

Revista do Observatório de Direitos Humanos

ISSN 2448-2374



SUMÁRIO

1

A DITADURA DO OLHAR: AS LEGISLAÇÕES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANÍSTICAS PARA INCLUSÃO SOCIAL DOS DEFICIENTES VISUAIS

Ana Luiza Lacerda Amaral 02

ENTRE O MULTICULTURALISMO E OS DIREITOS HUMANOS: A BUSCA PELA ERRADICAÇÃO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Douglas Henrique Marin dos Santos 22

LEVANDO OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS A SÉRIO

Fernando Nascimento dos Santos 38

OS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA COMO LIMITE À LIBERDADE DE FAZER PUBLICIDADE

Igor Rodrigues Britto 68

FILOSOFIA CLÍNICA E ESPIRITUALIDADE -20º Encontro Nacional de Filosofia Clínica

Weber Lima 89

APOSENTADORIA ESPECIAL E A CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES NOCIVAS À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA

Bruno Paiva Gouveia; Ulisses Borges de Resende 106

A DITADURA DO OLHAR: AS LEGISLAÇÕES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANÍSTICAS PARA INCLUSÃO SOCIAL DOS DEFICIENTES VISUAIS

Ana Luiza Lacerda Amaral

Mestranda em Arquitetura pela Universidade de Brasília (UnB), graduada em Arquitetura pela UnB e concluinte do curso de Direito pelo Centro Universitário IESB.

2

Resumo

A ditadura do olhar restringe o direito de locomoção daqueles que não enxergam ou possuem baixa visão, impede o direito de experimentar os espaços e desbasta sua dignidade. Por isso, propõe-se aqui a exposição e a análise global das normas e políticas no âmbito do Direito urbanístico que garantam direitos aos deficientes visuais, em busca de uma cidade democrática.

Palavras-chaves: urbanismo, direito urbanístico, deficiência visual.

Abstract

The dictatorship of the eye restricts the right of movement of those who do not see or have low vision, prevents the right to experience spaces and thin their dignity. Therefore, it is proposed the exposure and global analysis of norms and policies within the scope of Urban Law that guarantee the rights of the visually impaired, in search of a democratic city.

Keywords: Urbanism, Urban Law, visual impairment.

1. Introdução

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 23,9% da população brasileira possui algum tipo de deficiência, ou seja, 45,6 milhões de pessoas, em um total de 190 milhões, declararam ter pelo menos um tipo de deficiência¹. Os estudos foram feitos considerando quatro tipos de deficiência: visual, auditiva, motora e intelectual. A deficiência visual é a mais representativa, pois 15% da população apresenta alguma dificuldade de enxergar, 3,15% enxerga com grande dificuldade e 0,3% não consegue ver de modo algum.

Portanto, para uma quantidade considerável de brasileiros, o mundo é percebido de forma distinta, através de outros sentidos que não o da visão. Também é notória a

¹ Dados referente ao Censo Demográfico de 2010.

maior dificuldade que encontram para realizar atividades simples como, por exemplo, comprar pão. Imagine, então, estudar ou trabalhar. Devido às barreiras encontradas no cotidiano, essas pessoas devem receber tratamento diferenciado. Trata-se de pessoas vulneráveis, pois a deficiência traz prejuízos a vários aspectos de suas vidas.

Há o reconhecimento de uma luta por igualdade. A igualdade formal já é garantida a todos no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Porém, para que se alcance uma igualdade material, o ordenamento jurídico prevê uma abordagem diferenciada para quem é deficiente. Logo, o mundo jurídico também está se transformando para melhor atender pessoas com deficiência, dando mais direitos a essas pessoas.

A abordagem feita pelo Direito Urbanístico neste contexto é de fundamental importância, haja vista ser a cidade um dos maiores obstáculos a ser enfrentado por quem possuem deficiência visual. As normas urbanísticas devem ou deveriam ter o papel de auxiliar as ações do Estado e da sociedade no combate a qualquer obstáculo, emancipando essa parcela da população que se encontra limitada no direito de ir e vir, permanecer. A cidade, em vez de ser óbice ao exercício da cidadania, deveria ser o principal meio de inclusão social.

Logo, a discriminação advém tanto de atos comissivos quanto de atos omissivos. O Estado, ao ignorar as dificuldades vividas por grupos minoritários, deixando de legislar sobre a causa e não implementando políticas públicas, está também discriminando, excluindo e desumanizando os deficientes visuais. A deficiência visual pode ser, ainda, agravada pela condição de pobreza. É necessário, ainda, lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência por meio de ações efetivas dos governos.

A ditadura do olhar não só restringe o direito de locomoção daqueles que não enxergam ou possuem baixa visão mas também impede o direito de experimentar os espaços, desbastando a dignidade já fragilizada por sua condição física. Portanto, este trabalho tem por objetivo analisar o contexto atual das pessoas com deficiência visual, no âmbito do Direito Urbanístico, bem como o envolvimento do Estado na implementação de políticas públicas urbanas de inclusão.

2. As normas constitucionais abrindo horizontes

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, foi a primeira a ser aceita em nosso ordenamento jurídico como

norma equivalente a uma emenda constitucional. Foi seguido o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da CF/88, ou seja, foi aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros². A aprovação se deu em tempo recorde no parlamento tendo em vista ser consenso o seu conteúdo.

O conteúdo abordado por esta convenção trouxe inovações quando se considerados as convenções e os tratados anteriores. Anteriormente, havia uma única preocupação: proibir qualquer tipo de descriminação. A Declaração Universal de 1948, por exemplo, enuncia que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. As convenções subsequentes que cuidam de temas relacionados à grupos vulneráveis progrediram no modo de pensar e de agir, exigindo ações positivas dos Estados Partes.

As pessoas com deficiência estão sujeitas a formas múltiplas ou agravadas de descriminação por causa de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, idade ou outra condição. Exemplos disso são os dados obtidos pelo Censo Demográfico 2010, em que a maior parte das pessoas com deficiência está na faixa de idade de 65 anos ou mais³, é de mulheres⁴ e possui nível de escolaridade abaixo da média nacional⁵. Além disso, a

² Foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2006, e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

³ O percentual de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas na população residente, com 65 anos ou mais de idade, é de 67,7% de acordo com o Censo Demográfico de 2010.

⁴ De acordo com dados do Censo Demográfico de 2010, a população feminina apresentou percentuais de pelo menos uma das deficiências superiores aos dos homens para qualquer cor ou raça declarada, sendo a maior diferença encontrada entre as mulheres e os homens de cor preta, de 7,3 pontos percentuais, e a menor diferença de 3,4 pontos percentuais, entre os homens e mulheres indígenas.

⁵ Enquanto 61,1% da população de 15 anos ou mais de idade com deficiência não tinha instrução ou possuía apenas o fundamental incompleto, esse percentual era de 38,2% para as pessoas de 15 anos ou mais que declararam não ter nenhuma das deficiências investigadas, representando uma diferença de 22,9 pontos percentuais. A segunda maior diferença em pontos percentuais foi observada para o ensino médio completo e o superior incompleto, onde o percentual de população de 15 anos ou mais com deficiência foi de 17,7% contra 29,7% para as pessoas sem deficiência. Observou-se ainda que a menor diferença estava no ensino superior completo: 6,7% para a população de 15 anos ou mais com deficiência e 10,4% para a população sem deficiência.

distribuição das pessoas de 10 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, por existência de pelo menos uma das deficiências investigadas, segundo as classes de rendimento nominal mensal de todos os trabalhos, concentra-se na faixa de mais de 1 salário mínimo até 2. Os dados evidenciam que há uma discriminação velada dos brasileiros com deficiência por parte do Estado.

Entende-se por discriminação 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 outro⁶. Logo, além de uma norma repressiva, são também necessárias normas programáticas capazes de romper paradigmas. São necessárias, ainda, ações afirmativas que possibilitem dar autonomia à pessoa com deficiência e, consequentemente, inseri-la na sociedade efetivamente. Não há mais a cultura do assistencialismo puro nesse contexto. Há uma exaltação da importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência delineia, portanto, o modo de tratamento que esse grupo deve receber do Estado e da sociedade para que se saia de uma situação de brutais diferenças e alcance a igualdade material. A participação efetiva do grupo no processo de edição das normas apresentadas na Convenção já foi um grande avanço de conquistas de direitos, dando maior legitimidade ao conteúdo então apresentado.

O primeiro passo dado foi redefinição do conceito de pessoa com deficiência. O novo conceito supera questões assistencialistas e meramente galenas. Reconhece o meio ambiente social e econômico como fator definidor do que seria deficiência e seus gravames. O texto da Convenção aduz que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

A partir de então, o documento apresenta diversos dispositivos dirigentes. O artigo 9º do documento, o qual faz referência à acessibilidade, cobra dos Estados Partes ações para que as pessoas com deficiência tenham acesso, em igualdade de oportunidade com

⁶ Conceito adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e à comunicação bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. O objetivo é possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida. Esse sem dúvida é um dos preceitos mais importantes a ser observado pelo Direito Urbanístico e o Urbanismo.

O déficit de acesso é justamente o termômetro que indica a capacidade de adaptação do homem ao meio. O conceito atual de pessoa com deficiência permite chegar a esta conclusão, haja vista ter uma nova abordagem de cunho social. De acordo com Flávia Piovesan, “a deficiência deve ser vista como resultado da interação entre o indivíduo e seu meio e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”.⁷ Anteriormente, a concepção das coisas e dos espaços era pensada a partir do homem médio. Um padrão rígido era adotado, sendo que os atributos humanos são indubitavelmente diversificados. A essência humana é de diversidade.

A partir do momento em que se amplia o escopo na hora de pensar os espaços e os utensílios, o termo deficiência passa a perder força. Para isso, hoje é adotada a ideia do “desenho universal”. O conceito desenho universal, estabelecido pela Convenção, é “a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”. E ainda prevê que “o desenho universal não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias”. Logo, pensar, desde a concepção, em espaços que acolham a todos pode ser mais econômico e eficiente do que simplesmente ignorar a universalidade humana nesta etapa inicial.

Depois de já consolidado o espaço, ao se deparar com as diversidades de usuários, será necessário um novo gasto para adaptá-lo. Muitas vezes não há muito o que se fazer, pois o paradigma da arquitetura e do urbanismo até há pouco tempo não abrangia a acessibilidade como é entendida hoje. Será preciso, então, adotar o “*reasonable accommodation*”, conceito trazido pela Convenção, que significa ajustar, adaptar ou modificar de forma razoável e apropriada para que os direitos dessas pessoas sejam garantidos.

É mister destacar conjuntamente os artigos 14 e 19, do documento em análise. O artigo 14 exalta a importância da liberdade e da segurança, independentemente de sua

⁷ Manual dos direitos da pessoa com deficiência, Capítulo 2 – Convenção da ONU sobre os Direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impactos (2012, pág. 47).

condição. Já o artigo 19 alia a liberdade ora assegurada com a independência e inclusão de toda e qualquer pessoa com deficiência, pontuando o que traz a alínea c, a saber: “os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades”. Por conseguinte, a cidade deve suscitar a liberdade, a segurança, a independência e a inclusão de quem é deficiente.

No que tange à temática deste trabalho, o artigo 20 torna-se dispositivo programático de grande relevância ao promover a mobilidade pessoal de pessoas com deficiência. A mobilidade reduzida é, sem dúvidas, a maior barreira enfrentada pelo deficiente visual, tendo consequências negativas no gozo de outros direitos. Em razão de sua importância, segue, abaixo, a transcrição do artigo em questão:

Artigo 20

Mobilidade pessoal

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível:

- a) Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível;
- b) Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência humana ou animal e de mediadores, inclusive tornando-os disponíveis a custo acessível;
- c) Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação em técnicas de mobilidade;
- d) Incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência.

O conteúdo normativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência coaduna com os preceitos constitucionais brasileiros de sorte que ambos podem ser considerados como um marco regulatório. Conforme supramencionado, a partir do momento em que é violado o “*reasonable accommodation*”, há uma discriminação social por parte das esferas pública e privada. A discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano. A dignidade da pessoa humana nada mais é que dizer que o humano é valioso por si e, por isso, é merecedor de toda e qualquer proteção. A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Além disso, no seu artigo 3º, declara como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação. E, como supramencionado, o artigo 5º, caput, prevê a igualdade formal entre todos.

Há também um capítulo específico, dentro do título “Da Ordem Econômica e Financeira”, que aborda as questões de política urbana. O artigo 182 estabelece que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Portanto, além de abrir margem para a edição de outras normas de caráter infraconstitucional sobre o tema⁸, tal dispositivo evidencia a importância da função da propriedade urbana no contexto social.

Alguns instrumentos de ordenamento do solo também constam desse capítulo, com ênfase para o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o Plano Direito (aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes).

Dispositivos constitucionais mais específicos que estão correlacionados ao Direito Urbanístico e que abordam a condição da pessoa com deficiência são o artigo 227, § 1º,

⁸ A legislação que trata de direito urbanístico é de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, sendo a União a responsável por estabelecer normas gerais e os Estados e DF, normas suplementares (art. 24. I, da CF/88); já aos municípios compete promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (art. 30, VIII, CF/88).

inciso II e § 2º⁹, e o artigo 244¹⁰. Esses dispositivos são normas programáticas que dispõem, em especial, sobre acessibilidade física. São considerados conservadores, tendo em vista que a acessibilidade vai além da dimensão corpórea, abrangendo acessibilidade comunicacional, social, política, etc. A incorporação *a posteriori* da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na ordem constitucional foi importante para dar frescor a todo o ordenamento jurídico. Diversas leis passaram por reformulação após sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Como o texto constitucional é fundamento de validade para as normas de hierarquia inferior, é importante aprendê-lo e apreender-lo. As normas de direito urbanístico seguem essa mesma lógica, ou seja, devem estar em conformidade com o que diz a Carta Magna. Após essa breve elucidação, serão levantadas as leis urbanas que especificam os direitos das pessoas com deficiência visual.

⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

¹⁰ Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

3. A legislação urbanística infraconstitucional como forma de ampliar horizontes

O urbanismo é técnica e ciência interdisciplinar que surge para corrigir as mazelas criadas pela urbanização. A urbanização é fenômeno observado a partir do meio do século XX, resultante dos processos de industrialização e de expulsão do camponês para as zonas urbanas. A urbanização seria esse processo pelo qual a população urbana cresce mais rápido do que a rural, sem que haja, necessariamente, uma ordem ou um planejamento para isso. E o processo de urbanificação tem o papel de corrigir a urbanização.

Para Hely Lopes Meirelles, “urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”. Tendo em vista ser função do Poder Público implementar políticas urbanísticas, é crucial que haja no ordenamento jurídico um conjunto de leis que legitime a ação estatal, em decorrência do princípio da legalidade.

A partir do momento em que leis são criadas para dirimir conflitos decorrentes da ordenação do espaço, surge a necessidade de sistematizá-las para melhor compreendê-las. Nasce, assim, o Direito Urbanístico, ramo próprio do Direito, constituído de regras e princípios próprios. De acordo com José Afonso da Silva, a definição de direito urbanístico se dá sobre dois aspectos: um objetivo e outro como ciência jurídica. O primeiro consiste “no conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”. Já o segundo “é ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis”.

Vale destacar alguns princípios importantes para o tema em estudo, dentre eles: princípio da função social da propriedade urbana e da cidade, e o princípio da obrigatoriedade do planejamento participativo.

No início do século passado, a preocupação com as funções de uma cidade já vinha sendo tema debatido pelo CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, divididas nas seguintes atividades: habitar, trabalhar, recrear e circular. O princípio da função social da cidade, atualmente expresso na Constituição Federal de 1988, preconiza uma cidade integrativa, disponível a todos os seus habitantes, sem exclusões. A pessoa com deficiência deve se sentir convidada a interagir no meio urbano,

possibilitando não só a livre circulação como também permitindo habitar, trabalhar e se divertir.

Os estabelecimentos abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e vias públicas devem ser projetados ou adaptados para que todas as pessoas, sem exceção, usufruam dos espaços. Logo, a cidade deve ser entendida muito além de um espaço exclusivamente físico e totalmente público. Para que sejam observadas as normas de ampla acessibilidade, o Estado pode se valer, inclusive, de seu poder de polícia, agindo coercitivamente em prol de um interesse coletivo em detrimento do interesse individual.

Outro princípio importante é o da obrigatoriedade do planejamento participativo. Abrir espaço para a população decidir sobre questões que irão afetá-la diretamente já foi um avanço democrático. É necessário garantir a palavra também àquelas pessoas tidas como vulneráveis, incluindo aquelas com deficiência, pois são as que mais necessitam de políticas públicas inclusivas. Ouvir-las e realizar suas demandas é dar dignidade a um grupo que historicamente já passou por inúmeras injustiças. Permitir que essas pessoas tenham vida política é viabilizar a vida pública delas.

Logo, as leis relacionadas ao planejamento urbano tais como planos diretores, leis orçamentárias, lei de uso e ocupação do solo devem ser precedidas de audiência pública na fase de projeto. Também devem seguir as orientações da legislação que define diretrizes gerais de ordenamento urbano, com destaque para as Leis nº 10.098/2000 (Lei de Acessibilidade), nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), nº 12.587/2012 (Lei de Mobilidade Urbana) e nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)¹¹.

A primeira lei, a de nº 10.098/2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Por ter sido editada antes de o Brasil aderir

¹¹ Conforme dispõe o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 60: “Orientam-se, no que couber, pelas regras de acessibilidade previstas em legislação e em normas técnicas, observado o disposto na Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, no 10.257, de 10 de julho de 2001, e no 12.587, de 3 de janeiro de 2012: I - os planos diretores municipais, os planos diretores de transporte e trânsito, os planos de mobilidade urbana e os planos de preservação de sítios históricos elaborados ou atualizados a partir da publicação desta Lei; II - os códigos de obras, os códigos de postura, as leis de uso e ocupação do solo e as leis do sistema viário; etc.”

à Convenção pelo Direito da Pessoa com Deficiência, parte da lei acabou sendo derrogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 2015.

Antes, por exemplo, era utilizada a expressão “pessoa portadora de deficiência” e seu significado era muito distinto do que é entendido hoje. O termo em questão dava a entender que a pessoa carregava consigo a deficiência, mas, na verdade, a deficiência é parte da pessoa. A pessoa não porta a deficiência, mas ela é deficiente. Além disso, conforme já mencionado, o meio e seus obstáculos passaram a integrar o conceito de pessoa com deficiência, indo além da condição física.

