, o Poder Legislativo vem reconhecendo a importância das Defensorias Públicas do Brasil, conferindo-lhes aparato institucional através da produção de várias normas de caráter emancipatório. No entanto, a sensibilidade do legislador não impediu que os modos de operacionalização do racismo institucional conferissem à população negra uma forma combatida, improvisada e marginalizada de exercer o seu direito de acesso à justiça (SANTOS, E. 2013, p. 202).

Inobstante a disposição do constituinte, no que se refere à Defensoria Pública da União, passados mais de seis anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 80, praticamente não houve alteração do quadro. A terceira edição do estudo técnico que apresenta o mapeamento da DPU dá notícia de que a instituição, até o ano de 2018, estava presente em apenas 29% das Subseções Judiciárias da Justiça Federal em todo o País (BRASIL, Defensoria Pública da União. 2018a, p. 57). De 279 Subseções Judiciárias criadas até abril de 2018, a abrangência da DPU alcançava apenas 81.

No que se refere às questões orçamentárias, o panorama não sofre nenhuma alteração. Para o ano de 2020, seguindo tendência dos anos anteriores, o orçamento da DPU foi muito inferior aos das demais instituições do sistema de justiça. De acordo com o Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA 2020), o orçamento previsto para a Justiça Federal foi de R\$ 12,3 bilhões de reais. Para o Ministério Público da União foi de R\$ 7 bilhões de reais, Advocacia-Geral da União R\$ 2,6 bilhões de reais, e para a DPU R\$ 588,7 milhões de reais (BRASIL, Congresso Nacional, 2019).

O estado da arte dos estudos que envolvem a história da Defensoria Pública da União e seus limites estruturais guarda sensível paralelo com a abordagem do racismo institucional como modalidade de discriminação de pessoas. Friedman (1975, p. 376) lembra que o conceito de racismo institucional é qualquer ação, política, ideologia, ou estrutura de uma instituição que contribui para a relativa desvantagem de negros em relação a brancos, ou para a relativa vantagem de brancos em relação à negros. Essa discriminação prescinde de qualquer intenção deliberada de restringir um direito por motivos raciais. Pode decorrer simplesmente de inércia, ignorância ou qualquer outro motivo alheio às questões pertinentes à raça. No entanto, as consequências daquela prática institucional podem perpetuar uma dinâmica de dominação e subordinação dos negros em relação aos brancos.

A reflexão ora desenvolvida, a partir dos números apresentados, dos indicadores sociais do IBGE e dos referenciais teóricos que conduzem o presente estudo, permite afirmar que a condição imposta à Defensoria Pública da União pelo Estado brasileiro é um autêntico exemplo de racismo institucional praticado contra a população negra. A despeito do recorrente argumento da reserva do possível⁴ e, mais recentemente, das medidas de austeridade fiscal, fato é que o crescimento institucional da DPU sem o investimento necessário para a sua estruturação, relega os potenciais usuários dos seus serviços, maioria pessoas negras e pardas, a um permanente estado de vulnerabilidade e subordinação jurídica quanto à possibilidade de reivindicar os seus direitos eventualmente violados.

Superar a lógica excludente do Estado brasileiro, no que se refere ao tratamento dispensado aos negros após a abolição da escravidão, é o primeiro desafio da DPU para que a instituição se coloque como um vetor de enfrentamento do racismo institucional. O processo de construção de uma identidade combativa nas questões relacionadas à pauta racial sugere, contudo, um olhar para dentro, a adoção de mecanismos que permitam transpor os indícios de colonialidade presentes tanto no âmbito interno da DPU quanto nas demais funções essenciais à justiça.

No que diz respeito aos marcos normativos, as considerações pertinentes às ações e políticas institucionais a serem adotadas partem das determinações contidas em documentos internacionais comprometidos com a eliminação da discriminação racial. Dentre eles, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, Xenofobia e

⁴A teoria da reserva do possível é largamente utilizada pelo poder público para invocar a necessidade de conferir limites aos gastos orçamentários, a partir de escolhas políticas feitas pelo administrador.

Intolerâncias Correlatas – Declaração de Durban - e o Plano de Ação da Década Internacional de Afrodescendentes. No âmbito interno, além da Constituição da República, observa-se a Lei n. 10.639/2003, o Decreto n. 6.040/2007 e o Estatuto da Igualdade Racial – Lei n. 12.288/2010.

O processo de enfrentamento do racismo institucional passa pela atuação da DPU no combate a elementos que apontam o grau de vivência da subordinação do grupo em situação de vulnerabilidade, tais como a cultura, a escolaridade, as crenças, atitudes e preferências, e elementos estruturais como o déficit de informação (WERNECK, 2013, p. 45-46). Esses modos de operacionalização do racismo que se consolidam gradativamente com o transcurso do tempo, se não forem identificados pela DPU no âmbito de sua atuação, à despeito de êxitos pontuais da instituição, permanecerão legitimando o discurso de neutralidade do direito, e a manutenção de uma condição de subcidadania da população negra no País, por absoluta cegueira à cor e à realidade (PIRES, 2013, p. 136).

A percepção dos potenciais e efetivos usuários dos serviços da DPU é uma ferramenta importante de análise acerca das estratégias adotadas pelo Órgão para combater o racismo institucional. Franquear aos movimentos sociais relacionados à temática um espaço ativo de interlocução acerca da atuação institucional, é medida orientada ao fortalecimento de demandas históricas de reconhecimento dos afro-brasileiros. Não há de se perder de vista que a consequência direta do racismo institucional não é apenas a falta de acesso e o acesso precário a serviços públicos e direitos, mas também a manutenção de uma condição estruturante de desigualdade na sociedade brasileira (GELEDÉS, 2013, p. 13).

A título de exemplo, menciona-se o resultado de um questionamento direcionado a representantes de movimentos sociais e grupos de estudos de todas as regiões do Brasil, cujas finalidades guardassem pertinência

com a defesa dos direitos e interesses da população negra⁵. Foi encaminhada a seguinte pergunta: “Como você vê a atuação da Defensoria Pública da União na defesa dos direitos e interesses da população negra?”

Para 31,6% das lideranças entrevistadas a atuação é regular. Para 19,3% dos participantes a atuação é boa, enquanto 17,5% avaliam como ruim; 15,8% afirmaram nem saber que a DPU atuava com essa questão, 8,8% avaliam como excelente e para 7% a atuação é péssima.

O resultado da pesquisa aponta que a avaliação de “bom” e “excelente” soma 28,1%, percentual inferior àqueles que avaliaram como regular – 31,6%. Aqueles participantes que avaliaram como ruim, péssima ou sequer tinham conhecimento da atribuição da DPU para atuar na defesa dos direitos da população negra somaram 40,3%.

O constituinte, ao se referir à Defensoria Pública como “expressão e instrumento do regime democrático”, atribuiu a essa instituição uma especial missão de agir no sentido de reverberar ações que viabilizem de maneira efetiva a inserção e representação de grupos subalternizados na esfera pública. Hooks (2019, p. 128), ao mencionar estratégias para o desenvolvimento do movimento feminista, oferece sólida contribuição teórica quando destaca a necessidade de se pensar soluções a partir das “experiências das pessoas que estão à margem”, e expostas às mais diversas formas de opressão de grupo. Lembra a autora estadunidense que “estar à margem significa pertencer ao todo, mas estar fora do corpo principal”.

A criação de uma Ouvidoria externa é um canal de democratização do acesso à instituição. Com o objetivo de fortalecer a cidadania, o órgão

⁵Todas as pessoas entrevistadas ocupavam função diretiva em suas entidades. Responderam ao questionário lideranças de comunidades quilombolas, coordenadores do Movimento Negro Unificado, coordenadores de Núcleos de Estudos Afro-brasileiros, coordenadoras de Coletivos de Mulheres Negras, lideranças religiosas, diretores de associações culturais e de organizações não-governamentais.

acolheria as demandas mais urgentes dos grupos vulneráveis e auxiliaria na elaboração de expedientes mais eficazes para uma melhor prestação da assistência jurídica. Cardoso aponta que se trata de “um inovador mecanismo de controle e participação social que potencialmente gesta um novo referencial não apenas para as Defensorias, mas para todo o sistema de justiça” (CARDOSO, 2010, p. 173).

O investimento em cursos de capacitação para membros e servidores para abordagem singularizada também compõe um dos indicadores de acesso para medir as ações de eliminação do racismo sistêmico (WERNECK, 2013, p. 45). Reconhece-se que uma abordagem que leva em conta o impacto coletivo do racismo nas desigualdades sociais é, por si só, um grande avanço para a compreensão das relações raciais (ALMEIDA, S. 2018, p. 36).

A percepção dos membros também é uma consistente ferramenta de análise sobre a forma como a DPU vem lidando com os arranjos discriminatórios presentes na estrutura da sociedade brasileira. Em razão disso, viu-se a necessidade de realizar um questionário específico para as defensoras e defensores públicos federais, dentre os quais apenas 2,2% são negros, a fim de colher suas impressões e experiências sobre questões relacionadas ao racismo. A pesquisa aplicada contou com a participação de oitenta e seis membros, de todas as regiões do País.

A naturalização de práticas institucionais discriminatórias contra a população negra, não raro, impede que se dê eficácia à normas de caráter emancipatório previstas na Constituição da República (DUARTE; SCOTTI; CARVALHO NETTO, 2015, p. 23) e em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. O resgate da memória da escravização dos negros e a exclusão social dela decorrente passa pelo reconhecimento por parte das funções essenciais à justiça, do passado colonial, escravocrata e racista da sociedade brasileira. É a partir desse

elemento estruturante da trajetória constitucional do País que os profissionais das carreiras jurídicas devem promover a releitura dos direitos fundamentais dos negros (DUARTE; SCOTTI; CARVALHO NETTO, 2015, p. 24), de forma a concretizar as garantias da igualdade e da não-discriminação.

Essa foi a premissa que conduziu à aplicação da seguinte pergunta aos membros da Defensoria Pública da União: “Quando você atende uma pessoa negra, você perquire se a violação do direito decorre de uma condição de discriminação racial?”

A maioria das defensoras e defensores públicos federais que participaram da pesquisa – 65,1% – responderam que não examinam a possibilidade de a violação do direito reivindicado por uma pessoa negra ter na origem um ato de discriminação racial praticado por uma pessoa ou pelo próprio Estado.

À primeira vista, uma das explicações para o resultado obtido pode ser o fato de as principais áreas de atuação da DPU raramente envolverem a análise de atos de racismo aberto ou individual, os quais são mais afetos a litígios de competência da justiça estadual.⁶ Outra questão diz respeito ao fato de a maior parte do pensamento jurídico brasileiro ainda estar atrelado à ideia de que para a configuração de um crime oriundo de uma discriminação racial, deve estar evidenciada a intenção deliberada de discriminar (RACUSEN, 2002, p. 162-163).

A histórica naturalização de hierarquias raciais, ou até mesmo a invisibilidade de práticas sutis de racismo institucional (TELLES, 2003, p. 326), associadas à crença na neutralidade do direito, operam no sentido de obstruir a percepção dos defensores públicos federais acerca da

⁶Por exemplo, a acusação da prática de crime de injúria racial – art. 140, § 3º do Código Penal – ou responsabilidade civil decorrente de constrangimentos e ofensas proferidas em razão da raça.

existência de um possível ato de discriminação racial anterior à violação do direito da pessoa assistida.

A implementação de ações afirmativas visando à ampliação do ingresso de pessoas negras nos espaços institucionais é outra iniciativa essencial para o combate ao racismo sistêmico. Ela reflete a cultura e o compromisso da instituição com o enfrentamento da discriminação racial.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a implantação de ações afirmativas por parte dos Estados encontra ampla previsão. A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – 1965 – prevê em seu artigo 1º, § 4º, a possibilidade de adoção de medidas especiais tomadas com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento de minorias étnicas ou raciais, que necessitem de singular atenção e proteção do Estado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1965). A Declaração de Durban – 2001 – convida os Estados a promover iniciativas de ações afirmativas para assegurar, inclusive, a não-discriminação relativa no acesso aos serviços sociais de moradia, saúde, educação e emprego (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). Por fim, o Plano de Ação da Década Internacional de Afrodescendentes também menciona as ações afirmativas como medida de promoção da igualdade e da justiça social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

O Conselho Superior da Defensoria Pública União disciplinou a política de ações afirmativas para ingresso de negros e indígenas na carreira de defensor público federal, através da Resolução n. 135, de 26 de janeiro de 2017 (BRASIL, Defensoria Pública da União, 2017). O texto legal resultou de um amplo debate entre membros do CSDPU, defensores públicos federais coordenadores do Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas, Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais, e movimentos sociais vinculados à defesa dos direitos das populações negra e indígena.

O sexto concurso público para ingresso na carreira de defensor público federal, deflagrado em junho de 2017, foi o primeiro da instituição a prever a reserva de vagas para pessoas negras e indígenas. O resultado final do concurso, publicado em maio de 2018, apontou 08 (oito) candidatos negros aprovados, de um total 152 (cento e cinquenta e dois) candidatos aprovados (BRASIL, Cespe, 2018). Em percentuais, obteve-se 5,2% de pessoas negras aprovadas. Se a instituição lograr êxito em nomear todos os candidatos aprovados, como fez nos concursos anteriores, não será possível observar o percentual de 20% de pessoas negras para ingresso nos quadros da carreira de defensor público federal.

A escassa aprovação dos candidatos negros habilitados para a prova oral sugere uma reflexão da Instituição quanto aos motivos que frustraram um aproveitamento mais significativo. Uma leitura apressada das circunstâncias, que aponte apenas a ausência de conhecimentos jurídicos mínimos para superar a fase inicial do concurso, fatalmente conduzirá a uma aproximação com o mito da meritocracia e da “cegueira da cor”, já amplamente denunciados pela Teoria Crítica da Raça (MARTINEZ, 2014, p. 9). Entretanto, o histórico de dificuldades e desafios da população negra, à luz das finalidades primordiais das ações afirmativas (MOREIRA, A. 2016, p. 133), não pode ser ignorado.

O baixo percentual de aprovação dos cotistas no sexto concurso da DPU possui um impacto negativo na edificação dos pilares internos e externos de enfrentamento do racismo institucional. O crescimento significativo de membros afrodescendentes nos quadros favorece a construção de pontes identitárias entre DPU e população negra, a fim de evitar percepções como a de uma liderança de um movimento social, quando indagada sobre o objeto dessa pesquisa: “*Sempre esbarramos no racismo estrutural*”.

A despeito dos desafios que cercam a Defensoria Pública da União para promover diálogos internos e externos sobre a centralidade da questão racial, afere-se que a Instituição vem desenvolvendo outros mecanismos institucionais relacionados à temática. A título de exemplo, menciona-se a criação do Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais (GTPE) e a campanha audiovisual “Interfaces do Racismo”, lançada em 2018 por ocasião do Dia da Consciência Negra. Esta última é composta de quatro mini documentários de até 10 (dez) minutos, divididos em quatro eixos: racismo estrutural, racismo institucional, racismo religioso e racismo ambiental. Entre os principais objetivos da campanha, está a necessidade de pensar o racismo como um processo político e histórico, e não apenas como uma questão associada ao comportamento humano (BRASIL, Defensoria Pública da União. 2018b).

No âmbito normativo, além da Resolução n. 135/2017 destacam-se a Resolução n. 157, de 5 de março de 2020, que dispõe sobre a adoção de ações afirmativas nos processos seletivos de estágio, níveis médio e superior, para estudantes autodeclarados negros, pardos, indígenas e pessoas com deficiência (BRASIL, Defensoria Pública da União. 2020a), a Resolução n. 171, de 06 de novembro de 2020 (BRASIL, Defensoria Pública da União. 2020b), que dispõe sobre políticas afirmativas nas contratações da Defensoria Pública da União, e a Resolução n. 173, de 03 de dezembro de 2020 (BRASIL, Defensoria Pública da União. 2020c), que dispõe sobre a adoção de ações afirmativas no âmbito da Defensoria Pública da União, sobre o Programa de Aplicação para Inclusão de Pessoas Negras no Quadro de Membros da Defensoria Pública da União e sobre os processos seletivos de estágio, níveis médio e superior, para estudantes autodeclarados negros.

A articulação do conceito de racismo institucional como falha das instituições em prover serviços adequados e eficientes a alguns grupos de

peessoas por motivos de raça e origem étnica, nesse aspecto, está associada à perspectiva racializada dos indivíduos sobre as condições de vida e morte. O Estado exerce opções e estratégias que repercutem diretamente nas condições para “fazer viver” e “deixar morrer” alguns segmentos vulneráveis da população (LÓPEZ, 2012, p. 130).

A par disso, a DPU se posiciona como a instituição vocacionada para conduzir essa reflexão junto às demais instituições do sistema de justiça. A busca pela efetivação de medidas de proteção social para a população negra é uma das possibilidades de combate ao racismo institucional, e o estabelecimento de políticas nesse sentido indica o quanto as instituições, inclusive a própria DPU, estão comprometidas com esse objetivo (WERNECK, 2013, p. 51).

A constante produção de dados e indicadores em todos os segmentos relacionados à justiça social – saúde, educação, moradia, transporte, mercado de trabalho, assistência social, entre outros - indica o déficit histórico do Estado no planejamento de políticas públicas necessárias à promoção da igualdade racial. A judicialização dessas questões por parte da DPU é uma provocação para que as demais funções essenciais à justiça se posicionem sobre o estado de coisas inconstitucional que condiciona a população negra a um permanente contexto de subordinação, mesmo após a abolição da escravidão.

A análise acerca da missão da Defensoria Pública prevista no artigo 134 da Constituição, conjugada com os objetivos previstos no artigo 3º-A da Lei Complementar n. 80 – incluído pela Lei Complementar n. 132/09 – faz dessa trajetória de enfrentamento do racismo institucional um caminho necessário às razões de existir da DPU. Acrescente-se a isso o fato de que 81,4% dos defensores públicos federais entrevistados nessa pesquisa consideram que a desigualdade social no Brasil tem como cerne o racismo.

Esse percentual sugere que, embora se trate de uma instituição embranquecida como todas as demais do sistema de justiça, há espaço para um aprofundamento interno do debate.

A produção de resultados decorrentes da adoção de mecanismos internos e externos de enfrentamento do racismo, portanto, é um processo complexo, que envolve a formação de uma cultura institucional que desconstrua a cegueira da cor e visualize a violência histórica e, não raro, silenciosa, que impõe aos negros um estado permanente de vulnerabilidade.

Considerações finais

O debate central desenvolvido ao longo deste estudo está relacionado às estruturas colonialistas que moldaram o sistema de justiça brasileiro e criam obstáculos para que a Defensoria Pública da União se estabeleça como um sólido e eficaz instrumento de combate ao racismo institucional. Estudar as suas institucionalidades a partir das lentes da Teoria Crítica da Raça permitiu concluir que, a despeito de sua missão constitucional de promover os direitos humanos, a DPU faz parte de uma estrutura de poder que reproduz e legitima a manutenção de hierarquias raciais, apesar de suas potencialidades.

A raça como paradigma de análise permite articular outras interfaces do racismo que ainda demandam um conhecimento mais profundo por parte dos profissionais do direito. O pensamento jurídico brasileiro percebe o racismo individual como uma conduta a ser punida pelo direito, por implicar o ato deliberado de discriminar por preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Por outro lado, o conceito de racismo institucional carece de um debate mais profícuo por parte das instituições do sistema de justiça.

O compromisso do sistema de justiça com a pauta decorre de expectativas depositadas pelo vento da redemocratização no País. A ideia de justiça como valor, e o funcionamento das instituições em torno do objetivo de assegurarem o processo de consolidação da democracia, pressupõem uma disposição daquelas em enfrentar a questão racial. Inicialmente, reconhecendo-se no sistema jurídico um vetor de legitimação de hierarquias raciais. Em um segundo momento, vislumbrando-se nesse mesmo sistema uma porta de abertura para a superação do legado escravocrata que ainda permeia as relações sociais no Brasil.

A missão atribuída à Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição da República, credencia a Instituição, como expressão e instrumento do regime democrático, a protagonizar uma abordagem crítica sobre o papel das demais Instituições de Estado no enfrentamento do racismo. Sem desconsiderar o imprescindível papel de todas as Defensorias Públicas do Brasil nessa questão, apresentou-se a DPU como possibilidade, em virtude do alcance nacional de suas atribuições. Por estar presente em todos os Estados e no Distrito Federal, pode propor um debate amplo, tanto na atuação judicial quanto extrajudicial, promovendo diálogos com o poder público federal e com a sociedade civil.

Essencial, também, à compreensão do papel da DPU em matéria de racismo institucional e sistema de justiça, é o conceito de vulnerabilidade. Foi demonstrado nesse estudo que o aspecto econômico nem sempre é parâmetro para a sua aferição. Uma visão mais ampla de acesso à justiça reconhece a vulnerabilidade a partir da condição de certos grupos de estarem mais suscetíveis do que outros às violações de direitos humanos. Essa condição não decorre sempre do status econômico, e sim, do fato de pertencerem a minorias que não ostentam o status de humano historicamente considerado pelo grupo dominante.

Identificou-se, a partir dos conceitos trabalhados ao longo desse trabalho, que a situação da DPU, no que se refere a sua estruturação, é um autêntico exemplo de racismo institucional patrocinado pelo Estado brasileiro. Essa conclusão parte dos indicadores sociais apontados pelo IBGE, que apontam a população negra como vulnerável em todos os segmentos relevantes da sociedade: moradia, saúde, educação, exposição à violência, mercado de trabalho e seguridade social. Diante disso, identifica-se também em relação ao acesso à justiça no âmbito federal uma deficiência na prestação dos serviços, que acarreta mais uma consequência negativa para as pessoas negras.

A discriminação causada por ações que espelham o racismo institucional prescinde de qualquer intenção deliberada de discriminar. Essa é uma ideia-chave para entender como uma instituição pode contribuir para perpetuar mecanismos de subordinação dos negros em relação aos brancos.

A par disso, constatou-se que apesar dos marcadores colonialistas que engendram as estruturas da Defensoria Pública da União, a Instituição vem consolidando os primeiros passos para firmar as suas potencialidades e se tornar um vetor de enfrentamento do racismo institucional no sistema de justiça. Entre as medidas adotadas, destacam-se a implementação de ações afirmativas para o ingresso de pessoas negras nos quadros da instituição e a criação do Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais - GTPE.

A Defensoria Pública da União não deve explorar suas potencialidades para enfrentar o racismo institucional somente pela sua atribuição de promover os direitos humanos e atuar na defesa dos grupos vulneráveis. Ela deve combater o racismo como forma de justificar a sua missão constitucional e o seu posicionamento como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Afinal, conforme lúcidas palavras do manifesto lançado pela Coalizão Negra por Direitos, “enquanto houver racismo, não haverá democracia”.

Referências

ALMEIDA, Frederico. As elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, São Paulo, v. 22, n. 52, dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39146/23998>. Acesso em 28 jul. 2020.

ALMEIDA, Sílvio Luiz. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de minorias: uma análise sobre racionalidade moderna, direitos humanos e não-discriminação. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado, n. 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018. E-book. Disponível em: <https://editorakarywa.wordpress.com/2018/08/15/constituicao-sistemas-sociais-e-hermeneutica-anuario-do-programa-de-pos-graduacao-em-direito-da-unisinos/#more-324>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Centro de Seleção e de Promoção de Eventos Universidade de Brasília. **Concurso Público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Defensor Público Federal de Segunda Categoria da carreira de Defensor Público Federal da Defensoria Pública da União**. Brasília, DF: Defensoria Pública da União, Edital n. 15, de 16 de maio de 2018. Disponível em: http://www.cespe.unb.br/Concursos/DPU_17_DEFENSOR/arquivos/ED_15_2017_DPU_17_DEFENSOR__RETIFICA__O_DO_RES_FINAL_T_TULOS_SINDIC_N CIA_E_NO_CONCURSO.PDF. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de lei nº do congresso nacional nº 22, de 2019**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/ploa-2020>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil**: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização. 3. ed. Brasília, DF: DPU, 2018a. Disponível

em: https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atualizacao_mapa_DPU.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Conselho da Defensoria Pública da União. **Resolução n. 135**. Brasília, DF, 26 jan. 2017. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/35286-resolucao-n-135-de-26-de-janeiro-de-2017-dispoe-sobre-a-adocao-de-aco-es-afirmativas-para-ingresso-de-negros-as-e-indigenas-na-carreira-de-defensor-publico-federal-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução n. 173**. Brasília, DF, 03 dez. 2020c. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/60133-resolucao-csdpu-n-173-de-03-de-dezembro-de-2020-dispoe-sobre-a-adocao-de-aco-es-afirmativas-no-ambito-da-dpu-sobre-o-programa-de-aplicacao-para-inclusao-de-pessoas-negras-no-quadro-de-membros-da-dpu-e-estagiarios>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução n. 171**. Brasília, DF, 06 nov. 2020b. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/59874-resolucao-n-171-de-06-de-novembro-de-2020-dispoe-sobre-politicas-afirmativas-nas-contratacoes-da-dpu>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução n. 157**. Brasília, DF, 5 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/56498-resolucao-n-157-de-5-de-marco-de-2020>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Interfaces do racismo**. Brasília, DF, 20 nov. 2018b. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/mais-videos>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar n° 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei n° 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras

providências. Disponível em: [http://www. planalto. gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma fenda na justiça**: as inovações democráticas construídas na defensoria pública. São Paulo: Hucitec, 2010.

CARMICHAEL, Stokely; HAMILTON, Charles. **Black power**: the politics of liberation in America. New York: Vintage, 1967.

DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme; CARVALHO NETTO, Menelick. Ruy Barbosa e a queima de arquivos: as lutas pela memória da escravidão e o discurso dos juristas. **Universitas Jus**, Brasília, DF, v. 26, n. 2, 2015. p. 23-39. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3553>. Acesso em: 13 jun. 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA, Gianmarco Loures; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. a trajetória da teoria crítica da raça: história, conceitos e reflexões para pensar o brasil. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/18291>. Acesso em: 20 nov. 2019.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad.: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRIEDMAN, Robert. Institutional racism: how to discriminate without really trying. In: PETTIGREW, Thomas. **Racial discrimination in the United States**. New York: Harper & Row, 1975.

GELEDÉS, Instituto da Mulher Negra; Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA). **Guia de enfrentamento do racismo institucional**. [S. l.], 2013. Disponível em: <http://www.onu-mulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Guia-de-enfrentamento-ao-racismo-institucional.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

GIFFONI, Johny Fernandes. A Defensoria Pública e a Defesa dos Direitos da Populações Indígenas. *In*: BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (org.). **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Brasília, DF: ANADEP, 2015.