Constam, ainda, da referida lei dispositivos que são voltados exclusivamente para aquelas pessoas com deficiência visual, tema deste trabalho. O artigo 9º estabelece, por exemplo, que “os semáforos para pedestres instalados nas vias públicas deverão estar equipados com mecanismo que emita sinal sonoro suave, intermitente e sem estridência, ou com mecanismo alternativo, que sirva de guia ou orientação para a travessia de pessoas portadoras de deficiência visual, se a intensidade do fluxo de veículos e a periculosidade da via assim determinarem”. O parágrafo primeiro ainda observa que “os semáforos para pedestres instalados em vias públicas de grande circulação, ou que deem acesso aos serviços de reabilitação, devem obrigatoriamente estar equipados com mecanismo que emita sinal sonoro suave para orientação do pedestre”.

Já o artigo 10-A estabelece que “a instalação de qualquer mobiliário urbano em área de circulação comum para pedestre que ofereça risco de acidente à pessoa com deficiência deverá ser indicada mediante sinalização tátil de alerta no piso, de acordo com as normas técnicas pertinentes”. Embora as duas soluções acima apresentadas (alerta sonoro e piso podotátil) sejam extremamente técnicas, encontram muitas dificuldades de serem efetiva e corretamente executadas.

O último dispositivo de destaque da lei supracitada é o artigo 20, que, assim, dispõe: “o Poder Público promoverá a supressão de barreiras urbanísticas, arquitetônicas, de transporte e de comunicação, mediante ajudas técnicas”. O deficiente visual pode se deparar com barreiras em qualquer nível, seja no nível do solo, seja na altura da cabeça. A problemática é tridimensional. Quem não tem acuidade visual quer não apenas se locomover como também quer sentir o espaço de forma segura e confortável. Um galho de uma árvore ou um equipamento mal instalado podem causar lesões graves em quem não enxerga. Embora a lei falar em “ajuda técnica”, não há a divulgação, por parte do governo, de qual órgão seria competente para a execução desta tarefa.

A lei infraconstitucional que estabelece diretrizes para o desenvolvimento e ordenamento do solo é o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001. Esta lei também sofreu modificações após a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Foi inserido o §3º, no artigo 41, o único dispositivo que trata explicitamente sobre a questão da pessoa com deficiência, e que assim dispõe:

§3º As cidades de que trata o caput deste artigo devem elaborar plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros.

A Lei 12.587/2012 institui, dentre outros temas, as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a qual tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade. Ao citar o Plano de Mobilidade Urbana, como instrumento da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a lei determina que deverá haver uma preocupação por parte dos gestores quanto à acessibilidade para pessoas com deficiência e restrição de mobilidade. Mais uma vez vê-se a lei direcionar as ações de governo nesse sentido.

Posteriormente, foi editada a Lei 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência e que tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ora analisada aqui. Esta lei, por ser mais recente do que as anteriores já abordadas, traz conceitos mais completos do que seria pessoa com deficiência, bem como o que seria acessibilidade, dentre outros termos.

Um conceito novo apresentado neste diploma é o de tecnologia assistiva. Entende-se por tecnologia assistiva “produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social”¹². É, portanto, termo decorrente dos avanços tecnológicos experimentados nos últimos anos em diversas as áreas.

¹² Conceito retirado do inciso III, art. 3º, da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

O desenvolvimento de novas tecnologias que aumentem a autonomia de quem é deficiente é encargo também do Poder Público, previsto inclusive em lei. É importante a iniciativa do setor público tendo em vista que nem sempre o setor privado tem interesse em desenvolver um produto ou um serviço que possa demandar, no início, muito capital. A legislação prevê, ainda, o incentivo a grupos de pesquisa em instituições de ensino superior. O capital intelectual presente nas universidades é, juntamente com o investimento financeiro, fator relevante para a geração de conhecimentos e técnicas que visem à prevenção e ao tratamento de deficiências e ao desenvolvimento de tecnologias assistiva e social.

A garantia de acesso à informação para as pessoas com deficiência também é proferida pela norma, no artigo 63. O § 3º do dispositivo ainda ressalta que os telecentros e as *lan houses* deverão garantir, no mínimo, 10% (dez por cento) de seus computadores com recursos de acessibilidade para pessoa com deficiência visual, sendo assegurado pelo menos 1 (um) equipamento, quando o resultado percentual for inferior a 1 (um).

E, por fim, a referida norma modifica o conteúdo da Lei no 11.126, de 27 de junho de 2005, ampliando o entendimento de local público onde o deficiente visual, cego ou com baixa visão, pode ingressar acompanhada de cão-guia. Ressalta-se que o ato de impedir ou dificultar o gozo deste direito gera pena de multa e interdição, por ser entendido como ato discriminatório.

Após elencar as principais normas e dispositivos correlacionados ao tema em estudo, nota-se que a maioria traz diretrizes de ordem programáticas com o intuito de orientar as ações de governo. Para que não se tornem apenas uma folha de papel em branco ou um *bit* a mais em um arquivo eletrônico, são necessárias medidas eficazes para se concretizar os direitos até então previstos. Políticas públicas urbanas, que se desdobram em programas e ações governamentais, são a concretização do conteúdo normativo aqui analisado ou, pelo menos, deveriam ser. Será feita, a seguir, uma análise sucinta do que tem sido feito para melhorar a condição da pessoa com deficiência visual e o que precisa ser feito.

4. Políticas públicas removendo obstáculos

A origem da palavra “política” deriva da expressão *polis*, expressão grega que significa cidade “como agrupação ordenada de cidadãos livres e diferentes que se auto-

organizam na política para interagir com o mundo”¹³. O urbanismo, portanto, está intrinsecamente vinculado com a política, tendo em vista que a ordenação dos espaços resultaria das decisões tomadas pela *polis*.

A maior dificuldade em ordenar espaços diz respeito à diversidade que hoje constitui uma cidade. As aglomerações urbanas são hoje tão plurais que, muitas vezes, os interesses dos seus habitantes se chocam. Normalmente, aquele que detém o poder impõe sua forma de cidade. Fatores econômicos são, para o urbanismo pós-moderno, os maiores vilões das minorias. Logo, deixa-se de fazer muito tendo em vista a busca do lucro e a recusa ao prejuízo.

As minorias normalmente são formadas por pessoas pobres, pretas e pardas, mulheres, crianças e idosos. As pessoas com deficiência visual, tema do trabalho, também fazem parte desta minoria. Uma minoria que já não é tão minoria, de acordo com dados do Censo Demográfico de 2010 já abordados. As políticas públicas voltadas para essa parte da população são tidas como deficitárias. As políticas urbanas, em especial, foram demandadas na Comissão de Desenvolvimento Urbano - CDU, da Câmara do Deputados, por pessoas que vivem essa realidade.¹⁴ As pessoas que sofrem com essa falta de estrutura não são apenas aquelas com a deficiência. As famílias, em especial, também vivem essa angustiante situação de negação da cidade de um dos seus.

Além disso, o déficit de políticas urbanas dirigidas a essas pessoas também vai muito além da falta de instalação de piso tátil ou de alertas sonoros. A primeira grande falha é a falta de conhecimento que a população em geral tem sobre pessoas com deficiência visual. Não é apenas a falta de conhecimento técnico sobre a doença em si. É também uma falta de empatia e de urbanidade. A implementação de uma política de educação que evidencie a situação dos deficientes visuais para toda a população seria um grande avanço para, por exemplo, se evitar vandalismo nas estruturas físicas de orientação e mobilidade.

¹³ Conceito retirado do Livro Arquitetura e Política (2014, pág. 15).

¹⁴ Audiência pública, realizada pela DCU, em 2017, abre espaço para que deficientes visuais exponham suas demandas. Foi pedido aos gestores que priorizem acessibilidade em planos diretores urbanos.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdu/noticias/deficientes-visuais-pedem-que-gestores-priorizem-acessibilidade-em-planos-diretores-urbanos>>.

Quanto à questão fisiológica, sabe-se que a imagem é formada por toda uma estrutura da qual o olho é apenas uma parte. Integra também esse sistema parte do córtex cerebral, pois não é só captar a imagem, mas codificá-la e armazená-la em meio a outros tipos de estímulo. O nervo óptico e a retina fazem a ponte entre o cérebro e o globo ocular. Qualquer mácula nesses órgãos pode afetar o sentido da visão, pois se trata de uma região muito delicada. É formada por neurônios especializados, os cones e os bastonetes, os quais têm a capacidade de reconhecer, respectivamente, cores e luminosidade. Lesões neurais são hoje o maior desafio da medicina, pois não há como reverter suas sequelas. Além da anatomia ocular, aspectos como função sensório-motora, perceptiva e psicológica auxiliam o sentido da visão.

Para aumentar ainda mais a complexidade e a diversidade desse grupo, é preciso entender que nem todo deficiente visual é cego. A maior parte da população de deficientes visuais possui baixa visão, conforme dados expostos na parte introdutória do trabalho. De acordo com o Programa de Capacitação de Recursos Humanos do Ensino Fundamental, promovido pelo MEC, baixa visão é “a alteração da capacidade funcional da visão, decorrente de inúmeros fatores isolados ou associados tais como: baixa acuidade visual significativa, redução importante do campo visual, alterações corticais e/ou de sensibilidade aos contrastes que interferem ou limitam o desempenho visual do indivíduo. A perda da função visual pode ser em nível severo, moderado ou leve, podendo ser influenciada também por fatores ambientais inadequados”¹⁵. Já a cegueira “é a perda total da visão até a ausência de projeção de luz”¹⁶.

Há, ainda, aquelas pessoas que nascem cegas e outras que perdem a visão depois de já terem experimentado o sentido da visão. São inúmeras as situações que levam a tal condição e as consequências que isto gera. Logo, as habilidades a serem desenvolvidas são diferentes, exigindo diferentes técnicas de adaptação para cada caso. A coloração do piso pode tátil, por exemplo, deve gerar contraste para que aqueles que possuem baixa visão se orientem melhor no espaço¹⁷.

¹⁵ Conceito dado pelo Programa de Capacitação de Recursos Humanos do Ensino Fundamental – deficientes visuais Volume I (pág. 33)

¹⁶ Idem.

¹⁷ Inclusive, foi lançada nova norma sobre a instalação dos pisos de forma a atender corretamente sua função. Trata-se da norma ABNT NBR 16537:2016, a qual estabelece critérios e parâmetros técnicos observados para a elaboração do projeto e instalação de sinalização tátil no piso, seja para construção ou

A grande questão a ser trabalhada por meio de políticas públicas urbanas, no caso dos deficientes visuais, é o incremento de meios que os auxiliem na orientação e mobilidade. Orientação é “a habilidade do indivíduo para perceber o ambiente que o cerca, estabelecendo as relações corporais, espaciais e temporais com esse ambiente, por meio dos sentidos remanescentes. A orientação do deficiente visual é alcançada pela utilização da audição, aparelho vestibular, tato, consciência cinestésica, olfato e visão residual, nos casos de pessoas com baixa visão”¹⁸.

Já a mobilidade é “a capacidade ou estado inato do indivíduo de se mover reagindo a estímulos internos ou externos, em equilíbrio estático ou dinâmico. A mobilidade do deficiente visual é alcançada por meio de um processo ensino-aprendizagem e de um método sistematizado que envolve a utilização de recursos mecânicos, ópticos, eletrônicos, animal (cão-guia), em vivências contextualizadas, favorecendo o desenvolvimento das habilidades e capacidades perceptivo-motoras do indivíduo”¹⁹.

Para que a pessoa com deficiência visual se movimente em um determinado espaço é necessário, antes de tudo, que ela se oriente. Para isso, são necessários meios que permitam com que a pessoa tenha a dimensão e a consciência de si dado um determinado lugar. Meios desses proporcionados pelo processo de urbanização. O piso podotátil e as sinalizações sonoras são os exemplos clássicos. Porém, há outras demandas envolvendo o ambiente as quais aguçam a curiosidade das pessoas com deficiência visual.

Atualmente, cobra-se uma acessibilidade ampla com foco principalmente na acessibilidade comunicacional. Entende-se por acessibilidade comunicacional como “a oferta de equipamentos, atividades e bens culturais que promovam a independência e autonomia aos indivíduos que necessitem de recursos especiais para acessar o conteúdo proposto”²⁰. Portanto, não basta a pessoa com deficiência se locomover. Ela tem que se comunicar com o espaço por onde passa, entender o contexto no qual está situada.

adaptação de edificações, espaços e equipamentos urbanos às condições de acessibilidade para a pessoa com deficiência visual ou surdo-cegueira.

¹⁸ Conceito dado pelo Programa de Capacitação de Recursos Humanos do Ensino Fundamental deficientes visuais - Volume III (pág. 61)

¹⁹ Idem.

²⁰ Conceito abordado na audiência pública, realizada pela DCU, em 2017. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdu/noticias/deficientes-visuais-pedem-que-gestores-priorizem-acessibilidade-em-planos-diretores-urbanos>>.

Museus em Portugal e Espanha, a título de exemplo, proporcionam ambientes adaptados que oferecem muito mais do que o piso especial. As obras possuem miniaturas feitas para o toque. Ambientes inteiros são reproduzidos em escalas menores e com texturas diversas para o deficiente visual compreender o espaço em que está inserido. Há casos em que exposições inteiras permitem o toque direto na obra de arte. A comunicação é, pois, estabelecida por meio de um sistema simples de interação tátil.

Com o advento das novas tecnologias, surgem meios mais sofisticados de apoio a pessoas com deficiências. Conforme já mencionado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência intitula tais meios de tecnologia assistiva. A própria legislação prevê que o Estado estimule o desenvolvimento dessas tecnologias.

A tecnologia computacional permite, por meio de dispositivo sonoro, que a pessoa com deficiência visual possa manusear um computador. Para isto, hoje existem programas e aplicativos gratuitos que facilitam esse acesso. Além disso, costumam ter plataformas abertas para que outros profissionais da área de tecnologia possam aprimorar os códigos de programação. Por meio da audiodescrição, é possível obter relatos sobre o espaço e, assim, a pessoa consegue de situar melhor. Usa-se o sentido da audição no lugar da visão.

As possibilidades que são propiciadas pela tecnologia não se esgotam apenas no plano abstrato de sistemas computacionais. Verdadeiros mecanismos físicos são criados para promover o bem-estar de quem é deficiente. Para pessoas com deficiência visual, foi desenvolvido um robô, chamado Lysa, que simula as funções de um cão guia, sendo o Poder Público um dos principais financiadores da pesquisa. O objetivo do projeto é tornar o equipamento mais barato do que um cão-guia propriamente dito. Há outros sistemas que estão sendo desenvolvidos e que permitem o reconhecimento tridimensional do espaço, em substituição a bengala.

A ingerência estatal, portanto, se dá em diversos níveis. No âmbito federal, foi criada a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Atualmente, é órgão integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, após passar por vários processos de reestruturação nas últimas décadas. Compete a este órgão, dentre outros assuntos: articular-se com órgãos e entidades governamentais, com instituições não governamentais e com associações representativas de pessoas com deficiência, para a implementação da política de promoção e defesa dos

direitos da pessoa com deficiência; acompanhar e orientar a execução dos planos, programas e projetos da Política Nacional para Inclusão da Pessoa com Deficiência; e fomentar a implementação de desenho universal e tecnologia assistiva na pesquisa e no desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações.

É mister destacar a importância de órgãos especializados no tema, inclusive com o intuito de dar publicidade a sua existência e seu campo de atuação. Em âmbito regional e local, também é possível identificar instituições públicas e privadas que implementam políticas públicas para inclusão de deficientes visuais. Aliás, quanto mais próxima da população estiver a instituição, mais eficiente será a implementação da política pública a ela vinculada. Porém, apesar do avanço legal e representativo, é visível a descontinuidade das políticas públicas em apoio a essas pessoas. É preciso implementar políticas transversais, que abranjam várias áreas de conhecimento. O urbanismo é apenas uma delas.

5. Conclusão

O que se propôs até aqui foi a exposição e a análise global das normas e políticas no âmbito do Direito Urbanístico que garantam direitos aos deficientes visuais. Constata-se que o maior desafio é lhes dar autonomia por meio de garantias legais e de políticas públicas. A autonomia é, em grande parte, concedida por meio da acessibilidade dos espaços públicos. A partir do momento em que o deficiente visual conquista esse direito, é devolvido a ele sua dignidade. Para saber as demandas de quem não enxerga, deve-se abrir espaço para esse grupo de pessoas. Ouvidas as demandas, parte-se para o planejamento de políticas públicas e sua correta implementação. Já há algumas iniciativas por parte do Poder Público, porém, há muito o que se fazer. Por fim, pode-se dizer que as políticas públicas, atualmente, estão muito aquém da legislação, impedindo a formação de cidades democráticas.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em dezembro de 2017.

_____. **Lei n. 10.098**, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Lei n. 10.257**, DE 10 DE JULHO DE 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Lei n. 11.126**, DE 27 DE JUNHO DE 2005. **Dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11126.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Decreto n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Lei n. 12.587**, DE 3 DE JANEIRO DE 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Lei n. 13.146**, DE 6 DE JULHO DE 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. **Decreto nº 9.122**, DE 9 DE AGOSTO DE 2017. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCP-E. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9122.htm#art12>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Deficientes visuais pedem que gestores priorizem acessibilidade em planos diretores urbanos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdu/noticias/deficientes-visuais-pedem-que-gestores-priorizem-acessibilidade-em-planos-diretores-urbanos>>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Censo Demográfico – 2010. Características gerais da população, região e pessoas com deficiência**. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. Ministério da Educação – MEC. Secretaria de Educação Especial. **Programa de Capacitação de Recursos Humanos do Ensino Fundamental. Deficiência Visual – Volume 1.** Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/def_visual_1.pdf>. Acessado em fevereiro de 2018.

_____. Ministério da Educação – MEC. Secretaria de Educação Especial. **Programa de Capacitação de Recursos Humanos do Ensino Fundamental. Deficiência Visual – Volume 3.** Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/def_visual_3.pdf>. Acessado em fevereiro de 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Curso de Direito Urbanístico.** Salvador: Juspodivm/FESMPDFT, 2015.

FERRAZ, C. V. *et al.* **Manual de Pessoas com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTANER, Josep Maria. **Arquitetura e Política: ensaio para mundos alternativos.** São Paulo: Gustavo Gili, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ENTRE O MULTICULTURALISMO E OS DIREITOS HUMANOS: A BUSCA PELA ERRADICAÇÃO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp)..Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor do Centro Universitário IESB

22

Sumário: Introdução. 2 Prevalência, de acordo com o país. 3 Prevalência, de acordo com a religião. 4 Repercussões médicas e sanitárias. 5 Combate à MGF e repercussões econômicas. 6 Repercussões jurídicas. 7 O multiculturalismo em foco: a dor como marco insuperável. Conclusão. Referências.

Resumo

A expressão *mutilação genital feminina* (MGF) engloba todos os procedimentos que envolvam a remoção parcial ou total dos órgãos externos femininos por motivos não médicos. A MGF tem alta prevalência no norte da África, em alguns países do Oriente Médio e em comunidades de imigrantes na Europa ocidental. Os danos à saúde das vítimas (mulheres a partir dos 15 anos) são perenes e, muitas vezes, graves. Sua prática está associada a diversos fatores, especialmente étnicos, culturais e religiosos. Organismos internacionais classificam a MGF como um ato de tortura que viola os direitos humanos das mulheres. Alguns adeptos do relativismo cultural, no entanto, admitem a prática da mutilação como produto cultural contra-hegemônico a ser preservado. A MGF, contudo, provoca dor indesejada e injusta em suas vítimas, o que inviabiliza o estabelecimento de quaisquer espaços de legitimização à prática. O enfrentamento, puro e simples, no entanto, pode levar ao recrudescimento da prática e à violação de direitos humanos das comunidades agressoras. A erradicação da MGF, portanto, passa por mecanismos coercitivos e inibitórios e pelo reconhecimento uníssono em torno da inadmissível provocação de dor injusta, o que exige ações políticas e educacionais coordenadas.

Palavras-chave: Mutilação genital; dor injusta; repressão; política; educação.

Title

Pain as an insurmountable milestone: possible approaches between cultural relativism and human rights in the quest for the eradication of female genital mutilation

Abstract

The term female genital mutilation (FGM) comprises all procedures involving partial or total removal of the external female organs for non-medical reasons. FGM is widely prevalent in North Africa, in some Middle Eastern countries and in immigrant communities in Western Europe. Damages to the health of the victims (women over 15 years) are perennial and often severe. Its practice is associated with a number of factors, especially ethnic, cultural and religious. International organizations classified FGM as an act of torture that violates the human rights of women. Cultural relativism, however, admit the practice of FGM as a cultural counter-hegemonic phenomenon to be preserved. FGM, however, causes unwanted and unfair pain on their victims, which prevents the establishment of any legitimacy within the practice of mutilations. The mere cultural confrontation, however, can lead to the resurgence of the mutilations and, on the other hand, the violation of cultural human rights of offending communities. The eradication of FGM, therefore, involves coercive and inhibitory strategies, politics, and educational policies aiming unison acknowledgment on how unacceptable unjust pain is.

Keywords: genital mutilation; unfair pain; repression; politics; education.

Introdução

A expressão *mutilação genital feminina* (MGF) não se limita à descrição de uma única modalidade de intervenção mutiladora. A MGF, ao contrário, engloba todos os procedimentos que envolvam a remoção parcial ou total dos órgãos externos ou quaisquer outros danos infligidos aos órgãos genitais femininos por motivos não médicos²¹. A prática, como regra, é conduzida em crianças e jovens adolescentes, fora de estabelecimentos de saúde, sem qualquer condição de higiene ou profilaxia sanitária²².

Segundo a *Declaração conjunta para o fim da mutilação genital feminina*²³, a MGF é classificada da seguinte forma:

“Tipo I: Remoção parcial ou total do clitóris e / ou do prepúcio (clitoridectomia).

Tipo II: Remoção parcial ou total do clitóris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios (excisão).

Tipo III: Estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, pelo corte e aposição dos pequenos lábios e / ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clitóris (infibulação).

Tipo IV: Todas as outras intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, por exemplo: punção / picar, perfuração, incisão / corte, escarificação e cauterização”.

Ainda que a prática da MGF encontre baldrame axiológico em elementos culturais e religiosos, a sociedade e os organismos internacionais reprovam-na, classificando-a como um ato de violação aos direitos humanos de meninas e mulheres, refletindo a profunda inequidade entre os sexos nos países onde é praticada²⁴.

Neste sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) sustenta que a MGF é

²¹ Cf. DECLARAÇÃO CONJUNTA..., 2008

²² “FGM also differs from most other forms of violence against women in that, in practicing communities, it is done routinely on almost all girls, usually minors, and is promoted as a highly valued cultural practice and social norm” (WHO & PAHO, 2012).

²³ A declaração foi subscrita em 2008 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), pelo Fundo das Nações Unidas para População (UNFPA), pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), pela Comissão Econômica para a África (UNECA), pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

²⁴ Cf. WHO & PAHO, 2012.

um ato de tortura, tratamento desumano e cruel que atenta contra a saúde, segurança e integridade física das vítimas. O Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma tratar-se de um profundo reflexo da desigualdade entre os sexos, constituindo uma forma extrema e violenta de discriminação.

Bem assim, a declaração de Budapeste, adotada pela 45^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Budapeste, condenou “(...) a prática de mutilação genital, inclusive circuncisão em mulheres e meninas, bem como a participação de médicos na execução de tal prática”²⁵.

O tema causa perplexidade no ambiente internacional, especialmente porque alguns países membros da ONU, bem como parcela de juristas, antropólogos e sociólogos, toleram a prática da MGF, que encontraria substrato de legitimidade em elementos culturais ínsitos às sociedades na qual a conduta é disseminada (relativismo cultural)²⁶.

A despeito dos intensos debates em torno da legitimidade da MGF, a Organização Mundial da Saúde, em conjunto com outras agências da Organização das Nações Unidas, tem lutado pela sua eliminação. Para tanto, em 2008, a Assembleia Mundial de Saúde aprovou a resolução WHA61.16, que tem por objetivo a eliminação da MGF em todo o planeta. A norma enfatiza a necessidade de ações conjuntas em saúde, educação, finanças e justiça nacional e internacional.

2. Prevalência, de acordo com o país

De acordo com a OMS, a MGF é regularmente conduzida em 28 países na África e em alguns países na Ásia e Oriente Médio. Estima-se que cerca de 140 milhões de mulheres foram submetidas à mutilação e que, anualmente, três milhões estão em situação

²⁵ A declaração de Budapeste recomendou, ademais: “1. Levando em conta os direitos psicológicos e a identidade cultural das pessoas envolvidas, os médicos devem informar as mulheres, homens e crianças sobre a mutilação genital feminina e devem lhes impedir de executar ou de promover a MGF. Médicos devem integrar aconselhamentos de promoção a saúde contra a MGF no trabalho deles. 2. Em consequência, os médicos devem ter bastante informações e devem apoá-los por agir contra isso. Devem ser ampliados e desenvolvidos os programas educacionais relativos a MGF. 3. As Associações Médicas devem informar o público e os profissionais sobre os efeitos prejudiciais da MGF. 4. As Associações Médicas devem estimular a ação governamental evitando a prática da MGF. 5. As Associações Médicas devem cooperar em organizar meios preventivos apropriados e estratégia legal quando uma criança estiver em risco de sofrer uma mutilação genital feminina”.

²⁶ Neste sentido o comentário de XIARONG LI (2006, p. 34): “Cultural relativists (...) insist that one should tolerate both abroad and at home *any* practice that is meaningful to a culture - and thus FC/FGM should be accepted worldwide”.

de risco²⁷.

A prevalência da MGF, definida como a porcentagem de mulheres entre 15 e 49 anos de idade que se submeteram ao procedimento, é especialmente alta nos países do norte da África, destacando-se o Egito, Djibuti, Guiné, Mali, Serra Leoa e Somália. Nesses países, estima-se que mais de 90% das mulheres tenham sido submetidas à mutilação.

No Oriente Médio, a MGF é comum em algumas comunidades na costa do Mar Vermelho e no Iêmen. Apesar de não existirem evidências concretas, alguns estudos indicam que a MGF também é praticada na Jordânia, nos Territórios Palestinos Ocupados (Gaza) e em Omã, bem como em certas comunidades curdas no Iraque. A mutilação feminina é descrita, ainda, em comunidades de imigrantes da Austrália, Canadá, França, Nova Zelândia, Noruega, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos²⁸.

De forma a mapear as populações em risco, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) criou *grupos de países* conforme os respectivos índices de prevalência. Assim, no *Grupo 1* estão os países com prevalência igual ou superior a 80%, como Eritreia, Djibuti, Somália, Egito, Guiné, Serra Leoa e Sudão, no *Grupo 2* figuram os países com prevalência entre 25% e 79%, tais como Senegal e Quênia e, no *Grupo 3*, aqueles países com prevalência entre 1% e 24%, como Nigéria, Níger, Gana e Benin²⁹.

3. Prevalência, de acordo com a religião

No que toca às convicções religiosas, é possível, em alguns casos, definir a relação entre crença e a prática da MGF. Em outros, contudo, a relação não parece consistente. Em seis países em que os dados acerca da opção religiosa está disponível (Benin, Costa do Marfim, Etiópia, Gana, Quênia e Senegal), há maior prevalência da mutilação entre os praticantes do islamismo. De outro lado, em cinco países não parece existir diferença na prevalência quanto comparada a fé religiosa. Na Nigéria, no Níger e na Tanzânia, a prevalência é maior entre os cristãos.

Com efeito, ao contrário do que costuma-se presumir, a prevalência da MGF parece associada menos à crença religiosa e mais a um grupo de fatores, tais como a

²⁷ Cf. WHO, 2000.

²⁸ Cf. WHO, 2006a

²⁹ Cf. UNICEF, 2005.

etnia, as relações culturais e de poder e a opção religiosa³⁰.

4. Repercussões médicas e sanitárias

De acordo com a literatura médica, a MGF, a despeito do tipo, provoca danos nos órgãos genitais femininos e em seu funcionamento, podendo causar complicações mais ou menos severas consoante o tipo de incisão, a experiência do agressor, as condições pessoais da vítima e a assepsia do ambiente.

Entre os riscos imediatos destacam-se a dor extremamente intensa, o choque hipovolêmico, hemorragia, choque séptico, dificuldades na eliminação de urina ou fezes e exposição aos vírus HIV e às hepatites B e C³¹.

Entre os riscos de médio e longo prazo, destacam-se a dor crônica, infecções crônicas (especialmente pélvicas e do trato urinário), queloides, desenvolvimento de AIDS, infecções do aparelho reprodutivo e infecções sexualmente transmissíveis, aumento da prevalência de herpes genital, complicações no parto, especialmente fistulas obstétricas, infertilidade, incontinência urinária e diminuição da qualidade de vida sexual³².

Entre os danos psicológicos, as vítimas evidenciam Síndrome de stress pós-traumático, receio de manter relações sexuais, ansiedade, depressão e perda de memória, perturbações psicossomáticas com quadros de sintomatologia como insônia, pesadelos, perda de apetite, perda de peso ou ganho de peso excessivo, pânico, dificuldades de concentração e aprendizagem, além de outros sintomas de stress pós-traumático³³.

Note-se que diversos estudos clínicos demonstraram empiricamente os malefícios à saúde das vítimas. Dirie e Lindmark³⁴, em pesquisa clínica conduzida na Somália com 290 mulheres com idades compreendidas entre os 18 e os 54 anos, identificaram que

(...) thirty-nine percent of the interviewed women had experienced significant complications after circumcision, most commonly hemorrhage, infection or urinary retention. Thirty-seven of the women reported a late complication of circumcision. Among these complications were dermoid cyst at the site of the amputated clitoris, urinary problems such as pain at micturition, dribbling

³⁰ Idem.

³¹ Cf. DECLARAÇÃO CONJUNTA..., 2008

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Cf. DIRIE & LINDMARK, 1992.

urine incontinence and poor urinary flow. Forty of the women had experienced problems at the time of menarche and ten of them were operated because of haematocolpos. Most of the married women of the study sample were defibulated naturally by their husbands.

No mesmo sentido os achados de Gallo³⁵, Mohamud³⁶ e Arbesman, Kahler & Buck³⁷.

5. Combate à MGF e repercussões econômicas

Considerando as complicações médicas e psicológicas provocadas pela MGF, é certo afirmar que os Estados nos quais a prática é comum enfrentam custos relacionados à saúde das vítimas.

A maior prevalência da MGF, em uma perspectiva territorial, ocorre em alguns países africanos já assolados pela miséria e crises institucionais. Vale ressaltar, no entanto, que naqueles países que investiram no combate à MGF, houve a recuperação dos investimentos ante a redução dos custos relacionados às complicações obstétricas decorrentes das mutilações. É o que concluíram Bishai *et al*:

Civil society should give the highest priority to addressing the human rights violation inherent in FGM. However, measures to address the problem require financing. Efforts to combat FGM have been traditionally underfunded, but as shown by the results of this study, African health ministries that invest in curbing the practice of FGM are likely to recover a large portion of the investment by saving money from prevented obstetric complications. Societies would also benefit from other reduced costs not measured here, including the costs of treating FGM-related psychological and sexual health problems (BISHAI et al, 2010).

Com fundamento em diversos estudos epidemiológicos, incluindo o predito trabalho de Bishai e colegas, a Organização Mundial de Saúde reconhece que a MGF causa potenciais danos econômicos aos sistemas públicos de saúde e às famílias envolvidas. Eis excerto relevante do documento produzido pela OMS³⁸:

A study based on data from six African countries found that costs associated

³⁵ Cf. GALLO, 1995.

³⁶ Cf. MOHAMUD, 1991.

³⁷ Cf. ARBESMAM, KAHLER & BUCK, 1993.

³⁸ Cf. WHO & PAHO, 2012.

with the medical management of obstetric complications resulting from FGM were equivalent to 0.1–1% of total government spending on women of reproductive age (13). The cost to families is largely unknown; a study from Nigeria estimated the cost of treating post-FGM complications in a paediatric clinic to be US\$120 per girl (14). A recent study from the Gambia found that one out of three gynaecological complications women sought help for was the direct result of FGM. In many cases, surgery was required, indicating that FGM complications are a significant cost for gynaecology services (OMS, 2012).

6. Repercussões jurídicas

De acordo com o que descreve a literatura, a MGF ocorre como um ritual e significa a aceitação da mulher na sociedade, estabelecendo sua elegibilidade para o casamento³⁹.

A Organização Mundial da Saúde esclarece⁴⁰:

Families, communities and cultures in which FGM is performed have different reasons for doing so. A major motivation is that the practice is believed to ensure the girl conforms to key social norms, such as those related to sexual restraint, femininity, respectability and maturity (OMS, 2012).

Existem fundamentos alicerçados na higiene, na fertilidade e na castidade. Em muitas sociedades, uma importante justificativa para a mutilação genital feminina é a crença de redução do desejo sexual da mulher, mitigando o sexo fora do casamento. Ainda, de acordo com a Anistia Internacional, nas sociedades adeptas da MGF, é extremamente difícil, senão impossível, o casamento de uma mulher que não tenha sofrido mutilações⁴¹.

Como bem destaca Manuela Ivone Cunha⁴²,

“(o) debate público encontra-se assim organizado em polaridades simples

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem. No mesmo sentido, FARIA et al. (2011) relatam que em “muitas culturas desde os países de África a Ásia, os pais, mas propriamente a mãe e a avó têm voto na matéria, elas acreditam que se a jovem não for “cortada” nunca irá arranjar um marido, o fato de tal jovem ter se sujeitado à MGF é uma condição prévia do casamento. Se uma mulher não for mutilada pensa-se que ela não é pura e encaram-nas como prostitutas, e assim, são excluídas da sua própria sociedade. Para sustentar a mutilação, alguns argumentos são defendidos por aquelas parcelas sociais, de que a MGF: assegura a castidade da mulher, assegura a preservação da virgindade até o casamento, por razões de higiene, estéticas ou de saúde, também se pensa que uma mulher não circuncidada não será capaz de dar à luz, ou que o contato com o clitóris é fatal ao bebê, e ainda, que melhora a fertilidade da mulher

⁴² cf. CUNHA, 2013.

como cultura/indivíduo; relativismo/universalismo; diferença cultural/direitos humanos. Na realidade, aspectos contraintuitivos, efeitos contraditórios e derivas inquietantes complicam estas dicotomias”.

Ainda que arraigada culturalmente ao longo de séculos, diversos países, bem como o direito internacional, expressamente vedam a prática dos procedimentos designados por mutilação genital feminina.

O *Prohibition of Female Circumcision Act* (1985), do Reino Unido, foi o primeiro documento legal que expressamente condenou a MGF. A norma é dotada de uma rara extraterritorialidade, uma vez que considera típicos as mutilações praticadas fora do território britânico, contra mulheres ou crianças que possuam domicilio no Reino Unido⁴³.

Diversos outros países expressamente vedam a MGF, tais como Austrália, Bélgica, Burkina-Faso, Canadá, Djibuti, Egito, Etiópia, França, Gana, Guiné, Costa do Marfim, Madagascar, Nova Zelândia, Noruega, Senegal, África do Sul, Suécia, Tanzânia, Togo e Estados Unidos⁴⁴.

Além do enfrentamento nos ordenamentos jurídicos locais, diversos organismos multilaterais e organizações não-governamentais condenam a prática da mutilação genital feminina. A Anistia Internacional realça que a MGF não encontra qualquer fundamento de legitimização ou validade, constituindo-se em inequívoca violação de direitos humanos perpetrada nas culturas em que, em maior ou menor grau, seja admitido o controle da sexualidade e da autonomia da vontade das mulheres. Trata-se de uma das muitas formas de injustiça social sofridas por mulheres em todo o mundo⁴⁵.

Neste sentido, vale destacar que Declaração do Milênio, de setembro de 2000, obriga os Estados-Membros da Organização das Nações Unidas a promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres como forma eficaz de combate à pobreza, à fome e doenças, bem como de estímulo ao desenvolvimento sustentável (item III, 20).

A ONU ressalta, ademais, que os Estados não devem invocar qualquer costume, tradição ou consideração religiosa como escusa ao não atendimento da obrigação universal de eliminação da violência contra as mulheres. Para tanto, os Estados devem apresentar a devida diligência na investigação e punição à violência, além do

⁴³ Cf. MOMOH, 2010.

⁴⁴ Cf. THE BERKMAN CENTER...

⁴⁵ Cf. INTERNATIONAL AMNESTY, 2011.

estabelecimento de medidas de proteção e igualdade de gênero⁴⁶.

Em uma perspectiva que leve em consideração os direitos humanos em jogo, impõe salientar que a MGF não se enquadra na prerrogativa de autolimitação de posições jurídicas de direitos fundamentais, sendo certo que falta às mulheres submetidas à mutilação a informação necessária para que o consentimento seja livre (na maior parte dos casos, as vítimas são crianças, induzidas por terceiros, familiares ou não, que não possuem discernimento para assentir com os riscos médicos e psicológicos e as dores relacionadas ao procedimento).