GONZÁLEZ, Pablo. A Dimensão político-democrática do acesso à justiça e da assistência jurídica gratuita. *In*: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pablo. **Defensoria Pública no Século XXI: novos horizontes e desafios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GUIMARÃES, Ulysses. [Discurso]. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, 04 de fevereiro de 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/o-discurso-parlamentar-e-a-constituicao-cidada/003anco4fev19873.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

HOOKS, bell. **Teoria Feminista: da margem ao centro**. Trad.: Rainer Patriota. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. **Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica**, Rio de Janeiro, n. 41, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

LÓPEZ, Laura Cecília. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 16, n. 40, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aopo412.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MAGNO, Patrícia. Em busca do potencial institucional emancipatório da Defensoria Pública: reflexões e proposições sobre o desafio de construção de marcadores institucionais para incremento da tridimensionalidade do acesso à justiça. *In*: CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 14., 2019, Rio de Janeiro. **Livros de teses e práticas exitosas**: defensoria pública: memórias, cenários e desafios. Rio de Janeiro, 2019. p. 153. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO_DE_TESES_2014.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

MARTINEZ, Aja. Critical race theory: its origins, history, and important to the discourses and rhetorics of race. **Frame, Journal of Literary Studies**, n. 27.2, Nov. 2014. Disponível em: <http://www.tijdschriftframe.nl/27-2-racism-in-the-netherlands/1431/>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MIGNOLO, Walter D. **Desobediência epistêmica**: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o círculo de poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, v. 61, n. 2, p. 133, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43559/29061>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8651193>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência mundial contra o racismo, xenofobia e intolerância correlata**. Durban, 8 set. 2001. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/03/durban-2001.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. Nova York, 21 dez. 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>. Acesso em: 29 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Década internacional de afrodescendentes - 2015-2024**: reconhecimento, justiça e desenvolvimento. [S. l., 2015]. Disponível em: <https://decada-afro-onu.org/>. Acesso em: 02 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Guia de orientação das Nações Unidas no Brasil para denúncias de discriminação étnico-racial**. Brasília, DF, nov. 2011. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/guia-de-orientacao-das-nacoes-unidas-no-brasil-para-denuncias-de-discriminacao-etnico-racial/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. **Relatório 66/06, Caso Simone André Diniz vs. Brasil**, petição 12.001. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em: 25 maio 2019.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. Tese (Doutorado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2013.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. **Racismo institucional e acesso à justiça**: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011. [S. l., 2014]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bf570282789f279>. Acesso em: 30 jul. 2019.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. Teoria crítica da raça como referencial teórico para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. *In*: DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho; GORDILHO, Heron José de Santana Gordilho; STEINMETZ, Wilson Antônio. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS**:

- direito dos conhecimentos. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/25974679/TEORIA_CR%C3%8DTICA_DA_RA%C3%87A_COMO_REFERENCIAL_TE%C3%93RICO_NECESS%C3%81RIO_PARA_PEN_SAR_A_RELA%C3%87%C3%83O_ENTRE_DIREITO_E_RACISMO_NO_BRASIL. Acesso em: 31 maio 2019.
- PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 15, n. 28, p. 70, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/racializando-o-debate-sobre-direitos-humanos/>. Acesso em: 17 maio 2019.
- RACUSEN, Seth. **A mulato cannot be prejudiced**: the legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil. [S. l.], June, 2002. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/%22A-Mulato-cannot-be-prejudiced%22-%3A-the-legal-of-in-Racusen/3eb8a1ff48b2c6e5eb558c9f5b5a9dd81fefb31c>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0000053-30.2015.8.19.0008**, Terceira Câmara Cível, Relatora Desembargadora Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro, 25 de junho de 2019. Unanimidade.
- RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: um agente da igualdade. Prefácio. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sérgio. **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo: Sumaré, 2002. v. 4.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, nov. 1986.

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

SANTOS, Élida de Oliveira Lauris dos. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece**: dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. 2013. Tese (Doutoramento) – Coimbra, Universidade de Coimbra, 2013.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Defensoria Pública**: da justiça aos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2015.

TAYLOR, Edward. A primer on critical race theory: who are the critical race theorists and what are they saying? **The Journal of Blacks in Higher Education**, [S. l.], n. 19, Spring, 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2998940>. Acesso em: 12 nov. 2019.

TELLES, Edward. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Trad.: Nadjeda Rodrigues Marques, Camila Olsen. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.

WERNECK, Jurema. **Racismo Institucional**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Geledes, 2013. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

WIEVIORKA, Michel. **El racismo**: una introducción. Trad.: Antonia García Castro. Barcelona: Gedisa, 2009.

Capítulo 6

Jurisdição e Art. 3º do CPC: Notas sobre o Sistema de Gerenciamento de Conflitos Hodierno da Justiça Civil Brasileira ¹

*Guilherme Christen Möller*²

1 Prolegômenos: Objeto de Pesquisa, Nossa Indagação e Aposta Teórica

Acredita-se que a concretização de uma pesquisa científica, especialmente as de nível de Mestrado e de Doutorado, não se exaure com a publicação final do trabalho; pensa-se, outrossim, que esse trabalho marca, na verdade, o ponto inicial, a partir do viés optado pelo pesquisador, para discussões sobre o objeto explorado nessa determinada pesquisa. Assim, sentimo-nos extremamente honrados com o convite para participar da presente obra, em que se apresentará, nas próximas páginas, uma síntese da dissertação intitulada por “A jurisdição em tempos de uma Hipermodernidade: uma análise sobre a proposta de gerenciamento de conflitos do artigo terceiro do Código de Processo Civil de 2015”, vinculada à linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Vale

¹Este capítulo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “A jurisdição em tempos de uma Hipermodernidade: uma análise sobre a proposta de gerenciamento de conflitos do artigo terceiro do Código de Processo Civil de 2015”, sob a orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha e coorientação do Prof. Darci Guimarães Ribeiro, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 07/01/2020.

²Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro e Representante Discente da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Autor, coordenador e organizador de livros e de mais de três dezenas de artigos científicos e capítulos de livros relacionados ao Direito Processual Civil e à Teoria do Processo. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>. E-mail: contato@guilhermchristenmoller.com.br.

do Rio dos Sinos, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha e coorientação do Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, defendida no ano de 2020. Adverte-se, porém, que este trabalho seja considerado como uma espécie de introdução ao objeto da pesquisa científica realizada, afinal, há, inegavelmente, pontos fulcrais da pesquisa que, diante da limitação metodológica proposta para a obra em que se insere este capítulo, foram deixados propositalmente à limiar. Recomenda-se a leitura da dissertação anteriormente mencionada para sanar eventuais questionamentos que poderão surgir na medida em que se avançar nesta construção.

O objeto da pesquisa científica desenvolvida se insere em um contexto maior. Mantemo-nos fiéis, desde a nossa primeira publicação bibliográfica, a promover investigações sobre direito processual; especialmente no campo da teoria do processo, nossa preocupação resume-se em desviar do caminho que a má dogmática processual comumente marcha. Em sede de produções bibliográficas relacionadas à teoria do processo, a temática “jurisdição” sempre é de extremo apreço. A dissertação “A jurisdição em tempos de uma Hipermodernidade: uma análise sobre a proposta de gerenciamento de conflitos do artigo terceiro do Código de Processo Civil de 2015” assevera isso. Diferentemente do que se observa em diplomas processuais pretéritos, o legislador processual de 2015 apresenta curiosa redação no “novo” Código de Processo Civil: promove-se a positivação, no plano infraconstitucional, da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição: “relacionando-a” com formas de resolução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem, apostasse em replicar – com modificações meramente substanciais (no *caput*) – o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 (doravante, no corpo do texto: art. 3º do CPC). A

nossa indagação inicial estava na compreensão dessa atitude e, especialmente, como relacionar o tema “jurisdição” com essas formas de resolução de conflitos anteriormente mencionadas.

A procura por respostas ao questionamento indicada foi responsável por conduzir-nos ao cenário da forma como o Estado brasileiro promove o gerenciamento dos seus conflitos a partir da atual caracterização social do Brasil. Por meio de revisão de bibliografias, em um estudo dedutivo, trabalhando com premissas da teoria dos sistemas sociais – intercalando, pontualmente, com a hermenêutica –, a medida em que o trabalho avançava, observou-se que a concepção de jurisdição está sendo inserida, a largos passos, em um cenário em que a significação moderna, a ela atribuída, é insuficiente para expressar a dimensão que dela se espera. Ao lado de outros institutos processuais que são assombrados pela mesma problemática, a jurisdição está posta em xeque, a algumas décadas, especialmente pelo paradigma racionalista, afastando-se a real complexidade que se deve considerar ao dissertar sobre ela. Há uma corrente demasiadamente antiga sobre a teoria do Direito de que ele, em verdade, surge como uma manifestação da cultura humana; o processo, por sua vez, além de não fugir dessa afirmação teórica pacífica, protagoniza a veracidade dessa informação – *vide* tópico 3.1.1. Inexoravelmente, considerando-se isso e paralelamente com a ideia de cultura expressando contextualizações sociais específicas, deve-se ter em mente que as transformações socioculturais devem se refletir no processo. Como é possível visualizar em trabalhos como os de Zygmunt Bauman (Modernidade Líquida) e, especialmente, Gilles Lipovetsky (Hipermodernidade), a vocação do nosso tempo para a concepção moderna de jurisdição é paradoxal. Nisso, epistemologicamente, trabalhando-se com o art. 3º do CPC, pode-se observar uma ressignificação na concepção de jurisdição. Nas próximas páginas,

será discorrido sobre estes apontamentos iniciais, baseando-se na dissertação mencionada, reciclando-a com base em todas as discussões e provocações apresentadas para a teoria nesse último ano e apresentando como essa aposta pelo art. 3º do CPC expressa os influxos que a atual caracterização da sociedade implica na jurisdição.

2 Inafastabilidade da jurisdição, concepção moderna de jurisdição e o Art. 3º do Código de Processo Civil de 2015

2.1 Estado Moderno, Monopólio Jurisdicional e a Definição Moderna de Jurisdição

Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 23/24) expõe que, historicamente, a jurisdição exerceu papel fundamental para a estabilização e progresso da Modernidade. Enfrentar a temática “Idade Média” ratificará essa afirmação. Seria grosseira, porém, sustentar que é possível retratar a contextualizar do medievo em um parágrafo, afinal, fala-se de um período extremamente complexo, o qual pode ser observado e esboçado a partir de diversas perspectivas (economia, organização social, “política”, cultura, etc.). Não obstante, existe a possibilidade, sem prejuízo ao assunto, de trabalhar com alguns fragmentos de maneira isolada, especialmente, sobre a figura do “Estado” no medievo – na perspectiva da Europa Ocidental. Veja-se que, quando se recorta o medievo nessa perspectiva, não se pode esquecer que as três principais características desse período, a partir do exposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 24/25), são retratadas com (a) a organização social feudal, (b) a onipresença do catolicismo e (c) as invasões bárbaras (*völkerwanderung*). Fala-se, portanto, de um período em que o poder se encontrava fragmentado, permitindo, como pontua Hermann Heller (1968, p. 159), que a Igreja expressasse posição monista acerca do “poder estatal” e as invasões, por sua vez, uma mera decorrência da ausência de um exército centralizado.

A relevância dessa passagem é fundamental quando se observa o cenário oposto apresentado com a Modernidade: para além de alterações paradigmáticas no campo filosófico (substituição dos sentidos pela razão), a Modernidade se coloca em posição antagônica ao medieval por (a) delimitar e instituir o Estado, (b) afastando a influência que a Igreja exercia sobre o poder estatal diante do (c) monopólio que esse (Estado) passou a exercer sobre ele (poder). Como inserir a figura da jurisdição nessa relação esboçada? Resposta: na estabilização desse monopólio pelo Estado. O triunfo do Estado Moderno está em, diferentemente de experiências passadas, reunir os fragmentos do poder que estavam espalhados, desorientados e despadronizados, exercendo o controle da sua ordem interna por meio de suas instituições jurídicas próprias. Não ignorando a constatação histórica de que a autonomização da jurisdição, por meio da sua delegação ao Poder Judiciário, enquanto um Poder estatal autônomo, apenas viabilizou-se com o avançar da Modernidade, especialmente com o declínio do *Ancien Régime*, esta centralização da jurisdição é tão fundamental que suscitou o Direito, do Estado Moderno, carrega, consigo, a ideia de jurisdição. Na perspectiva aqui apontada, visualiza-se que a jurisdição se calcificou como o principal pilar de sustentação do Estado na Modernidade: ele tão somente se manteve por conta do controle que passou a exercer, possível, senão, pela jurisdição. (SILVA, 2003, p. 23/24).

Não causaria surpresa, a partir do levantado anteriormente, a afirmação de que as definições modernas sobre jurisdição estiveram centradas nesse monopólio. Iniciando com Giuseppe Chiovenda (1943, p. 11), para quem a jurisdição “consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a, posteriormente, em prática”. Francesco Carnelutti (1952, p. 205), por outro lado, expressa posição não muito distante ao do seu conterrâneo. O *maestro* udinês apresenta a ideia da

justa composição da lide como pilar de sua concepção sobre jurisdição: a atividade jurisdicional (do Estado) direciona-se à composição do conflito de interesses publicizado – com observância aos termos da lei. A grande distinção teórica entre ambos está em que, enquanto o primeiro (Chiovenda) considera a lei e o Direito como sinônimos (dualismo), o segundo (Carnelutti) – por mais que nunca tenha adotado uma posição – se insere em um monismo metodológico.

Ambas as concepções apresentadas acima exercem peso considerável sobre o direito processual brasileiro (especialmente o civil). Inexoravelmente, teorias sobre a jurisdição do século passado não fugiam desse norte apresentado pelos dois pais (dos quatro) do processo moderno. Grande exemplo disso é a (amplamente difundida) teorização de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 309), considerando a jurisdição a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”, a qual se assemelha com a de Moacyr Amaral Santos (2010, p. 67). A posição de Dinamarco, em verdade, é curiosa, afinal, percebe-se métrica tanto com Chiovenda, quanto com Carnelutti. Ademais, essa posição é sentida e ampliada na construção coletiva de Cândido Rangel Dinamarco juntamente com os saudosos Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra (2003, p. 131), que expõem que a jurisdição é “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” – quicá pelo papel fundamental do trio para a autonomização do estudo da Teoria Geral do Processo, enquanto disciplina autônoma no Brasil, este seja o conceito mais difundido nos cursos de Direito das universidades brasileiras. Ainda no Brasil, um último exemplo sobre essa construção metodológica-conceitual da jurisdição moderna é apresentado por Athos Gusmões Carneiro (2009, p. 6), quem a conceitua como “a atividade pela

qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”.

2.2 A Significação Moderna de Jurisdição *versus* o Art. 3º do Código de Processo Civil de 2015

Não é a nossa proposta buscar compreender e, especialmente, estabelecer uma (possível) lógica entre cada uma das conceituações apresentadas acima. Insistir no contrário é o mesmo que nos lançarmos ao mar de incertezas que surgirão a partir dos desacordos existentes sobre a definição de jurisdição. Ao nosso ver, a questão está muito além de uma possível divergência interpretativa do conceito. Cá chamamos a atenção para a etimologia de jurisdição. Oscar Joseph Plácio e Silva (2003, p. 802) sustenta que a palavra “jurisdição” (*jurisdictio*) representa uma ação de administrar a justiça. Inexoravelmente, essa conformação etimológica encontra raízes no direito romano, como lembram José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (2013, p. 36), entretanto, ela é fundamental para podermos contornar – pelo menos no viés proposto para este estudo – a questão interpretativa sobre a definição de jurisdição, isso porque a análise etimológica, paralelamente com as conceituações modernas expostas, revelam os dois principais pilares que estão assentadas todas as possíveis conceituações, a partir do paradigma da modernidade, sobre a jurisdição: (a) O Estado; e, (b) a lei.

A ideia de jurisdição calcada em (a) Estado e (b) lei é tentadora quando observamos as transformações no plano legislativo do direito processual brasileiro. Salvo em algumas leis especiais, até a vigência do Código de Processo Civil de 2015, esse binômio era demasiadamente claro na sistemática processual brasileira. A ideia de exercer a tutela jurisdicional sempre foi acompanhada de comandos normativos; melhor dizendo, a

procedimentalização para a manutenção da ordem interna do Estado sempre esteve prescrita em uma codificação processual genericamente sistematizada (atuando como panaceia para os conflitos levados ao conhecimento do Estado). Há um exemplo que elucida esse ponto: no Brasil, a “jurisdição” fora empobrecida e restrita (erroneamente) a figura da heterocomposição desvelada pelo processo judicial; vieses corrompidos com ideologias fundamentadas em paradigmas simplistas da modernidade, pairando sobre a jurisdição (enquanto instituição), constituíram – e se propalou como vulgata no âmbito acadêmico – a ideia de tratar a jurisdição como um mero sinônimo de heterocomposição. Epistemologicamente, entendemos que esse é um dos principais problemas do direito processual brasileiro do século passado a ser superado no presente. Neste ponto entra o Código de Processo Civil de 2015 – em que podemos observar, em certa medida, por parte do legislador processual, a tentativa de resgate de uma das inúmeras dimensões perdidas da jurisdição.

Por um lado, o legislador processual de 2015 manteve a mesma postura encontrada em 1939 e 1973 de deixar a tarefa de delimitar a jurisdição para a doutrina, no entanto, noutra, aposta em uma construção normativa jamais visualizada no plano legislativo processual geral pretérito: chancela, no corpo do Código de Processo Civil, outras formas de resolução de conflitos; fala-se do art. 3º. Inserido no rol de normas fundamentais do processo civil, em seu conteúdo, inicialmente, no *caput*, deparamo-nos com a ratificação do inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 – com modificações substanciais –: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Sequencialmente, no § 1º, encontramos a menção à arbitragem: “é permitida a arbitragem, na forma da lei”. Já, os §§ 2º e 3º versam sobre formas consensuais de resolução de conflitos (por ora, conciliação e mediação) e o dever de seu estímulo pelos sujeitos do processo: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual

dos conflitos (§ 2º); a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (§ 3º).

Prima facie, essa disposição não chama atenção em uma análise superficial. Especialmente no plano dogmático do direito processual, vemos que se trata de um artigo que não foi explorado suficientemente pela doutrina nessa metade de uma década que está em vigência. Comumente, quando se comenta sobre o art. 3º do CPC, fala-se sobre as teses do “tribunal multiportas” e dos “meios adequados” e “alternativos” de resolução de conflitos”. Em síntese, respectivamente, a primeira teoria, desenvolvida por Frank Sander ao observar o elevado índice de litigiosidade do cenário jurídico estadunidense do final do século passado, propõe a utilização de outras formas de resolução de conflitos – além do processo judicial – na esperança de desafogar o sistema judiciário; a segunda, a qual pode ser dividida em duas teorias apartadas, especialmente os “meios/formas alternativas”, encontra raízes no pluralismo jurídico, com o discurso do “direito não-oficial”, em que a sistemática processual estatal está distante de diversas contextualizações sociais, os “meios/formas adequadas” sugere que existem formas de resolver os conflitos que são melhores do que outras.

Não que essas teorias estejam equivocadas ou que não devem ser discutidas no plano acadêmico, são teorizações instigantes e provocativas, entretanto, vemos que o apreço do processualista brasileiro por elas, quando dissertando acerca do art. 3º do CPC, constitui uma espécie de antolho. A dimensão teórica para essa disposição legal vai muito além dessas balizas (erroneamente) instituídas. Não se está aduzindo que é equivocado trabalhar com essas teorizações na leitura do art. 3º do CPC: enfocamos, porém, na possibilidade de que a dogmática processual possa

ir (muito) além nessa temática. Nessa provocação é que mora nossa inquietação. A partir do que foi pontuado até então, sobre a proposta, integralidade e estruturação do art. 3º do CPC, para além de discussões entre teses, em um plano epistemológico, como é possível compatibilizar a garantia da inafastabilidade da jurisdição – calcada no paradigma do direito processual moderno – com formas de resolução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem?

3 Cultura e processo, ordinarização das instituições processuais e a caracterização (complexa) da sociedade hodierna frente ao direito processual

3.1 Teoria Cultural do Processo (Civil) e o Paradigma Racionalista da Modernidade

3.1.1 A relação entre a cultura e o processo

Há uma corrente vetusta que trabalha com a afirmação de o direito processual ser um produto da cultura humana. Por se tratar de algo pacífico, especialmente no plano teórico, não vemos a necessidade de se reservar um momento neste estudo para apresentarmos uma construção pormenorizada que permita, paulatinamente, conduzir e lograr essa conclusão. Em verdade, não só o direito processual – autonomamente falando –, pois esse mesmo norte que conduz essa afirmação de ele (direito processual) ser um produto social, encontramos no plano da Teoria do Direito; entre, especialmente, autores que trabalham com temáticas relacionadas ao positivismo jurídico, a afirmação, em meio a suas respectivas construções teóricas, de que o Direito – seja integralmente ou, quiçá, em algum momento – é um produto que deriva da cultura é inevitável. Se ambos possuem algo em comum – a cultura –, não ignorando a autonomia teórica do direito processual, qual é a relevância de se fazer ênfase a aquele (direito processual), quando não o trabalhando juntamente com este (Direito)? Ao nosso ver, a resposta está no grau de evidenciação da cultura

(no processo). Acompanhamos a afirmação de Pontes de Miranda (1997, p. XIII) acerca da inexistência de outro ramo do direito (penal, tributário, etc.) que permite enxergar com demasiada clareza os traços culturais de uma contextualização social específica; trabalhando-o enquanto um ramo do direito, inexoravelmente, entre todos, é o direito processual aquele mais próximo do ser humano.

O problema de se trabalhar com a relação “processo-cultura” é o desafio que surge quando se precisa delimitar o conceito de cultura. Cá, entre a comunidade processual, os desacordos crescem cada dia mais. Reconhecemos a complexidade semântica do termo; deixaremos essa discussão à limiar. Entrementes, sobre esse tema, existem dois elementos que são indissociáveis à cultura e que podem ser trabalhados, sem prejuízo, sem uma devida conceituação do termo: grupo e “tempo”.

Vejam, a pouco sustentamos que, dentre outros ramos do direito, é no processual que podemos encontrar com clareza os traços culturais de uma contextualização social. A explicação para este ponto pode ser encontrada estabelecendo uma ponte com o dissertado por Oscar G. Chase (2014, p. 39 e ss.) e o direito (processual) dos Azande. Em uma pesquisa comparatista, o professor da Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque relata as práticas procedimentais para a resolução de conflitos utilizada pela referida tribo da África Central. Explica, ele, que para a cultura dessa contextualização social, a veracidade de algo (contestado) é atrelada com a figura do *benge* (oráculo do veneno). Após expor esses elementos, Chase trabalha com um caso que foi filmado e dirigido por Andre Spinger, sobre uma acusação de adultério, no ano de 1982 – apenas para evitar questionamentos sobre a matéria, para os Azande, o adultério é considerado como crime. O *benge* (oráculo) entra em cena – em certa altura da disputa judicial narrada – como uma etapa procedimental: injeta-se (oralmente) uma substância tóxica (ritualmente preparada) em um pintinho

(filhote de galinha); após, com a toxina no corpo da ave, promove-se uma série de questionamentos – “Oráculo, se (tal e tal) dormiu com (tal e tal), e se ele a conheceu como homem (etc.) que o pintinho morra”; caso o pintinho morra, reputa-se provada a “satisfação do interrogador a ocorrência do adultério”.

Pensando-se na sistemática do direito processual brasileiro, a experiência (metafísica) sobre o *benge* dos Azande nos é muito distante. Os pilares genealógicos do direito processual brasileiro não comportam a utilização de um método como esse da tribo africana. Mesmo assim, essa “incompatibilidade” entre esses dois sistemas processuais nada implica na sua validade simultânea; isto é, não é porque (para nós) o sistema dos Azande possa causar estranheza que ele não será considerado como direito processual; em exercício inverso, para os Azande, qualquer coisa que for distante à realidade deles – como comparando a sua procedimentalização com do Estado brasileiro – causará, inexoravelmente, a mesma estranheza. A partícula cultura, no processo, habita nesse ponto. Quando falamos que o processo nada mais é do que um produto social, feito pelo ser humano e para ser utilizado pelo mesmo, bem como que a observância de sua sistemática relava os traços culturais de uma contextualização específica, estamos aduzindo que cada “grupo” (social), com as devidas observações ao seu tempo, moldará sua lei (processual) a partir de elementos socialmente relevantes para ele (“grupo”). Dito de outra forma – e, ainda na proposta comparatista –, não é porque a atual configuração social dos Azande admita a utilização do *bengue* que essa figura e esse “ritual” (procedimento) existirá eternamente; a mesma questão opera no Brasil: não é porque, com olhos no Código de Processo Civil de 2015, hoje possuímos o procedimento comum (art. 318/ss. do CPC) que ele perdurará. No plano epistemológico, a cultura é fundamental para a

compreensão do direito processual e da caracterização (atual) de suas instituições. Hermeneuticamente, a certeza fica condicionada à possibilidade de ressignificação da coisa (direito processual) a partir do sujeito (ser humano).

3.1.2 O paradigma racionalista da modernidade e a ordinarização do direito processual

Nas ocasiões em que abordamos a temática sobre a relação entre a cultura e o processo, um assunto que gostamos de enfatizar é a ressignificação do paradigma de estágios socioculturais da humanidade (e a sua influência na ressignificação da concepção de processo). Em verdade, não há algo mais nuclear, para a temática, do que esse paradigma. Ele, nessa ordem de ideias, é o responsável – como perceptível no decorrer da história da humanidade – pela lapidação de como o ser humano (sujeito) compreende as coisas (objeto). Exemplificativamente, anteriormente comentamos acerca do poder da Igreja na sociedade medieval. Deixando-se questões específicas acerca da fé católica à limiar, estudos demonstram que esse (amplo) espaço da Igreja sobre a sociedade decorreu, inexoravelmente, por conta do paradigma em que a Idade Média estava calcada: o processo de compreensão das coisas era guiado pelos *sentidos* – aqui o espaço (interdiscursivo) utilizado pela dogmática da Igreja para fortificação de suas instituições perante a sociedade. Individualizado, temos o estágio sociocultural medieval, em que as instituições sociais e as coisas eram “compreendidas” a partir do paradigma “sentido”.

A transição entre o medievo e a Idade Moderna (sempre) clarifica o apontamento acerca da ressignificação do paradigma dos estágios socioculturais. Nesse sentido, vejam que, se antes, na Idade Média, a compreensão das coisas – a partir do sujeito – estava amarrada aos sentidos, agora, na Modernidade, pode-se visualizar que esse paradigma

(sentido) é ressignificado; o sentido é substituído pela razão. A aposta filosófica de René Descartes é fundamental para o processo de transição e estabilização da racionalidade. O plano metafísico dos sentidos dá lugar ao processo de compreensão pelas coisas a partir da razão; se algo é (ou não) de uma determinada forma é porque existe um processo racionalmente lógico que conduz ao resultado. A Modernidade (Clássica), enquanto um estágio sociocultural, pode ser compreendida a partir do seu paradigma: a *razão*. Essa ressignificação, em verdade, apresenta uma face oculta – pelo menos em uma análise retrospectiva e considerando a complexidade hodierna da sociedade (falaremos no próximo tópico sobre esse assunto): a razão é utilizada como pressuposto balizador de tudo; é estabelecido um padrão de linguagem binário – ou as coisas não são ou elas são e se são é porque existe um processo racionalmente lógico que permite lograr nessa conclusão –; qualquer face da ideia de complexidade é suprimida pelo império do reducionismo (metodológico).

Esses apontamentos filosóficos e sociológicos são fulcrais para compreendermos as mutações (passado e presente) operadas no direito processual. Especialmente com Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006, p. 1), podemos compreender o quão prejudicado foi o direito processual (no plano epistemológico) com os influxos do reducionismo proveniente do paradigma da Modernidade. Analisando-se especificamente o Brasil, diferentemente de reflexões hodiernas, o século XX foi marcado pelo distanciamento do pensamento complexo da epistemologia do direito processual. Não precisamos ir longe, em uma perspectiva histórica do processo brasileiro, para demonstrarmos isso, afinal, a própria genealogia do Código de Processo Civil de 1973 é suficiente para observarmos a metodologia reducionista no processo. Inexoravelmente, grande parte das discussões no plano teórico do direito processual no século passado estavam centradas na busca pela compreensão do processo e das suas

instituições a partir de um viés “genérico”. Esse termo não deve ser compreendido erroneamente. O mantra do processualista do século passado foi a ordinarização. O processo foi trabalhado e construído com a premissa de que um viés singular seria suficiente para abarcar toda a (complexa) realidade social. Uma evidência sobre isso é o tratamento dado, pelo legislador processual de 1973, para o (tombado) procedimento ordinário (art. 274 do CPC/73) *versus* os procedimentos especiais (art. 800/ss. do CPC/73): apostou-se na ideia de que a maioria das situações levadas ao conhecimento do Poder Judiciário poderiam ser (efetivamente) tuteladas mediante a observação de um único procedimento, enquanto as questões que demandavam maior atenção, por outro (e pequeno) lado, ganharam procedimentos específicos.

3.2 Modernidade Líquida, Hipermodernidade e os Desafios da Atual Carga de Complexidade da Sociedade para os Institutos do Direito Processual

Se partirmos de Niklas Luhmann (2006, p. 319 e ss.), podemos observar o paradoxo existente na metodologia anteriormente apontada e o hodierno. Explicando esse ponto, dentre as suas inúmeras célebres teses, o sociólogo afirma que a sociedade está em constante transformação. Luhmann trabalha isso a partir da autopoiese – ressignificação do sentido originário da linguagem-signo. Não obstante ao não adentrar e, especialmente, enfrentar (pormenorizadamente) os pressupostos da sua teoria (pragmático-sistêmica), da sua construção teórica exposta acima, selecionamos uma outra que se mostra fulcral para o porvir da presente reflexão: paralelamente com a análise sobre a (constante) transformação da sociedade, faz-se uma leitura conjunta com o direito, esperando demonstrar que ele (direito) não pode ignorar essas transformações sociais, afinal, pelo contrário, ele as acompanha. Vejam que existem inúmeras formas de demonstrar essa constatação. Dado o contexto temático deste trabalho, esse

ponto será explorado a partir do direito processual – deixando a advertência, porém, que se trata de algo não restrito exclusivamente a ele –, especialmente, enfrentando, respectivamente, os temas: (1) tutela provisória; e, (2) art. 190 do Código de Processo Civil.

Em sede de um processo judicial, para que ocorra a prestação da tutela jurisdicional é necessário que se observe e que se cumpra o devido processo legal; essa relação jurídica, portanto, deve tramitar por diversas etapas, de modo que, ao final, devidamente cumpridas, tem-se o exaurimento da cognição do magistrado, com o consequente pronunciamento (decisão judicial) em que se terá a concessão ou não da tutela pleiteada. Observando os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essa tramitação do processo judicial não é algo que se completa de maneira célere. Existem situações em que um processo, pela complexidade da sua matéria, perdurará por anos. As palavras *processo judicial* e *rapidez/celeridade* são conflituosas entre si; o processo (judicial) deve perdurar o tempo necessário para que a situação seja esclarecida, para que nenhum ponto fique em uma zona de penumbra, afinal, tão somente dessa maneira, poderemos falar no respeito ao devido processo legal. No entanto, existem situações específicas em que o “tempo” necessário para obter esse objeto (da relação jurídica) seja incondizente com esse lapso temporal de tramitação do processo judicial para a obtenção da tutela (definitiva). Aqui o ponto. A (1) tutela provisória é um instituto processual destinado a servir como ferramenta para tutelar situações em que o “tempo” figura como um agente prejudicial ao objeto da relação jurídica – é o caso, por exemplo, de um processo judicial cujo objeto envolva a área da saúde (realização de uma cirurgia ou o fornecimento de uma medicação). O cotidiano forense, porém, tem apresentado resultados curiosos e desanimadores sobre a utilização da tutela provisória. De uma tutela diferenciada, ela (tutela provisória) tem caminhado (e cada vez mais) em direção à tutela comum,

isso porque é expressiva a parcela dos operadores do direito que a requerem em situações em que o “tempo” não apresenta risco ao objeto da relação jurídica: tornou-se práxis o requerimento de tutela provisória em petições iniciais.

Deixando em *standby* o exposto sobre a tutela provisória, vamos ao (2) art. 190 do CPC. A referida disposição contempla que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Estamos diante dos negócios processuais realizados entre as partes. Conforme essa disposição, desde que o objeto do processo judicial verse acerca de direitos disponíveis, podem, as partes, estipularem um “procedimento próprio” que comporte as especificidades dessa relação jurídica, restando ao magistrado, porém, controlar a validade desse acordo processual firmado entre as partes (art. 190, parágrafo único, do CPC). O ponto de curiosidade nessa disposição está em analisarmos a inclinação do legislador processual de 2015 em comparação ao do ano 1973, isso porque se está falando de um artigo sem correspondência entre codificações. Se comparado com outras legislações que estão em vacância a décadas, podemos afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 é novo; isso (a pouca “idade” do CPC/15), no entanto, apresenta-nos a possibilidade de compreendermos algumas inclinações teóricas atuais do legislador processual. Nisso está o ponto de curiosidade com o art. 190 do CPC. O legislador processual de 2015 julgou necessário o desenvolvimento – e a ampliação dos “atos processuais” (art. 154/ss. do CPC/73) – de uma disposição para contemplar a possibilidade de que (especialmente) o procedimento comum seja insuficiente em alguns casos. Falamos anteriormente sobre a crítica de Ovídio Araújo

Baptista da Silva acerca da ordinarização do processo e o “dogma” do procedimento ordinário/comum. Há total pertinência em relacionar a crítica do saudoso processualista gaúcho com a inclinação para a criação do art. 190 do CPC. Inegavelmente, o procedimento comum poderá comportar as especificidades de diversas relações jurídicas, entretantes, existem inúmeras situações em que o seu “viés genérico” apresentará uma insuficiência, ou melhor, uma limitação epistemológica em relação à situação apresentada.

A partir de uma perspectiva antropológica, ambos os casos relatados, ou seja, tanto a (1) auxese utilização da tutela provisória – especialmente enquanto práxis –, quanto a (2) criação do art. 190 do CPC, convergem para a caracterização do que Zygmunt Bauman (2001) denomina por “tempos líquidos”. Afirmamos no prólogo deste ponto que a sociedade está em constante transformação; o direito, igualmente, a acompanha. A tese do saudoso sociólogo polonês, a Modernidade Líquida, nada mais é do que uma reflexão das transformações sociais do último século. Diferentemente do passado, em que, na perspectiva epistemológica da Modernidade Clássica, a sociedade e as suas instituições eram rígidas, ou seja, de forma cartesiana, intangível e imutável, buscando uma compreensão da configuração atual da sociedade, vemos que se perde essa dimensão “sólida”, porquanto, hodiernamente, não mais é possível contar com previsibilidade, estabilidade, rigidez ou solidez nas estruturas da sociedade, nos conceitos e nas ideias. Seja na forma de viver, no trabalho, nos relacionamentos, etc., padrões binários são pouco sustentáveis na atualidade. Ambos os casos relatados são “respostas”, pelo direito, a essas transformações da sociedade. Inversamente, o (2) art. 190 do CPC está inserido na gênese da constatação de Bauman. O procedimento comum não desapareceu e, diante da herança cultural-processual que carregamos no sistema jurídico brasileiro, não desaparecerá em futuras novas transformações

operadas no processo civil; isso não impede, porém, a sua ressignificação, seja partida dele ou de outras instituições processuais que se comuniquem com ele: aqui o art. 190 do CPC e o acerto pelo legislador processual de 2015. A caracterização social atual não comporta apostar em um sistema processual estritamente rígido; a contextualização das relações sociais a partir das quais nascem os desacordos desvelados no objeto de um processo judicial são (e cada vez mais) plurais. O que louvamos com o art. 190 do CPC é, senão, a transparência de, a partir da constatação da carga de complexidade da sociedade, apostar em ferramentas processuais aptas a equalizar o direito com a realidade social. Sobre o uso exagerado da (1) tutela provisória, a compreensão também está nos tempos líquidos, no entanto, na forma como essa caracterização da sociedade na atualidade implicou para a revisão da concepção de tempo, como pontua Bauman (2001, p. 143 e 148/149): vivemos, inegavelmente, em um período que se guia pela pressa. Algumas situações, diante da sua natureza, exigem uma brevidade na obtenção da tutela jurisdicional; outras, exigem uma brevidade ainda maior, quase que instantânea (*vide* art. 303 do CPC); no entanto, na parte mais expressiva dos processos judiciais, requerer a tutela provisória se tornou um hábito a partir desse modo de vida imediatista.

No entanto, na continuação da investigação da caracterização da sociedade hodierna, podemos observar que a teoria dos tempos líquidos é, em certa medida, insuficiente para compreendermos determinadas transformações operadas na sociedade. A constatação da Modernidade Líquida é paradoxal quando buscamos “dimensionar” – se é que isso é possível – a atual carga de complexidade da sociedade hodierna. Do contrário aos sistemas, essa inquietação é clara a partir da hermenêutica: se em um passado, não tão remoto (Modernidade Clássica), o vetor do sujeito para a interpretação do objeto era a razão em uma forma altamente rígida e passamos para um momento em que ela (razão) se tornou maleável

(Modernidade Líquida) a ponto de podermos falar em diversas formas de conceber uma mesma coisa, nos questionamos acerca da existência de um ponto final para esse processo de ampliação cognitiva. A partir dessa indagação, a tese de Gilles Lipovetsky (2006), sobre a Hipermodernidade, é particularmente tentadora. Em (grosseira) síntese, na constatação do filósofo francês, vivemos em um período de “desorientação”, estamos diante da inversão completa daquela premissa reducionista da Modernidade Clássica. Essa desorientação decorre de uma ampliação dos valores sociais. É como se a complexidade presente nas instituições da sociedade nas últimas décadas passou por um processo de revestimento com mais complexidade – hipercomplexidade (?). Veja-se que, a partir disso, estamos diante da constatação de como algumas ramificações sociais estão se desenvolvendo e se apresentando na atualidade, entretantes, não respondemos a pergunta formulada anteriormente e que serve (igualmente) após essa (breve) exposição sobre a Hipermodernidade: há alguma maneira de dimensionar essa (hiper)complexidade para que, a partir daí, possamos direcionar o direito (processual) ao oferecimento de respostas que sejam suficientes à essa realidade social? Ao nosso ver, a resposta está em Luhmann: a complexidade deve ser trabalhada com formulações igualmente complexas; e neste particular está a forma como enxergamos o art. 3º do CPC e o sistema de gerenciamento de conflitos para a justiça civil brasileira na atualidade.

4 Sociedade hodierna e art. 3º do código de processo civil: Esboço para uma Teoria sobre o Gerenciamento de Conflitos na Justiça Civil Brasileira

Não podemos negar que, no plano epistemológico, muitas das apostas teóricas sobre a jurisdição e seu contorno na atualidade estão sustentadas a partir das premissas apontadas, especialmente, no primeiro momento deste trabalho; todavia, hodiernamente, a comunidade

processual está, e cada vez mais, observando a insustentabilidade na manutenção dessa concepção estrita para a jurisdição. Os fundamentos são diversificados e variam conforme a inclinação interpretativa sobre ela (jurisdição). Não é a nossa proposta para a presente reflexão apresentar argumentos favoráveis ou contrários às posições contemporâneas sobre a jurisdição, bem como, não pretendemos apostar em uma tentativa de conceituação. Toda a construção apresentada até este momento foi pensada para apresentar elementos que permitam refletir sobre como as transformações da sociedade das últimas décadas colocaram em xeque aquela perspectiva rudimentar sobre a jurisdição, especialmente para podermos compreender como inserir, ou melhor, como está inserido o art. 3º do CPC nesse cenário. Antes, no entanto, três pontos devem ser esclarecidos.

Em primeiro lugar, sobre a insuficiência da jurisdição diante da contextualização hodierna. Por uma questão de decoro acadêmico, não mencionaremos os autores que são adeptos dessa posição, entretantes, deixamos claro a nossa discordância completa acerca dessa afirmação. Acreditamos na atemporalidade da jurisdição. Ela, especialmente na perspectiva do Estado, é fundamental para a manutenção da ordem interna e da preservação do seu respectivo ordenamento jurídico – o que, por sua vez, é fundamental para a preservação da própria sociedade. Entendemos que ela deve ser contemplada a partir de releituras contextuais, isso é, por óbvio que a caracterização da sociedade hodierna não comporta uma concepção de jurisdição como a de Giuseppe Chiovenda, a qual fora formulada levando em consideração uma contextualização específica, em que diversos vieses do próprio ordenamento jurídico (*lato sensu*) estão em antagonismo ao atual plano epistemológico da ciência jurídica. Assim como Piero Calamandrei (1970, p. 34), entendemos que é impossível atribuir uma concepção atemporal para a jurisdição, no entanto, isso não

significa que devemos ficar “amarrados” à uma posição teórica que em algum momento prevaleceu. Em verdade, no plano hodierno, há a insuficiência da concepção “moderna” de jurisdição, o que não condiciona a ideia da ruína da jurisdição. Pelos elementos expostos anteriormente, a caracterização social atual deve ser levada em consideração para uma ressignificação na concepção de jurisdição que seja pertinente ao nosso “tempo” (contexto).

Outro ponto fulcral para ingressar neste debate é a dimensão da crítica ao paradigma racionalista da modernidade e o reducionismo jurídico. O tema, por si, dada a sua complexidade, merece um estudo próprio, entretantes, desde já, podemos afirmar alguns pontos – quiçá superficialmente. Especialmente a partir de Paolo Grossi (2007, p. 15), vemos que o signo do direito moderno é a lei; e, inexoravelmente, a teorização de Hans Kelsen é fundamental para essa inclinação. Veja-se que, para além de toda a série de formulações propostas, especialmente cindindo o direito da ciência do direito, rompendo-se com a tradição exegeta que se tinha até então, especialmente, pelo Círculo de Viena (*Wiener Kreis*), em sua “Teoria Pura do Direito”, o pós-exegetista trabalha o direito como uma norma e essa se relacionando com as demais normas de um determinado ordenamento jurídico a partir de um sistema de hierarquia vertical em que a norma superior valida a inferior. No século passado, essa aposta foi amplamente recepcionada pela organização de diversos Estados e, ainda hoje, não obstante à evolução operada no campo teórico do positivismo jurídico, essa sistematização ainda é presente em alguma medida. Ao nosso ver, inexistente um choque direto entre essa estruturação e a crítica ao paradigma racionalista. Especialmente em sistemas jurídicos que adotam a tradição da *civil law*, a lei é fundamental para eles. O problema, em verdade, está na questão epistemológica que paira na temática. O paradigma racionalista decorre de uma construção com vieses simplistas de

um tempo em que a interpretação do objeto era realizada por meio de um processo racionalmente estrito para a sua obtenção. Em nosso viés monista, sempre recusamos a ideia de trabalhar com o intérprete (sujeito) de maneira isolada da lei (objeto) – até porque o direito, para nós, sempre surgirá a partir do caso (e em sede de decisão judicial). Com isso queremos dizer que, por mais complexa que seja a caracterização social, a lei sempre terá o seu respectivo espaço dentro de um ordenamento jurídico. O problema, no entanto, está em apostar que ela, por si – e sem essa ligação entre sujeito e objeto, como um dualista poderia sustentar –, possuiria respostas universais. Por bem ou mal, a interpretação faz parte do sistema jurídico e é necessário para o seu funcionamento. Embarga-se, porém, quando se espera que a mera aplicação do texto da lei – e aqui está o gene problemático da teorização sobre a concepção de jurisdição de Giuseppe Chiovenda para a atualidade – será suficiente para abarcar a complexidade social que caracterizam cada um dos conflitos levados ao conhecimento do Poder Judiciário; ou, mesmo não negando a interpretação sobre o objeto (lei), o problema, a partir do paradigma racionalista, persiste se esperamos apresentar tutelas jurídicas específicas, ou seja, individualizadas, sem levar em conta as particularidades de cada situação, como se, genericamente, pudessem utilizar *standards* cognitivamente simplistas para atender situações que exigem uma cognição complexa. Essa, ao nosso ver, é uma das dimensões perdidas sobre a jurisdição que apresentará maior dificuldade para a superação no século XXI.

Por fim, sobre as teorizações dos “(1) ‘meios’ adequados/ (2) ‘formas’ alternativas de resolução de conflitos” e do (3) “tribunal multiportas”. Ratificamos o nosso respeito pelos adeptos de ambas as teorizações, todavia, entendemos que nenhuma delas é pertinente para o contexto brasileiro na atualidade. Advertimos, inicialmente, que durante a nossa trajetória acadêmica, concordamos, em determinados momentos, com essas correntes;

a maturidade de pesquisa, porém, permitiu que se observassem os pontos que serão tecidos adiante. Iniciando com os (1) meios adequados de resolução de conflitos: a partir do momento em que se afirma que existem formas adequadas para resolver os conflitos, passasse a trabalhar com um plano genérico, no qual existiriam outras formas que seriam inadequadas. Essa discussão nos levaria à primeira problematização apontada neste último momento. Não há como afirmar que, por exemplo, a conciliação será mais adequada do que a mediação ou do que a arbitragem. A adequação surgirá a medida em que direcionarmos as nossas atenções ao conflito (e não ao método); a partir daí, seria possível afirmar que, olhando uma situação particular, visitando as suas especificidades, um procedimento para a resolução de conflito será mais efetivo do que o outro: insistir em um padrão genérico, elegendo formas específicas e as rotulando como “mais adequadas”, corremos um sério risco epistemológico para o direito processual. Agora, sobre as (2) formas alternativas de resolução de conflitos: o problema é similar ao apontado anteriormente, afinal, igualmente lá, apostar em procedimentos alternativos aptos a resolver conflitos é o mesmo que afirmar que (a) existe uma hierarquia entre as formas de resolução de conflitos e que (b) algumas seriam subsidiárias. A própria construção evolutiva-legislativa do direito processual brasileiro refuta esse ponto. Hodiernamente, não há como afirmar que, por exemplo, a conciliação é subsidiária à jurisdição (vice-versa), haja vista que ambas as formas são reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Se se levar em conta a discussão entre “direito oficial” e “direito não-oficial”, especialmente em grupos infranacionais, como é o célebre exemplo de Pasárgada, estudado e percorrido por Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 46 e ss.), não duvidamos acerca da distinção contextual entre, por exemplo, a realidade que se quer retratar pelo Código de Processo Civil e a situação fática

de uma comunidade “X”. Em um plano “não-oficial”, desde que sejam lícitas e que o direito violado seja disponível, acreditamos que uma contextualização “X” poderá desenvolver formas específicas para a resolução dos seus conflitos (como é o caso da mediação por Pasárgada), priorizando a sua utilização do que no lugar de ferramentas estatais que, mesmo não utilizadas, seguem como salvaguardas para essas situações. Por fim, sobre o (3) tribunal multiportas: trata-se de uma construção teórica desenvolvida para servir como uma panaceia para o alto índice de litigiosidade no cenário do Poder Judiciário estadunidense do século passado e que, genealógicamente, nada foi pensado para o Brasil. Nas ocasiões em que refletimos sobre o intercâmbio entre instituições processuais (nacionais para estrangeira e vice-versa), a lição (atemporal) de Mauro Cappelletti (2008, p. 311) sobre a tarefa do processualista comparatista é fundamental: para que se possa importar teorizações e instituições processuais estrangeiras, cabe observar a sua pertinência contextual. Em um viés pragmático, não se visualizam óbices para compatibilizar a teoria do tribunal multiportas com o cenário do gerenciamento de conflitos da justiça civil brasileira, entretantes, na mesma direção em que apontamos para os cuidados que se deve ter porquanto da gênese dessa teorização estrangeira – especialmente porque não fora desenvolvida levando em consideração o cenário brasileiro –, o seu emprego pode afastar a construção teórica acerca da temática que está ocorrendo e fortificando no Brasil. A questão semântica – ou seja, como designar isso que está ocorrendo –, ao nosso ver, é o menor dos problemas na atualidade.

Levando em consideração toda a exposição deste estudo é possível delimitar a relação entre o art. 3º do CPC e a jurisdição na perspectiva da caracterização hodierna da sociedade brasileira. Veja-se que este trabalho enfrentou em diversos momentos a temática jurisdição, no entanto, não se deve confundir o art. 3º do CPC com a jurisdição (propriamente). Seria

redundante, após todas as críticas expostas aqui restringir algo tão epistemologicamente amplo com a jurisdição – com dimensões que se perderam ao longo, especialmente, nas últimas décadas – à uma disposição de lei. A relação existente entre essas duas figuras está na expressão que o art. 3º do CPC revela sobre a estruturação da forma de gerenciamento de conflitos da justiça civil brasileira a partir dos influxos da atual caracterização social na jurisdição. Formas de resolução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem são chanceladas pelo Estado brasileiro para que possam ser utilizadas a partir das especificidades de cada um dos conflitos que é apresentado ao Poder Judiciário. Assim como Lipovetsky, acreditamos que a figura da sociedade hodierna é cada vez mais desorientada. A legislação, neste tema particular, trabalha com essa desorientação a partir dessa chancela apontada. Deve-se compreender que existem conflitos que, pela sua natureza e pelas suas particularidades, possuem uma inclinação para a forma de sua resolução a partir da, por exemplo, conciliação; outros, a partir da mesma observação, deverão ser resolvidos via processo judicial, etc. A questão está em apostar em diversas formas de resolução de conflitos, desde que estejam em harmonia com as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, para que as particularidades de cada situação possam ser evidenciadas e, conseqüentemente, trabalhando com a sua resolução a partir da forma que melhor se harmonizar ao caso. Não estamos defendendo que existem formas de resolução de conflitos que sejam melhores ou piores do que outras; todas as formas que são chanceladas pelos Estado brasileiro passam a integrar esse sistema de gerenciamento de conflitos em uma perspectiva horizontal, bem como, não se pode pensar que se está falando de um sistema fechado, afinal, a partir dessa desorientação social, surgindo novas formas de resolução de conflitos que sejam harmônicas às diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, nada impede o seu ingresso mediante chancela do Estado em legislações especiais ou até

mesmo no Código de Processo Civil. No aspecto prático da jurisdição, levando em consideração a caracterização da sociedade (brasileira), o art. 3º do CPC revela uma dimensão antagônica para o problema que se tinha a partir de ideologias processuais modernas.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano Editore, 1970. v. 4.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processos, ideologias e sociedade**. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1952.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e ampl. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1. p. XIII.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In*: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 46-51.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: processo de conhecimento.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil romano**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Capítulo 7

A Responsabilidade Civil por Exposição a Substâncias Tóxicas: um Estudo da Aplicabilidade do *Preventive Medical Monitoring* como Instrumento Compensatório por Danos Ambientais Futuros ¹

Gustavo Vinícius Ben ²

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais de monitoramento médico preventivo (*preventive medical monitoring*) no Brasil, voltadas à reparação de danos ambientais futuros decorrentes de contaminações de seres humanos por exposições a substâncias tóxicas capazes de criar ou ampliar o risco de desenvolvimento de doenças latentes graves. Ações judiciais com esse objeto foram bem-sucedidas em grande parte dos Estados Unidos, tendo elas se destacado por tratarem de obrigações de fazer impostas aos demandados antes mesmo de as vítimas apresentarem quaisquer danos decorrentes das exposições.

Assim, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: diante da necessidade de o sistema jurídico se estruturar conforme a grande gama de riscos existentes na sociedade contemporânea, em que se inclui a sociedade brasileira, quais seriam as possibilidades de um sistema de responsabilização civil pela criação de riscos decorrentes de exposições a

¹Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “Ações Judiciais de Monitoramento Médico Preventivo: um estudo da sua aplicabilidade no direito brasileiro à luz do direito dos desastres e do dano ambiental futuro”, sob a orientação do Dr. Délton Winter de Carvalho, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestre em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 04/05/2020.

²Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade e Integrante do Projeto FAPERGS “A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor, de 2015, em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1864745123883754>. E-mail: gustavo_ben@hotmail.com.

substâncias tóxicas no Brasil, tomando-se como base as demandas estadunidenses de monitoramento médico preventivo?

Para responder a essa pergunta, o trabalho se divide em quatro partes. Em um primeiro momento, apresenta-se um estudo sobre as transformações que a transição de uma sociedade de risco concreto para uma sociedade de risco abstrato desencadeou no direito. Demonstra-se, mais especificamente, a repercussão dos riscos abstratos no sistema jurídico, os quais servem como fundamento para responsabilização civil por danos ambientais futuros.

Em um segundo momento, são explicadas algumas características das contaminações por substâncias tóxicas, esclarecendo-se a existência de singularidades que exigem a adaptação do sistema jurídico para situações de indeterminação quanto ao nexo causal e à ocorrência de danos. Na terceira parte, aborda-se efetivamente o desenvolvimento do instituto jurídico do monitoramento médico preventivo nos Estados Unidos, incurionando-se pelos *leading cases* sobre o tema, quais sejam: *Friends for All Children v. Lockheed Aircraft Corp.*; *Ayers v. Township of Jackson*; *In Re Paoli R.R. Yard PCB Litigation*; *Metro-North Commuter R.R. v. Buckley*. Na quarta parte, analisa-se, enfim, a possibilidade de assimilação de um instituto como o monitoramento médico preventivo pelo direito brasileiro, considerando-se as características do nosso sistema jurídico.

Quanto à metodologia, a pesquisa se utiliza da perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, que compreende a realidade como construção do observador. Além disso, adota-se a matriz teórica da teoria do risco, o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento comparativo, a abordagem jurimétrica e os métodos empírico e descritivo. Esclarece-se, ademais, que o presente trabalho recorre às técnicas de pesquisa bibliográfica (com consulta a livros e revistas especializadas) e documental (centrada no exame de textos legais e jurisprudenciais).

1. A sociedade de risco e as transformações do direito

Com a consolidação do capitalismo industrial nos séculos XVIII e XIX, ocorreu, no mundo ocidental, uma explosão de criações tecnológicas e científicas, proporcionando uma substancial elevação no padrão de vida da população, mediante um crescimento econômico constante (LUCAS JR., 2002, p. 109). Ao mesmo tempo, no entanto, surgiram danos mais agressivos sobre o meio ambiente e à saúde humana devido à difusão massiva do maquinismo, o qual passou a submeter um grande número de pessoas, principalmente operadores de máquinas e usuários de novos transportes, a riscos sem precedentes (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 34).