A mutilação genital não se encaixa, com efeito, em autolimitação a direito fundamental, mas, ao reverso, representa, como regra, flagrante violação à jusfundamentalidade dos direitos da mulher.

Logo, é tarefa hercúlea buscar justificativas para a MGF nas ondas do multiculturalismo, sendo certo que os direitos individuais de liberdade, resguardados pelos alicerces históricos do jusnaturalismo, não devem curvar-se à violência contra a mulher, supostamente justificada em terrenos culturais, étnicos e religiosos que servem, tão somente, à *coisificação* feminina.

O elemento sócio cultural não pode encerrar o sacrifício ou a ponderação da liberdade do indivíduo em face de qualquer pretensão coletiva representada por atos de violência que encerre, alfin, uma dor não desejada.

7. O multiculturalismo em foco: a dor como limite ao diálogo

Para além dos ordenamentos jurídicos e das normas de direito internacional que condenam a mutilação genital feminina, a discussão vai muito adiante, uma vez que envolve questões sensíveis e essenciais ao debate em torno do relativismo cultural e do multiculturalismo.

Afinal, sustentam alguns, a MGF seria fruto de elementos historicamente

⁴⁶ Nesse sentido, a Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de outubro de 2012, sobre a discriminação das jovens no Paquistão e, em particular, sobre o caso de Malala Yousafzai (2012/2843(RSP), a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher (1993), a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim (1995), o Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1999) e a campanha UNiTE (To end violence against women), do Secretariado-geral das Nações Unidas.

enraizados, culturais e religiosos, que mereceriam tolerância da comunidade ocidental. A restrição à MGF, portanto, representaria o exercício de uma força ocidental e hegemônica confrontando a cultura milenar (e contra-hegemônica) que nutre essas práticas⁴⁷.

Como já realçado, a OMS reconhece os diversos fatores culturais, religiosos e sociais que alicerçariam a violência contra a mulher. A mutilação genital comumente ocorre como convenção social e preparação de crianças para a vida adulta e casamento, conduzindo a um suposto comportamento sexual adequado, ante a preservação da virgindade e da fidelidade ao marido. Reduziria a libido e, como consequência, atos sexuais *ilícitos*. A MGF, ainda, seria associada à feminilidade, preservando o corpo limpo e belo.

Com efeito, é natural questionar: pode uma cultura condenar os hábitos milenares de outra, inteiramente diferente? Pode o direito ser utilizado para erradicar uma prática cultural, sob a alegação de atentado a uma posição jurídica fundamental (ou a um direito humano)?

Não são questionamentos de fácil resposta. Aqueles que condenam a mutilação genital feminina afirmam tratar-se de procedimento que viola os direitos humanos relacionados à integridade física e psicológica das mulheres, não existindo qualquer espaço legítimo para que seja estabelecido um diálogo em torno do tema. De outro lado, há quem defenda que a condenação global à MGF - ou a quaisquer outras representações de identidade cultural que divirja de uma perspectiva universalista dos direitos humanos - decorra de uma visão estritamente ocidental, associada à libertação sexual feminina, o que demandaria um diálogo mais amplo e tolerante do ocidente, apto a conduzir a um equilíbrio cultural entre as distintas visões de mundo⁴⁸.

Como bem destaca Manuela Ivone Cunha⁴⁹, remetendo a Cardeira da Silva, a ideia de universalização dos direitos humanos pode resultar na *segmentação cultural* de

⁴⁷ Cf. LI, Op. cit., p. 34-35

⁴⁸ Veja-se, por relevante, a manifestação de Ferreira et al., (2013) : “Assim, a questão principal desse trabalho reside na necessidade de se entender que o universalismo não pode ser o ponto de partida dos países que se propõe a construir um documento internacional que tutele os direitos humanos. Afinal, partir do pressuposto básico universalista é, em outros termos, viciar o diálogo subsequente e impor uma cultura. Há de se partir de uma premissa relativista fraca, da ideia de que há e devem ser respeitas as diferentes realidades culturais. Ademais, primeiro, conforme sustentado por Boaventura, cada sociedade precisa primeiramente discutir e analisar a cultura internamente, para depois iniciar discussões a níveis mundiais, discussões essas que procurem pontos em comum e não tenham como objetivo sobrepor culturas”.

⁴⁹ Cf. CUNHA, 2013.

(...) práticas tidas por nocivas, tratando-as diferenciadamente consoante emanem de maiorias ou minorias, se é certo que o relativismo cultural tem limites, então há que cuidar que esses limites sejam *universais*, quer dizer, aplicáveis de igual modo a todas as configurações culturais – e não apenas a comunidades associadas à imigração. Caso contrário, poderemos acabar por interferir com as liberdades individuais de mulheres de etnicidades minoritárias. Se não são toleráveis práticas atentatórias dos direitos humanos por razões étnico-culturais, a repressão de tais práticas tão-pouco deveria ser induzida por essas razões. E se as ‘culturas’ ou ‘tradições’ não devem ser protegidas a expensas das liberdades individuais, estas tão-pouco deveriam ser menorizadas por razões culturais. Este é um risco real no caso de mulheres adultas (CUNHA, 2013).

Em quaisquer dos casos, há evidente conotação ideológica permeando os antagonismos. Com efeito, é preciso estabelecer fundamentos pragmáticos que funcionem como limites mínimos para a definição do espaço de comunicação entre os sistemas culturais conflitantes.

Não se trata de mitigação da ascendente (ao menos no plano teórico) aceitação da diversidade cultural representada pelo multiculturalismo, o que esvaziaria a tolerância em espaços locais e globais; tampouco de exacerbação de seus impactos e efeitos, o que poderia representar um inaceitável esvaziamento dos direitos humanos e fundamentais (ao menos em sua concepção universalista).

Outrossim, a argumentação porventura favorável ao controle (e não ao enfrentamento) da MGF funda-se da defesa dos rituais e da cultura historicamente impregnada nas sociedades que a praticam. Ademais, não se nega que a sujeição das vítimas à mutilação é, muitas vezes, voluntária. Ou seja, encontraria arrimo no consentimento da maior parte das mulheres envolvidas.

No entanto, ainda que parte das crianças e adolescentes submetidas à mutilação aceitem-na como resultado de sua própria feminilidade, é fácil concluir que tal escolha não é livre, tampouco consciente, seja pela reduzida faixa etária das vítimas, seja pelo desconhecimento acerca de todos os componentes físicos e mentais envolvidos na mutilação. O discurso absorvido (por imposição) é sempre maniqueísta e coercitivo, o que reduz o direito de escolha a uma prerrogativa inexistente na realidade cultural.

Consoante tal entendimento, a OMS e a UNICEF destacam ser inaceitável que a comunidade internacional permaneça passiva em nome de uma visão distorcida do multiculturalismo. Comportamentos humanos relacionados a valores culturais insensíveis - ou destrutivos - possuem maior função e significado para os agressores, ignorando o sofrimento das vítimas.

De fato, as vítimas de dor não consentida não podem ser ignoradas pelo direito.
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

Assim, a dor física e psicológica⁵⁰ parece indicar marco em torno do qual não há diálogo intercultural possível. Afinal, provocar a dor é violação injusta, que não admite relativização induzida por quaisquer elementos culturais ou sociais.

Qualquer homem, de qualquer nação, associado a qualquer pensamento, sentirá dor quando lesionado. Mais ainda, qualquer animal não humano, com um início de sistema nervoso, sujeita-se à dor. A dor não assentida (ou viciosamente concedida) não pode ser relativizada com fundamento em pretenso baldrame axiológico ou cultural porque, destaque-se, a agressão, *per si*, não seria tolerada pelas vítimas em um ambiente livre⁵¹.

A despeito de minha posição francamente favorável ao universalismo dos direitos humanos, é forçoso reconhecer que não existe qualquer dicotomia entre essa universalidade e o reconhecimento do multiculturalismo. Qualquer pretensão antropológica relativista - e, portanto, reducionista - mitiga o próprio alicerce de valores ínsitos aos direitos humanos e nega a existência de um mínimo moral e jurídico comum a todos.

Calha a lição de Vicente de Paulo Barreto, ao destacar que

(...) a leitura antropológica dos direitos humanos não consegue provar a sua universalidade, pois existem pluralidades de manifestações culturais, mas essas manifestações culturais expressam de forma diferente um número mínimo de valores humanos. Verificamos, assim, que não se encontra uma mesma resposta sobre a natureza dos direitos humanos, quando ficamos prisioneiros da experiência cultural e particular de cada povo. Trata-se de uma questão que deverá ser solucionada no plano propriamente da reflexão filosófica e não no terreno da pesquisa social empírica, onde casos particulares per se não confirmam, nem desmentem, a possibilidade ou não da universalidade de valores e normas (BARRETO, 1998, p. 378).

Com efeito, ao afastarmos as controvérsias relacionadas à prática da MGF, deslocando o suposto enfrentamento entre universalismo, relativismo e multiculturalismo para um espaço pragmático, em que há identidade absoluta entre todos os homens (a dor decorrente da mutilação), torna-se evidente a incompatibilidade das mutilações com quaisquer justificativas culturais.

Como bem realça Marina Vital Borges, o “problema da posição relativista é o fato

⁵⁰ A dor é uma experiência sensorial e emocional desagradável associada a dano tecidual real ou potencial, sempre subjetiva, associada a experiências relacionadas a lesões desde o início da vida (IASP, 1994).

⁵¹ Não se confunda, aqui, com o *ritual da tocandira* (ou tucandeira), em que jovens do sexo masculino da tribo Sateré Mawé submetem-se a ritos de passagem que envolvem picadas de centenas de formigas. No caso, não há mutilação perene, risco de vida, tampouco submissão relacionada à inequidade de gênero.

de que ela absolutiza as diferenças e se esquece da nossa condição humana comum”⁵².

Pois assim, é escandalosamente claro que a mutilação genital deve ser combatida, se não pelo atentado aos direitos humanos (contra os quais voltam-se os relativistas), ao menos pelos efeitos indeléveis decorrentes da mutilação e da dor injustificada⁵³.

Deste degrau mínimo, que a todos iguala, não há como descer. Aqui, inconteste, há uma universalidade intocável e intangível. Quem provoca a dor injusta, sujeita-se à repressão e não encontra escudo cultural.

A MGF, portanto, pode ser legitimamente condenada por provocar dor injusta e inconscientemente assentida⁵⁴. Onde há dor, fruto de violência de gênero, não emerge arena para diálogo, tampouco *topoi fortes* que deem azo à hermenêutica diatópica proposta por Boaventura de Souza Santos⁵⁵.

Mais complexo, no entanto, é definir o momento em que o reconhecimento do parâmetro mínimo da não provocação de dor injusta consolidará um valor comum a todas culturas⁵⁶.

Sob a ótica do indivíduo submetido à dor da mutilação (a vítima), não há baldrame cultural que a sustente ou justifique. No entanto, sob a ótica daqueles que praticam a MGF (os agressores), há um claro manancial cultural e político que permeia o procedimento.

Como bem destacam Elza Pais e Jorge Lacão,

(o) relatório do FNUAP sobre População e Desenvolvimento, de 2008 ‘Construindo Consensos – Cultura, Gênero e Direitos Humanos’, aponta

⁵² Cf. BORGES, 2008. p. 250.

⁵³ Cf. SILVA, 1997, p. 109.

⁵⁴ Veja-se, por relevante, o excerto de Manuela Ivone Cunha (2013): “Partilho o entendimento segundo o qual os portadores dos direitos humanos são indivíduos e não categorias coletivas, “comunidades”, ou “culturas” (Habermas, 1994). (...) São os primeiros que “têm” direitos, não as segundas – a não ser para fins de proteção de direitos individuais que sejam negados na base da pertença a uma categoria coletiva. Tal não significa, porém, postular uma natureza humana universal personificada em indivíduos isolados e pré-sociais. Esses só existem enquanto abstrações. Como afirma Terence Turner (2007, p. 57), a “humanidade” não é uma propriedade do indivíduo considerado independentemente das relações sociais, mas uma qualidade construída por essas relações (2007, p. 57)”.²⁷ A dimensão coletiva dos direitos individuais não pode pois ser escamoteada, sem que ela capacite “comunidade” ou grupo algum a anular os direitos dos seus membros individuais ou a desenvolver a identidade e os valores próprios a expensas de outros grupos e indivíduos, impedindo-lhes um desenvolvimento autônomo e distinto (Turner, 2007, p. 60). Decorre daqui que uma “tradição” cultural não pode ser protegida por si mesma em detrimento dos direitos dos indivíduos. Mas se estes últimos têm direito a resistir às normas e expectativas sociais e devem poder fazer escolhas, tão-pouco deveriam ver estes direitos diminuídos pela circunstância de se identificarem ou serem identificados com uma ‘tradição’ particular”.

⁵⁵ Cf. SANTOS, 1997.

⁵⁶ Cf. GUNNING, 1991-1992.

para a necessidade de reforço do diálogo intercultural como forma de levar as pessoas, uma vez que a cultura não é estática mas dinâmica, a mudar os seus comportamentos e a abandonar essas práticas nocivas. A cultura passaria, desse modo, a ser encarada como potenciadora de direitos humanos e não como um obstáculo (PAIS; LACÃO).

Logo, enfrentar esse quadro ignorando a percepção da sociedade agressora quanto à relevância da MGF (talvez sua indispensabilidade), pode levar à estigmatização das comunidades envolvidas e ao recrudescimento de práticas identitárias, tais como as próprias mutilações. Seria certamente esse o efeito mais ampliado de um enfrentamento irrefletido, que pretenda regulamentar um universo cultural ignoto⁵⁷.

De fato, o controle e a futura eliminação da MGF passam pela combate universal à dor injusta, que não admite diálogo multicultural na persecução de espaços legítimos para a continuidade das mutilações. Tais espaços, como visto, nunca existirão. As estratégias de controle, no entanto, tampouco confundem-se com o puro e simples enfrentamento cultural, devendo englobar ações políticas e educacionais voltadas à gradual erradicação da mutilação genital feminina.

Conclusão

A dor injustamente provocada é indesejada por todos os homens; não há, portanto, núcleo legítimo que justifique diálogos em torno da perpetuação das mutilações femininas. A erradicação da MGF, portanto, passa pelo reconhecimento universal da impossibilidade de superação da dor injusta por fundamentos culturais ou religiosos, bem como pelo embate coercitivo, político e educacional dessas práticas.

Estabelecer a dor física como fundamento para a eliminação das mutilações é o primeiro passo de um processo social e histórico cujo maior desafio é determinar o momento em que tal desiderato reflita verbo uníssono, não se convertendo em um mero instrumento de choque cultural. Isto é, a prática da MGF é insustentável e não há diálogo possível em torno de sua continuidade. No entanto, o desaparecimento das mutilações não passa pelo enfrentamento cultural, mas pelo processo de convencimento orientado ao consenso quanto à sua imperativa extinção.

Tais estratégias encontram baldrame axiológico e normativo nos direitos

⁵⁷ Cf. SILVA, 2007.

humanos e no reconhecimento de valores que, ainda que incompreendidos aos olhos hegemônicos, refletem uma concepção cultural ampla das relações humanas.

Referências

- ARBESMAN, M; KAHLER, L; BUCK, GM. **Assessment of the impact of female circumcision on the gynecological, genitourinary and obstetrical health problems of women from Somalia:** literature review and case series. *Women Health*, 1993;20(3):27-42.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos. In: **Direitos humanos no século XXI:** Parte I. Rio de Janeiro: IPRI, 1998.
- BISHAI, David; BONNENFANT, Yung-Ting; DARWISH, Manal; et al. **Estimating the obstetric costs of female genital mutilation in six African countries.** *Bulletin of the World Health Organization* 2010;88:281-288.
- BORGES, Marina Vital. Universalização ou relativização: direitos humanos na perspectiva da antropologia jurídica. In: COLAÇO, Thais Luzia (org). **Elementos de Antropologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2008.
- CUNHA, Manuela Ivone. **Género, cultura e justiça:** a propósito dos cortes genitais femininos. *Anál. Social* 209 (2013, dez.).
- Declaração conjunta **OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM e OMS.** Lisboa: APF, 2008. Disponível em <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.
- DIRIE, MA & LINDMARK, G. **The risk of medical complications after female circumcision.** *East Afr Med J*, 1992 Sep;69(9):479-82.
- FARIAS, Ana Paula Dantas; DANTAS, Ana Vanessa; SILVA, Herbert Torquato; et al. **Mutilação Genital Feminina (MGF), um ato moral?** Jurisway, 2011. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6026. Acesso em 15 de janeiro de 2015.
- FERREIRA, Camila; MARTINS, Camila; NETO, Getúlio; et al. Multiculturalismo e biodireito: uma análise da diversidade cultural ante os direitos humanos. **Revista Direito Unifacs** 153 (2013).
- GALLO, PG. **Female circumcision in Somalia:** some psychosocial aspects. *Genus*, 1985 Jan-Jun;41(1-2):133-47.
- GUNNING, Isabelle R. **Arrogant Perception, World-Travelling and Multicultural Feminism:** The Case of Female Genital Surgeries. *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 23:189, 1991-1992
- IASP - INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR STUDY OF PAIN. Part III: Pain Terms, A Current List with Definitions and Notes on Usage. In **Classification of Chronic Pain.** 2nd Edition. IASP Press: Seattle, 1994.

INTERNATIONAL AMNESTY. Female Genital Mutilation/Cutting: A Fact Sheet. 2011. Disponível em www.amnestyusa.org/women/pdf/FGM_fact_sheet.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

LI, Xiaromg. **Tolerating the intolerable:** the case of Female Genital Mutilation. In: Gehring, Verna V. (Ed.). Ethical Dimensions of Global Development. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2006

MOHAMUD, OA. Female circumcision and child mortality in urban Somalia. **Genus**, 1991 Jul-Dec;47(3-4):203-23.

MOMOH, C. **Female genital mutilation.** Trends in Urology, Gynaecology & Sexual Health, 2010, 15: 11–14.

PAIS, Elza; LACÃO, Jorge. Mutilação genital feminina. In: **O público**. Lisboa, 07 de março de 2014. Disponível em <http://www.publico.pt/n1627264>. Acesso em 12 de fevereiro de 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova** [online] 1997, n.39, pp. 105-124.

SILVA, Maria Cardeira da. A “guerra” contra a mutilação genital feminina (MGF): danos colaterais. In: FRADE, A. **Por Nascer Mulher...** um outro lado dos Direitos Humanos. Lisboa: Associação para o Planeamento da Família, 2007

THE BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY AT HARVARD UNIVERSITY. **Laws of the world on female genital mutilation.** Disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/population/fgm/fgm.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

UNICEF. Female genital mutilation/cutting: **A Statistical Exploration**. Nova Iorque: Unicef, 2005.