Tratam-se dos chamados riscos industriais (riscos concretos), os quais ensejaram a revisão das bases conceituais da responsabilidade civil, cuja função passou a não ter como enfoque apenas a reparação de danos, mas também a sua prevenção (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 11). Nesse contexto, nasceu a responsabilidade civil objetiva, formada a partir da noção de que algumas atividades, por terem maior potencial lesivo que outras, carregam riscos inerentes. Ao serem inerentemente arriscadas, presume-se que os agentes que optarem por exercê-las assumem, tacitamente, os riscos a elas atrelados e, por conseguinte, os deveres de reparação de eventuais danos. Buscou-se, com isso, maximizar a adoção de medidas preventivas por parte dos indivíduos que exercem essas atividades, ao mesmo tempo em que se garante o direito de reparação às vítimas, que, caso contrário, ficariam desamparadas ante a impossibilidade de comprovarem a culpa dos ofensores.³

Atualmente, contudo, a possibilidade de imputação objetiva da responsabilidade civil não satisfaz totalmente a função preventiva desse

³E apenas civil, tendo em vista que a responsabilização no direito sancionador (penal e administrativo) segue a lógica da teoria da culpabilidade. Nesse sentido, diferentemente da responsabilização civil, cuja imputação é objetiva, as responsabilidades penal e administrativa são subjetivas (CARVALHO, 2020, p. 431-435).

instituto jurídico. Ocorre que a progressão geométrica do desenvolvimento tecnológico trouxe consigo riscos dotados de invisibilidade, transtemporalidade e globalidade, características que distinguem esses riscos daqueles próprios da era industrial. Tratam-se dos riscos abstratos (ou pós-industriais), bastante difíceis de serem mensurados devido à sua grande capacidade de irradiação pela complexidade social e ecossistêmica (alcançando patamares globais e transtemporais) e, também, à sua frequente invisibilidade à percepção humana. Esses riscos envolvem, muitas vezes, consequências irreversíveis, com o potencial de comprometer operações essenciais à subsistência da sociedade e do ecossistema, por envolverem a associação de energias destrutivas disseminadas de maneira sistêmica.

A incorporação dos riscos abstratos aos riscos concretos caracteriza a sociedade atual, o que leva à exigência de ressignificação da teoria do risco para fins de responsabilização civil. Diante disso, é preciso ir além das teorias clássicas da responsabilização civil, as quais estão direcionadas a danos já materializados, indo-se em direção à jurisdicionalização do risco abstrato. Acontece que, hoje, não basta a noção jurídica restrita e dogmática do risco (a partir da qual há atribuição de responsabilidade civil objetiva somente aos agentes que cometem danos ambientais presentes), havendo a necessidade de uma teoria que permita a investigação, a avaliação e a gestão dos danos ambientais futuros, antecipando a sua ocorrência (CARVALHO, 2013, p. 181).

Dadas as características dos riscos abstratos (invisibilidade, transtemporalidade, globalidade), o direito deve assimilar o conceito de responsabilização civil por danos ambientais futuros, cuja imputação pode levar à condenação de agentes causadores ou incrementadores de riscos a executarem, como formas de obrigações de fazer ou não fazer, medidas preventivas e precaucionais necessárias para evitar a concretização de

danos irreversíveis ou, ainda, minimizar efeitos futuros de danos já configurados (CARVALHO, 2013, p. 192-193).

2. Os riscos abstratos decorrentes de contaminações por substâncias tóxicas

A transição de uma sociedade marcada por riscos concretos/industriais para uma sociedade de riscos abstratos/pós-industriais pode ser percebida em casos contemporâneos de contaminações por substâncias tóxicas. Tratam-se de situações que demandam abordagens distintas dos casos referentes a danos pessoais tradicionais, pois englobam um frequente obscurecimento das causas do dano em razão do seu lento desenvolvimento. A isso se alia a variabilidade das características biológicas e dos estilos de vida dos indivíduos envolvidos, fatores que influenciam as velocidades nos processos de adoecimento.⁴

Os riscos atrelados a contaminações tóxicas podem ser enquadrados como abstratos/pós-industriais por serem invisíveis, transtemporais e globais. São invisíveis porque envolvem efeitos contaminantes que irradiam bioacumulativamente, de maneira a transformarem, imperceptivelmente, as microestruturas dos sistemas biológicos e alterar a funcionalidade dos seus elementos constituintes. São transtemporais porque as exposições a substâncias tóxicas podem desencadear danos à saúde das vítimas somente depois de um longo tempo desde o seu marco inicial. São globais porque frequentemente não

⁴Nesse sentido, Kanner (1997, p. 169-170) explica que: “uma das alegadas diferenças entre lesões por ilícitos tóxicos e lesões tradicionais é que a lesão é ilimitada no tempo. O exemplo citado com mais frequência é o longo período de dormência ou latência do câncer e de outras doenças latentes. Um aspecto da questão da latência é a natureza transformadora das lesões por ilícitos tóxicos. Por exemplo, uma ruptura cromossômica se transformará em um câncer. Ao contrário dos ilícitos tradicionais, os ilícitos tóxicos frequentemente exibem uma separação temporal entre a conduta ilícita e o surgimento da lesão. Isso produz uma série de questões novas e difíceis, incluindo, mas não se limitando a, questões relativas à prova de exposição e dose; quem expõe o demandante; e remédios, especialmente durante o período de latência ou antes da emergência do dano mais sério e temido”. (Tradução nossa).

apresentam limites territoriais, podendo se espalhar pela rede ecossistêmica de maneira a causar um extenso desequilíbrio ambiental.

Percebe-se, assim, o enquadramento das contaminações por substâncias tóxicas no tipo de risco próprio da sociedade pós-industrial, exigindo-se, nesses casos, a adoção da teoria do risco abstrato, de modo a se pensar na ocorrência de dano ambiental futuro. Logo, caso se constate a contaminação do sistema ecológico (bem como do sistema biológico das vítimas) pela má gestão de substâncias perigosas, pode-se fazer a estimativa do risco, avaliando-se, quando possível, as probabilidades e as magnitudes das consequências dos efeitos plausíveis, havendo a configuração de ilícito tóxico se o risco for socialmente inaceitável, o que viabiliza a aplicação das medidas preventivas e precaucionais adequadas à situação.

3. O monitoramento médico preventivo: de *Friends for all Children v. Lockheed Aircraft Corp.* a *Metro-North Commuter R. R. Co. v. Buckley*

O aumento da concentração de indústrias em áreas urbanas e rurais desencadeou a intensificação dos riscos atrelados a subprodutos (produtos obtidos acessoriamente no curso da fabricação de outras substâncias, ou como resíduos de uma extração) e a redes de transporte que ligam a produção e o consumo (CUTTER; TIEFENBACHER, 2006, p. 9). Nesse sentido, a evolução tecnológica acarretou o aumento da quantidade de substâncias perigosas no meio ambiente, incrementando, também, o número de exposições e contaminações por agentes nocivos à saúde humana.

Nos Estados Unidos, isso levou ao ajuizamento de diversas ações judiciais coletivas (*class actions*) contra companhias com algum vínculo com as substâncias perigosas envolvidas nas contaminações. Michon ([2019?]) explica que esse tipo de ação judicial persiste e que, entre os réus, costumam figurar fabricantes e distribuidoras de produtos químicos, fabricantes e distribuidoras de máquinas ou dispositivos que tenham

levado à exposição de trabalhadores, empresas proprietárias ou locadoras de instalações onde os autores tenham sido expostos, fabricantes de equipamentos de segurança defeituosos, e empresas depositárias de produtos tóxicos.

Essas demandas são caracterizadas pelas dificuldades encontradas pelos autores em demonstrarem o nexo entre a conduta dos réus, a exposição tóxica e o desenvolvimento de determinadas doenças. Nesses casos, ainda que os demandantes consigam comprovar a causalidade genérica, pode lhes ser impossível demonstrar a causalidade específica para comprovação da possibilidade de desenvolvimento de doenças específicas em indivíduos determinados. Ocorre que doenças resultantes de exposições a substâncias tóxicas podem ter longos períodos de latência, configurando situações em que não há lesões demonstráveis imediatamente pelo indivíduo por meio de exames médicos de diagnóstico (CARVALHO, 2020, p. 181-182).

Ao se depararem com essas situações, juristas norte-americanos levantaram a possibilidade de vítimas de exposições a toxinas terem direito a alguma tutela jurisdicional, mesmo sem apresentarem quaisquer sintomas clínicos de lesões físicas. Tal direito adviria do simples fato de esses indivíduos, devido à exposição às substâncias perigosas, terem ficado mais propensos ao desenvolvimento de determinadas doenças no futuro, como cânceres e asbestose.

E algumas Cortes norte-americanas, de fato, passaram a determinar deveres de agir por parte dos culpados por contaminações em casos de simples contato das vítimas com substâncias tóxicas. Esses deveres têm se dado na forma de compensação por gastos com monitoramento médico preventivo (*preventive medical monitoring*), que consiste na realização periódica de exames de diagnóstico antes do surgimento de sintomas nos demandantes, sendo que os gastos devem ser custeados pelos demandados

considerados culpados mediante responsabilidade civil extracontratual (*tort liability*) (CARVALHO, 2020, p. 181).

3.1 A Era Pré-*Metro-North* e a Criação de Requisitos para a Concessão de Monitoramento Médico Preventivo

Essas transformações na responsabilidade civil apareceram em 1984, quando a agência de assistência para adoção *Friends for All Children* ajuizou uma ação contra a empresa aérea *Lockheed Aircraft Corp.* (ESTADOS UNIDOS, 1984) devido à queda de um avião da empresa que transportava órfãos do Vietnã do Sul aos Estados Unidos. A instituição demandante alegou que os órfãos sobreviventes ficaram propensos a sofrer prejuízos cerebrais específicos por causa da descompressão violenta e da consequente perda abrupta de oxigênio ocorrida durante o acidente.

Como resultado, a Corte do Distrito de Columbia deu provimento aos pedidos da autora, condenando a ré a arcar com os custos de monitoramento médico para os órfãos. O entendimento foi de que não se tratava de risco meramente especulativo, pois havia surgido de um evento traumático específico (e esse é um ponto bastante relevante para as decisões subsequentes referentes à concessão de monitoramento médico) (JOFFE, 2009, p. 666).

Outro caso emblemático foi o *Ayers v. Township of Jackson* (NOVA JERSEY, 1987), em que os demandantes afirmavam terem sido contaminados por poluentes tóxicos despejados no aquífero Cohansey, de onde vinha a água que eles consumiam. A poluição estava sendo causada por um aterro instalado e operado pelo município de Jackson, que foi, então, condenado pela Suprema Corte de Nova Jersey a arcar com os custos futuros de exames de diagnóstico anuais que os médicos dos demandantes considerassem necessários.

No caso *Ayers*, a Corte definiu requisitos para auxiliar na determinação da necessidade e da razoabilidade da concessão do monitoramento médico: os autores deveriam demonstrar por meio de testemunhos de especialistas baseados no significado e na extensão da exposição aos produtos químicos: (a) a toxicidade dos produtos químicos; (b) a gravidade das doenças que eles correriam risco de contrair; (c) o aumento relativo na chance de aparecimento de doença nos indivíduos expostos; (d) o valor do diagnóstico precoce.⁵ De acordo com Joffe (2009, p. 668), esses elementos são bastante subjetivos e não quantificáveis, mas serviram como base para que um grande número de Estados norte-americanos aceitasse esse tipo de ação judicial.

Em relação a esse caso, Farber (2014, p. 264-265) explica que a Corte fez distinções importantes entre quatro tipos de demandas relacionadas a potenciais lesões futuras decorrentes de exposição a produtos tóxicos: (a) no primeiro tipo, os autores apresentam lesões físicas atuais que podem se tornar doenças mais graves; (b) no segundo tipo, os autores não apresentam quaisquer lesões atuais, mas houve o aumento do risco de eles desenvolverem certas doenças no futuro; (c) no terceiro tipo, os autores, por terem ficado suscetíveis a doenças, sofrem a angústia emocional presente, como medo ou ansiedade, o que pode ser acompanhado de sintomas físicos ou não; (d) no quarto tipo, os autores, por causa do incremento do risco de desenvolver determinadas doenças, precisam se submeter a exames médicos periódicos para detectarem as enfermidades caso elas surjam em algum momento.

⁵Por conseguinte, entendemos que o custo do monitoramento médico é um item compensável de danos em que as provas demonstram – por meio de depoimento de especialista confiável baseado na significância e na extensão da exposição a produtos químicos, a toxicidade dos produtos químicos, a gravidade das doenças que os indivíduos correm o risco de desenvolver, o aumento relativo na chance de início da doença naqueles expostos e o valor do diagnóstico precoce – que o monitoramento dos efeitos da exposição a produtos químicos tóxicos é razoável e necessária”. (Tradução nossa). (NOVA JERSEY, 1987).

Conforme Farber (2014, p. 265), o entendimento preponderante nas situações (a), (b) e (c) – que são baseadas puramente em ‘incremento de risco’ ou ‘angústia mental’ – é o de que não cabe compensação, a menos que os autores demonstrem que o aumento da probabilidade da doença futura tenha sido maior que cinquenta por cento.⁶ Já em relação ao quarto tipo de demanda (d) – em que o autor, por causa do incremento do risco de desenvolver alguma doença, precisa se submeter a monitoramento médico para detectar eventual enfermidade futura –, Farber (2014, p. 265) explica que o entendimento prevalecente é ilustrado pela decisão do caso *In re Paoli R. R. Yard PCB Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1990), proferida pelo Terceiro Circuito Norte-Americano.

Essa ação foi movida por dezenove pessoas que viviam ou possuíam propriedades perto do pátio ferroviário de *Paoli*, os quais acusaram vários réus de liberarem grandes quantidades de produtos tóxicos na área, incluindo bifenilos policlorados (*polychlorinated biphenyls* – PCBs – popularmente conhecidos como “ascarel”). Os demandantes, sob a alegação de que essas substâncias teriam lhes ferido pessoalmente, pediram, entre outras coisas, que lhes fossem concedidos monitoramento médico preventivo.

Nesse caso, o tribunal decidiu que, para a concessão do monitoramento médico, os autores deveriam demonstrar, necessariamente, (a) que, por negligência dos réus, foram expostos de forma significativa a substâncias comprovadamente perigosas; (b) que, como resultado próximo, foram vítimas de um aumento do risco de contrair doença latente grave; (c) que esse incremento do risco tornou os

⁶Abraham (2002, p. 1982), porém, considera ser problemática a necessidade de quantificação do incremento do nível de risco, pois é frequentemente impossível quantificá-lo precisamente. Por isso, para o jurista, exigir a demonstração de um nível de risco inflexível impossibilitaria que muitos autores recebessem o que é de seu direito, uma vez que, nos casos de demandas por monitoramento médico, há justamente a tendência de não haver dados confiáveis dos riscos resultantes das exposições.

exames médicos razoavelmente necessários; e (d) que diagnósticos e tratamentos precoces da doença seriam possíveis (FARBER, 2014, p. 265).

Assim, da leitura dos casos *Friends for All Children*, *Ayers* e *In re Paoli R.R.*, pode-se dizer que, para a concessão do monitoramento médico, estabeleceu-se a exigência de comprovação da toxicidade dos produtos aos quais as vítimas alegam terem sido expostas por negligência dos réus⁷, e da gravidade das doenças que podem ser causadas por isso. É preciso, também, que as exposições tenham se dado em um grau significativo, visto que, ainda que a substância seja tóxica e possa, comprovadamente, causar doenças graves latentes, existe uma relação de quantidade e tempo de exposição para que seja gerado, de fato, algum risco à saúde.

Merece destaque, também, a exigência de comprovação do aumento relativo da chance de aparecimento de doenças nos indivíduos expostos, ao ponto de tornar a realização de exames médicos necessários. Quanto a isso, Abraham (2002, p. 1981) explica ser necessário um aumento significativo do risco decorrente da exposição, de modo que o risco atinja um nível significativo. Neste ponto, nota-se que há uma distinção entre nível significativo de risco e aumento significativo de risco: por um lado, é possível que haja um aumento significativo do risco sem que ele atinja um patamar significativo; por outro lado, é possível que não haja um incremento significativo no risco, mas, ainda assim, haja um nível de risco significativo, pois ele já era alto antes de ser potencializado.

⁷Observa-se que a necessidade de comprovação da negligência do réu não se aplicaria no Brasil para a responsabilização civil. Isso porque o direito brasileiro considera que a responsabilidade civil por ilícitos ambientais é objetiva, de modo que é possível se atribuir a obrigação de reparar ou indenizar os danos causados por determinado agente sem a necessidade de comprovação de culpa na conduta que ocasionou a lesão. Assim, no Brasil, a imposição da responsabilidade civil objetiva aos danos ambientais estabelece a necessidade de comprovação apenas da conduta (ação ou omissão), do dano e do nexo de causalidade. Considerando os riscos abstratos da sociedade pós-industrial, pode-se dizer que a responsabilidade civil – tendo em vista a posição primordial assumida pela sua função preventiva no contexto de proliferação de riscos – pode ser imposta objetivamente também às atividades que geram riscos ambientais intoleráveis, mesmo sem a comprovação de ocorrência de dano atual e concreto (CARVALHO, 2020, p. 260-264).

Por fim, percebe-se, nas decisões dos três *leading cases*, a necessidade de os autores comprovarem a possibilidade de a eventual doença permanecer oculta (justificando a realização periódica de exames de diagnóstico), bem como demonstrarem a existência de exames médicos capazes de detectá-la em seus sintomas iniciais, de maneira a possibilitar um tratamento precoce eficaz.

3.2 A Barreira do Metro-North Commuter R. R. Co. V. Buckley

Apesar de todos esses avanços relativos à concessão judicial de monitoramento médico preventivo, chegando-se a estabelecer critérios para tal, a Suprema Corte dos Estados Unidos mostrou-se relutante em ampliar a responsabilidade civil para esses casos em 1997. Isso ocorreu no julgamento de *Metro-North Commuter R. R. Co. v. Buckley* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997), em que um trabalhador ferroviário que lidava frequentemente com amianto demandava a concessão do monitoramento médico. A Suprema Corte considerou que, nesse caso, (a) diferentemente de *Friends for All Children*, não havia impactos físicos sofridos pela parte autora. (b) Além disso, os julgadores entenderam que o provimento do pedido poderia gerar um alto nível de contencioso sobre a matéria, (c) e que os especialistas poderiam não chegar a um acordo sobre quais exames seriam necessários para o diagnóstico das doenças possíveis. (d) Por fim, a Corte considerou serem muito grandes as chances de as ações de monitoramento médico resultarem em ganhos exorbitantes para demandantes já cobertos por seguros (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997, p. 440-444).

A juíza Ginsburg (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997, p. 445-456), ao comentar essa decisão (que ela considera enigmática), observou que, embora tenha havido a reversão da decisão do Segundo Circuito, ocorreu, também, a ordenação do reenvio do caso para as instâncias

inferiores para mais procedimentos. A partir disso, a magistrada concluiu que o posicionamento da Suprema Corte foi de que as concessões de monitoramento médico poderiam acontecer judicialmente, barrando-se, somente, a sua execução mediante o pagamento de montante em quantia fixa (*lump sum*).⁸

De qualquer modo, apesar de a decisão não proibir a concessão de monitoramento médico, ela surtiu impactos significativos nos entendimentos dos tribunais norte-americanos, muitos dos quais passaram a negar provimento a tais pedidos. Joffe (2009, p. 671) observa, contudo, que aproximadamente metade das Cortes estaduais continuou favorável a esse instituto jurídico. Isso é corroborado por casos como o emblemático *Lewis v. Lead Indus. Ass'n Inc.* (ILLINOIS, 2003), em que os autores pleiteavam a concessão de monitoramento médico por causa da exposição de seus filhos a altos níveis de pigmento de chumbo usado na fabricação de tintas. Nesse caso, entendendo que o fabricante da tinta seria passível de fornecer acompanhamento médico, a Corte de Apelação de Illinois, seguindo uma linha de raciocínio usada desde *Friends for All Children*, condenou os réus a pagarem por exames preventivos periódicos, entendendo que as lesões decorreriam da violação do interesse individual das vítimas de não terem que pagar por exames médicos caros (JOFFE, 2009, p. 671).

Assim, ainda que grande parte dos tribunais norte-americanos tenha se mostrado relutante em admitir essa forma de responsabilidade civil pelo risco, as ações de monitoramento médico persistem, bem como o provimento dos pedidos em alguns Estados. Farber (2018, p. 19-20) explica

⁸O *lump sum* é um modelo contratual que consiste no pagamento único de determinada quantia de dinheiro antes da execução do projeto que a ele está direcionado, diferentemente de sistemas em que há pagamentos periódicos. A aplicação do *lump sum* no caso do monitoramento médico consiste no pagamento das despesas de exames médicos de diagnóstico em quantias únicas aos ganhadores do benefício, o que é feito após estimativa do valor total que deverá ser gasto com os exames. O grande problema é que sistemas como esse abrem grande espaço para o mau uso do dinheiro, que acaba não sendo usado conforme sua finalidade. (JOFFE, 2009, p. 680).

que a relutância de tribunais pós-*Metro-North* decorreu de um erro interpretativo do entendimento da Suprema Corte que, como também explicado por Ginsburg, limitou-se a rejeitar pagamentos em montantes fixos (*lump sum*), não tendo rejeitado amplamente as concessões de monitoramento médico.

Finalmente, diante do exposto, pode-se dizer que o fenômeno das ações judiciais de monitoramento médico preventivo são um exemplo de assimilação, pelo Poder Judiciário, das transformações implicadas pela sociedade de risco. Assim, está-se ante uma ampliação da responsabilidade civil, em que a teoria do risco abstrato possibilita a responsabilização por danos ambientais futuros. Com isso, os tribunais estadunidenses assumiram uma postura de imposição de medidas preventivas ante os riscos pós-industriais, aqui representados pela possibilidade de desenvolvimento de doenças latentes decorrentes da exposição dos litigantes a substâncias tóxicas.

4. A possibilidade de assimilação do monitoramento médico preventivo pelo direito ambiental brasileiro

No direito ambiental brasileiro, há uma série de critérios substanciais e procedimentais aos quais se recomenda seguir para a adequada e justa apuração de danos e riscos ambientais. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de utilização de critérios substanciais – que permitem tomadas de decisões judiciais e administrativas coerentes –, como (a) o padrão *Daubert* (*Daubert Standard*)⁹, (b) o credenciamento dos laboratórios junto a órgãos ambientais, (c) a realização de perícias e relatórios por

⁹De acordo com Carvalho (2020, p. 289), o padrão *Daubert*, firmado no *leading case* “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical*”, consiste em “requisitos de admissibilidade do testemunho científico, determinando a validade e a relevância deste a partir dos seguintes critérios de análise: (i) que a teoria e a técnica sejam passíveis de submissão à verificação científica; (ii) que tenha sido submetida à revisão científica e objeto de publicação; (iii) que se tenha conhecimento do nível de incerteza ou erros em potencial, bem como dos padrões para controlá-los; e (iv) que haja amplo reconhecimento (*general acceptance*) perante a comunidade científica. Tais critérios servem como elementos de ponderação acerca da admissibilidade da prova.”

especialistas dotados de autoridade científica, *(d)* a conformidade da metodologia adotada com padrões normativos, *(e)* a independência e a transparência dos pareceres científicos, e *(f)* a proximidade temporal da análise técnica em relação ao evento gerador do impacto ou do risco ambiental. Também precisam ser observados critérios procedimentais – fundamentais para a análise das provas científicas levadas ao Judiciário ou à Administração –, dentre os quais se pode mencionar *(a)* a garantia da participação das partes e de terceiros interessados no processo, bem como *(b)* o respeito ao contraditório e aos devidos processos legal, ambiental e científico (CARVALHO, 2020, p. 288-292).

Em se tratando de uma possível aplicação do monitoramento médico preventivo no Brasil, seria necessário observar, além desses quesitos, outros padrões específicos, extraídos dos *leading cases* norte-americanos anteriormente abordados. Tratam-se de critérios constituídos em um sistema jurídico que, de longa data, ocupa-se de desastres causados por contaminações industriais, sendo prudente a sua consideração nas tomadas de decisões em casos brasileiros similares, conquanto haja as devidas adequações às especificidades do direito pátrio.

Esses critérios podem ser sintetizados nas exigências de comprovação: *(a)* do contato das vítimas com as substâncias tóxicas; *(b)* da toxicidade dos produtos químicos aos quais as vítimas alegam terem sido expostas por causa dos réus; *(c)* da gravidade das doenças que podem ser causadas pela exposição; *(d)* do grau significativo da exposição; *(e)* do aumento relativo do risco de desenvolvimento de doenças aliado ao alcance de nível significativo desse risco; *(f)* da existência de exames médicos capazes de identificar a possível doença; *(g)* do auxílio que a identificação precoce da doença poderia dar ao seu tratamento.

No entanto, é preciso destacar que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos – onde predomina o entendimento de que, para a imputação da responsabilidade civil extracontratual (*tort law*) em casos de contaminações, é necessária a presença da negligência na conduta omissiva ou comissiva do acusado – aplica-se, no direito ambiental brasileiro, a responsabilidade civil objetiva. Diante disso, para a imputação da responsabilidade civil ambiental no Brasil, não é necessária a apuração de negligência, imprudência ou imperícia dos acusados, bastando-se a presença de liame causal entre as suas condutas e os resultados antijurídicos (MACHADO, 2017, p. 417).

Além disso, devido à adoção da teoria do risco em sua subespécie ‘integral’, pressupõe-se que agentes que desempenham certas atividades assumem os riscos dos seus exercícios, visando-se, com isso, a influenciá-los na tomada de medidas preventivas para evitar danos e riscos cujas intensidades levariam automaticamente à imputação da responsabilidade civil. Nesse sentido, além de não ser necessária a demonstração da negligência dos réus, não há espaço sequer para eventuais excludentes de responsabilidade civil (MILARÉ, 2016, p. 214-218). Com isso, percebe-se que, para a concessão de monitoramento médico preventivo por exposição a substâncias tóxicas no Brasil, tanto a negligência dos causadores do desastre tóxico quanto a evitabilidade/inevitabilidade dos danos decorrentes são elementos dispensáveis para a configuração dessas obrigações de fazer.