WHO. **Female genital mutilation.** Fact Sheet nº 241, June 2000. Genebra: World Health Organization, 2000.

WHO. A Factual Overview of Female Genital Mutilation. In: **Progress in Sexual and Reproductive Health**, nº 72. Genebra: World Health Organization, 2006a.

WHO. The UNDP/UNFPA/WHO/World bank special programme of research, development and research training in human reproduction. In: **Progress in Sexual and Reproductive Health**, nº 72. Genebra: World Health Organization, 2006b.

WHO & PAHO. **Understanding and Addressing Violence Against Women:** Female genital mutilation. 2012. Disponível em <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/en/index.html>. Acesso em 12 de fevereiro de 2015.

LEVANDO OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS A SÉRIO

Fernando Nascimento dos Santos

Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), especialista em Ciências Penais pelo IEC/PUC Minas; especialista em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública pelo CRISP/UFMG; procurador autárquico no Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB e Centro Universitário Unieuro.

38

Resumo

O presente artigo analisa a necessidade de levar os direitos dos povos indígenas a sério, tendo em vista que, apesar da exigência da integridade, no contexto do Estado Democrático de Direito, ainda está em curso no Brasil um projeto de integração desses povos à sociedade nacional. Inicialmente analisa esse projeto integracionista e a evolução normativa dos direitos dos povos indígenas. Em seguida, apresenta-se a tese da integridade e a comunidade de princípios de Ronald Dworkin, centrando-se no cerne da teoria, de especial relevância para a moderna compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito, que é o igual respeito e consideração de todos. Ao final, aborda o pluralismo e o multiculturalismo, analisando a tese da integridade sob a ótica de uma sociedade pluralista, com a pretensão de levar sério os direitos dos povos indígenas por meio do reconhecimento e respeito à diferença.

Palavras-chave: multiculturalismo; diversidade cultural; povos indígenas; projeto integracionista; respeito à diferença.

1. Introdução

O presente artigo analisa a forma como o Estado Moderno, e em especial, o Brasil, têm tratado os povos indígenas, o que, inevitavelmente, trás a luz o projeto integracionista que remonta ao período colonial e, apesar do paulatino – embora tímido – reconhecimento de direitos das minorias e povos diferenciados nas Constituições Modernas, na prática, esse ideal de integração ainda vigora, negando a identidade dos povos indígenas.

Pretende-se, então, desvelar a continuidade desse projeto, insustentável no paradigma do Estado Democrático de Direito, na perspectiva da comunidade de princípios proposta por Ronald Dworkin,⁵⁸ ou mesmo em Habermas.⁵⁹ Não por acaso, o título do artigo é uma referência à obra “Taking Rights Seriously”, em que Dworkin

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, 2002.

⁵⁹ HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 2000; HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política, 2002.

conclama a sociedade e o Estado, a levarem os direitos a sério, apresentando critérios inarredáveis para a legitimação das decisões políticas e judiciais que busquem a integridade do direito, tratando todos os indivíduos com igual respeito e consideração. Isso implica, para fins desse estudo, considerar o pluralismo de visões de mundo e levar os direitos dos povos indígenas a sério, considerando e respeitando seu modo peculiar de vida na conformação do Estado Nacional.

Nesse sentido, o primeiro capítulo apresenta o projeto integracionista ainda em curso no Brasil e a evolução normativa, no direito interno e na ordem internacional, destacando a evolução do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, que, no plano normativo, caminha para o rompimento da pretensão de integração desses povos à sociedade não indígena.

Em seguida, apresenta-se a tese da integridade e a comunidade de princípios de Ronald Dworkin, centrando-se no cerne da teoria, de especial relevância para a moderna compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito, que é o igual respeito e consideração de todos.

Propõe-se, então, na parte final, o estudo do pluralismo e do multiculturalismo, cotejando-se a tese da integridade no contexto de uma sociedade pluralista, com a pretensão de levar a sério os direitos dos povos indígenas por meio do reconhecimento dos seus costumes e tradições, do respeito à diferença e, quem sabe, dar continuidade a história desses povos indígenas respeitando a integridade do direito, (re) construindo uma história digna de ser contada aqui.

2. O índio, o projeto integracionista e sua superação normativa.

Ao olhar a história dos povos indígenas facilmente se percebe uma política integracionista, que, numa perspectiva etnocêntrica, colonizadora e monista⁶⁰, visa a

⁶⁰ Sobre a concepção monista, Antonio Carlos Wolkmer anota que é atribuída ao Estado Moderno “o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo.” (WOLKMER, 2001, 46). Dentre as várias características do Estado Moderno, pretende-se aqui destacar a monopolização do direito e do poder por parte do Estado. Nessa linha de pensamento é coerente a observação que Norberto Bobbio faz sobre essa transição de paradigma entre a sociedade medieval e a sociedade moderna: “A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispõe de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

integração dos índios à civilização, uma vez que esses povos sempre foram tratados como atrasados e inferiores em relação à sociedade não índia considerada civilizada.

Esse projeto integracionista ocorreu nos diversos territórios explorados pelos países dominadores, por ocasião do colonialismo, na era mercantilista, sobretudo a partir da descoberta das Américas e do caminho das índias, e se intensificou com a consolidação dos Estados nacionais.

Analizando a política integracionista, Carlos Frederico Marés de Souza Filho,⁶¹ assinala que o colonialismo mercantilista teve um relacionamento com os povos locais de profunda exploração, desrespeito e crueldade, em que “os índios eram caçados, nas selvas, montanhas e pradarias, empurrados para o interior e vendidos ou treinados em cativeiro para servir de escravos, cristianizados e transformados em força de trabalho para capitais mercantilistas”⁶². Para o autor, a política colonialista na América pautou-se pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover a integração forçada, religiosa e econômica dos povos colonizados (não apenas os indígenas), ou então, a sua destruição, em caso de resistência. Aos poucos, aqueles que sobreviviam à luta contra os colonizadores poderiam ingressar na vida do Reino como trabalhadores, semiescravos ou integrantes de missões de “pacificação” de outros povos.⁶³

A caçada aos povos indígenas na América é muito bem ilustrada por Souza Filho, segundo qual, diante de tantas crueldades perpetradas pelos colonizadores, os índios só tinham a opção de lutar ou sucumbir, e por isso “se pudéssemos visualizar num grande mapa da América o caminho traçado por cada povo até o lugar onde se encontra hoje, seguramente veríamos trilhas de sangue por toda a imensidão das florestas, cerrados, campos e montanhas”.⁶⁴

De fato, esse complexo e conflituoso processo de colonização, concomitante à formação dos Estados Nacionais, e que ganhou força na idade moderna, impôs aos povos originários colonizados a “transfiguração de sua identidade étnica, cooptados a

indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. (...) a esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como uma mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil.” (BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 2006, p. 27).

⁶¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos, 2003.

⁶² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos, 2003, p. 75.

⁶³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos, 2003, p. 77-78.

⁶⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos, 2003, p. 75.

integrarem a nação que se queria criar.”⁶⁵ Para tanto, buscou-se, nas mais diversas áreas de atuação do Estado e nos mais variados fluxos de interação e controle sociais, a aculturação e dominação dos povos indígenas, os quais passaram por um processo de assimilação ao modo de vida do “homem branco” e dos valores da sociedade moderna. Tornou-se um desafio para o Estado docilizar esses povos vistos como atrasados, selvagens e primitivos. Era preciso salvá-los, proporcionando-lhes o progresso e integrando-os à civilização.

Em abrangente estudo sobre a criminalização indígena, Tédney Moreira da Silva,⁶⁶ retomando as lições de Darcy Ribeiro,⁶⁷ ressalta os esforços para a criação da nacionalidade brasileira e consagração do Estado Moderno nas terras dominadas pelos lusitanos:

A construção da nacionalidade brasileira possibilitaria o exercício do poder soberano num território já arduamente conquistado após o afastamento de ataques estrangeiros, no período colonial, e a supressão de movimentos populares separatistas, durante o Império. Isto porque nação, centralização e soberania de exercício do poder e a delimitação de um território eram, à luz do entendimento filosófico-político aplicado aos Estados Modernos, os signos distintivos do verdadeiro Estado (SILVIA, 2015, p. 26)

Tornou-se imprescindível impor aos povos originários os valores universais, de cariz europeu, rompendo os costumes, tradições e valores desses povos em prol dos valores predominantes na sociedade “civilizada”, com vistas a um pretenso ideal de homogeneização. Assim, as políticas públicas e as leis, durante muito tempo, se prestaram a isso, tentando integrar os povos indígenas à sociedade oficial, sem, entretanto, garantir-lhes, efetivamente, direitos básicos que eram assegurados aos não índios, e, muito menos, os direitos de serem o que eram – índios – com a preservação de sua identidade, dos seus usos e costumes.

Viu-se, então, a consolidação dos Estados Nacionais e a elaboração de suas Constituições, organizando um sistema jurídico monista, com a pretensão de um Estado único e Direito único, o que, na América Latina, redundou no ideal de integração:

A idéia de que todos os indivíduos estariam convertidos em cidadãos, ou pelo menos de que todo o indivíduo teria direito a se tornar cidadão, traduzia-se na assimilação, absorção ou integração dos povos culturalmente diferenciados.

⁶⁵ SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015, p. 25.

⁶⁶ SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015.

⁶⁷ RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil, 1997.

Esta integração que do ponto de vista dos dominantes era o oferecimento de “conquistas do processo civilizatório”, sempre foi vista pelos dominados como política de submissão dos vencidos. A projetada integração jamais se deu, não só porque as sociedades latino-americanas não ofereceram oportunidades de integração, mas também porque a integração nunca pôde ser sinceramente aceita pelos povos indígenas. A idéia de integrá-los, que se iniciou, talvez, com um boa intenção, transformou-se rapidamente em desvalado cinismo. A integração passou a ser o discurso culto dos textos e das leis, enquanto na prática, a cordialidade de integração se transformava na crueldade da discriminação (SOUZA FILHO, 2012, p. 63).

Sob esta ótica, as diversas normas que tratavam dos povos indígenas e ainda das políticas públicas que lhes eram destinadas ao longo da história do Brasil evidenciam o desejo incessante de incorporação desses povos à comunhão nacional.

No plano constitucional, o Brasil reconheceu, tardivamente, os indígenas como sujeitos de direitos. A invisibilidade desses povos é notória na Constituição do Império de 1824 e na Constituição Republicana de 1891, que nada dispuseram a respeito. As peculiaridades, costumes e valores próprios dos povos indígenas eram irrelevantes para o direito oficial.

A Constituição de 1934 inicia, no âmbito constitucional, a política integracionista, estabelecendo, na alínea “m”, do inciso XIX, do art. 5º, a competência da União para incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Além disso, garante, no art. 129, a posse de terras dos silvícolas⁶⁸ que nelas se achassem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. Na Constituição de 1937, mantém-se, no art. 154, o mesmo tratamento em relação à posse das terras, retirando-se a previsão relativa à incorporação à comunhão nacional prevista no texto anterior. A Constituição de 1946, entretanto, reaviva, na alínea “r”, do inciso XV, do art. 5º, a competência da União para incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, mantendo-se, no art. 216, a garantia da posse da terra. A Constituição de 1967 altera o regime de terras indígenas, inserindo-as como bens da União (art. 4º, inciso IV), mantem a competência da União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 8º, XVII, “o”) e amplia o direito à posse das terras ocupadas, garantindo-lhes, o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 186). O mesmo regime foi mantido com a Emenda Constitucional de 1969, que nada alterou nesse aspecto.

⁶⁸ “A definição jurídica de índio é já inicialmente vinculada à imagem de habitante das selvas (ou ‘silvícola’), num inadvertido desconhecimento da realidade socioambiental que caracteriza a maioria dos povos indígenas no País e que reforça seu lugar de selvageria” (SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015, p. 33).

Essa visão integracionista e a invisibilidade dos povos indígenas foram amenizadas com a Constituição Federal de 1988, que alterou substancialmente a condição dos indígenas, inserindo-os na categoria de sujeito peculiar de direitos, não equiparando-os aos sujeitos comuns ditos civilizados (cidadãos não-índios), mas sim, reconhecendo-os como são ou desejam ser: simplesmente índios e garantindo-lhes, ainda que timidamente, os direitos de o serem⁶⁹.

Nesse aspecto, a Constituição vigente abandona a preconceituosa expressão “silvícola”; mantém como bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI); estabelece a competência da União para legislar sobre populações indígenas (Art. 22, XIV); estabelece a competência da Justiça Federal para a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI) e atribuição ao Ministério Público para defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V); no ensino, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, §2º); na Seção II (art. 215 a seguintes), que trata da Cultura, reconhece aos indígenas, como aos demais cidadãos e povos diferenciados, o pleno exercício dos direitos culturais, cabendo ao Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Além do rol acima, a Constituição Federal de 1988 dedica uma parte específica do texto (Capítulo VII) ao reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas. O art. 231 do texto constitucional deixa para trás a pretensão de integração dos indígenas à comunhão nacional, reconhecendo-lhes o direito à autodeterminação ao estabelecer que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. O referido dispositivo constitucional avança ainda na proteção desses direitos, estabelecendo critérios relacionados à definição de terras tradicionalmente ocupadas (§1º); direito à posse e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (§2º); consulta prévia às comunidades indígenas afetadas e aprovação do Congresso Nacional,

⁶⁹ Segundo Ana Valéria Araújo, a Constituição Federal de 1988 “abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve” (ARAÚJO, Ana Valéria; CARVALHO, Joênia Batista; OLIVEIRA, Paulo Celso de; JÓEF, Lúcia Fernanda; GUARANY, Vilmar Martins Moura; ANAYA, S. James. Povos indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença, 2006, p. 45).

em caso de exploração de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (§3º); a inalienabilidade e indisponibilidade das terras indígenas e a imprescritibilidade dos direitos sobre elas (§4º); vedação de remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo exceções previstas e com anuência do Congresso Nacional (§ 5º); a extinção dos contratos e atividades que tenham por objeto as terras indígenas (§6º); e afasta o fomento do Estado, na forma de cooperativa, de atividade garimpeira das terras indígenas (§7º).

O art. 232 do texto constitucional, por sua vez, confere legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Por fim, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, estabelece prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para a demarcação das terras indígenas.

No plano infraconstitucional, voltamos um pouco no tempo, para compreender o tratamento das questões indígenas, fazendo-se referência, de início, ao antigo Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN ou simplesmente SPI), que foi criado em 20 de junho de 1910, pelo Decreto nº 8.072, e tinha por objetivo, dentre outros, a assistência aos “índios do Brazil, que vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados.” De cunho eminentemente assistencial e protecionista, pretendia o SPI velar pelos direitos indígenas, garantir a posse dos territórios ocupados, o respeito à organização interna das diversas tribos, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes; instrução e profissionalização dos indígenas, dentre outros, cuja pretensão basicamente era a transformação do índio em um trabalhador nacional, promovendo-se sua nacionalização (civilização).

É importante destacar o Código Civil de 1916, que, na redação original, evidenciava no art. 6º, o reconhecimento da inferioridade dos povos indígenas em relação aos cidadãos comuns não índios, ditos “civilizados”, incluindo-os ao lado dos relativamente incapazes para certos atos da vida civil, pelo que estavam sujeitos ao regime tutelar, cuja incapacidade cessaria à medida de sua adaptação. Com a reforma de 1919, o legislador deixa claro que essa adaptação se daria em relação “à civilização do País”.

Após a edição do Código Civil atual, em 2002, a capacidade civil dos índios foi remetida para a legislação especial, basicamente Estatuto do Índio.

Em 1973 este último foi editado (Lei nº 6.001/1973), estando ainda vigente⁷⁰, e passou a regular a situação dos índios ou “silvícolas” (como tratado no Estatuto), e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. O Estatuto estabeleceu, no art. 4º, três categorias de índios: a) isolados, quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) em vias de integração, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; c) e integrados, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

O Estatuto representou, à época de sua edição, um grande avanço na questão indígena, muito em função da política internacional de então, assegurando diversos direitos, além daqueles aplicados aos demais brasileiros; o resguardo dos usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas no Estatuto relativos à capacidade, registro civil, direitos civis e políticos; assistência e tutela; condições de trabalho; posse, usufruto e defesa das terras indígenas; bens e rendas do patrimônio indígena; educação, cultura e saúde; e critérios especiais para aplicação da legislação penal oficial aos indígenas, conforme o grau de integração à sociedade nacional⁷¹.

⁷⁰ Apesar da duvidosa constitucionalidade de alguns de seus dispositivos frente à Constituição Federal de 1988.

⁷¹ Ao analisar os parcos estudos doutrinários sobre a questão penal indígena, é possível asseverar, sem risco de essencialização, que a responsabilização dos índios parte de um esforço, quase sempre infrutífero, de subsunção dessas situações às categorias próprias do Direito Penal estatal, que guarda valores próprios da sociedade moderna. As práticas judiciais evidenciam que o resultado dessa inconciliável operação foi uma inferiorização dos povos indígenas, geralmente enquadrados como inimputáveis, entendidos como indivíduos com desenvolvimento incompleto e retardado. Com base na visão integrationista, os pressupostos da culpabilidade do autor do crime, doutrinariamente estabelecida em termos de capacidade de culpa (imputabilidade penal), potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, são analisadas, em relação aos indígenas, a partir de suas condições pessoais, aferidas geralmente por um estudo antropológico que vai analisar, dentre outros elementos, o grau de adaptação do índio à cultura, valores e modos de vida da sociedade “civilizada”.

É notória, em diversos dispositivos do Estatuto, a visão integracionista, mantendo-se a cultura de superioridade dos valores da sociedade oficial em detrimento dos costumes, tradições e valores indígenas, subjugando-os ao direito oficial e ao modo de vida dos não índios. Fato é que o próprio texto legal estabeleceu um regime tutelar para os povos indígenas, reconhecidamente inferiores, atrasados ou semi-incapazes para a vida civil oficial e, portanto, carentes de proteção, assistência e tutela do Estado até que esteja completamente civilizado e, por requerimento próprio e preenchidas as condições do Estatuto, se libere do regime tutelar e passe a exercer a plenitude da capacidade civil, integrando-se, finalmente, à tão sonhada “comunhão nacional”.

No plano internacional, a Convenção nº 107 sobre a proteção e integração das populações tribais e semitribais de países independentes, adotada em Genebra, em 26 de junho de 1957, por ocasião da quadragésima sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,⁷² assume importante papel em relação aos direitos e proteção dos povos indígenas. A convenção estabelecia que os Estados desenvolveriam programas e ações com vistas à integração dos povos tribais e semitribais, incluindo os povos indígenas, na comunidade nacional, e medidas especiais de proteção especial para os povos ainda não integrados.

O projeto integracionista da Convenção 107 estabelecia que os países deveriam se atentar para: a) tomar devidamente em consideração os valores culturais e religiosos, e os métodos de controle social peculiares a tais populações, assim como a natureza dos problemas que se lhes deparam tanto do ponto de vista coletivo como individual, ao serem expostas a modificações de ordem social e econômica; b) tomar consciência do perigo que pode advir da subversão dos valores e das instituições das referidas populações, a menos que os mesmos possam ser substituídos de maneira adequada e com o consentimento dos grupos interessados; c) empenhar-se em aplacar as dificuldades experimentadas por essas populações na adaptação a novas condições de vida e trabalho.

Atualmente, no plano internacional, vige a Convenção nº 169, de 27 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de Abril de 2004. A Convenção apresenta sensível mudança na política integracionista da Convenção nº 107, priorizando-se o respeito à diversidade cultural, a autodeterminação dos povos e a colaboração entre as comunidades indígenas e tribais com os Estados Nacionais para o tratamento das

⁷² Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

questões que lhe digam respeito. Nos seus diversos dispositivos, constata-se a preocupação da Convenção com a melhoria das condições de vida desses povos, assegurando-lhes, dentre outros itens, os direitos humanos e liberdades fundamentais e priorizando-se as formas de vida própria, devendo ser levado em consideração, inclusive, seus costumes e seu direito consuetudinário, na aplicação da legislação nacional (art. 8º), e até mesmo na repressão de delitos (art. 9º), desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Essa sistemática de respeito às minorias é invocada ainda pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que prevê, no seu art. 27 que, nos “Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

Apesar dos avanços, no plano normativo, em relação à proteção e reconhecimento dos povos indígenas, como enfatiza Tédney Moreira da Silva, “todos estes regramentos pressupunham a separação dos indígenas dos demais brasileiros na Constituição da nação, que acabaria por selar o seu lugar no Estado, que é sempre de marginalização.”⁷³ Na prática, esta política integracionista ainda reina no Brasil, negando a diversidade dos povos indígenas, que, mesmo reduzidos a uma pequena população⁷⁴, vem resistindo frente ao Estado e ao Direito que não admitem e, em muitos aspectos, negam que estes povos, suas tradições, culturas e normas jurídicas próprias, “nada têm a ver com Direito estatal”⁷⁵

Essa ambiguidade foi denunciada em substanciosa obra de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, publicada em 1998, fruto de trabalho de doutoramento, na qual

⁷³ SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015, p. 36.

⁷⁴ “O Censo Demográfico 2010 contabilizou a população indígena com base nas pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e para os residentes em Terras Indígenas que não se declararam, mas se consideraram indígenas. O Censo 2010 revelou que, das 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil ou 63,8 %, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5 %, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas.” (Sítio oficial da Fundação Nacional do Índio – FUNAI – Consultado em 23.01.2017, Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>).

⁷⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos para o Direito, 2012, p. 74.

salienta que a legislação brasileira nega a autonomia e o Direito próprio dos indígenas, “de forma envergonhada, isto é, não integral” respeita “os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, sucessões e negócios dentre índios, assim como aceita nos crimes intra-étnicos a punição da comunidade, desde que não seja com pena infamante ou de morte.”⁷⁶ E ainda denuncia esta mesma postura no plano internacional, em especial da Convenção 169 da OIT, em que as práticas consuetudinárias indígenas são tratadas de forma secundária pelo Direito Estatal, isto é, são aceitas desde que respeitados o sistema jurídico nacional e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Para ficar apenas no âmbito penal, é digna de nota a recente pesquisa realizada por, Tédney Moreira da Silva, em 2015, no programa de mestrado da Universidade de Brasília, em que analisou 319 julgados (215 dos Tribunais de Justiça estatais e do Distrito Federal, 38 dos Tribunais Regionais Federais e 66, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Nessa pesquisa, alerta para a existência de uma “penalidade civilizatória”:

Uma função política do direito penal aplicado aos indígenas pelas agências do sistema de justiça que, acriticamente, reproduzem argumentos racistas e etnocêntricos com a finalidade de reforçar a ideia de seu desaparecimento ou neutralização, isto é, de sua assimilação, total ou parcial, de usos e costumes da “sociedade nacional” – o que, simultaneamente, conduz à sua inserção forçada na sociedade de Estado e ao controle dos que são a ela resistentes (SILVA, 2015, p. 104).

A penalidade civilizatória, com a aplicação indistinta da lei penal, perpetrada no Brasil só vem a reforçar o projeto integracionista, atualizando, segundo conclui o autor, a função política de integração à sociedade nacional, neutralizando e suprimindo as reivindicações indígenas pelo reconhecimento de seus direitos.⁷⁷

A conclusão a que chega o pesquisador não impressiona o olhar mais atento de quem observa o projeto civilizatório iniciado nessas terras denominadas pelos lusitanos, cujas pretensões integracionistas Pero Vaz de Caminha assumira desde a Primeira Carta ao Rei de Portugal dando conta de que aqui encontraram “gente de tal inocência que, se o homem os entendesse e eles a nós, seriam logo cristãos, porque eles, segundo parece, não têm, nem entendem em nenhuma crença” e, por isso, facilmente “se hão de fazer

⁷⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*, 2012, p. 74.

⁷⁷ SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*. 2015, p. 163.

cristãos e crer em nossa santa fé, à qual praza a Nosso Senhor que os traga, porque, certo, esta gente é boa e de boa simplicidade. E imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho, que lhes quiserem dar.”⁷⁸

Parece que os desígnios de Caminha se concretizaram nessas terras, por meio de um processo de integração caracterizado pela discriminação e subalternização da população indígena. A história recente do Brasil mostra que, mesmo após gradativo reconhecimento de direitos, no plano internacional e interno, a luta está longe de ser vencida.

Essa triste realidade tem ecoado nas Organizações das Nações Unidas – ONU. A esse propósito, destaca-se as conclusões dos parágrafos 92 a 95 do Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas, subscrito pela Relatora Especial sobre os direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, por ocasião de sua missão ao Brasil de 7 a 17 de março de 2016, e publicado em agosto do mesmo ano.⁷⁹ Segundo as conclusões da Relatora, apesar de alguns avanços, a exemplo da inserção de disposições constitucionais exemplares em relação aos direitos dos povos indígenas e a realização de demarcação de territórios indígenas, no atual contexto político as ameaças que os povos indígenas enfrentam podem ser exacerbadas e a proteção de longa data de seus direitos pode estar em risco.

As conclusões do Relatório apontam para a necessidade de medidas urgentes para enfrentar a violência e discriminação contra os povos indígenas; fortalecimento de instituições públicas como a FUNAI; capacitação de autoridades públicas, inclusive altas autoridades do poder Executivo e juízes de primeiro grau, considerando sua inapropriada aplicação de doutrinas que negam direitos; redobrar esforços na demarcação e proteção de terras; alocar recursos para melhorar o acesso à justiça; garantir significativa participação e consulta prévia, livre, informada e de boa-fé dos povos indígenas com relação a grandes ou impactantes projetos de desenvolvimento e respeitar protocolos indígenas próprios para consulta e consentimento com relação a assuntos de desenvolvimento; e assegurar, de maneira participativa, estudos de impacto e compensações para os danos causados.

⁷⁸ CAMINHA, Pero Vaz de Caminha, In: Carta de Pero Vaz de Caminha 01.05.1500. Disponível em: http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/livros_eletronicos/carta.pdf. Acesso em: 23.01.2017.

⁷⁹ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. 2016. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portuguese.pdf>. Acesso em: 05.07.2017.

Registra ainda o status de marginalização dos povos indígenas, o fato de que sérias violações de seus direitos ao longo das últimas décadas não terem sido adequadamente investigadas ou remediadas e a urgente necessidade de enfrentar a contínua discriminação estrutural, o que levou a Relatora Especial a propor a realização de um inquérito nacional independente e transparente sobre a violação de seus direitos, em cooperação com os povos indígenas, objetivando transformar a relação do Estado com eles em uma relação baseada no respeito, justiça e autodeterminação.

Mais adiante, o Relatório ressalta que o Brasil tem um débito histórico com os povos indígenas, que sofreram marginalização e discriminação desde a formação do Estado e que, apesar das dificuldades que eles enfrentaram, eles permanecem firmes em sua decisão de proteger seus territórios para manter e desenvolver suas culturas, costumes, línguas e determinar seus próprios futuros. Por esta razão, anota a Relatora Especial da ONU, ao invés de serem vistos como um peso para o Estado ou um obstáculo para o desenvolvimento nacional, suas contribuições para a sociedade brasileira deveriam ser amplamente reconhecidas e devidamente apreciadas e celebradas.

Por fim, a conclusão do Relatório conclama o Brasil a embarcar num já tardio processo inclusivo de construção de Estado com os povos indígenas, baseado nas premissas de relações respeitosas e justas com povos autodeterminados.

Essa exaltação da ONU nos instiga a prosseguirmos os estudos dessas questões, que ainda hoje assolam esses povos diferenciados, como uma forma de resistência e luta. Em 2003, ao tratar do problema da violação de direitos das minorias, por ocasião da obra “O Direito à Diferença”, Álvaro Ricardo de Souza Cruz anota que as autoridades brasileiras “preferem escondê-lo debaixo do tapete’, de um lado fazendo ‘lindos discursos’ em favor das minorias e, na prática, avançando pouquíssimo nessa situação.”⁸⁰A crítica, como visto alhures, é bastante atual. É preciso, pois, romper com essa crueldade perpetrada contra os povos indígenas que, se na época do descobrimento do Brasil, fazia parte do projeto civilizatório da modernidade, hoje não mais se sustenta no paradigma do Estado Democrático de Direito e numa comunidade de princípios pluralista, pautada no igual respeito e consideração, conforme se verá adiante.

3. Comunidade de princípios e a integridade do direito

⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*, 2003, p. 51.

Levar os direitos dos povos indígenas a sério pressupõe reconhecimento e respeito da sua diversidade numa comunidade de princípios.

Sob a ótica da atitude dos membros de uma comunidade política em relação aos outros, Dworkin⁸¹ apresenta três modelos de comunidade: modelo “de fato”, “modelo de regras” e o “modelo de princípios”. No modelo “de fato” ou pragmatismo, “as pessoas não se interessam umas pelas outras, a não ser como meio de atingir seus objetivos”, sem nenhum interesse pela justiça e equidade para com os membros da comunidade. O “modelo de regras”, ou convencionalista, pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitem o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade, como um acordo de interesses, e devem ser respeitadas por uma questão de mera obrigação ou de estratégia, sem consideração principiológica. Assim, cada um pode usar o aparelho político para promover seus próprios interesses ou ideais, sem nenhum senso de responsabilidade ou interesses pelos demais membros da comunidade, e a lei ou as decisões judiciais, como parte do que foi convencionado, serão respeitadas, sem preocupação com as circunstâncias concretas que fundamentaram o que foi decidido.

O modelo de princípios, por sua vez, satisfaz as condições de uma sociedade genuína, em especial uma sociedade moralmente pluralista, pois tornam específicas as responsabilidades de cidadania; as pessoas respeitam os sentimentos de equidade e de justiça de sua comunidade, que podem ser diferentes de outras; faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais, que ninguém seja excluído; que o interesse que expressa seja verdadeiro e constante, inclusive na legislação e na prestação jurisdicional; proíbe soluções conciliatórias e tende para igualdade. Nesse sentido, Dworkin defende uma comunidade de princípios, com autoridade moral (suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder), que aceita integridade, condena leis conciliatórias e as violações da natureza associativa de sua organização, asseverando que:

Sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer outra

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 2007, p. 253-259.

comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre justiça e equidade a serem adotados (DWORKIN, 2007, p. 257).

Ao desenvolver sua tese da integridade, Dworkin alerta para a necessidade de o Estado possuir e respeitar um conjunto de leis moralmente coerentes. A integridade, então, é uma virtude política, ao lado da equidade e da justiça, que deve orientar toda a atuação dos governantes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Na órbita do direito, a integridade se apresenta como pilar interpretativo, rompendo com o convencionalismo, ao negar que as práticas jurídicas sejam relatos factuais voltados para o passado, e com o pragmatismo jurídico, cujas manifestações do Direito seriam voltadas para o futuro⁸². De outro modo, Dworkin insiste que as decisões judiciais são como uma política em processo de desenvolvimento, composta de “opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro,”⁸³ sendo tanto “produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”⁸⁴. Isso exige uma coerência com a história, de forma a “justificar tanto o status quanto o conteúdo das decisões anteriores”, pois o direito como integridade:

começa no presente e só volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274)

Dworkin desenvolve uma proposta de interpretação construtivista, como um romance em cadeia⁸⁵, em que se espera do julgador, a exemplo dos romancistas que se propõem a continuar a escrever um romance em série, a, como autor e crítico, levar mais a sério suas responsabilidades de continuidade, criando em conjunto, até onde for possível, um só romance que seja da melhor qualidade, com a melhor luz, sem perder de vista o texto e o contexto em que se dá o caso concreto.

⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 2007, p. 272.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 2007, p. 271.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 2007, p. 273.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 2007, p. 284.

Ao propor a interpretação construtivista, Dworkin supera o modelo positivista⁸⁶. Este pretende estabilizar expectativas de comportamentos, sem se preocupar com a legitimidade da decisão judicial e a desloca para a origem da ordem jurídica, seja na perspectiva da norma fundamental kelseneana⁸⁷ ou da regra de reconhecimento de Hart⁸⁸. No positivismo⁸⁹, a garantia da certeza do direito (certeza jurídica) é priorizada, em detrimento da certeza da correção.⁹⁰

A propósito das formulações de Dworkin, Habermas destaca que:

os princípios do direito e os programas políticos do legislador compatíveis com tais princípios fornecem o aparato argumentativo para a reconstrução do cerne do Direito vigente até que se possa considerá-lo normativamente justificado. Dworkin requer a construção de uma teoria do Direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste em construção filosófica de uma ordem social fundada sobre os princípios de justiça, mas na descoberta de princípios e políticas válidas com base nos quais uma ordem jurídica pode ter seus elementos essenciais justificados de um tal modo que todas as decisões individuais nela se enquadrem como partes de um todo coerente (HABERMAS, 2000, p. 282).

A integridade do direito e a reconstrução racional do direito vigente, em especial a coerência com os direitos fundamentais, deve ser pensado à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito⁹¹. Analisando os paradigmas de Direito, Habermas, em sua teoria

⁸⁶ Em relação ao problema da legitimidade na visão mais extremada do Positivismo Jurídico, Luigi Ferrajoli anota: “O abandono do ônus da justificação em razão do seu caráter não científico, conduziu-os, com efeito, a naturalizar o direito positivo e a obliterar o problema filosófico-político da sua justificação externa, e, portanto, dos seus limites e das suas funções. O resultado consubstanciou-se em uma cultura jurídica acriticamente contemplativa, que, quando não chegou a teorizar o dever moral da obediência ou da ‘fidelidade ao Estado’, viu-se expressa, no mais das vezes, em quaisquer formas conservadora de legalismo ético – ou seja, na adesão moral e política aos valores e aos interesses protegidos pelo direito positivo – ou, na melhor das hipóteses, em uma espécie de constitucionalismo ético, consistente na sacralização dos valores constitucionais enquanto tais, erigidos à categorias de absolutos, e interiorizados sob a forma de uma específica ideologia jurídica progressista.” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, 2010, p. 215).

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 2012.

⁸⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**, 2012.

⁸⁹ “Assim, o questionamento pelas marcas do positivismo passa a comportar indagações mais agudas, do tipo: ‘mas, afinal, de qual positivismo estamos falando: do jurídico, do sociológico, do filosófico, do lógico, do psicológico, ou algum outro tipo de positivismo? Evidentemente, isso não invalida, mas desvela a possibilidade de uma abordagem mais ampliada, segundo a qual o positivismo deva ser entendido como ‘paradigma epistemológico’. Nesse sentido, as mais diversas concepções acerca do conceito positivismo abrem margem para afirmarmos que, como vertente de pensamento, não existiu, nem existe um só positivismo, mas inúmeros positivismos. O que, de algum modo, une todas essas concepções nada mais é que uma questão de paradigma.’” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Além do Positivismo Jurídico, 2013, p.27).

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 2000, p. 271.

⁹¹ De acordo com Lenio Strek, o Estado Democrático de Direito “faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprimir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade de resgate das promessas modernas, tais como igualdade, justiça social e a Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

discursiva, aproveitando-se dos aportes teóricos de Dworkin, apresenta “a tensão imanente ao Direito entre a facticidade e a validade da norma, que se manifesta na prestação jurisdicional como a tensão entre o princípio da certeza do Direito e a pretensão de se tomar decisões justas.”⁹² A teoria de Dworkin, como bem assinala Habermas, funda-se sobre a premissa de que o Direito positivo inevitavelmente assimila um conteúdo moral, na formação da vontade política do legislador, na comunicação política da esfera pública e, em certa medida, na aplicação do direito. Os argumentos de política, relativos aos objetivos de uma comunidade, que Dworkin distingue dos argumentos de princípio (acerca dos direitos de uma pessoa), podem facilmente ter relevância moral.⁹³ Alinhado a essa perspectiva, observam Cruz e Duarte que “o Direito não pode prescindir da moral, como toda a Ciência, a Arte e a Religião também não”⁹⁴

Se, no plano normativo, há diferenciação entre moral, Direito e Política⁹⁵, de acordo com as teorias sistêmicas, como em Luhmann, é inegável que há tradução dos influxos do ambiente, em evidente relação funcional de complementariedade.⁹⁶

garantais dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no status da sociedade. Por isso (...) no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico.” (STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 2009, p. 37).

⁹² HABERMAS, Jurgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 2000, p. 267.

⁹³ “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude política, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política. (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, 2002, p. 129-130).

⁹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Além do Positivismo Jurídico, 2013, p. 144.

⁹⁵ “O critério do direito já não pode mais assumir a forma de instrumento ético da justiça como algo desejável (apenas!) individualmente. A separação entre o direito e a moral torna-se uma condição necessária.

Ela se torna também uma condição da possibilidade de especificação do próprio direito. Isso porque, na medida em que o direito permaneça em harmonia com a moral, a moralizar-se-á o cumprimento e a imposição do direito, fazendo com que no processo do estabelecimento do direito seja estatuída, concomitantemente, uma nova moral”. (LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II, 1985, p. 24).