Cumprе salientar, também, que, diante da necessidade de flexibilização do nexo de causalidade entre conduta e dano ou risco ambientais, o direito ambiental brasileiro adotou, via jurisprudência do STJ, o princípio

do *in dubio pro ambiente*, o qual, aliado ao princípio da precaução, fundamenta a inversão do ônus da prova em favor da vítima, quando esta envolver o meio ambiente.¹⁰⁻¹¹

Em razão da inversão do ônus probatório, restaria às vítimas de contaminações a posterior demonstração da pessoalidade e da incidência do dano/risco sobre elas para que houvesse alguma reparação. Em se tratando de ações civis públicas, isso poderia ocorrer na fase de admissibilidade das demandas de execução das prestações relativas às lesões aos interesses individuais (obviamente depois de transitada em julgado a sentença condenatória na ação coletiva).¹²

¹⁰ Nesse sentido, ver: AgInt no AREsp nº 1.090.084/MG, rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, 2ª T., J. 21.11.2017, Dje. 28.11.2017; AgInt no AREsp nº 779.250/SP, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., J. 06.12.2016, Dje. 19.12.2016; AgInt no AREsp nº 846.996/RO, rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., J. 04.10.2016, Dje. 19.10.2016; AgRg no AREsp nº 183.202/SP, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª T., J. 10.11.2015, Dje. 13.11.2015; AgRg no AREsp nº 533.786/RJ, rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, 4ª T., J. 22.09.2015, Dje. 29.09.2015; REsp nº 1.517.403/AL, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., J. 25.08.2015, Dje. 16.11.2015; REsp nº 1.237.893/SP, rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª T., J. 24.09.2013, Dje. 01.10.2013; AgRg no AREsp nº 206.748/SP, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª T., J. 21.02.2013, Dje. 27.02.2013; REsp nº 1.330.027/SP, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª T., J. 06.11.2012, Dje. 09.11.2012; REsp nº 883.656/RS, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., J. 09.03.2010, Dje. 28.02.2012; REsp nº 1060753/SP, rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª T., J. 01.12.2009, Dje. 14.12.2009; REsp nº 1.049.822/RS, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª T., J. 23.04.2009, Dje. 18.05.2009. Interessa ressaltar que esses precedentes deram origem à Súmula nº 618 do STJ, assim emendada: “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental” (BRASIL, 2021).

¹¹ Neste ponto, interessa observar que, para a aplicação do *in dubio pro ambiente*, a vítima do dano ou do risco ambiental deve ser o próprio meio ambiente, sobre o qual incidem diretamente os efeitos lesivos ou potencialmente lesivos decorrentes de atividades humanas. Assim, em se tratando de danos ambientais por ricochete, que afetam interesses individuais via meio ambiente, é possível se argumentar que não poderia haver a inversão do ônus probatório com fundamento nos princípios do *in dubio pro ambiente* e da precaução, ao menos não em relação aos interesses individuais. Contudo, destaca-se que, tendo em vista que os danos/riscos ambientais reflexos são causados por intermédio do meio ambiente, as condutas provocadoras dos deveres de reparação em esferas individuais são, em regra, aquelas que, em um primeiro momento, atingiram diretamente o meio ambiente para, a partir disso, afetarem indiretamente interesses individuais. Tendo isso em vista, as condutas que tenham alguma ligação com os riscos ou os danos sobre o ecossistema também atraem, em regra, o dever de reparação em favor de indivíduos. Esse raciocínio se aplicaria a eventuais ações judiciais brasileiras que pleiteassem o monitoramento médico preventivo, uma vez que, nelas, haveria a procura pela tutela de interesses individuais, ainda que homogêneos, nos casos das ações coletivas, pretensões, estas, fundadas em danos/riscos reflexos de contaminações de grandes dimensões que se deram sobre o próprio meio ambiente. Diante disso, para a averiguação do nexo de causalidade em ações de monitoramento médico, haveria a incidência dos princípios do *in dubio pro ambiente* e da precaução, de modo a fundamentar a inversão do ônus da prova.

¹²Sobre execução coletiva de determinação de sentença em ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos ambientais, ver: ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 284-285.

Desse modo, tendo sido constatada a alta toxicidade das substâncias à saúde humana, de maneira a potencializar o surgimento de doenças específicas dependendo dos seus níveis de concentração e do tempo de exposição a elas, os indivíduos que buscassem o monitoramento médico preventivo precisariam demonstrar a alta probabilidade de se enquadrarem como vítimas submetidas a um grande risco de adoecimento por causa da exposição (nos moldes dos sete requisitos extraídos dos *leading cases* norte-americanos). Isso poderia ser feito, por exemplo, mediante provas de que habitaram ou trabalharam, por anos, em região em que havia, conforme laudos periciais produzidos para a verificação das dimensões do desastre ambiental, altas concentrações da substância atestadamente relacionada ao aumento do risco das doenças graves.

Conclui-se, assim, ser possível a condenação de causadores de exposições tóxicas a custearem o monitoramento médico preventivo das vítimas, na forma de obrigações de fazer derivadas da responsabilização civil extracontratual dos causadores dos danos ambientais futuros. Para tal, é recomendável a observação dos critérios desenvolvidos na experiência jurídica norte-americana, sem, contudo, olvidar-se das características próprias do direito ambiental brasileiro, em especial a objetividade da imputação da responsabilidade civil (teoria do risco), a inversão do ônus probatório (concomitância dos princípios do *in dubio pro ambiente* e da precaução) e a inexistência de excludentes da responsabilidade civil (subteoria do risco integral).

Conclusão

A partir da análise dos casos norte-americanos de monitoramento médico preventivo, verifica-se a possibilidade de se responsabilizar civilmente os agentes que tenham participado direta ou indiretamente das causas de danos ou riscos atrelados a contaminações no Brasil, de modo a

condená-los a formular e executar programas de monitoramento médico preventivo em favor das vítimas.

Para tal, é necessário dispender atenção aos critérios para a concessão do benefício, os quais estão voltados para a verificação da criação ou do incremento do risco de desenvolvimento de doenças latentes específicas em indivíduos determinados, situação que deve ter sido desencadeada por exposições a substâncias tóxicas causadas por condutas juridicamente imputáveis dos agentes envolvidos.

Assim, o direito brasileiro conseguiria se adaptar às expectativas próprias da sociedade pós-industrial, integrando, enfim, a responsabilização civil por danos ambientais futuros a seu sistema. No caso, isso se daria pela sua reestruturação para conceber a concessão de monitoramento médico preventivo via judicial, o qual se apresenta, em casos de contaminações por substâncias tóxicas, como instrumento possibilitador da reparação integral de danos e riscos ambientais.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ABRAHAM, Kenneth S. Liability for Medical Monitoring and the Problem of Limits. **Virginia Law Review**, Charlottesville/VA, v. 88, n. 8, p. 1975-1988, dez. 2002. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1074014?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas anotadas**: direito ambiental: dano ambiental. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj%20%27618%27\).sub.#TIT1TEMAo](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj%20%27618%27).sub.#TIT1TEMAo). Acesso em: 05 jan. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro**: A responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Déltón Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CARVALHO, Déltón Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CUTTER, Susan L.; TIEFENBACHER, John. Chemical hazards in urban America. *In*: CUTTER, Susan L. (org.). **Hazards, vulnerability and environmental justice**. Londres: Earthscan, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley**, 521 U.S. 424 (1997). Julgado em: 23 de junho de 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/424/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Third Circuit. **In re: Paoli Railroad Yard PCB Litigation**, 916F.2d829 (3rd Cir. 1990). Julgado em: 20 de setembro de 1990. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/916/829/208123/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. **Friends for all Children v. Lockheed Aircraft Corp**, 746 F.2d 816 (D.C. Cir. 1984). Julgado em: 12 de outubro de 1984. Disponível em: <https://casetext.com/case/friends-for-all-children-v-lockheed-aircraft-4>. Acesso em: 05 jan. 2021.

FARBER, Daniel A. **Environmental law in a nutshell**. 9 ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2014.

FARBER, Daniel A. Tort Law in the Era of climate Change, Katrina, and 9/11: Exploring Liability for Extraordinary Risks. **UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1121125**, Berkeley/CA, 13 abr. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121125. Acesso em 10 mai. 2019.

ILLINOIS. Illinois Appellate Court, First District Decisions. **Lewis v. Lead Industries Ass'n. 793 N.E. 2d 869 (Ill. App. Ct. 2003)**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/illinois/court-of-appeals-first-appellate-district/2003/1021034.html>. Acesso em: 05 jan. 2021.

JOFFE, Adam P. The Medical Monitoring: Ongoing Controversy and a Proposed Solution. **Chicago-Kent. Law Review**, Chicago/IL, v. 84, n. 2, p. 663-689, abr. 2009. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol84/iss2/11>. Acesso em: 26 dez. 2020.

KANNER, Allan. The Politics of Toxic Tort Law. **Widener Law Symposium Journal**, v. 2, n. 163, p. 163-183, outono de 1997. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1874928>. Acesso em: 26 dez. 2020.

LUCAS JR. Robert E. Lucas. **Lectures on Economic Growth**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MICHON, Kathleen. Toxic torts overview: learn the basics of toxic tort law: liability for damage from pesticides, chemicals, and pharmaceuticals drugs. In: **NOLO: Legal Encyclopedia, Legal Forms, Law Books, & Software**. Berkely/CA, [2019?]. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/toxic-torts-overview-32204.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

MILARÉ, Édís. **Reação jurídica à danosidade ambiental**: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18874>. Acesso em: 30 dez. 2020.

NOVA JERSEY. Supreme Court of New Jersey. **Ayers v. Jackson Tp, 525 A. 2d 287 (N.J. 1987)**. Julgado em: 07 de maio de 1987. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1987/106-n-j-557-1.html>. Acesso em: 05 jan. 2021.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Capítulo 8

Deficiência, Discriminação e Lei de Cotas: as Barreiras ao Exercício do Direito ao Trabalho ¹

Larissa de Oliveira Elsner ²

Introdução

O objetivo central do presente artigo é apresentar de uma forma acessível os principais assuntos estudados durante uma longa pesquisa para a formação da dissertação de mestrado desta autora, como uma forma de introduzir a leitura do texto mais denso e completo que está disponível para consulta pública³.

Sendo assim, os leitores deste texto terão acesso aos principais temas analisados, as bases teóricas utilizadas a embasar os argumentos apresentados e ao conteúdo das informações, dos dados estatísticos e das legislações que foram estudados.

Contudo, é importante alertar que grande parte da pesquisa não será apresentada neste artigo, devido ao tamanho reservado para essa contribuição. E por tal motivo, espera-se que este texto instigue os leitores a buscarem pela versão completa da pesquisa.

Deseja-se uma boa leitura!

¹ Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “A Discriminação do Trabalhador com Deficiência e Lei de Cotas: um estudo à luz da (des)colonialidade”, sob a orientação da profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de mestra em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 14/05/2020.

² Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (Bolsista PROEX/CAPES). Mestra em Direito Público pela UNISINOS (Bolsista PROEX/CAPES). Especialista em Direito do Trabalho pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Membro dos Grupos de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS, Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH) e Grupo Jurisgêneses da UNISINOS. Advogada e pesquisadora. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9215715351032855>. E-mail: larissaelsner@hotmail.com.

³ ELSNER, Larissa de Oliveira. **A Discriminação do Trabalhador com Deficiência e a Lei de Cotas: um estudo à luz da (des)colonialidade**. São Leopoldo: UNISINOS, 2020. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9235>. Acesso em: 8 jan. 2021.

1 Modelos e definições acerca da deficiência

A deficiência é um conceito complexo, pois não é formado por uma base fixa, simples e muito menos constituída por saberes de um único campo do conhecimento. Trata-se de um conceito mutável, que sofre influências relativas à forma como as sociedades se organizam com o passar da história, principalmente acerca da maneira como a estrutura social lida com a diferença. Cada sociedade, em seu momento histórico específico, determina suas necessidades e seus valores sociais, que compõem o seu contexto social, e estabelece o que é adequado socialmente e o que é inadequado, sendo que esse último é classificado enquanto o diferente (AGUADO DÍAZ, 1995, p. 20). Assim, por estar relacionada à diferença, “A deficiência é uma situação heterogênea que envolve a interação de uma pessoa com suas dimensões físicas e psíquicas e com os componentes da sociedade à qual ela se desenvolve e vive”⁴ (PADILLA-MUÑOZ, 2010, p. 384, tradução nossa).

Partindo dessas premissas, verifica-se que a deficiência é significada por diferentes perspectivas teóricas, que podem ser reunidas em pelo menos dois modelos⁵: o biomédico, que entende a deficiência como uma desvantagem natural indesejável, que necessita ser reparada, curada ou reabilitada, a fim de proporcionar a normalização do corpo e, assim, ser garantido a essa pessoa um padrão de funcionamento típico à espécie (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67); e o social, para o qual a deficiência é uma manifestação da diversidade humana, e considera que as barreiras sociais que ignoram os corpos com impedimentos provocam a

⁴ “La discapacidad es una situación heterogénea que envuelve la interacción de una persona en sus dimensiones física o psíquica y los componentes de la sociedad en la que se desarrolla y vive”. (PADILLA-MUÑOZ, 2010, p.384).

⁵ Esta divisão não é a única proposta entre os estudiosos da deficiência. Na pesquisa desenvolvida para a dissertação de mestrado, Elsner (2020) identificou quatro distintos pesquisadores que analisam a deficiência de maneiras diversas, considerando a existência de outros modelos. Todavia, optou-se por adotar essa estrutura ampla de dois grandes modelos teóricos.

experiência da desigualdade, ou seja: “[...] a opressão não é um atributo dos impedimentos corporais, mas resultado de sociedades não inclusivas” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67), e que pretende “[...] denunciar a estrutura social que oprime a pessoa deficiente” (DINIZ, 2012, p.10).

O modelo biomédico ou modelo individual da deficiência (MARTINS; ESPANHA; BERG, 2016, p.42) estruturou-se em uma construção discursiva difundida a partir do século XVIII (DINIZ, 2012, p.8), que “[...] viria a subsistir incólume até ao final da década de 1960” (MARTINS, 2017, p.33). A instauração do modelo biomédico não possui uma data precisa, mas é identificada pelos estudiosos a partir de distintos eventos históricos situados entre o período do século XVII ao século XX (DINIZ, 2012; MARTINS, 2017). Entre os direcionamentos teóricos para se estudar o modelo biomédico da deficiência, o discurso de Foucault concentrou sua análise “[...] no tempo histórico-político da Idade Média ao início do século XX e coloca em evidência os significados de segregação (ou exclusão) das pessoas com deficiência ao longo desse período” (BARBOSA-FOHRMANN, 2016, p. 744). Na obra, ‘Os anormais’ (FOUCAULT, 2018) são apresentadas terminologias e conceitos úteis para entender o modelo biomédico da deficiência no que se refere à legitimidade exclusiva da medicina enquanto área capacitada a definir os corpos normais, como, por exemplo, os conceitos de norma e normalização⁶.

A normalização social, política e técnica, enquanto um processo geral, se desenvolveu durante o século XVIII, com o domínio da educação – pelo sistema escolar –, da medicina – com a organização hospitalar –, da produção industrial e também na estruturação do exército (FOUCAULT, 2018, p.42). As fases da vida de cada indivíduo estariam todas abarcadas pela

⁶Os conceitos de norma e normalização de Foucault foram construídos com amparo na obra: CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2015.

regulação normativa, sendo essa uma proposição não natural, ou seja: “[...] a norma não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica” (FOUCAULT, 2018, p. 42). A norma rege, então, a normalização de uma forma positiva, em que se apresenta um saber, um entendimento sobre algo, e se pretende encaixar, adaptar, nos limites daquilo que foi posto. Para os estudos da deficiência, outra chave de pesquisa importante é a monstruosidade ou monstro humano⁷ que demonstra a presença e relevância do discurso médico na modernidade, com forte influência no sistema jurídico, e que representaria o corpo com deformidade, o qual serviu enquanto tradução dos “[...] progressos da racionalização e da medicalização das percepções do corpo monstruoso” (COURTINE, 2008, p.487). Na estrutura do modelo biomédico, portanto, a deficiência não estaria de acordo com a norma, mas sim, com o desvio dessa, como se observa no trecho:

A deficiência também compartilhou terreno com o termo moderno “monstruosidade” e com a “deformidade” da era clássica - o primeiro tendo conotações sobrenaturais e o segundo representando uma queda da piedade em um tipo particular de feiura moral e física. Por outro lado, a palavra “aleijado”, que deriva da ideia de quem se arrasta, representou uma tentativa de caracterizar vários impedimentos fisiológicos que impediam a mobilidade. Da mesma forma, “inválido” era um sombreamento médico precoce de uma ampla gama de enfermidades resultantes de ferimentos ou doenças. Foi no século XIX que a deficiência se tornou firmemente ligada, através do discurso da estatística, medicina e direito, às palavras como “desvio”, “anormalidade” e “desordem”⁸. (SERLIN; REISS; ADAMS, 2015, tradução nossa).

⁷O monstro humano também é uma forma conceitual analisada no discurso de Foucault (2018, Pp. 47) e ganha destaque a partir do século XVIII, permanecendo enquanto categoria analítica até o século XIX (ELSNER, 2020).

⁸“Disability also shared ground with the early modern term ‘monstrosity’ and the classical-era term ‘deformity’ - the former having supernatural overtones and the latter representing a falling away from godliness into a particular kind of moral and physical ugliness. By contrast, the word ‘cripple’, which derives from the idea of one who creeps, represented an attempt to characterize various physical impairment that impeded mobility. Similarly, ‘invalid’ was

O modo como o conceito de normalidade e monstro humano produzido pelo modelo biomédico foi difundido na sociedade moderna em relação às pessoas com deficiência é esclarecido pelo processo de desumanização. A desumanização é um processo em nível discursivo e prático que é aplicado como mecanismo para inferiorizar indivíduos, ao ponto de esses não serem considerados plenamente seres humanos em relação a outros (BRAGATO, 2016, p.1807). Os estudos descoloniais⁹ demonstram que a base do discurso da desumanização se sedimentou a partir de dogmas do pensamento filosófico e político que exaltou a racionalidade como característica iminentemente humana e que também serviu ao reconhecimento de direitos inalienáveis ao homem (BRAGATO, 2016, p.1808). A ferramenta analítica que se adota nesse estudo para compreender a desumanização é a da colonialidade do ser desenvolvida por Maldonado-Torres (2007, p. 129 -130) – com apoio nas categorias de colonialidade do poder e do saber criadas a partir do conceito de colonialidade de Quijano (2009) – que está relacionada “[...] a uma experiência vivida da colonização e seu impacto na linguagem”¹⁰ (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 129 -130, tradução nossa).

Para as pessoas com deficiência, a utilização de binômios como normal e anormal, eficiente e não-eficiente, capacitados e não-capacitados,

an early medical shading of a broad range of infirmities resulting from injury or illness. It was in the nineteenth century that disability became firmly linked, through the discourse of statistic, medicine, and law, to words such as ‘desviance’, ‘abnormality’, and ‘disorder’.” (SERLIN; REISS; ADAMS, 2015).

⁹O Pensamento Descolonial é um projeto epistemológico fundado no reconhecimento da existência de um conhecimento hegemônico, mas, sobretudo, na possibilidade de contestá-lo a partir de suas próprias inconsistências e nas considerações de conhecimentos, histórias e racionalidades tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade moderna. Por meio de diversos autores cujo pensamento vem ganhando visibilidade nos últimos anos, propõe-se colocar em evidência a dimensão colonial da Modernidade, a fim de descobrir a lógica do poder e de exclusão que pode ser útil para compreender a dinâmica que os direitos humanos assumiram hoje, como direitos assentados nos princípios da igual dignidade e da não discriminação” (BRAGATO, 2014, p. 205).

¹⁰[...] a la experiencia vivida de la colonización y su impacto en el lenguaje” (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 129 -130).

humano e monstro humano, entre outras, revelam pela análise da colonialidade do ser, que a epistemologia colonialista desenvolveu o paradigma de sujeito moderno-racional-capacitado como padrão a justificar a inferioridade das pessoas com deficiência (PINO MORÁN; TISEYRA, 2019, p. 510), assim: “Por tudo isso, a invisibilidade, a desumanização e o capacitismo caracterizam a colonialidade do ser” (PINO MORÁN; TISEYRA, 2019, p.510). Sendo assim, a exclusão, a segregação e a integração¹¹ são processos vinculados ao modelo biomédico da deficiência (BARBOSA-FOHRMANN, 2016, p.738), frente aos seus atributos característicos, e perpetuados pela lógica da colonialidade do ser a qual “[...] geralmente decorre em exclusão e pode ser considerada como uma espécie de morte social [...]”¹² (GÁRCIA-VÁSQUEZ, 2015, p.158, tradução nossa).

A ideia de inclusão social¹³ foi inserida pelo modelo social da deficiência, que teve origem na Inglaterra, durante a década de 1960 do século XX (MARTINS, 2016, p.174.), em que foram publicados os primeiros estudos da deficiência desde uma perspectiva social, por Paul Hunt, sociólogo e com deficiência física (DINIZ, 2012, p. 13), de título *Stigma: the experience of disability*¹⁴ (HUNT, 2007). A iniciativa de Hunt, provocou uma organização de outros sociólogos com deficiência que fundaram a *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS), sendo reconhecida como a primeira organização política sobre a deficiência formada e gerenciada por pessoas com deficiência (DINIZ, 2012, p. 15). A percepção social

¹¹A integração da pessoa com deficiência trata-se de uma ação individual, na qual esse sujeito deverá se adaptar ao meio social, e não o contrário, porque “[...] aqueles que conseguem se adaptar são incluídos nos mecanismos regulares, mas quem não consegue acaba segregado dos demais indivíduos da sociedade” (BARBOSA-FOHRMANN; ANGELICA, 2014, p.20).

¹²[...] generalmente deviene en exclusión y puede considerarse como una especie de ‘muerte social’[...]” (GÁRCIA-VÁSQUEZ, 2015, p.158).

¹³[...] processo bilateral no qual as pessoas ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos”. (SASSAKI, 2010, p. 39).

¹⁴Coletânea de 60 (sessenta) textos escritos por pessoas com deficiência, com o objetivo de que essas pessoas conceituassem a deficiência e refletissem profundamente acerca de sua situação (HUNT, 2007).

da deficiência, defendida pelos membros da UPIAS, considera a deficiência produto das condições, estruturas e atividade relacionais e interpessoais inseridas em um meio ambiente que é produzido pelo homem e, por esse motivo, afasta a ideia de que a deficiência é somente a derivação de uma doença (PADILLA-MUÑOZ, 2010, p. 404). Isso é o que constitui a essência do modelo social: a lesão não é negada, contudo não é tida como a causa da desvantagem econômica e social das pessoas com deficiência (BARNES, 1999).

A segunda fase do modelo social da deficiência nasce com contribuições e críticas das teóricas feministas e também de movimentos pós-modernos, nos anos de 1990 e 2000 (DINIZ, 2012, p. 56). De um modo geral, as críticas feministas promoveram uma reavaliação dos conceitos estruturados pela primeira geração de teóricos do modelo social - composta, em sua maioria, por homens, com deficiência física, que afastavam de seus estudos a ideia da necessidade do cuidado e da associação com a saúde, pois tinham como objetivo afastar a hegemonia do modelo biomédico e desmistificar o conceito de inválido ou ineficaz para o trabalho (DINIZ, 2012, p. 57) - agindo como “[...] um processo de revigoração e expansão do modelo social, e não uma crítica externa e opositora” (DINIZ, 2012, p. 60), visto que mantinham seu foco de estudos nas experiências da deficiência no contexto dos direitos e da exclusão, insistindo no modelo social da deficiência frente ao modelo médico que imperou até os anos 70 (BALZA, 2011, p. 57). Entre as propostas de teóricas feministas, destaca-se a de Garland-Thomson (2011, p. 14) que afirma a potencialidade dos estudos da deficiência e da teoria feminista se beneficiarem mutuamente, porque assim como o feminismo ampliou a abrangência do que se imagina ser o feminino, os estudos da deficiência buscaram examinar a identidade da pessoa com deficiência a fim de possibilitar sua inclusão social plena,

logo: “Uma teoria feminista da deficiência baseia-se nos pontos fortes de ambos estudos”¹⁵ (GARLAND-THOMSON, 2011, p.14, tradução nossa).

As abordagens das teóricas feministas da deficiência promovem entendimentos complexos da história cultural do corpo, com base no sistema de habilidade/deficiência, pelo qual suas pesquisas puderam superar os tópicos explícitos sobre deficiências – como doenças, saúde e beleza –, ampliaram a análise acerca da unidade da categoria mulher, do *status* do corpo vivido, da política da aparência, da medicalização do corpo, do privilégio da normalidade, do multiculturalismo, da sexualidade, da construção social da identidade e do compromisso com a integração (GARLAND-THOMSON, 2011, p. 17). Essas produções teóricas foram desenvolvidas tanto por mulheres com deficiência, como por estudiosas sem deficiência, sendo essas últimas responsáveis por investigar a realidade das cuidadoras de pessoas com deficiência (DINIZ, 2012, p. 58).

Inseridos no campo de estudos pós-modernos, destacam-se os Estudos Críticos da Deficiência, tradução do termo de referência em inglês *Critical Disability Studies* (CDS). Os CDS correspondem a um campo interdisciplinar que se baseou no modelo social da deficiência, mas ultrapassou esse, pois acolheu uma variedade de perspectivas teóricas que contribuíram para a reflexão de novos métodos para se estudar a deficiência (GOODLEY; LAWTHOM; LIDDIARD; RUNSWICK-COLE, 2019, p. 974). Um importante desenvolvimento dos CDS foi a aderência à perspectiva dos estudos pós-coloniais (MEEKOSHA; SHUTTLEWORTH, 2009, p.50), que contribuíram ao entendimento acerca da hegemonia da normalidade enquanto herança dos processos coloniais e propagada pelo modelo biomédico da deficiência, tendo como fundamento a inferiorização das pessoas com deficiência, seja por meio da invisibilidade de suas vozes e

¹⁵“A feminist disability theory builds on the strengths of both”. (GARLAND-THOMSON, 2011, p. 14).

conhecimentos relativos a seus próprios corpos, seja pela caracterização de seus corpos com deficiência enquanto menos valorosos em relação aos ideais de corpos normais. Nessa mesma linha, o Pensamento Descolonial também contribui à compreensão do processo de desumanização de pessoas com deficiência, pela ferramenta da colonialidade do ser, por exemplo, e também em relação à descolonização dos estudos sobre a deficiência no sentido de eles abrangeram as diferentes realidades e vulnerabilidades, ou seja: descolonizar os estudos sobre a deficiência é uma proposição de ampliação e não de negação, é reconhecer a necessidade de criar alianças e possibilitar debates plurais que incluam todas as perspectivas globais (GRENCH, 2014).

As críticas apontadas servem ao aperfeiçoamento desse modelo social da deficiência que representou uma mudança de paradigma importante no sentido de reconhecer a pessoa com deficiência enquanto um sujeito de direitos, o que não era aceito na vigência do modelo biomédico (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 96). Com isso, o direito absorveu os conceitos definidos no modelo social da deficiência e os inseriu nas normativas de direitos humanos, com destaque à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas (ONU), que foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional¹⁶. A CDPD serviu de base para a estruturação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) de nº 13.146/2015, tendo acolhido a seguinte terminologia para definir os sujeitos de direito com deficiência¹⁷:

¹⁶ “No ordenamento jurídico brasileiro, a CDPD foi ratificada enquanto um tratado internacional de direitos humanos em 10 de agosto de 2008, e lhe foi conferida força de emenda constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/88”. (ELSNER; LAZZARIN, 2020, p.109).

¹⁷ Essa terminologia também está expressa no EPD, em seu “Artigo. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015).

Artigo 1. 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. (BRASIL, 2009).

A previsão de uma terminologia jurídica destinada às pessoas com deficiência tem sua importância no fato de que “[...] interfere no reconhecimento da titularidade de uma série de direitos específicos deferidos a tal grupo” (ARAÚJO; MAIA, 2014), bem como na definição de violações de direitos sofridas por essas pessoas, como é o caso da discriminação por deficiência, que passa a ser analisada no tópico a seguir.

2 A discriminação por deficiência e seus números em relação ao trabalho

A ONU estima que as pessoas com deficiência correspondem a 15% da população mundial, um total aproximado de 1,5 bilhões de pessoas (UNDP, 2018. p.9.). No Brasil, o último censo demográfico – realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – identificou que 45.606.048 milhões de pessoas declararam possuir pelo menos um tipo de deficiência, correspondendo a 23,9% da população total (BRASIL, 2012, p. 6). As pessoas com deficiência compõem a um dos maiores grupos minoritários¹⁸ do mundo (UNDP, 2018. p.9), e têm maiores chances de enfrentar desigualdades econômicas e sociais do que as pessoas sem deficiência, sendo mais vulneráveis à violação de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; BANCO MUNDIAL, 2012. p. 10). Essa desigualdade e violação de direitos está relacionada à discriminação

¹⁸ Adota-se o seguinte conceito de grupo minoritário ou minoria: “Minoria, neste sentido, não significa grupos numericamente inferiores dentro da sociedade, mas grupos com debilidade de poder. [...] O que importa é o fato de serem grupos culturalmente não-dominantes e, portanto, vulneráveis, que resulta no fenômeno da discriminação, como atitude intolerante diante das diferenças em relação aos padrões dominantes”. (BRAGATO, 2018, p. 52).

que é apontada entre as maiores barreiras¹⁹ enfrentadas pelas pessoas com deficiência (UNITED NATIONS, 2018, p. 25).

A discriminação por deficiência é um conceito jurídico que está previsto, de forma expressa, na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (CIPD)²⁰, na CDPD²¹ – ambas incluídas no ordenamento jurídico brasileiro – e, também, é composto da seguinte definição no EPD:

Artigo 4º. Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa. (BRASIL, 2015).

Partindo da estruturação jurídica da discriminação por deficiência, é possível se analisar quais violações de direitos humanos estão relacionadas à origem e a perpetuação da desigualdade econômica e social vivenciada

¹⁹ O conceito jurídico de barreira está previsto no artigo 3º, IV, alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', 'e' e 'f' do EPD (BRASIL, 2015).

²⁰ Artigo 1.2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência: a) o termo 'discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência' significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação". (BRASIL, 2001).

²¹ Artigo 2. Definições: [...] '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; [...]. (BRASIL, 2009).

pelas pessoas com deficiência em todos os países do mundo. Assim, por meio dos dados estatísticos e informações colhidas e publicadas por organizações como a ONU, o Banco Mundial (BM) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) – a nível internacional – e, também, pelos órgãos oficiais brasileiros, como o IBGE, demonstra-se o impacto que a discriminação exerce na vida dessas pessoas, e como ela está diretamente ligada a fatores como a pobreza e a violação do direito ao trabalho. Isso se torna evidente nos dados coletados em relatório da ONU, os quais apontam que as pessoas com deficiência têm maior probabilidade de viver em situação de pobreza do que as pessoas sem deficiência devido às barreiras sociais como a discriminação, o acesso limitado à educação, ao emprego e à falta de inclusão nos meios de subsistência e outros programas sociais (UNITED NATIONS, 2018. p.25). O mesmo se verifica em relatório produzido pelo BM e OMS de 2011, que apontou:

[...] É mais difícil para as pessoas com deficiência se beneficiarem do desenvolvimento e sair da pobreza devido à discriminação no trabalho, acesso limitado ao transporte, e falta de acesso aos recursos para promover o autoemprego e atividades que garantam sua subsistência (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; BANCO MUNDIAL, 2012, p. 10).

Sobre a relação deficiência e pobreza, a ONU publicou um relatório em 2018 com os dados relativos a indicadores de pobreza de seis países²² – colhidos no período de 2011 a 2016 – os quais demonstraram que uma percentagem mais elevada de pessoas com deficiência vivia abaixo da linha de pobreza em relação às pessoas sem deficiência em todos os países analisados (UNITED NATION, 2018, p. 57). Entre os países estudados,

²² Os seis países analisados foram: Macao (China), Estados Unidos da América, República da Coreia, Indonésia, Geórgia e Mongólia. Essas informações foram condensadas em formato de gráfico disponível no documento citado. (UNITED NATION, 2018. p. 57).

destacam-se aqueles que apresentaram os maiores níveis de desigualdade em relação à pobreza: a República da Coreia, com 35% das pessoas com deficiência vivendo abaixo do nível da pobreza em relação a 13% de pessoas sem deficiência; e os Estados Unidos da América (EUA) em que 29% das pessoas com deficiência vivem abaixo do nível de pobreza em relação a 11% de pessoas sem deficiência (UNITED NATION, 2018, p. 57). Independente das particularidades dos países pesquisados, a ONU concluiu enquanto ponto central para o risco de viver em condições de pobreza o fator acesso ao trabalho, como se verifica no trecho abaixo:

A deficiência tem um impacto econômico e social significativo sobre as pessoas com deficiência e suas famílias, bem como sobre suas comunidades e sociedade. As taxas de emprego são mais baixas para homens e mulheres com deficiência do que para os seus pares sem deficiência e a exclusão de pessoas com deficiência do mundo do trabalho pode custar entre 1 e 7 por cento do Produto Interno Bruto. Pessoas com deficiência correm maior risco de pobreza devido a esse acesso reduzido ao emprego e salários mais baixos; elas também têm custos extras de vida associados a várias barreiras, como assistência médica, dispositivos de assistência ou suporte pessoal²³. (UNDP, 2018, p. 9, tradução nossa).

A desigualdade em relação ao acesso às vagas de emprego entre pessoas com deficiência e sem deficiência foi demonstrada por meio de uma pesquisa realizada no período de 2006 a 2016, com informações coletadas em 91 países e territórios diferentes, os quais foram reunidos em nove regiões geográficas, considerando a taxa de empregabilidade da população

²³ “Disability has a significant economic and social impact on persons with disabilities and their families, as well as on their communities and society. Employment rates are lower for men and women with disabilities than their peers without disabilities and excluding persons with disabilities from the world of work can cost countries between 1 and 7 percent of Gross Domestic Product. Persons with disabilities are at an increased risk of poverty due to this reduced access to employment and lower wages; they also have extra costs of living associated with various barriers such as medical care, assistive devices or personal support” (UNDP, 2018, p. 9).

entre 15 (quinze) anos ou mais (UNITED NATIONS, 2018, p. 190). Os resultados apontam que em todas as nove regiões geográficas o percentual de pessoas com deficiência empregadas foi inferior ao de pessoas sem deficiência, sendo a maior disparidade identificada na região da América do Norte (UNITED NATIONS, 2018, p. 190).

No Brasil, foram identificados no censo de 2010 do IBGE, o total de 86,4 milhões de pessoas em idade ativa²⁴ ocupadas no Brasil, sendo que desse total, as pessoas com deficiência representavam 20,4 milhões de ocupados (BRASIL, 2012, p. 19). Para o IBGE, a participação de 23,6% de pessoas com deficiência em relação ao número total de ocupados em idade ativa no Brasil configura uma baixa participação no mercado de trabalho em comparação às pessoas sem deficiência, apesar da exigência legal de cotas para trabalhadores com deficiência (BRASIL, 2012, p. 19).

Nas análises sobre a taxa de empregabilidade de pessoas com deficiência no Brasil, utilizam-se os dados estatísticos oficiais coletados mediante a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), que desde 2007, apresenta as informações detalhadas sobre os trabalhadores com deficiência e reabilitados que ocupam as vagas de emprego formal vinculadas à reserva obrigatória prevista na legislação de cotas. Os dados reunidos pelas informações da RAIS, no período de 2007 a 2016, confirmam que a totalidade de vínculos de emprego formal de pessoas com deficiência e de reabilitados sempre correspondeu a menos do que 1,0% do conjunto total de pessoas empregadas (BRASIL, 2017). Situação essa que se manteve nos anos de 2017 e 2018, em que a participação dos trabalhadores com deficiência manteve-se na porcentagem de 1,0% (BRASIL, 2019a, p. 11). A baixa representatividade de trabalhadores com deficiência no mercado formal é expressa tanto no percentual referido como na existência de um perfil de

²⁴ “O IBGE considerou como idade ativa a faixa etária de 10 (dez) anos ou mais” (ELSNER, 2020).

trabalhador que preenche essas vagas, sendo eles em sua “[...] maioria homens com deficiência física entre 25 a 64 anos, demonstrando que mesmo em um universo de pessoas com deficiência em condições de preencherem uma vaga de emprego formal, o próprio mercado é seletivo nas vagas disponibilizadas a esses cidadãos” (ELSNER, 2018, p. 56-57).

Tanto nas pesquisas de escala global como nos dados estatísticos que demonstram a realidade brasileira, observa-se que a baixa empregabilidade de pessoas com deficiência representa uma negação ao exercício de seu direito ao trabalho, o que é produto da discriminação sofrida por esses trabalhadores, resultando na majoração de chances dessas pessoas viverem em situação de pobreza. Na tentativa de romper com esse círculo da desigualdade, uma das ações afirmativas mais aplicada pelos Estados é a da Lei de Cotas que serviria a elidir a discriminação dos empregadores – pois esses não teriam opção em contratar ou não pessoas com deficiência – e aumentar as chances dessas pessoas terem acesso às vagas de emprego, tanto no âmbito público como privado, haja vista que uma das principais barreiras ao exercício do direito ao trabalho segue sendo apontado como:

O estigma e a discriminação, incluindo a estereotipagem de pessoas com deficiência e suas habilidades, podem impedir seriamente sua participação na sociedade. A atitude preconceituosa implícita ou explícita pode minar as oportunidades das pessoas com deficiência de ingressar na força de trabalho ou de participar da vida pública de outra forma²⁵. (UNDP, 2018, p. 9, tradução nossa).

Diante da relevância dessa ação afirmativa, destina-se o último tópico ao estudo de seu conteúdo, bem como da legislação brasileira que garante o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, a fim de compreender

²⁵ “Stigma and discrimination including stereotyping of persons with disabilities and their abilities can severely impede their participation in society. Implicit or explicit attitudinal bias can undermine the opportunities of persons with disabilities to join the workforce or otherwise participate in public life”. (UNDP, 2018, p. 9)

como a barreira da discriminação se estabelece em novas propostas de lei que visam a alterar a estrutura vigente.

3 Direito ao trabalho, Lei de Cotas e o Projeto de Lei 6.159/2019

Reconhecer a natureza de direito humano e fundamental ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro foi uma proposição imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) (ALVARENGA, 2016, p. 62), com a adesão das normativas internacionais de direitos humanos²⁶, e também pela classificação de direito social fundamental adotada em seu artigo 6^o²⁷ (BRASIL, 1988). Referente ao trabalhador com deficiência, a CF/88 traz expressamente em seu artigo 7^o, XXXI, a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (BRASIL, 1988), assim como prevê no artigo 37^o, VIII a proteção ao direito ao trabalho por meio de reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência (BRASIL, 1988). Ainda sobre as previsões constitucionais do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, cumpre reafirmar que os artigos que compõem a CDPD também possuem força constitucional – com destaque ao artigo 27 de título “Trabalho e Emprego” (BRASIL, 2009) – agregando assim o compromisso do Estado brasileiro com as proposições dessa normativa. No plano infraconstitucional, salienta-se para o conteúdo do EPD, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do artigo 93^o da Lei n. 8.213/91, conhecida como a Lei de Cotas, que serão estudados na sequência.

²⁶ A título informativo, sinaliza-se algumas normativas internacionais recepcionadas pelo Estado brasileiro que constituem o trabalho enquanto um direito humano: Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948); Convenção n^o 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão (BRASIL, 1968); e Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (BRASIL, 1992).

²⁷ “Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O EPD consolidou o direito ao trabalho da pessoa com deficiência em seu capítulo VI, subdividindo em três seções: a primeira indica as disposições gerais sobre o direito ao trabalho das pessoas com deficiência (artigos 34 e 35); a segunda trata da habilitação e reabilitação profissional (artigo 36); e a terceira dispõe sobre a inclusão da pessoa com deficiência ao trabalho (artigos 37 e 38). De acordo com o artigo 34 e seus parágrafos, o direito ao trabalho da pessoa com deficiência será exercido por “[...] livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL, 2015), sendo obrigatório às pessoas jurídicas de direito público e privado garantir que os ambientes laborais sejam acessíveis e inclusivos (BRASIL, 2015), bem como “[...] é vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição [...]” (BRASIL, 2015). Ainda, no artigo 35^o, salienta-se para a indicação da relevância de políticas públicas em relação ao trabalho e emprego, em que expressamente indica como finalidade primordial “[...] promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo do trabalho” (BRASIL, 2015).

A CLT regula as relações de trabalho e emprego envolvendo os trabalhadores com e sem deficiência. Entre alguns exemplos em que a deficiência é expressamente referida estão a regulamentação do contrato de aprendizagem, prevista no artigo 428 da CLT, em que não se limita idade máxima para os aprendizes com deficiência e permite-se que o contrato se estenda em período superior a dois anos para esses aprendizes (BRASIL, 1943). E o artigo 611-B, XXII da CLT, em que se reitera o texto constitucional referente à proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão de trabalhador com deficiência, sendo essa matéria considerada objeto ilícito a ser regulado por convenção ou acordo coletivo

de trabalho, sendo proibida qualquer redução ou supressão de direitos vinculados a não discriminação do trabalhador com deficiência (BRASIL, 1943).

Prevista no artigo 93 da Lei n. 8.213/91²⁸, a Lei de Cotas “[...] busca promover a equiparação de oportunidades às pessoas com deficiência no mundo do trabalho” (SANTOS, 2017, p. 840). É uma regulação destinada a todas as pessoas com deficiência que sejam habilitadas ou reabilitadas (LORENTZ, 2016, p.197), podendo usufruir do direito à reserva obrigatória de vagas em empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados, observando o aumento da percentagem de vagas conforme o número de empregados da empresa (BRASIL, 1991). Regula também a forma de dispensa lícita desses trabalhadores, que nos casos de contrato de trabalho em vigor por mais de 90 (noventa) dias e sendo o desligamento do interesse do empregador, somente poderá ser executado com a contratação de outro trabalhador em iguais condições²⁹ (BRASIL, 1991). Essa estrutura da Lei de Cotas foi colocada em discussão, desde 27 de novembro de 2019, quando iniciou a tramitação de Projeto de Lei (PL) n. 6.159/2019³⁰ (BRASIL, 2019b).

²⁸ “Artigo 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados...2%; II - de 201 a 500.....3%; III - de 501 a 1.000.....4%; IV - de 1.001 em diante...5%. § 1. A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. § 2. Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. § 3. Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943 (BRASIL, 1991).

²⁹ Válido referir que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) considera dispensa legítima de trabalhador com deficiência ainda que não tenha sido previamente contratado outro em igual condição, se a empresa empregadora já tiver cumprimento com o mínimo legal de reserva de vagas de emprego formal, como se observa em julgados recentes do TST que foram analisados na seguinte pesquisa: (ELSNER, 2019, p.219-242).

³⁰ Até 22 jan. 2021, a última movimentação ocorrida no PL n. 6.159/2019 foi em 18/12/2019, com a criação de uma comissão especial destinada a proferir parecer sobre o PL (BRASIL, 2019).

O PL n. 6.159/2019 recebeu críticas de movimentos sociais de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Ministério Público Federal (MPF), entre outros atores, que apresentaram manifestações acerca das irregularidades presentes no projeto justificando a sua inconstitucionalidade³¹, com ênfase às propostas de modificações que afetam diretamente a Lei de Cotas. Uma das principais críticas em torno do PL n. 6.159/2019 é a de que suas alterações seriam “[...] tendentes a reduzir a eficácia da reserva de vagas e, por conseguinte, tendente a reduzir o percentual de pessoas contratadas no sistema de reserva de vagas” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2019), o que também foi reforçado em Carta Aberta assinada por diversos movimentos sociais representativos de pessoas com deficiência, que afirmam:

[...] o PL altera de forma profundamente negativa a Lei de Cotas, principal ferramenta que dispomos para a garantia do direito ao trabalho para as pessoas com deficiência, diminuindo sobremaneira as chances de sua contratação no mercado formal (COLETIVAÇÃO, 2020).

De uma forma ampla, os documentos referidos indicam que as alterações propostas no PL n. 6.159/2019 para a Lei de Cotas constituem referências discriminatórias (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2019) e, principalmente, um retrocesso aos preceitos do Modelo Biomédico da Deficiência. Um exemplo

³¹A inconstitucionalidade do PL n. 6.159/2019 é suscitada pela violação aos artigos 3º, c, e 4º, item 2, da CDPD, visto que “O projeto em análise, apesar de impactar direta e negativamente direitos de pessoas com deficiência, foi apresentado sem qualquer comprovação de que tais pessoas tenham sido chamadas a participar de sua elaboração” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019). E também por afrontar o artigo 5º, XIII da CF/88 (BRASIL, 1988) e o artigo 26 do Pacto de San José de Costa Rica (BRASIL, 1992), e por apresentar “[...] nítida afronta ao reconhecimento da situação de pobreza da pessoa com deficiência e da necessidade de a legislação contribuir para efetivação dos direitos da pessoa com deficiência [...]” (SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO, 2019).

disso, seria o tipo de habilitação/reabilitação compulsório proposto no artigo 10 do PL n. 6.159/2019 que exalta uma “[...] percepção da deficiência como um problema do indivíduo, um ‘defeito’ a ser ‘corrigido’, tanto que em momento algum é tratada a necessária adaptação dos espaços de trabalho” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2019). Essa ideia de que a deficiência é uma tragédia individual do sujeito, isentando o Estado e a sociedade de qualquer responsabilidade, é um traço evidente do modelo biomédico, o qual já teria sido superado na estrutura da legislação brasileira vigente diante da adoção do modelo social da deficiência e seus preceitos de inclusão social presentes na CPDP.

Outros elementos problemáticos da nova proposta textual ao artigo 93 da Lei 8.213/91 pelo PL n. 6.159/2019 indicados são: a inferiorização da pessoa com deficiência considerada ‘grave’ diante da ‘bonificação’ do empregador com o reconhecimento da cota dobrada prevista no artigo 93, § 5º do PL n. 6.159/2019 (BRASIL, 2019), que caracteriza uma violação ao objetivo fundamental da CPDP da inclusão social diante da redução de chance de emprego a um outro trabalhador com deficiência (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2019); a previsão do art. 93-A, §1º do PL n. 6.159/2019 (BRASIL, 2019) que configura uma discriminação porque pressupõem as pessoas com deficiência incapazes para exercerem determinadas atividades, que no PL n. 6.159/2019 são intituladas como ‘perigosas’, mas que não possui embasamento legal e tampouco científico que justifique essa restrição (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2019); e a desvalorização do trabalho da pessoa com deficiência, diante da proposta do artigo 93-B do PL n. 6.159/2019 (BRASIL, 2019) que possibilita o recolhimento de valor equivalente a dois salários-mínimos por cargo não preenchido ou a contratação por empresa diversa, em

afronta aos princípios da inclusão e participação plena e efetiva na comunidade previstas no CDPD.

As críticas em relação às propostas do PL n. 6.159/2019 de alteração da Lei de Cotas suportam-se também nos dados estatísticos referentes à representatividade das pessoas com deficiência nas vagas de emprego formal, os quais demonstram que “[...] 93% das pessoas com deficiência que estão no mercado formal de trabalho estão em empresas com obrigação legal de cumprimento da lei de cotas e fiscalizadas” (SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO, 2019).

Considerações finais

Reconhecer a deficiência enquanto uma condição humana é não a reduzir a uma definição médica ou a uma tragédia individual. O modelo social exalta a humanidade das pessoas com deficiência, afastando as ideias retrógradas do modelo biomédico de monstruosidade e anormalidade, e foi a estrutura teórica social que influenciou as legislações – o direito – para que essas pessoas fossem reconhecidas enquanto sujeitos de direitos. Dessa forma, a existência de barreiras que impeçam as pessoas com deficiência de exercerem seus direitos constitui uma afronta ao princípio da não discriminação. E como se pode confirmar a partir dos dados estatísticos apresentados, as pessoas com deficiência são um dos maiores grupos minoritários no mundo que enfrentam uma alta desigualdade econômica e social, em comparação às pessoas sem deficiência, devido à barreira da discriminação.

Para cumprir com o intuito de apresentar uma reflexão crítica sobre como a discriminação por deficiência permanece como fator decisório no exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência, adotou-se a ferramenta analítica da colonialidade do ser, oriunda do Pensamento Descolonial, que demonstrou como a desumanização está relacionada à

lógica da colonialidade, que pode ser interpretada pelos binômios discriminatórios inerentes ao modelo biomédico.

Por fim, essas conclusões somente foram alcançadas pela soma de pesquisas quantitativas, destacando os dados estatísticos e informações de relatórios oficiais, a revisão bibliográfica de obras que analisassem os modelos teóricos da deficiência e, ainda, reunidas com a análise da legislação vigente no Brasil que regula, especialmente, o direito humano, social e fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência, com um destaque especial à Lei de Cotas. O resultado dessa pesquisa foi demonstrar a importância dessa ação afirmativa e como uma proposta de alteração sem a participação da comunidade de pessoas com deficiência pode ser um risco às conquistas provenientes da luta desses cidadãos, em especial, quando identificados traços da lógica da colonialidade vinculada ao modelo biomédico da deficiência.

Referências

- AGUADO DÍAZ, Antonio León. **Historia de las deficiencias**. Madrid: Fundación ONCE, Escuela Libre, 1995. Disponível em: <https://sid.usal.es/libros/discapacidad/5051/8-1/historia-de-las-deficiencias.aspx>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [s.l.], v. 86, p. 165-181, Jan.-Mar., 2014. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc6000017027d39dc5de028f4c&docguid=I69a4e800a42f11e39b78010000000000&hitguid=I69a4e800a42f11e39b78010000000000&spos=5&epos=5&td=10&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 8 jan. 2021.

BALZA, Isabel. Crítica feminista de la discapacidad: el monstruo como figura de la vulnerabilidad y exclusión. **Dilemata**, [s. l.], n.7, p.57-76, 2011. Disponível em; [https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article /view/106](https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/106). Acesso em 8. jan. 2021.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; ANGELICA, Thiago da Costa Sá. Crianças com deficiência e o acesso à educação fundamental no Brasil: inclusão ou integração? Uma análise a partir do direito constitucional. **Revista Pensar**, Fortaleza, 2014. V.19, n.1, abr. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2651>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARBOSA-FOHRMANN; Ana Paula. Os modelos médico e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v.2, n.2, 2016. disponível em: [https://estudosinstitucionais.com/REI/article/ view/76](https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/76). Acesso em: 10 jan. 2021.

BARNES, Colin. Disabilities studies: new or not so new directions? **Disability & Society**, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 577-580, 1999. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=agh&AN=3954671 &lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 4, Rio de Janeiro, p. 1806-1823, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21291>. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.19, n.1, jan.-abr., p.201-230, 2014. Disponível em: [https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/ view/5548](https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548). Acesso em: 9 jan. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o Conceito de Minorias: uma análise sobre Racionalidade Moderna, Direitos Humanos e Não-Discriminação. In: STRECK, Lenio

Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado, n. 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018. E-book. Disponível em: <https://editorakarywa.wordpress.com/2018/08/15/constituicao-sistemas-sociais-e-hermeneutica-anuario-do-programa-de-pos-graduacao-em-direito-da-unisinos/#more-324>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL, 2007-2016 apud GARCIA, Vinicius Gaspar; BENEVIDES, Guirlanda Maria Maia de Castro; ALENCAR, Maria de Lourdes. **Dez anos de informações sobre o trabalho formal das pessoas com deficiência 2007-2016**. Campinas-SP: CESIT, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/12/Caracter%C3%ADsticas-do-emprego-formal-RAIS-13.12.17-1.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília; Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.** Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília; Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia (ME). **Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2018:** sumário executivo. Brasília-DF: ME, 2019a. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/rais2018/nacionais/3-sumario.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6. 159 de 27 de novembro de 2019.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9201565CoD9B6B

237D1F0431F8D6DD95.proposicoesWebExterno1?codteor=1837451&filename=PL+6159/2019. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência**. Brasília-DF: 2012. Disponível em: <https://www.pessoa.comdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2015.

COLETIVACÃO. **Carta Aberta do grupo ColetivAção**: Coletivo para defesa da Lei de Cotas em repúdio ao PL 6159/19. São Paulo: Coletivação, 2020. Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/noticias/convite-para-adesao-a-carta-de-repudio-do-movimento-contra-pl-que-derruba-a-lei-de-cotas-para-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CÓRDOBA M., Paulo A. Discapacidad y exclusión social: propuesta teórica de vinculación paradigmática. **Revista Tareas**, CELA, Centro de Estudios Latinoamericanos Justo Arosemena, n. 129, maio-agosto 2008, Panama, p.85. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Panama/cela/20120717104229/discapacidad.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

COURTINE, Jean-Jacques. O corpo inumano. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Revista Sur**, São Paulo, v.6, n.11, 2009. Disponível em: <https://sur.conectas.org/deficiencia-direitos-humanos-e-justica/>. Acesso em: 5 jan. 2021.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

ELSNER, Larissa de Oliveira. **A Discriminação do Trabalhador com Deficiência e a Lei**

de Cotas: um estudo à luz da (des)colonialidade. São Leopoldo: UNISINOS, 2020.

Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9235>.

Acesso em: 8 jan. 2021.

ELSNER, Larissa de Oliveira; LAZZARIN, Helena Kugel. Discriminação por deficiência e

direito: a relevância das normas antidiscriminatórias no contexto da pandemia de

COVID-19. p.102-120. *In:* NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir

Oliveira da (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos**. Florianópolis:

CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl618ok3/xec6nv2y>.

Acesso em: 18 jan. 2021.

ELSNER, Larissa de Oliveira. O emprego formal da pessoa com deficiência no mercado de

trabalho brasileiro. *In:* BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; VILLATORE, Marco

Antônio César. **Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II**. Florianópolis:

CONPEDI; Salvador: UFBA, p.41-60, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/ods65m46/g9flk5c4>.

Acesso em: 18 jan. 2021.

ELSNER, Larissa de Oliveira. Uma análise crítica do entendimento do Tribunal Superior do

Trabalho sobre a aplicação do artigo 93 da lei no 8.213/91 pela teoria do enfoque das

capacidade de Martha C. Nussbaum. *In:* BARRETO, Vicente de Paulo; GUERRA, Sara

Alacoque; MARQUES, Clarisse Gonçalves Pires. (org.). **Dimensões teóricas e**

práticas dos direitos humanos. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 219-242.