⁹⁶ “O sistema jurídico, como sistema social funcionalmente diferenciado no interior da sociedade, encontra para si um modo próprio de formação de seus elementos últimos, que não encontram correspondência no sistema. No caso do sistema jurídico, sua diferenciação tem por base fundamental a possibilidade de diferenciar as expectativas ‘normativas’ das expectativas do tipo ‘cognitivo’. As expectativas têm um caráter de norma ou de conhecimento em função da forma que lhe serve de base para absorver a incerteza. A autocriação do sistema jurídico é normativamente fechada pelo fato de que só este sistema pode conferir um caráter juridicamente normativo a seus elementos e, dessa forma, constituí-los como elementos (a

O sentido deontológico dos direitos fundamentais, em Dworkin, consiste no fato de que estes constituem-se em “força-limite” contra os programas políticos.⁹⁷ No contexto da sociedade moderna, porém, é sempre problemático conformar as diversas visões de mundo e formas de vida, ínsitas ao pluralismo cultural, social, político e religioso, nos programas políticos dos Estados e em suas Constituições tradicionalmente monistas e etnocêntricas, que, na prática, negam ou inferiorizam as visões de mundo diferenciadas, como abordado nesse estudo. Todavia, como destacam Carvalho Netto e Scotti, para Dworkin, é “precisamente o conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, funcionando como Direito e não mais como moral, que garante o pluralismo e a crescente complexidade da sociedade moderna.”⁹⁸

É preciso repensar o projeto integracionista e etnocida⁹⁹, que invisibiliza os povos indígenas e aniquila suas identidades. Será que a história desses povos é digna de ser contada aqui? Será que a forma como o Estado brasileiro tem tratado os povos indígenas oferecem um futuro honrado? Como prosseguir um romance em cadeia, reconhecendo o modo de vida dessas comunidades e respeitando sua forma de vida própria, se estão submetidas ao sistema jurídico nacional e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – força-limite da comunidade de princípios? Como escrever este romance na melhor qualidade possível, sem perder de vista o texto legal e também o contexto das comunidades indígenas.

4. Pluralismo, multiculturalismo e respeito à diferença dos povos indígenas

Mudar o rumo da história de discriminação e etnocídio dos povos indígenas é uma disputa difícil de ser vencida – e que jamais deve ser abandonada – pois parte da

normatividade não tem outra finalidade ulterior). Mas, ao mesmo tempo, e em relação a esse fechamento, o sistema jurídico é cognitivamente aberto. (...) um direito que seja fortemente capaz de se instituir, de se adaptar, deve evitar desacreditar sua própria normatividade, na falta da qual ele não se tornará mais que uma ferramenta do instrumento burocrático do poder político.” (MAGALHÃES Juliana Neunschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoético, 1998, p. 86-87.)

⁹⁷ HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2000, p. 284.

⁹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, 2011, p.61.

⁹⁹ Acerca do etnocídio dos povos indígenas, Tédney Moreira da Silva assinala que “quando não se promove o extermínio dos corpos (genocídio), promove-se o extermínio de sujeitos de direitos (etnocídio), circunstância, aliás, amparada por opiniões racistas que fazem desaparecer os indígenas quando estes têm acesso a produtos, tecnologias e estilos de vida próprios da sociedade de Estado.” (SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*, 2015, p. 36).

premissa de abandono de qualquer pretensão de neutralidade, monismo jurídico e homogeneização cultural.

A tendência de homogeneização cultural e o monismo jurídico do Estado Moderno apresenta diversos dilemas, decorrentes, em grande parte, das consequências dos fluxos migratórios e das múltiplas interações inerentes ao processo de globalização. Essas tensões culturais têm produzido intensos debates em torno do multiculturalismo.

Sem perder de vista os diferentes significados do multiculturalismo,¹⁰⁰ é traço comum a pluralidade cultural e a convivência de grupos culturais diferentes, dentro de um mesmo Estado Nacional.¹⁰¹ No que se entende por multiculturalismo, Raul Carnevali insere também as sociedades em que estão presentes culturas indígenas que demandam pleno reconhecimento, como em alguns Estados latino-americanos, e as sociedades que, fruto da imigração, incorporou novas culturas, como vem ocorrendo na Europa.¹⁰² Na visão de Alicia M. Barabas¹⁰³, é importante fazer uma distinção em relação aos povos originários e os que não podem ser tratados como minorias, tal qual geralmente ocorre em relação aos imigrantes:

56

Desde mi perspectiva debe distinguirse claramente a los inmigrantes (de diferentes Orígenes étnicos) de las poblaciones aborígenes o autóctonas. Estas últimas fundan sus derechos en la ascendencia histórica y los vínculos territoriales milenarios. Los inmigrantes, al igual que otros grupos culturalmente diversos pero surgidos dentro de las dinámicas de conformación nacionales, no tienen historicidade ni territorialidad, previas a la conformación de los estados nacionales, aunque certamente tienen derecho a la reproducción de su diversidad dentro de estados multiculturales. De allí que los pueblos autóctonos no pueden ser catalogados como minorías dentro de una situación de multiculturalismo (BARABAS, 2014, p. 3).

O pluralismo cultural, segundo M. Barabas,¹⁰⁴ se refere à união de diferentes grupos étnico-culturais em uma relação de interdependência, igualdade e respeito mútuo,

¹⁰⁰ “A expressão multiculturalismo designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’. Rapidamente, contudo, o termo se tornou o modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas de sentido emancipatório. O termo apresenta as mesmas dificuldades e os mesmos potenciais do conceito de ‘cultura’, um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou um terreno explícito de lutas políticas” (SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, 2003, p. 26).

¹⁰¹ M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina - la presencia de los pueblos originários, 2014, p. 2.

¹⁰² CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, 2007, p.6.

¹⁰³ M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina - la presencia de los pueblos originários, 2014, p. 6.

¹⁰⁴ M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina - la presencia de los pueblos originários, 2014, p. 4.

cada um desenvolvendo seu próprio modo de vida e cultura. Nesse caso, Raul Carnevali¹⁰⁵ alude que pode haver – e geralmente há – perspectivas de vidas ou costumes que podem estar inseridas dentro de um mesmo Estado Nacional, em que podem estar em conflito sujeitos que pertencem a grupos sociais minoritários (como os homossexuais e feministas) que passam a lutar por reconhecimento de certos direitos dentro de um sistema do qual já fazem parte e que reconhecem, ou seja, negociam com os mesmos instrumentos. Na perspectiva do multiculturalismo, Carnevali aponta a presença de certos grupos culturais que demandam o reconhecimento de suas identidades, que lhe são negadas ou reduzidas em um sistema diverso, em que as regras de negociação são determinadas pela cultura dominante.

Acerca dessa diferenciação, Catharine Walsh, esclarece:

Lo pluricultural y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar planteando así su reconocimiento, tolerancia y respeto. El «multi» tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. Actualmente es de mayor uso global, orientando políticas estatales y transnacionales de inclusión dentro de un modelo de corte neoliberal que busca inclusión dentro del mercado. El «pluri», en cambio, es término de mayor uso en América del Sur; refleja la particularidad y realidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco-mestizos y donde el mestizaje y la mezcla racial han jugado un papel significante. Mientras que lo «multi» apunta una colección de culturas singulares sin relación entre ellos y en un marco de una cultura dominante, lo «pluri» típicamente indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial aunque sin una profunda interrelación equitativa (WALSH, p. 140).

Em todo caso, M. Barabas¹⁰⁶ assinala que, tanto o pluralismo cultural quanto o multiculturalismo, fazem referência à ideologia e à política de respeito à diversidade cultural. Will Kymlicka¹⁰⁷ enfatiza ainda a pretensão do multiculturalismo de superar a crônica tendência de exclusão e estigmatização dos grupos minoritários por parte dos membros do Estado, que os veem como não-cidadãos.¹⁰⁸

¹⁰⁵ CARNEVALI, Raúl. *El multiculturalismo: um desafio para el Derecho penal moderno*, 2007, p. 7.

¹⁰⁶ M. BARABAS, Alicia. *Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina - la presencia de los pueblos originarios*, 2014, p.4.

¹⁰⁷ KYMLICKA, Will. *Defending Diversity in an Era of Populism: Multiculturalism and Interculturalism Compared*, 2016.

¹⁰⁸ A propósito dessa tendência, Kymlicka ressalta: “But of course the goal of multiculturalism is to overcome this chronic tendency, and to create a form of political community without exclusion or stigmatization. And how can we achieve this? According to critics, multiculturalism’s solution is to include and recognize minorities outside of the nation, as separate groups who live outside and alongside the nation, in ‘parallel societies’. And this solution is then criticized as simply reproducing the very majority/minority schema that created the problem in the first place.” (KYMLICKA, Will. *Defending Diversity in an Era of Populism: Multiculturalism and Interculturalism Compared*, 2016).

O problema que se coloca, aponta Carnevali, não é apenas reconhecer que a diversidade existe, mas estabelecer mecanismos para que as minorias possam se manifestar dentro de uma esfera na qual prevalecem outros cânones culturais. A solução para esse dilema não é fácil, pois “si bien puede parecer justo propiciar la tutela de culturas minoritarias, no se puede dejar de considerar que un favorecimiento extremo de la diversidad puede llevar a exarcebar las identidades y con ello construir más barreras que puentes de integracion.”¹⁰⁹

No contexto do multiculturalismo, Habermas suscita a questão da neutralidade ética da ordem jurídica e da política, que perpassa pelas questões que se referem às concepções de “bem viver” ou da “vida não-malograda”. Definir se algo é “igualmente bom para todos” envolve componentes de auto compreensão e projetos de vida de grupos diversos.¹¹⁰ Nesse contexto, afirma o autor que toda ordem jurídica

é também expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais. Por certo, é preciso poder entender as decisões judiciais do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema; mas enquanto mais concreto for o talhe da matéria, tanto mais também se expressará, na aceitabilidade de uma regulamentação jurídica correspondente, a autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida (bem como a compreensão entre interesses divergentes de grupos diversos, e a opção bem informada entre fins e meios alternativos) (HABERMAS, 2000, p. 245).

Ao analisar o processo metonímico de definição do sujeito constitucional, Michel Rosenfeld¹¹¹ressalta a importância do pluralismo e a heterogeneidade para o constitucionalismo, impondo que a identidade constitucional não seja reduzida à mera relação de semelhança, “devendo incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional.”

¹¹² Uma sociedade plural, afirma Cruz, pressupõe exatamente o dissenso e a diferença no tocante a projetos de vida, refletindo-se no texto constitucional através da concorrência de princípios, “mas longe de ser um problema, a concorrência principiológica marca a riqueza do Estado Democrático de Direito.”¹¹³

¹⁰⁹ CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el Derecho penal moderno, 2007, p. 9.

¹¹⁰ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política, 2002, p. 243-248.

¹¹¹ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional, 2003.

¹¹² ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional, 2003, p. 74.

¹¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência, 2003, p. 36.

A heterogeneidade identitária e cultural, de fato, é, por natureza, a característica da sociedade moderna. A esse respeito Carvalho Netto e Scotti¹¹⁴ frisam que não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito às diferenças individuais e coletivas na vida social. Nesse cenário, uma sociedade pluralista só é bem compreendida num contexto democrático em que se garante igual respeito e consideração de todas as visões de mundo que compõem a sociedade nacional. Na visão de Marcelo Galuppo,¹¹⁵ só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática, ainda que se tratem de “projetos alternativos que requeiram, em, algumas situações, uma aplicação aritimeticamente desigual do direito (ou seja, justificadas pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa)”.

Para Cruz¹¹⁶, o pluralismo, grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito, eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade da pessoa humana, o que implica romper com a visão etnocêntrica e analisar os direitos humanos fundamentais levando-se em consideração as particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos que se distinguem por fatores diversos, e exemplifica:

Da mesma maneira, o uso de ervas medicinais usadas em práticas religiosas de nossos indígenas, algumas delas difundidas em grandes centros como o “Santo Daime”, não podem ser mecanicamente tipificadas como drogas/tóxicos, de maneira a imputar criminalmente os adeptos daquela fé. Exige-se a incidência do princípio da adequabilidade em tais casos.

O respeito à diferença só pode ser fruto de esforço contínuo, uma vez que a maioria, não reconhecendo como cidadão integrante de outro grupo, geralmente rejeita-o. É uma tendência etnocêntrica, que se registra pelos antropólogos em todos os grupamentos humanos. Logo, uma discriminação legítima pode facilmente se desvirtuar, pela imposição às coletividades minoritárias condutas violentadoras de sua cultura e tradição (CRUZ, 2003, p. 36).

Sob este aspecto qualquer pretensão etnocida, de eliminação das subjetividades indígenas, a pretexto de integrar à comunhão nacional, não passa no crivo da

¹¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, 2011, p. 68.

¹¹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas, 2002, p. 210.

¹¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência, 2003, p. 17, 96.

integridade,¹¹⁷ de uma comunidade de princípios. A este respeito, é precisa a lição de Marcelo Galuppo, segundo o qual:

não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Se os diversos projetos estão em conflito, a solução dada ao problema Estado Democrático não é pressupor que um consenso radical, homogêneo e ilimitado seja historicamente possível, ou que seja possível criar-se, artificialmente (ou seja, sem a participação popular no processo decisório), um projeto ‘alternativo’, mas que é possível, preservarem-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem. Para dizermos com Dworkin, o Estado Democrático de Direito percebe que estamos unidos em uma sociedade, ‘apesar de divididos em projetos, interesses, convicções’, e que, portanto, a tolerância é exigida, se queremos que a sociedade, bem como o Estado, sejam realmente pluralistas (GALUPPO, 2002, p. 64).

Apesar do projeto integracionista ainda em curso, é evidente a diversidade dos povos indígenas, que vêm resistindo, preservando línguas, culturas, religiões, direitos e formas de organização, “segundo normas jurídicas que nada têm a ver com Direito estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes das instâncias formais e legais.”¹¹⁸

Não há alternativas senão encontrar mecanismos que sejam capazes de acomodar estas diferentes realidades no contexto do Estado Nacional, sem perder de vista os direitos fundamentais, entendidos como força-limite para as práticas sociais e ações governamentais. Para tanto, é imprescindível uma releitura dos direitos fundamentais que leve em consideração as particularidades desses povos¹¹⁹. Do contrário, continuaremos “escondendo debaixo do tapete” pretensões abusivas, legitimadas por uma leitura homogeneizada de direitos fundamentais.

¹¹⁷ “Do ponto de vista constitucional, não há que se falar em tolerância em face de tradições ou posturas que visem eliminar formas de vida discrepancy – o que não significa, convém esclarecer, que os direitos fundamentais não possam validamente corporificar-se de formas distintas nas diversas tradições éticas.” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, 2011, p. 98).

¹¹⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos para o Direito, 2012, p. 73-74.

¹¹⁹ “Além disso, deve-se ressaltar que o fato de Dworkin entender os Direitos Humanos como princípios universais, dotados de conteúdo moral, não significa que a interpretação e densificação dada a eles pelas diversas ordens jurídicas não possa legitimamente variar. Para o autor torna-se relevante a distinção entre interpretações de boa-fé e de má-fé atribuídas pelos governos aos direitos e às ações justificadas por eles; o compromisso, ao menos em princípio, com o respeito pelos Direitos Humanos demonstrado por um governo ou instituição mostra-se relevante para a interpretação de seus atos. O direito humano fundamental é, para Dworkin, o de ser tratado pelas instituições detentoras de autoridade com uma certa atitude ou postura, qual seja, a que reflete o igual respeito e consideração pela dignidade de cada um (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, 2011 p. 75-76).

Levar os direitos dos povos indígenas a sério pressupõe tratar sua visão de mundo e práticas diferenciadas com o mesmo respeito e consideração da visão e modo de vida da sociedade não-índia. Os direitos humanos fundamentais só serão concretizados se essas particularidades forem consideradas, pois se é certo que esses direitos têm uma dimensão universal, também é verdade que sua dimensão local, individual e particularizada é que lhe dá densidade. O particular e o universal estão, nesse aspecto, intrinsecamente relacionados. Os direitos fundamentais, tal como entendem Carvalho Netto e Scotti, “são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história, a um só tempo, universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural”.¹²⁰

A pretendida universalidade que a modernidade tanto busca, no âmbito dos direitos humanos, não pode ser vista como existência de princípios e conteúdos idênticos para grupos diferenciados. A concretização do princípio da dignidade humana só é possível “reconhecendo a possibilidade de aplicações diversas fundamentadas em, como no caso dos indígenas, uma especial cosmovisão que implica expressões culturais, religiosas, políticas, organizativas diferentes às da cultura majoritária.”¹²¹

Não esperemos um consenso entre essas visões de mundo, nitidamente antagônicas. Também não podemos admitir soluções conciliatórias¹²², como as que até então têm sido promovidas, subjugando o modo de vida indígena aos limites impostos pelo sistema jurídico nacional ou mesmo a uma leitura homogeneizada de direitos fundamentais. A propósito dessas soluções conciliatórias, Dworkin as considera as mais clamorosas violações do ideal de integridade, pois tratam pessoas diferentes quando nenhum princípio pode justificar a distinção¹²³.

Essa mudança de perspectiva é necessária. Nesse ponto, estamos com Habermas,¹²⁴ para quem, em situações como essas é preciso que os envolvidos deixem de lado a pergunta sobre qual regulamentação é “melhor para nós” a partir da respectiva

¹²⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, 2011, p. 41.

¹²¹ SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. Justiça constitucional e contra cultura judicial, 2012, p. 15.

¹²² As práticas conciliatórias, aqui entendida na acepção de Dworkin, que define o termo “Conciliatório”: “é um termo às vezes usado para descrever leis que fazem distinções que não são arbitrárias desse modo, mas que reivindicam uma justificativa da política mais bem servida pelas discriminações em questão. Ao usar essa palavra, pretendo apenas descrever leis que mostram incoerência de princípio e que podem ser justificadas – se é que o podem – somente com base numa distribuição equitativa do poder político entre as diferentes forças morais” (DWORKIN, Ronald. O império do Direito, 2007, p. 217).

¹²³ DWORKIN, Ronald. O império do Direito, 2007, p. 213-223.

¹²⁴ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política, 2002.

visão do que consideram “nossa”, e passem a considerar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação “é igualmente boa para todos” em vista da reinvindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos.¹²⁵

É óbvio que, eventual aceitação, pelo Direito oficial, do modo de vida e normas jurídicas próprias dos povos indígenas, não implicará, do ponto de vista moral, total aceitação dessas práticas e modo de vida por parte da sociedade não-indígena, e vice e versa. Todavia, será preciso tolerá-las! Este é o preço, bastante amargo, como diria Habermas, a pagar pela imposição, no âmbito internacional, de conformação de todos os povos e formas de vida diversas numa ordem unitária, sob uma base territorial, que a modernidade denomina de Estado Nacional.