Disponível em: <https://www.editorafi.org/733direitoshumanos>. Acesso em: 18 jan.

2021.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com

deficiência como uma questão de direitos humanos. *In:* FERRAZ, Carolina Valença;

LEITE, Glauber Salomão. (coord.) **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000006913&lang=pt-br&site=eds-live>.

Acesso em: 18 jan. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais:** curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo:

Martins Fontes, 2018.

FREITAS, Carmeci Maria de Lourdes; PEREIRA, Jefferson Rodrigues; HONÓRIO, Luiz Carlos; SILVA, Wendel Alex Castro. A inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: uma reflexão à luz da responsabilidade social empresarial. **E&G Economia e Gestão**, Belo Horizonte, v. 17, n. 48, Set./Dez. 2017, p.108-109. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/13553>. Acesso em: 18. jan 2021.

GÁRCIA-VÁSQUEZ, Eduardo. La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos. **Revista de la Facultad de Medicina**, Bogotá, v. 63, n. 3, p. 155-160, 2015. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revfacmed/article/view/50571>. Acesso em: 10 jan. 2021.

GARLAND-THOMSON, Rosemarie. Integrating disability, transforming feminist theory. In: HALL, Kim Q. **Feminist Disability Studies**. Bloomington, Ind: Indiana University Press, 2011, p.14. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=392525&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 8 jan. 2021.

GOODLEY, Dan; LAWTHOM, Rebecca; LIDDIARD, Kirsty; RUNSWICK-COLE, Katherine. Provocations for Critical Disability Studies. **Disability & Society**, [s.l.], v. 34, n. 6, p. 972-997, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09687599.2019.1566889?needAccess=true>. Acesso em 10 jan. 2021.

GRECH, Shaun. Decolonising Eurocentric disability studies: why colonialismo matters in the disability and global South debate. **Social Identities**, v. 21, n.1,[s.l.], p. 6-21, 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13504630.2014.995347>. Acesso em: 22 jan. 2021.

HUNT, Judy. Classic Review. **Disability & Society**, [s. l.], v. 22, n. 7, p. 795-799, 2007. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=27528958&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 jan. 2021.

LANCILLOTTI, Samira Saad Pulchério. **Deficiência e trabalho**. Campinas: Autores Associados, 2003.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência**. São Paulo: LTr, 2016.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidade del ser: contribuciones al desarrollo de um concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFUGUEL, R. (Orgs.) **El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre Editores, p.127-167, 2007. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando; HESPANHA, Pedro; BERG, Aleksandra. Deficiência, conhecimento e transformação social. In: MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando. **Deficiência e emancipação social**. Para uma crise da normalidade. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, Bruno Sena. Deficiência e a biomedicina: o corpo e as lutas pelo sentido. In: MORAES, Marcia; MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando; MASCARENHAS, Luiza Teles. **Deficiência em questão: para uma crise da normalidade**. Rio de Janeiro: Nau, 2017.

MARTINS, Bruno Sena. Deficiência, política e direitos sociais. **JURIS** – Revista da faculdade de direito FURG, v. 26, Rio Grande, p.167-187, 2016. Disponível em: [https://siposg.furg.br/selecao/download/775/Martins2016_Deficiencia .pdf](https://siposg.furg.br/selecao/download/775/Martins2016_Deficiencia.pdf). Acesso em: 12 jan. 2021.

MEEKOSHA, Helen.; SHUTTLEWORTH, Russell. What's so 'critical' about Critical Disability Studies? **Australian Journal of Human Rights**, [s.l], v.15, n.1, p. 47-75, 2009. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1323238X.2009.11910861>. Acesso em: 18 jan. 2021.

MICHAILAKIS, Dimitris. The systems theory concept of disability: one is not born a disabled person, one is observed to be one. **Disability & Society**, London, v. 18, n. 2,

p. 210-215, 2010. Disponível em: <https://doi-org.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.1080/0968759032000044184>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT); MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (MPU).

Manifestação sobre o projeto de Lei n. 6159/2019. Vitória / Porto Alegre: MPT; MPU, 2019. Disponível em: http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2019/11/PARECERJURIDICO_150049-2019_Gerado-em-02-12-2019-12h51min17s.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Genebra: ONU, 1948. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre a deficiência.**

São Paulo: SEDPcD, 2012. Título original: World report on disability 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

PADILLA-MUÑOZ, Andrea. Discapacidad: contexto, concepto y modelos. **Revista**

Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, n.16, janeiro-junho, p. 381-414, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n16/n16a12.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad:** orígenes, caracterización y

plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: CERMI, 2008. Disponível em: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

PINO MÓRAN, Juan Andrés; TISEYRA, Maria Victoria. Encuentros entre la perspectiva

decolonial y los estudios de la discapacidad. **Revista Colombiana de Ciencias Sociales**, Universidad Católica Luis Amigó, v. 10, n. 2, Medellín, p.497-521, 2019. Disponível em: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2893>. Acesso em: 12 jan. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Wederson Rufino. Pessoas com deficiência e inclusão no trabalho na América Latina: desafios á universalização dos direitos. **Cadernos Brasileiros de Teoria Ocupacional**, São Carlos, v.25, n.4, p. 839-854, 2017. p.840. Disponível em: <http://www.cadernosdeterapiaocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/1668>. Acesso em: 14 jan. 2021.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 8 ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SERLIN, D.; REISS, B.; ADAMS, R. **Keywords for Disability Studies**. New York: NYU Press, 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=992496&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 jan. 2021.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO (SINAIT). **Nota de Repúdio aos Retrocessos do PL 6.159/19**. Brasília, DF: SINAIT, 2019. Disponível em: https://sinait.org.br/docs/nota_1_folha_-_versao_terca_feira_1834.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

UNITED NATIONS (UN). Department of Economic and Social Affairs. **Realization of the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities**: UN flagship report on disability and development 2018. [S.l]: UN, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/disabilities/documents/2019/UN-flagshipreport-disability.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

UNPD, United Nations Development Programme. **Disability Inclusive Development in UNDP**: guidance and entry points, 03 December 2018. New York: UNDP, 2018. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Human%20Rights/UNDP-_Disability_Inclusive_Development_accessible.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

Capítulo 9

Os Instrumentos Normativos e Institucionais do MERCOSUL para a Política Migratória Brasileira ¹

Vitória Volcato da Costa ²

Introdução

O presente artigo decorre de uma pesquisa realizada em âmbito de dissertação de mestrado, na qual se buscou responder de que maneira podem ser utilizados os instrumentos jurídicos e políticos e as estruturas institucionais existentes no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a respeito da migração³ e da livre circulação de pessoas⁴, para que haja uma resposta coordenada dos Estados Partes (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) em relação ao fluxo migratório proveniente da Venezuela⁵, de forma a respeitar a proteção dos direitos humanos assumidos pelo bloco e a promover o aprofundamento do sistema de integração, especialmente no que tange ao fomento da construção de uma cidadania regional.

¹Este artigo foi desenvolvido com base na pesquisa de título “A recepção dos imigrantes venezuelanos nos Estados Partes do MERCOSUL: uma análise à luz dos Direitos Humanos e do Direito da Integração do bloco sul-americano”, sob a orientação de Luciane Klein Vieira, apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestra em Direito Público ao PPG Direito da UNISINOS e defendida em 26/11/2019.

²Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – Bolsista CAPES/PROEX. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro do Serviço de Assessoria em Direitos Humanos para Imigrantes e Refugiados (SADHIR) da PUCRS; Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Integração Regional da UNISINOS. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2054276404638735>. E-mail: vitoria.volcato@gmail.com.

³Quando uma pessoa sai do seu Estado de origem ou de residência habitual e migra para outro, com o intuito de nele se estabelecer, temporária ou permanentemente.

⁴Liberdade dos nacionais dos Estados Partes de circular pelo território integrado, ou seja, território dos demais Estados Partes.

⁵Na última década, um intenso fluxo migratório inaugurou-se em razão da crise humanitária, política, econômica e social desencadeada na Venezuela, que iniciou em meados de 2014. Atualmente, trata-se do segundo maior fluxo de migração forçada do mundo, ficando atrás apenas daquele proveniente da Síria (ACNUR, 2020), sendo a região sul-americana a de maior destino dos imigrantes venezuelanos. (COSTA, 2020).

Entre as diferentes razões pela qual optou-se em trabalhar com o referido tema, encontra-se a necessidade em difundir cada vez mais os instrumentos existentes no MERCOSUL na temática migratória, que ainda não são suficientemente conhecidos e utilizados no Brasil, a fim de contribuir para o aprimoramento e a efetivação dos direitos humanos das pessoas migrantes. Por isso, para o presente artigo, optou-se por trabalhar com o quarto capítulo da dissertação, que aborda especificamente os instrumentos normativos e institucionais do MERCOSUL para as migrações.

O quarto capítulo da dissertação, portanto, investiga quais as ferramentas existentes no MERCOSUL que podem auxiliar no aprimoramento da recepção dos imigrantes venezuelanos nos quatro Estados Partes do bloco, no que tange à regularização migratória e às políticas para integração local. Tendo em vista a impossibilidade de trazer à tona todo o conteúdo e análise realizados, assim como não se pretendendo fazer apenas uma reprodução do que já foi escrito, o artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são os instrumentos normativos e institucionais do MERCOSUL para as migrações de uma maneira geral, e como estes podem aprimorar a política migratória brasileira?

A hipótese é a de que, uma vez tendo sido identificados, na dissertação de mestrado referida, diversos instrumentos normativos e institucionais no MERCOSUL que poderiam contribuir na coordenação de uma recepção dos Estados Partes em relação aos imigrantes venezuelanos, de modo a promover e a implementar o acesso desses aos direitos humanos previstos nas normativas do bloco e a promover a cidadania regional, tais instrumentos também podem auxiliar na política migratória brasileira

referente aos diferentes fluxos migratórios que ocorrem no país, englobando as migrações *intra*⁶ e *extra*⁷ bloco.

Para tanto, primeiramente será apresentada a história e a trajetória do tema migratório no MERCOSUL. Em seguida, realizar-se-á uma análise do estado da arte atual da política migratória brasileira. Por fim, serão analisados os instrumentos do MERCOSUL para a migração, a fim de verificar de que maneira estes podem ser utilizados em prol dos direitos humanos das pessoas migrantes no Brasil.

O método de abordagem teórica é o dedutivo, com os métodos de procedimento histórico, normativo-descritivo e comparativo. As técnicas de pesquisa consistem em revisão bibliográfica e análise documental⁸.

1 A trajetória do tema migratório no MERCOSUL

O MERCOSUL foi criado com a assinatura do Tratado de Assunção, tratado constitutivo do bloco, em 26 de março de 1991, tendo como Estados Partes fundadores Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai⁹ (MERCOSUL, 1991). O objetivo deste bloco sul-americano é formar um mercado comum, conforme o art. 1º do Tratado de Assunção, etapa de integração econômica que demanda a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais (ACCIOLY, 1996, p. 21). O MERCOSUL ainda não logrou êxito em consolidar um mercado comum, tal qual se pode observar na União Europeia (UE), sendo considerado atualmente uma união aduaneira

⁶Migração dos nacionais dos Estados Partes dentro do território integrado.

⁷Migração de nacionais de terceiros Estados, que não fazem parte do MERCOSUL, para o território integrado.

⁸Algumas das informações presentes na dissertação foram obtidas também por meio de entrevistas com os órgãos nacionais dos Estados Partes, competentes para desenhar e implementar a política migratória e a política de refúgio. No caso do Brasil, respondeu à entrevista o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

⁹Posteriormente, a Venezuela ingressou como Estado Parte, mas encontra-se suspensa atualmente por “ruptura da ordem democrática”, com base no art. 5º do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático do MERCOSUL. Ainda, a Bolívia, que é Estado Associado, encontra-se em processo de adesão para tornar-se Estado Parte.

imperfeita¹⁰ (VIEIRA, ARRUDA, 2018, p. 289). Porém, o bloco vem avançando desde a sua criação em diversos temas que fazem parte não somente da dimensão estritamente econômico-comercial, mas da dimensão social, que tem por foco a melhora das condições de vida e a proteção dos direitos humanos dos nacionais e imigrantes residentes nos quatro Estados Partes, de forma harmônica.

O tema da livre circulação de pessoas e das migrações *extra* bloco, assim, inserem-se na dimensão social do MERCOSUL, pois dependem de uma série de políticas e leis que garantam a vida e a segurança das pessoas em situação de mobilidade, pois essa aumenta as vulnerabilidades humanas. A migração de uma forma geral foi inserida no MERCOSUL em virtude não somente do objetivo de formar um mercado comum com a livre circulação de pessoas, mas também em razão de a região ser marcada pela alta mobilidade de pessoas, o que demanda uma série de medidas a fim de evitar situações de vulnerabilidade, como, por exemplo, a importância da regularização migratória para o combate à exploração laboral, inclusive, em casos análogos à escravidão.

Os migrantes sul-americanos têm um histórico de ter como destinos a América do Norte ou a Europa. Porém, desde a segunda metade do século XX, a migração intrarregional passou a se tornar um fenômeno frequente. Entre os motivos para tanto, estão as diferenças econômicas entre os países, o que se deu em especial pela expansão industrial da Argentina e do Brasil à época. De outro lado, motivos políticos também marcaram importante presença para a mobilidade de pessoas na região, em razão da

¹⁰A união aduaneira é uma das etapas de integração econômica, sendo anterior ao mercado comum. Na união aduaneira, além de os Estados isentarem a cobrança de quaisquer restrições aduaneiras, tarifárias e não tarifárias para a circulação de mercadorias no território integrado, também visa à adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC) para a importação de mercadorias de terceiros Estados que não façam parte da união. O MERCOSUL é considerado atualmente uma união aduaneira imperfeita, porque, mesmo tendo sido adotada uma TEC, que no MERCOSUL se chama Norma Comum do MERCOSUL (NCM), este bloco possui uma lista semestral de exceções, nas quais os Estados Partes podem estabelecer mercadorias que não irão fazer parte do regime da NCM.

eclosão de ditaduras militares em diversos países sul-americanos, na segunda metade do século XX, o que gerou exílios políticos. Assim, a migração intrarregional é marcada especialmente pela busca dos migrantes por países vizinhos com maior estabilidade econômica e/ou política. (BATISTA, PARREIRA, 2013, p. 337; IPPDH, OIM, 2016).

Desde a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, é possível verificar atenção à temática migratória, o que se deu primeiramente através da criação de subgrupos de trabalho, cada um com competência específica para desenvolver ações de harmonização legislativa e de coordenação administrativa em diferentes assuntos que integram a área da migração, como direitos trabalhistas, direitos previdenciários, controle fronteiriço, determinação da documentação necessária para ingresso nos Estados, etc. (GARCÍA, 2012, p. 27). Ainda nos anos 90, foi firmado o primeiro instrumento jurídico relativo à livre circulação de pessoas, no intuito de conceder direitos aos nacionais dos Estados Partes que migram *intra* bloco. Trata-se do Acordo Multilateral sobre Seguridade Social do MERCOSUL, de 1997, que busca harmonizar as legislações dos Estados Partes na matéria, conferindo direitos aos migrantes *intra* bloco em condições de igualdade com os cidadãos nacionais. (MERCOSUL, 1997; BATISTA, PARREIRA, 2013, p. 383 e 385-386).

Entretanto, é possível traçar uma divisão característica entre o modo como as migrações eram tratadas na década de 90, para a transição ocorrida a partir dos anos 2000. Na década de 90 o tema migratório no MERCOSUL era tratado sobretudo sob o viés da segurança dos países, enquanto que no início dos anos 2000 ganhou uma perspectiva de direitos humanos, pois houve uma mudança de governos neoliberais para aqueles mais voltados a uma preocupação com o desenvolvimento econômico-social, fazendo com que houvesse um novo alinhamento político entre os

Estados Partes¹¹. Diante disso, foi criada uma agenda social no MERCOSUL, e dentro de tal agenda social, então, foi inserida a livre circulação de pessoas e as migrações *extra* bloco, abrangendo questões que antes estavam marginalizadas. (NICOLAO, 2015, p. 7; MENDES, 2016, p. 77-92).

Assim, no início dos anos 2000 foram firmados uma série de documentos que trouxeram direitos e/ou facilitaram o acesso a estes para as pessoas em situação de mobilidade. Pode-se citar a Declaração do Rio de Janeiro sobre a Instituição do Refúgio e o Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para efeito de Imigração entre os Estados Partes do MERCOSUL, ambos do ano de 2000. Já em 2002 foi dado o passo mais importante relativo à livre circulação de pessoas, no MERCOSUL, que foram os Acordos de Residência, nomeadamente o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile, que mais tarde, em 2011, contou com Peru e Equador como signatários. (COSTA, 2020; SCOTTI, 2018).

Tais Acordos surgiram em virtude de problemas em comum, como a ausência de estatísticas sobre os fluxos migratórios, a grande quantidade de imigrantes irregulares, o tráfico internacional de pessoas, bem como a exploração do trabalho de pessoas migrantes em condições precárias ou análogas à escravidão. Diante disso, os Acordos de Residência foram construídos a partir de três objetivos principais: implementar uma política de livre circulação de pessoas, regularizar os imigrantes nacionais dos Estados Partes em situação irregular, e combater o tráfico internacional de

¹¹Os principais novos líderes políticos dos Estados Partes que impulsionaram esse processo durante os anos 2000 foram Néstor Kirchner e Cristina Kirchner na Argentina, Luís Inácio Lula da Silva no Brasil, Nicanor Duarte Frutos e Fernando Lugo no Paraguai (ainda que de partidos de espectros políticos diferentes, fomentaram as mesmas questões de fortalecimento do bloco e sua agenda social), e Tabaré Vázquez no Uruguai. (CABALLERO SANTOS, 2014, p. 849-851).

peessoas. Para tanto, estabeleceram diversas facilitações para a regularização migratória dos nacionais dos Estados Partes. (CULPI, 2017, p. 14; GARCÍA, 2012, p. 91-93).

Os Acordos de Residência demoraram 7 anos para entrarem em vigor, valendo somente a partir de 2009. Durante este hiato, a delegação argentina propôs e foi acatada a criação do Foro Especializado Migratório (FEM), em 2003, no âmbito da Reunião de Ministros do Interior do MERCOSUL. O FEM é o principal órgão do bloco no tema das migrações, o qual aborda o ato de migrar como um direito humano. Este é responsável pela realização de estudos e propositura de ações e normativas que visam à solução de questões tanto para a livre circulação de pessoas, quanto para as migrações provenientes de terceiros Estados. (COSTA, 2020).

A partir dos trabalhos desenvolvidos no FEM, em 2004 foi firmada a Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios, normativa de *soft law* do MERCOSUL, na qual os Estados Partes comprometeram-se com o tratamento das migrações sob a ótica dos direitos humanos. Assim, a Declaração traz disposições como o princípio da não criminalização da migração, fazendo com que os Estados se comprometam a tratar a irregularidade migratória como uma questão administrativa e não punível pelo Direito Penal, bem como traz o repúdio à xenofobia, a deportações em massa, a detenções sem respaldo legal, etc. Outra questão importante que a Declaração de Santiago traz, é ressaltar a importância de os Estados tomarem ações coordenadas na matéria. (MERCOSUL, 2004; CANEPA, 2015, p. 166).

Em seguida, diversos outros importantes instrumentos foram firmados nesse sentido. Assim, seguem alguns exemplos: Acordo sobre Gratuidade de Vistos para Estudantes e Docentes dos Estados Partes do MERCOSUL, de 2006; Acordo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes no

MERCOSUL, de 2008; Acordo sobre Documentos de Viagem dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados, de 2008, que em 2015 foi ampliado pelo Acordo sobre Documentos de Viagem e Retorno dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados; Declaração de Princípios do MERCOSUL sobre Proteção Internacional dos Refugiados de 2012.

Em 2010, foi adotado o segundo passo mais importante rumo à livre circulação de pessoas no MERCOSUL, depois dos Acordos de Residência. Trata-se do Plano para adoção do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, criado a partir da Decisão nº 64/2010 do CMC. Tal Plano tem os seguintes objetivos, os quais são provenientes das normativas do bloco, previstos no art. 2º da Decisão nº 64/2010: Implementação de uma política de livre circulação de pessoas; Igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL; Igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação.

Para tanto, o Plano prevê a criação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, no qual haverá um conceito de cidadão do MERCOSUL, bem como a previsão de um conjunto de direitos fundamentais, e este será transformado em Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção. Ainda, o Plano prevê um conjunto de medidas jurídicas e políticas a serem implementadas progressivamente até 26 de março de 2021 (data do trigésimo aniversário do Tratado de Assunção), nos seguintes assuntos: circulação de pessoas, fronteiras, identificação, documentação e cooperação consular, trabalho e emprego, previdência social, educação, transporte, comunicações, defesa do consumidor e direitos políticos. Para cada matéria, há no Plano a previsão dos foros competentes para tanto, dentro da estrutura institucional do MERCOSUL. Registra-se que o FEM é um dos responsáveis pelos temas da circulação de pessoas, fronteiras, identificação e documentação e cooperação consular. (MERCOSUL, 2010).

Entre as diversas medidas adotadas durante o Plano de Ação, destaca-se a atualização de uma normativa que facilita a revalidação e o reconhecimento de diplomas entre os Estados Partes e Estados Associados do MERCOSUL, o que é imprescindível para o acesso à educação e ao mercado de trabalho por imigrantes e refugiados. Assim, cita-se o que há no MERCOSUL, ao todo, de normativas associadas à facilitação da revalidação e reconhecimento de diplomas: Protocolo de Integração Educativa e Reconhecimento de Certificados, Títulos e Estudos de Nível Primário/Fundamental/Básico e Médio/Secundário entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados; Protocolo de Integração Educacional, Revalidação de Diplomas, Certificados, Títulos e de Reconhecimento de Estudos de Nível Médio Técnico; Protocolo de Integração Educacional para prosseguimento de estudos de pós-graduação nas universidades dos países membros do MERCOSUL; Acordo sobre Revalidação de Títulos ou Diplomas de Ensino Superior em Nível de Graduação no MERCOSUL. (COSTA, 2020).

Quanto à estrutura institucional, além do FEM, também se pode citar outros órgãos e espaços especializados em temas que afetam diretamente os direitos das pessoas migrantes. Nesse sentido, há o principal órgão do MERCOSUL responsável pelo desenvolvimento da política no tema dos direitos humanos, que é o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH), criado em 2009. Além de desenvolver a política de direitos humanos do bloco, o IPPDH também realiza pesquisas e promove cooperação técnica entre especialistas e agentes públicos dos Estados Partes para a elaboração de tais políticas, e promove a capacitação e o estudo em direitos humanos na região. Do mesmo modo, foi criado em 2007 o Instituto Social do MERCOSUL (ISM), o qual tornou-se um dos principais órgãos do bloco no tema, responsável por coordenar políticas e

ações de desenvolvimento social nos Estados Partes. (CANEPA, 2015, p. 164-166; SCOTTI, 2018, p. 102-103).

Por fim, deve ser mencionada a Reunião de Comissões Nacionais de Refugiados ou Equivalentes do MERCOSUL (Reunião de CONAREs), criada em 2012, cujo primeiro encontro ocorreu no referido ano, na cidade de Fortaleza. A Reunião de CONAREs se trata de mais um espaço institucional dentro do MERCOSUL, que conta com a presença dos presidentes ou representantes das Comissões Nacionais para Refugiados ou equivalentes dos Estados Partes do MERCOSUL, e conta com um representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) como membro observador. Suas reuniões ocorrem dentro da Reunião de Ministros do Interior do MERCOSUL e Estados Associados (RMI), assim como o FEM. A ideia deste espaço é criar políticas e mecanismos de proteção aos refugiados no âmbito regional. (BELLO, 2017, p. 261-262; MERCOSUL, 2017).

2 A política migratória brasileira

Uma vez verificado o contexto e a trajetória do tema migratório no MERCOSUL, neste momento será realizada uma breve análise do estado da arte atual da política migratória brasileira, a fim de posteriormente verificar como os instrumentos presentes no bloco podem auxiliar o Brasil.

No que tange ao instituto do refúgio, o Brasil é signatário dos principais documentos internacionais sobre o tema na América Latina, que são reconhecidos pela normativa do MERCOSUL também. Assim, o Estado brasileiro é signatário da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Convenção de 51), do Protocolo Adicional de 1967 (Protocolo de 67) e da Declaração de Cartagena de 1984. Por sua vez, o Brasil também possui uma lei nacional do refúgio, a Lei nº 9.474/1997 (Lei do Refúgio), que além de adotar o conceito ampliado de refugiado, de acordo com a

Declaração de Cartagena, também instituiu o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MPSP), responsável por analisar as solicitações de refúgio, bem como desenhar e implementar a política nacional de refúgio.

Recentemente, o Brasil avançou no tema das migrações em geral com a aprovação de uma nova legislação migratória, a qual inaugurou uma perspectiva de direitos humanos na política migratória nacional, com a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração). A referida lei substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro, adotado na época da Ditadura Militar, anterior e incompatível com a Constituição Federal de 1988 (CF) e com os posteriores tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e que tratava a migração pela lógica da segurança nacional e do fechamento de fronteiras. (VARELLA *et al*, 2017, p. 255-256). Nesse sentido, a nova Lei de Migração trouxe uma série de mudanças não somente de regramento, mas também principiológicas, proibindo a criminalização da migração, prevendo o repúdio à xenofobia e outras formas de discriminação, garantindo o acesso a um conjunto de direitos fundamentais em igualdade de condições com os cidadãos nacionais, etc. (BRASIL, 2017b).

No entanto, a Lei de Migração foi um projeto que durou anos, tendo iniciado somente após grande pressão por parte de entidades da sociedade civil, em razão do viés contrário aos direitos humanos da legislação anterior. Assim, o projeto de lei foi submetido ao Congresso Nacional em 2013, mas a lei somente foi aprovada em 2017, após um longo período de discussões e de passar por diferentes versões em relação ao projeto inicial. (VEDOVATO, 2018, p. 598-599). No ano em que foi aprovada, um novo governo assumia interinamente o Brasil, pelo ex-presidente Michel Temer, ocasião na qual se inaugurou um processo de retrocesso no tema dos direitos humanos no país, que foi se intensificando nos anos seguintes, quando da eleição do atual presidente Jair Bolsonaro.

Diante disso, em 2017 a lei foi aprovada após longa batalha no Congresso Nacional, porém, Michel Temer a sancionou com um conjunto de vetos a seus dispositivos – foram 20 vetos ao todo. A título de exemplo, um dos dispositivos vetados foi o art. 4º, §3º: “Não se exigirá do migrante prova documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos, inclusive o acesso a cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 2017b). Tal veto vai contra um dos objetivos da nova lei, que é diminuir a ampla burocracia que havia no Estatuto do Estrangeiro, a fim de facilitar a regularização dos migrantes em território nacional, a qual é a principal ferramenta para acesso a direitos básicos por essa população. O motivo do veto foi de que o referido dispositivo constitui “afronta a Constituição e ao interesse nacional” (BRASIL, 2017c), explicação esta, frisa-se, extremamente genérica e que retoma a lógica da segurança nacional.

Seguindo, a Lei de Migração foi sancionada em maio de 2017, mas entrou em vigor em novembro do mesmo ano, ocasião na qual também foi publicado o Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a nova legislação migratória. Na mesma esteira dos vetos, o Decreto regulamentador também não adota o viés de direitos humanos da Lei de Migração, trazendo, inclusive, dispositivos que a violam. Por exemplo, a previsão do art. 211 do Decreto (BRASIL, 2017a) de prisão para imigrantes em situação irregular, no âmbito das medidas de retirada compulsória, contrariando o que dispõe o art. 123 da Lei de Migração - “ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei” (BRASIL, 2017b) -, cabendo ressaltar que não há nenhuma previsão de prisão, na atual legislação, para os casos de medidas de retirada compulsória.

Nos anos seguintes, uma série de normativas infralegais foi editada, novamente contrariando os dispositivos e princípios da Lei de Migração. Um grande exemplo foi a publicação da Portaria nº 666/2019 do MJSP, a

qual “dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal” (BRASIL, 2019). Tal Portaria traz afronta não só a dispositivos e princípios contidos na Lei de Migração, mas também na CF e em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Assim, a Portaria traz: conceitos jurídicos indeterminados e vagos, tais como a expressão “pessoa perigosa”; criação de instituto jurídico não previsto em lei, que afronta o devido processo legal - chamado “deportação sumária” -; a previsão da possibilidade de prisão cautelar, o que não somente não está previsto em lei, como é vedado pelo princípio da não criminalização da migração¹². (DPU, 2019).

Por sua vez, em 2020 o mundo passou a enfrentar a pandemia da Covid-19, que impactou severamente a mobilidade humana, em razão do alto grau de contaminação que o vírus Sars-CoV-2 possui. A Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou a situação de pandemia em 11 de março de 2020, e já no final daquele mês a Organização Internacional para as Migrações (OIM) detectou mais de 40 mil restrições de mobilidade no mundo, realizadas em 182 países (OIM, 2020). Diante disso, era necessário que o Estado brasileiro adotasse uma política com medidas sanitárias para prevenção e contenção do vírus e, ao mesmo tempo, seguisse cumprindo os compromissos assumidos para com os direitos humanos na seara da migração e do refúgio.

No entanto, além de não adotar as medidas sanitárias necessárias, como decretação de distanciamento social e obrigatoriedade do uso de máscaras a nível nacional (tais medidas foram adotadas diferentemente

¹²Após grande pressão por parte da sociedade civil, especialistas e entidades, inclusive com ação judicial ajuizada pela Procuradoria Geral da República no STF (ADPF 619), foi publicada nova Portaria em substituição à 666, agora com o nº 770, de 11 de outubro de 2019. A nova Portaria retira e altera alguns pontos criticados, porém, mantém o caráter de securitização das migrações e dispositivos contrários à Lei de Migração.

em cada Estado da federação, pelos governos estaduais e municipais), o governo federal brasileiro ainda adotou medidas que violam seus compromissos com os direitos humanos na seara da migração e do refúgio. Nesse sentido, foram publicadas sucessivas Portarias Interministeriais que dispõem sobre o fechamento temporário das fronteiras nacionais, em razão da pandemia de Covid-19, que violam expressamente a Lei de Migração, a Lei do Refúgio, a CF e diversos tratados internacionais de direitos humanos.

A Portaria Interministerial nº 120/2020, publicada ainda em março de 2020, foi a primeira, cujo teor vem sendo quase integralmente replicado nas portarias posteriores, e esta viola o princípio da não discriminação em razão da origem nacional (previsto no art. 3º, inciso II, da Lei de Migração; art. 3º, inciso IV, da CF; art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)), o princípio da não criminalização da migração (previsto no art. 3º, inciso III, da Lei de Migração; e na Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios do MERCOSUL), assim como o direito de solicitar refúgio (previsto na Convenção de 51; Protocolo de 67; Declaração de Cartagena; Lei do Refúgio). (BRASIL, 2020).

Diante do cenário acima exposto, já é possível verificar que, apesar dos diversos avanços conquistados ao longo dos anos com a assinatura e ratificação, pelo Brasil, de tratados internacionais de direitos humanos e da incorporação de princípios e estândares internacionais de proteção na legislação interna, muitas barreiras vêm sendo impostas à concretização destes direitos para a população migrante presente no país. Tais barreiras advêm, sobretudo, de normativas infralegais.

Ainda, a fim de que a lei seja cumprida, a elaboração e implementação de políticas públicas é imprescindível, sobretudo para a integração de imigrantes e refugiados na sociedade receptora. No entanto, o Brasil é marcado por um histórico de ausência de políticas públicas na temática

migratória. A Lei de Migração, que dispõe sobre os princípios, diretrizes e objetivos da política migratória nacional, estabelece em seu art. 120 que

A Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas, conforme regulamento. (BRASIL, 2017b).

Até o momento, não se vislumbra a existência de políticas públicas no tema da migração coordenadas a partir do Governo Federal com os demais entes públicos, a fim de implementar a referida Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia (PNMRA). O que se pode citar de algo mais semelhante ao que está previsto no art. 120 da Lei de Migração, é a Operação Acolhida, política pública migratória brasileira específica para o fluxo migratório venezuelano, tendo como base legal a Lei Federal nº 13.684/2018 e um conjunto de Decretos subsequentes.

A Operação Acolhida é, de fato, a primeira política pública brasileira no tema da migração, adotada em razão do intenso fluxo migratório proveniente da Venezuela. A política é desenvolvida pelo Governo Federal, através de diversos Ministérios, e em parceria com o Governo Estadual de Roraima, ACNUR, OIM, entre outras organizações internacionais, bem como recebe auxílio da sociedade civil e demais parceiros. Tal política possui três pilares: o ordenamento de fronteiras, o abrigamento e o Programa Nacional de Interiorização (PNI). Apesar de ser bastante completa, é uma política pública construída apenas para imigrantes provenientes da Venezuela. (COSTA, 2020).

De acordo com o último relatório Refúgio em Números do MJSP, até o final do ano de 2019 o Brasil reconheceu 31.666 refugiados e, naquele ano, 65,1% eram venezuelanos e 20,1% haitianos. (SILVA *et al*, 2020). Já

o relatório anual mais recente do OBMigra, apresenta que de 2011 a 2019 foram registrados 1.085.673 imigrantes no Brasil, considerando todos os amparos legais. Destes, na última década, de 2010 a 2019, foram registrados 660.349 imigrantes de longo termo no Brasil, dos quais predominam os venezuelanos (142.250), paraguaios (97.316), bolivianos (57.765) e haitianos (54.182), representando 53% do total dos registros. Portanto, é necessária a adoção de políticas públicas que envolvam as diferentes nacionalidades presentes aqui no Brasil, muitas delas há mais de uma década, sem amparo do governo brasileiro no que tange à sua integração na sociedade receptora. (CAVALCANTI, OLIVEIRA, MACEDO, 2020).

3 Os instrumentos do MERCOSUL e os Direitos Humanos das pessoas migrantes no Brasil

A partir do que foi exposto, acerca da trajetória do tema migratório no MERCOSUL e da política migratória brasileira, neste momento, serão analisados os instrumentos que o bloco possui para auxiliar no aprimoramento da referida política. Primeiramente, destaca-se os canais de diálogo existentes na estrutura institucional do MERCOSUL, que podem ser utilizados como mecanismo para a formulação de políticas regionais para a migração *intra* bloco, que inclusive conta com fluxos migratórios intensos, conforme os dados antes mencionados, destacando-se os fluxos migratórios de bolivianos e venezuelanos para o Brasil, ou o intenso fluxo migratório entre Brasil e Paraguai. Assim, tais canais de diálogo podem servir como espaço para construção de políticas regionais.

Ainda, englobando a migração *extra* bloco, estes canais de diálogo da estrutura institucional do MERCOSUL podem, de igual maneira, servir para a apresentação de sugestões de determinadas políticas, a partir de experiências positivas implementadas em um dos países do bloco (entre Estados Partes e Associados). Do mesmo modo, estes órgãos possuem

vasto material em seus estudos técnicos, que pode auxiliar os gestores públicos e especialistas de cada Estado Parte, a formular e implementar suas políticas internas.

Nesse sentido, podem ser citados como canais de diálogo e fontes técnicas importantes o FEM (que pode realizar estudos técnicos e propor ações e normativas no tema migratório), o IPPDH (que pode realizar estudos técnicos e formular políticas públicas em direitos humanos), o ISM (que monitora, avalia e implementa políticas sociais) e a Reunião de CONAREs (que pode coordenar políticas de proteção a refugiados).

A título de exemplo, pode ser citada a influência que os diálogos ocorridos no FEM provocaram nas leis de migração do Brasil e do Uruguai. A Argentina foi o primeiro Estado Parte a avançar na temática migratória, aprovando sua Lei de Migrações em 2004, a qual foi a primeira da região a adotar uma perspectiva de direitos humanos para o tema. Já em 2008, foi aprovada no Uruguai uma legislação migratória sob a ótica dos direitos humanos, e em 2017 no Brasil. Tanto a legislação brasileira quanto a uruguaia se utilizaram de princípios e disposições presentes na lei argentina, havendo estudos que vislumbram a transferência da experiência da Argentina aos demais países através dos diálogos ocorridos no FEM, que foi criado em 2003. (NICOLAO, 2015; CULPI, 2017).

Outro exemplo é do IPPDH, que foi o ator responsável pela elaboração da Opinião Consultiva nº 21/14, apresentada pelos Estados Partes do MERCOSUL à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sobre os direitos de crianças e adolescentes migrantes. A referida iniciativa abriu o caminho para fixar de maneira mais clara os estândares de proteção aos direitos das crianças e adolescentes migrantes na região, podendo influenciar nas leis e políticas públicas dos países, assim como concedeu espaço para sedimentar o debate e a posição dos Estados americanos a

nível regional e com blocos e organizações de outras regiões, estabelecendo um verdadeiro diálogo entre as organizações internacionais envolvidas. (ABRAMOVICH, SALDIVA, 2012, p. 255-271; SQUEFF, ORLANDINI, 2019, p. 121-134).

A necessidade de solicitar a referida opinião consultiva foi verificada a partir dos debates realizados no âmbito da Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados (RAADH), a qual é realizada duas vezes por semestre e conta com espaços de discussão e apresentação de resultados de diferentes comissões, grupos de trabalho e relatórios especiais. O IPPDH atua de diversas formas na estrutura institucional do MERCOSUL, sendo as reuniões da RAADH uma delas. Assim, em um seminário ocorrido na RAADH, em 2010, integrantes do IPPDH, juntamente com representantes governamentais dos Estados Partes, decidiram acerca da necessidade de formular a opinião consultiva, a qual surgiu dos seguintes problemas: quantidade crescente de crianças e adolescentes migrantes desacompanhados ou separados de seus pais, grande quantidade de crianças e adolescentes migrantes em situação migratória irregular, o quadro de vulnerabilidade que é aprofundado pela combinação entre idade e condição migratória somado à falta de articulação das leis e políticas migratórias da região com os direitos da criança e do adolescente, etc. (ABRAMOVICH, SALDIVA, 2012, p. 255-271).

Diante dos problemas acima citados, o IPPDH formulou e apresentou a proposta de opinião consultiva para consideração dos governos dos Estados Partes, que por sua vez a aprovaram e a apresentaram perante à Corte IDH, solicitando que esta pronunciasse sua posição no referido tema, delimitando o alcance das normas contidas na CADH, o que restou respondido em sentença, no ano de 2014. (ABRAMOVICH, SALDIVA, 2012, p. 255-271). Em sua sentença, a Corte IDH estabeleceu os parâmetros legais para

os Estados cumprirem no tratamento dispensado às crianças e adolescentes migrantes, ressaltando diversos princípios e tendo como base a CADH e demais instrumentos jurídicos internacionais. (SQUEFF, ORLANDINI, 2019, p. 132).

Quanto ao trabalho do ISM, pode ser destacado o Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS), aprovado pela Decisão nº 12/2011, passando a integrar a normativa do bloco. Tal Plano estabelece uma série de objetivos e diretrizes para que fosse dado início a um trabalho em diferentes setores dentro da estrutura institucional do MERCOSUL, a fim de desenvolver as medidas e políticas necessárias dentro de todas as áreas que fazem parte da dimensão social do bloco. (MERCOSUL, 2012, p. 39-40). Assim, o Plano engloba no Eixo II - “Garantir os Direitos Humanos, a assistência humanitária e a igualdade étnica, racial e de gênero” - o tema da livre circulação de pessoas, respectivamente na Diretriz 4, a qual determina como objetivo prioritário “Articular e implementar políticas públicas voltadas a promover o respeito aos direitos humanos e a plena integração dos migrantes e proteção dos refugiados”. (MERCOSUL, 2012, p. 42).

Por sua vez, o ISM é responsável pelo monitoramento, avaliação e implementação das políticas sociais previstas no PEAS. (MERCOSUL, 2012, p. 76). Assim, na esteira do PEAS e do Estatuto da Cidadania, o ISM destaca-se como mais um ator institucional importante, merecendo ser citado o estudo técnico promovido por este e publicado em 2019, sobre trabalhadores migrantes no MERCOSUL. Tal estudo técnico foi realizado a fim de identificar a normativa existente no tema, bem como a situação dos trabalhadores migrantes nos Estados Partes do MERCOSUL, a fim de investigar as medidas e políticas necessárias para garantir o pleno acesso ao mercado de trabalho no país de destino, bem como aos serviços públicos de saúde, educação, seguridade social, etc. (ISM, 2019).

Ademais, há que se ressaltar que a estrutura institucional do MERCOSUL possui diversos outros órgãos, os quais não foram criados para lidar especificamente com a temática migratória ou de direitos humanos, mas que também podem ser utilizados para fins de harmonização normativa e coordenação de políticas no tema, com vistas a tornar mais efetiva a proteção regional para pessoas migrantes. Assim, cabe citar o mecanismo da opinião consultiva existente no bloco, a qual pode ser apresentada perante o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR). O TPR foi criado em 2002 pelo Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias, e possui diferentes funções, entre as quais a emissão de opiniões consultivas, que representam um importante instrumento para a uniformização da aplicação e interpretação do Direito do MERCOSUL pelos tribunais dos Estados Partes. (VIEIRA, 2017, p. 143-144; GOMES, ALMEIDA, 2015, p. 133; NOGUEIRA; ALMEIDA PRADO, 2014, p. 33-34).

Tal mecanismo se faz necessário, uma vez que há diversas assimetrias no tratamento que os Estados Partes dão às normas produzidas pelo bloco, a começar pelo grau de hierarquia dado aos tratados de integração regional no ordenamento jurídico interno dos países. Na Argentina e no Paraguai, tais normativas possuem *status* supralegal, enquanto no Brasil e no Uruguai têm caráter de lei ordinária. (SCOTTI, 2018, p. 126). Ainda, o fato de que o Direito do MERCOSUL é aplicado em quatro Estados, com ordenamentos jurídicos, cultura, idioma e tradição diversos, contribui para que haja diferentes formas de interpretar e aplicar uma mesma norma entre os juízes nacionais. (COSTA, VIEIRA, 2019, p. 187).

Assim, a opinião consultiva, quando utilizada pelos Poderes Judiciários dos Estados Partes, funciona, em síntese, da seguinte forma:

Quando um juiz nacional possui dúvida quanto à aplicação de uma determinada norma do MERCOSUL a um caso concreto que necessita julgar, pode

solicitar à corte suprema de seu país, de acordo com o procedimento previsto no ordenamento jurídico interno, o envio do pedido de opinião consultiva à Secretaria do TPR. Registra-se que, nas opiniões consultivas, os árbitros do TPR não poderão discutir matéria de fato, tampouco indicar a solução para o caso concreto, mas, sim, somente analisar o direito mercosureno envolvido e apontar a correta interpretação deste, para que o juiz nacional, com base nisso, faça a aplicação da norma. (COSTA, VIEIRA, 2019, p. 189).

Diante disso, se vislumbra que a opinião consultiva é um instrumento extremamente importante para a efetivação dos direitos contidos nas normas do MERCOSUL, uniformizando a aplicação destes na jurisprudência nacional dos Estados Partes. Entretanto, o mecanismo ainda é pouco utilizado, razão pela qual chama-se a atenção para que os Estados Partes deem mais valor a esta importante ferramenta, que pode ser mais utilizada e aprimorada para a uniformização da aplicação e interpretação das normas do MERCOSUL sobre migração, refúgio e livre circulação de pessoas.

Prosseguindo na relação de órgãos que também podem impactar na temática migratória, apesar de não terem capacidade específica para este assunto, cabe mencionar o Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL), criado em 2005. Trata-se do órgão do bloco de apoio para estudos de casos, apresentação de propostas de normas ao Conselho do Mercado Comum (CMC)¹³, solicitação de opinião consultiva ao TPR, emissão de declarações, etc. O PARLASUL demonstra ser mais um esforço em direção à construção da identidade sociocultural no MERCOSUL, tendo como objetivo fomentar a participação cidadã no esquema de integração, permitindo com que os cidadãos façam parte dos debates e apresentem reivindicações. (CABALLERO SANTOS, 2014, p. 852-853; MERCOSUL, 2018).

¹³Principal órgão decisório do MERCOSUL, ou seja, com capacidade para legislar. Os demais órgãos decisórios são o Grupo do Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM).

Considerações finais

No presente artigo buscou-se responder quais são os instrumentos normativos e institucionais do MERCOSUL, no tema migratório, e como estes podem auxiliar o Brasil em sua política migratória de maneira geral. Tendo em vista que se trata de artigo decorrente de uma pesquisa mais aprofundada, desenvolvida a nível de dissertação de mestrado, a hipótese consistiu na possibilidade de utilização de diversas ferramentas presentes no bloco, para o incremento da política migratória nacional, com uma perspectiva de direitos humanos, em razão dos resultados obtidos em relação à recepção dos Estados Partes no fluxo migratório proveniente da Venezuela.

De acordo com o exposto, verificou-se que tal hipótese foi confirmada integralmente, porquanto o MERCOSUL possui uma dimensão social forte, na qual diversas normativas (de *hard law* e de *soft law*) e espaços institucionais (órgãos, foros, grupos e subgrupos de trabalho), promovem e implementam o acesso a direitos humanos de pessoas migrantes na região. Por sua vez, o Brasil conta com uma política migratória que tem em sua base uma perspectiva de direitos humanos, cujos princípios, diretrizes e objetivos estão dispostos na Lei de Migração. No entanto, o Estado brasileiro necessita melhorar diversos aspectos desta política, sobretudo com a formulação de políticas públicas para integração dos imigrantes na sociedade receptora.

Nesse sentido, o MERCOSUL conta com órgãos especializados no tema migratório e de direitos humanos, como FEM, IPPDH, ISM e Reunião de CONAREs. Tais espaços institucionais podem servir como canais de diálogo para a troca de experiências entre os Estados Partes e Associados em suas políticas exitosas, como local de construção de políticas regionais e

como base para a construção de políticas nacionais a partir de diversos estudos e informes técnicos.

Do mesmo modo, outros espaços institucionais do MERCOSUL, que englobam órgãos que não necessariamente possuem competência específica para trabalhar com o tema migratório, também podem contribuir para a política migratória brasileira. Assim, há o TPR, que por meio de seu sistema de opiniões consultivas pode auxiliar na uniformização da aplicação do Direito do MERCOSUL na jurisprudência dos Estados Partes, incluindo aquelas normativas relacionadas à migração e circulação de pessoas. Ainda, há o PARLASUL, órgão que tem como missão conceder um espaço para que os cidadãos do MERCOSUL possam trazer suas contribuições e reivindicações para a política regional e dos Estados Partes.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor E.; SALDIVIA, Laura. El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante. *In*: ABRAMOVICH, Víctor *et al.* **Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, 2012.

ACCIOLY, Elizabeth. **MERCOSUL & União Europeia: estrutura jurídico-institucional**. Curitiba: Juruá, 1996.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS (ACNUR). **Global Trends Report. Forced Displacement in 2019**. Geneva, 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.120157312.983098598.1611012481-709597816.1566516241. Acesso em: 18 jan. 2021.

BATISTA, Vanessa Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. As normas nacionais e internacionais sobre imigração na América do Sul e sua repercussão nos fluxos migratórios regionais. **Revista Brasileira de Direito**, Rio de Janeiro, CONPEDI, ano

3, v. 5, p. 375-394, maio-ago. 2013. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2736>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BELLO, Juliana. El MERCOSUR y la protección internacional de los refugiados. Hacia un espacio regional de protección. **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Facultad de Derecho - UBA, Buenos Aires, año 2, n. 95, p. 245-270, 2017. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2017-ii.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Brasília D.F., 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei de Migração - Lei nº 13.445/2017**. Brasília - DF, 24 de maio de 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017**. Brasília - D.F., 2017c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020**. Brasília D.F., 17 mar. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/prt120-20-ccv.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019**. Brasília D.F., 25 jul. 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CABALLERO SANTOS, Sergio. La identidad en el MERCOSUR: Regionalismo y Nacionalismo. **Foro Internacional**, Ciudad de Mexico, v. LIV, n. 4 (218), p. 841-865, oct.- dic. 2014. Disponível em: <https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/2217>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CANEPA, Martin. Los Derechos Humanos en el Mercosur. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, año 3, n. 6, p. 161-177, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/view/11>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Cavalcanti, L.; Oliveira, T.; Macedo, M. **Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2020**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorio-anual/2020/OB Migra_RELAT%C3%93RIO_ANUAL_2020.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

COSTA, Vitória Volcato da. **Direitos Humanos dos Imigrantes Venezuelanos no MERCOSUL**: a recepção adotada pelos Estados Partes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

COSTA, Vitória Volcato da; VIEIRA, Luciane Klein. A opinião consultiva como ferramenta para a uniformização da interpretação e aplicação do Direito do MERCOSUL, na temática migratória. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, año 7, n. 14, p. 172-197, 2019. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/360>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CULPI, Ludmila Andrzejewski. **Nova Lei de Migrações Brasileira: Inspiração no Modelo da Lei Migratória Argentina?** NEPRI, Núcleo de Pesquisa em Relações Internacionais da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2017. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Nota Técnica n.º 6 – DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU**. Brasília D.F.: DPU, 26 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/portaria-mj-viola-direitos-leis-propria.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

GARCÍA, Lila Emilse. **Migración y derechos humanos**: implicancias de la nueva política migratoria Argentina. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2012.

GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Direito intergovernamental do MERCOSUL e o diálogo entre jurisdições: o Sistema das Opiniões Consultivas. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. (org.). **Direito da Integração Regional**: Diálogo entre jurisdições na América Latina. São Paulo: Saraiva, 2015.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS (IPPDH); ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Migración, derechos humanos y política migratoria**. Buenos Aires: IPPDH, OIM, 2016. Disponível em: <http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/publicaciones/migracao-dereitos-humanos-e-politica-migratoria/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

INSTITUTO SOCIAL DO MERCOSUL (ISM). **Trabajadores migrantes en el Mercosur**. Estado de situación y opciones políticas. Asunción: ISM, 29 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ismercosur.org/biblioteca/download-info/trabajadores-migrantes-en-el-mercosur/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MENDES, José Sacchetta Ramos. ¿PUERTAS ABIERTAS? Migrações regionais, direito e integração na Comunidade Andina de Nações e no Mercosul. **Caderno CRH**, Salvador, v. 29, n. spe3, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-49792016000600077&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile**. Brasília, 06 dez. 2002. Disponível em: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MpwQ6NSpfnr8aOgEY8re4Q=&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvsmZ96BovjLlzmcrZruY Pcn8=. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL**. Montevideú, 15 dez. 1997. Disponível em: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=XdcOFIqCvDYVPBvaoxgXIg=&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvsmZ96BovjLLzomcrZruYPcn8=. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios**. Santiago, 17 maio 2004. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Estatuto da Cidadania do MERCOSUL: Plano de Ação**. Decisão nº 64/2010. Foz do Iguaçu: CMC, 16 dez. 2010. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/71547_DEC_064-2010_PT_Estatuto%20Cidadania-Plano%20de%20A%C3%A7%C3%A3o_Atualizada.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL)**. Montevideú, 2018. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/parlasul/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS)**. [s. l.]: MERCOSUL, 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www.ismercosur.org/biblioteca/download-info/peas-plano-estrategico-de-acao-social-do-mercosul-portugues/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Reglamento de la Reunión de los Comités Nacionales de Refugiados - CONARES - o similares de Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados**. Buenos Aires, 09 jun. 2017. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/65520_RMI_2017_ACTA01_ANE14_ES-%20Reglamento_Ptes_CONARES_MERCOSUR.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). **Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum**. Assunção, 26 mar. 1991. Disponível em:

<https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/textos-fundacionais/>.
Acesso em: 20 jan. 2021.

NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; ALMEIDA PRADO, Henrique Sartori de. MERCOSUL: do Sistema de Solução de Controvérsias à solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário brasileiro. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, año 2, n. 4, p. 33-34, ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **COVID-19 Disease Response - Situation Report 3**. [s. l.]: IOM, 26 mar. 2020. Disponível em: https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/IOM%20Sitrep_COVID%2019_n03_FINAL2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

NICOLAO, Julieta. Las migraciones en la agenda del MERCOSUR. El rol de Argentina en el Foro Especializado Migratorio. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, [s. l.], p. 1-32, n. 29, 2015. Disponível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/notas/migraciones-agenda-mercosur-rol-argentina-foro-especializado-migratorio>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SCOTTI, Luciana B. El derecho de la integración en el Mercosur. In: NEGRO, Sandra C. **Derecho de la integración**. Buenos Aires: Editora B de f, 2018.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; ORLANDINI, Marcia Leonora. Is there a latin american child migration law? An analysis of the Advisory Opinion n. 21 on the rights of child migrants' rendered by the Inter-American Court of Human Rights. **Revista Videre**, Dourados/MS, v. 11, n. 21, p. 121-134, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/9795>. Acesso em: 29 out. 2019.

SILVA, Gustavo Junger da *et al.* **Refúgio em Números, 5ª Ed.** Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/REFGIOEMNMEROS_5a_edicao.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

VARELLA, Marcelo Dias *et al.* O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. **Revista de Direito Internacional**, UNICEUB, Brasília - DF, v. 14, n. 2, p. 254-266, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/issue/view/240>. Acesso em: 20 jan. 2021.

VEDOVATO, Luis Renato; ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Os vetos à nova Lei de Migração brasileira. A interpretação como um passo necessário. *In*: BAENINGER, Rosana *et al* (org.). **Migrações Sul-Sul**. 2 ed. Campinas: NEPO/UNICAMP, 2018.

VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. A relação entre o grau de integração econômica e o sistema de solução de controvérsias: um estudo comparativo entre a União Europeia e o MERCOSUL. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 15, n. 2, p. 286-306, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5160>. Acesso em: 20 jan. 2021.

VIEIRA, Luciane Klein. O diálogo entre o Tribunal Permanente de Revisão e os tribunais constitucionais: o mecanismo da opinião consultiva e o direito mercosureno de terceira dimensão. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2017.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org