Eis o preço a pagar pela convivência nos limites de uma comunidade jurídica igualitária, na qual diversos grupos de origem cultural e étnica distintas precisam relacionar-se uns com os outros. É necessário haver tolerância, caso se pretenda que permaneça intacto o fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito uma pelas outras. O preço por “suportar” diferenças éticas desse tipo também é juridicamente exigível, desde que se assegure o direito a uma coexistência de diferentes formas de vida. Pois um direito como esse, “abstrato” de uma perspectiva ética, constitui o ponto de referência para uma regulamentação que, por se poder aceita-la pelas mesmas razões em face do objetivo comum a todos, prescinde da única alternativa existente, qual seja: o acordo a que se chega nos conflitos de valor que não admitem acordo, e que é essencialmente mais doloroso, por ameaçar integridades” (HABERMAS, 2002, p. 312).

Essa mudança de postura altera as respostas que têm sido dadas pelo Estado às inquietantes questões relacionadas aos povos indígenas. Muitas delas, como assinalou Souza Filho¹²⁶, se limitam a criar regras legais capazes de aproximar conceitos, buscar analogias, estabelecer parâmetros que enquadrem a sociedade indígena ao desenho do direito oficial. Essa tentativa de enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito estatal equivale a tentar guardar um grande e colorido balão dentro de uma estreita gaveta¹²⁷.

¹²⁵ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política, 2002, p. 311.

¹²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos para o Direito, 2012, p. 74-75.

¹²⁷ “Claro que é possível, retirando, por exemplo, todo o ar do balão, o que desvirtuaria sua forma esférica e desnaturaria as cores que o embelezam, deixaria de ser balão, deixaria de ser Direito indígena. Por outro lado, poder-se-ia deixar de fechar a gaveta, mantendo o balão vivo e colorido, mas então, com a gaveta sempre aberta, desfiguraria o sistema, com a funcionalidade de suas partes comprometida. Assim, é impossível enquadrar dentro de um sistema de gavetas, um sistema de coloridos e flutuantes balões inflados, mas é possível que ambos subsistam em mutuo respeito e admiração.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos para o Direito, 2012, p. 76).

Nessa perspectiva, há um leque de possibilidades, como propostas de pluralismo jurídico¹²⁸ e de interculturalismo.¹²⁹ Experiências nesse sentido têm sido observadas no constitucionalismo latino americano, com modelos de Estados Plurinacionais, como na Bolívia e Colômbia, inclusive com o reconhecimento, no âmbito constitucional, da jurisdição indígena.

Esses exemplos devem ser acompanhados com atenção, pois abrem um novo (quiçá um “belo”) horizonte em que os sistemas jurídicos oficiais e dos povos indígenas possam subsistir com mutuo respeito e admiração, na expressão de Souza Filho ou, como exige uma comunidade de princípios dworkiniana, com igual respeito e consideração.

5. Considerações finais

Comprometido a levar os direitos dos povos indígenas a sério, apresentou-se o projeto integracionista, que, com vista à homogeneização cultural, direciona as leis e as políticas públicas para a integração dos povos indígenas à sociedade oficial, sem, entretanto, garantir-lhes, efetivamente, direitos básicos que são assegurados aos não índios, e, muito menos, os direitos de serem o que são – índios – com a preservação de sua identidade, dos seus usos e costumes.

Na prática, apesar do reconhecimento, na Constituição Federal de 1988 e na Convenção nº 169, da OIT, esta política integracionista ainda reina no Brasil, negando a diversidade dos povos indígenas, os quais vêm resistindo, embora o Estado e o Direito não admitam e, em muitos aspectos, neguem suas tradições, culturas e normas jurídicas próprias.

Diante deste quadro de desrespeito à diversidade dos povos indígenas, foi apresentada a comunidade de princípios e a tese da integridade, na perspectiva de Ronald Dworkin, de especial relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, uma vez que a exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, portanto, cada uma deve ser tratada com igual respeito e consideração, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.

¹²⁸ Como em WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito*, 2001; e em SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*, 2012.

¹²⁹ Como em SANTAMARÍA, Rosembert Ariza, *El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales*, 2015.

Na sociedade moderna, porém, é sempre problemático conformar as diversas visões de mundo e formas de vida, ínsitas ao pluralismo cultural, social, político e religioso, nos programas políticos dos Estados Nacionais e em suas Constituições, tradicionalmente monistas e etnocêntricas, que, na prática, negam ou inferiorizam as visões de mundo diferenciadas e minoritárias.

Todavia, o Direito como integridade deve ser capaz de garantir o pluralismo e a complexidade da sociedade moderna. Nesse sentido, a relação dos povos indígenas com o Estado foi analisada sob a ótica do pluralismo e do multiculturalismo. Sem perder de vista os diferentes significados do multiculturalismo, foi apresentado como traço comum a pluralidade cultural e a convivência de grupos culturais diferentes, dentro de um mesmo Estado Nacional. O pluralismo cultural, entendido como convivência de diferentes grupos étnico-culturais em uma relação de interdependência, igualdade e respeito mútuo, cada um desenvolvendo seu próprio modo de vida e cultural, apresenta-se como um desafio para o Estado Moderno, que nega a existência de sistemas jurídicos diferenciados (monismo jurídico) e que privilegia a visão de mundo majoritária (pretensão de homogeneidade), negando, assim, o pluralismo cultural.

Levar os direitos dos povos indígenas a sério pressupõe tratar sua visão de mundo e práticas diferenciadas com o mesmo respeito e consideração da visão e modo de vida da sociedade não índia. Os direitos humanos fundamentais só serão concretizados se essas particularidades forem consideradas, pois se é certo que esses direitos têm uma dimensão universal, também é verdade que sua dimensão local, individual e particularizada é que lhe dá densidade.

Não esperemos um consenso entre essas visões de mundo, nitidamente antagônicas. Também não podemos admitir soluções conciliatórias, como as que até então tem sido promovidas, subjugando o modo de vida indígena aos limites impostos pelo sistema jurídico nacional ou mesmo a uma leitura homogeneizada de direitos fundamentais.

A pretendida universalidade que a modernidade tanto busca, no âmbito dos direitos humanos, não pode ser vista como existência de princípios e conteúdos idênticos para grupos diferenciados. A concretização do princípio da dignidade humana só é possível reconhecendo a diversidade cultural dos povos indígenas. Essa mudança de perspectiva é necessária e deve ser analisada partindo do pressuposto da coexistência sob igualdade de direitos.

É óbvio que, eventual aceitação, pelo Direito oficial, do modo de vida e normas jurídicas próprias dos povos indígenas, não implicará, do ponto de vista moral, total aceitação dessas práticas e modo de vida por parte da sociedade não-indígena, e vice e versa. Todavia, será preciso tolerá-las! Este é o preço a pagar pela imposição, no âmbito internacional, de conformação de todos os povos e formas de vida diversas numa ordem unitária, sob uma base territorial, que a modernidade denomina de Estado Nacional.

Referências

65

ARAÚJO, Ana Valéria; CARVALHO, Joênia Batista; OLIVEIRA, Paulo Celso de; JÓEF, Lúcia Fernanda; GUARANY, Vilmar Martins Moura; ANAYA, S. James. **Povos indígenas e a Lei dos “Brancos”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação , Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. (Coleção Educação para todos; 14).

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. (Coleção monografias). Almedina, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239p. (Elementos de direito).

CAMINHA, Pero Vaz de Caminha, In: **Carta de Pero Vaz de Caminha** 01.05.1500. Disponível em: http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/livros_eletronicos/carta.pdf. Acesso em: 23.01.2017.

CARNEVALI, Raúl. **El multiculturalismo**: um desafio para el Derecho penal moderno. Política Criminal. nº 3, 2007, A6, p. 1-28. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf. Acesso em: 03/12/2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____ ; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; SAMPAIO, José Adércio Leito. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Factualidad y validez** : sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso / Jürgen Habermas; introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000. (Colección Estructuras y procesos - Filosofía).

HART, H. L. A.; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph; SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira (Org.). **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. (Biblioteca Jurídica WMF).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KYMLICKA, Will. Defending Diversity in an Era of Populism: Multiculturalism and Interculturalism Compared. In: Nasar Meer, Tariq Modood and Ricard Zapata-Barrero (eds) **Multiculturalism and Interculturalism**: Debating the Dividing Lines (Edinburgh University Press, 2016), pp. 158-77.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: empo Brasileiro, 1985.

MAGALHÃES Juliana Neunschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoético. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 82-88, 2º Sem. 1998.

M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina - la presencia de los pueblos originários, In: **Revista de Sociologia Configurações**, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/fernando.nascimento/Downloads/configuracoes-2219.pdf>. Acesso em 05.12.2016.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. 2016. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portuguese.pdf> Acesso em: 05.07.2017.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. Justiça constitucional e contra cultura judicial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG.** V. 36, n.2, p. 13-34, jul./dez. 2012.

_____. El pluralismo jurídico em América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. In: **Revista InSURgencia.** Ano 1, v. 1, n1. P. 165-194. Jan./jun. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio:** criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos para o direito.** Curitiba: 8^a Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388p.

WALSH, Catherine (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad - las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. In: **Revista Tabula Rasa,** Bogotá, Colombia, nº 9, 131-152, jul-dez/2008. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf>. Acesso em: 05/12/2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito. 3. ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

OS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA COMO LIMITE À LIBERDADE DE FAZER PUBLICIDADE¹³⁰

Igor Rodrigues Britto

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito do Consumidor e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Transformação do Estado pela Universidade Carlos III de Madrid. Foi pesquisador convidado do Centro de Estudios del Consumidor da Universidad de Castilla-La Mancha. Foi bolsista da Fundación Carolina. Advogado. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

68

Resumo

O presente artigo analisa o recente reconhecimento da proteção da criança na sociedade de consumo como efetivação dos direitos sociais, para em seguida verificar a necessidade de que os agentes de mercado se conformem com as restrições às liberdades econômicas de fazer publicidade, como instrumento da eficácia dos direitos fundamentais. Discute os conflitos entre os interesses constitucionalmente tutelados de liberdade publicitária (com fundamento na livre iniciativa e livre concorrência) e de proteção da criança, e encontra respostas nas teorias de restrição e ponderação de direitos fundamentais que deve ser promovida pelo Poder Legislativo a fim de se evitar a continuidade do não reconhecimento pelo Poder Judiciário (ou o lento processo de reconhecimento) dos direitos sociais da criança perante o mercado de consumo.

Palavras Chave: Direitos sociais; criança; consumo.

1. A proteção da infância como direito social

A proteção da criança na Constituição Federal, tendo como premissa e fundamento a condição peculiar de desenvolvimento, se encontra organizada na dinâmica da tutela dos direitos sociais. A infância se configura como direito social no artigo 6º da Constituição, e os direitos fundamentais de proteção da criança foram posicionados nos artigos 227 e 228, no Título VIII, denominado “Da ordem social”.

A Constituição de 1988 superou qualquer dicotomia entre classes de direitos fundamentais, o que se reflete na organização constitucional dos direitos fundamentais da criança. De acordo com Martha Machado:

Essa superação deu-se justamente por conformar todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes da mesma maneira, qual seja, fazendo com que produzam essencialmente obrigações de natureza comissiva, e não

¹³⁰ O presente texto representa uma releitura e atualização de algumas conclusões e afirmações que estiveram presentes na obra *Infância e Publicidade: a proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo* (Curitiba: CRV, 2010) deste mesmo autor. Os fundamentos jurídicos ainda permanecem muito semelhantes, mas a evolução legislativa e jurisprudencial (ainda que em lento processo de evolução) exige a revisão dos pensamentos publicados há quase uma década. Mas seu conteúdo fundamental ainda se mostra muito atual, e, renovadas, as ideias parecem ser agora mais relevantes.

meramente omissiva, consubstanciadas no dever de asseguramento pelo mundo adulto (Estado, sociedade e família) (MACHADO, 2003, p. 136)

É nesse sentido que se insere a ideia de proteção integral: na concepção unitária dos direitos humanos, de interdependência dos direitos civis (liberdades) e sociais (igualdade), em que somente é possível alcançar sua efetividade quando todas as suas “espécies” de direitos são atendidas, tal como estabelece o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pela noção da proteção integral das crianças, a efetivação dos seus direitos sociais (educação, saúde, alimentação, profissionalização, proibição do trabalho) são imprescindíveis para a proteção real dos seus direitos fundamentais. A proteção integral da criança requer, desta maneira, políticas públicas que garantam a efetivação dos seus direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a proteção integral pode significar todo o conjunto de direitos fundamentais próprios dos indivíduos em desenvolvimento. Este conceito pode ser entendido a partir do artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se denomina como uma Lei que “dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente”. A proteção integral também tem seu sentido a partir da necessidade dos interesses da criança ser respeitados e garantidos pelo Estado, pela família e pela sociedade, tal como afirma Paolo Vercelone: “em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles” (VERCELONE *In CURY*, 2003, p. 33); e Paulo Afonso de Paula que ensina que

a proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado (PAULA, 2002, p. 23).

O princípio da proteção integral fortalece a ideia da criança como sujeito de direitos autônomo e que pela sua peculiar condição de desenvolvimento físico, moral, psíquico, cognitivo, espiritual e de sua personalidade, possui interesses especiais em face do Estado, da família e da sociedade, que se traduzem em direitos fundamentais especiais.

A atividade publicitária quando direcionada ao público infantil deve, obrigatoriamente, sofrer um rigoroso controle público em decorrência do peso do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

É por essa perspectiva que a proteção da infância na sociedade de consumo deve ser observada. O assédio dos agentes de mercado fornecedores de bens de consumo ao público infantil tem sofrido, com muito atraso e a passos largos, significativas derrotas perante o Poder Judiciário, após mais de uma década de denúncias e mobilizações sociais.

Já tivemos a oportunidade de tratar desse tema, há quase uma década (BRITTO, 2010), quando perante o Poder Legislativo tramitava apenas um projeto de lei que buscava restringir a publicidade dirigida ao público infantil. Atualmente, proposições legislativas que reconhecem a criança como um público merecedor de uma proteção contra o assédio mercadológico independente dos esforços de sua família se multiplicaram não apenas no legislativo federal, como também nos estados e municípios. Ao mesmo tempo, o Poder Executivo se manifestou de forma mais evidente, e o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu por duas ocasiões que a livre iniciativa não é capaz de garantir um direito de fazer publicidade de alimentos não saudáveis ao público infantil¹³¹, apesar da jurisprudência nos Tribunais ainda não caminhar para a consolidação desse entendimento.

Em 2016, o Congresso Nacional deu grande passo para a consolidação dos direitos da criança no mercado de consumo. Com a aprovação do Marco Legal da Primeira Infância, Lei 13.257 de 2016, um primeiro dispositivo legal de elevado grau de restrição às liberdades econômicas passou a vigorar no ordenamento brasileiro como garantia da proteção dos direitos sociais da infância. Como princípio prioritário, estabeleceu a norma recente:

Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

¹³¹ No Superior Tribunal de Justiça, no julgamento Recurso Especial nº 1.558.086, o relator Min. Humberto Martins, assim se manifestou: “*O julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. O STJ está dizendo: acabou e ponto final. Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais*”. Mais a frente, no Resp. 1613561, o ministro Herman Benjamin ratificou: “*o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade e propaganda de alimentos direcionadas às crianças, de forma direta ou indireta. Isso porque a decisão de comprar os gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em épocas de grandes índices de obesidade infantil*”.

O Direito brasileiro reconheceu, a partir da norma citada, que a pressão consumista e a exposição precoce à comunicação mercadológica refletem espécie de violência contra a primeira infância, o que deve pouco a pouco necessariamente ser ampliada também a toda fase que compreende a infância por manifesta lógica jurídica. Se o contexto é violento simbolicamente para indivíduos até 12 anos, não há razão justa e constitucional para essa proteção prioritária limitar-se apenas para crianças com até 6 anos de idade.

71

2. Os Direitos Sociais Fundamentais da criança como limite à liberdade publicitária

Os direitos previstos na constituição não podem ser considerados como absolutos. Mas esta afirmação não indica que seja possível inferir na relatividade dos direitos e liberdades jusfundamentais, conforme ensina Cristina Queiroz (2002, p. 199), mas que eles possam sofrer restrições. Assim, o direito de fazer publicidade como garantia constitucional também não pode significar uma liberdade absoluta, podendo falar-se em restrição desse direito de liberdade.

O Professor da Universidade de Lisboa, Jorge Reis Novais adota como conceito de restrição

a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado (NOVAIS, 2003, p. 157).

Já o Professor da Universidade de Kiel, Robert Alexy, defende que “as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*” (2002, p. 272, tradução nossa¹³²). O professor alemão alerta que uma norma somente poderá ser restritiva se for constitucional. Não sendo, poderá ter o caráter de intervenção, mas não de restrição.

A liberdade de fazer publicidade comercial encontra suas restrições dentro da própria Constituição Federal, que se irradiam como limites da atividade pela legislação

¹³² “*Las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales prima facie*”.

ordinária. O direito fundamental de proteção do consumidor pelo Estado, estabelecido no artigo 5º, XXXII, bem como seu aspecto de princípio da ordem econômica (art. 170, V) no texto Constitucional demonstra a característica limitada desta liberdade, e que fundamenta o controle público da publicidade em prol da defesa do consumidor, previsto entre os artigos. 36 a 38 da Lei 8078/90. “Enfim, o ordenamento jurídico encontra respaldo constitucional suficiente para impor limites à atividade publicitária das empresas” (DEL MASSO, 2009, p. 123).

Além dos limites em prol da defesa do consumidor, a Constituição Federal estabeleceu de forma mais expressa outros limites à liberdade de fazer publicidade comercial. Um deles se realiza quando o constituinte atribui no artigo 220, § 3º, II, competência à lei federal para “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem [...] da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

Logo a seguir, determinou-se outro limite da atividade publicitária, por meio de lei restritiva:

Art. 220, § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

É bem possível compreender, a partir desses dois limites, que toda e qualquer prática publicitária que coloque em risco a saúde e o meio ambiente e, em especial, as de produtos potencialmente nocivos como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que pela sua natureza e fruição geram riscos potenciais à saúde dos indivíduos e à qualidade do meio ambiente, devem sofrer restrições pela proteção da família e das pessoas.

O que se vislumbra a partir dos limites expressos da Constituição Federal à liberdade de publicidade, é que sofrerá restrições toda publicidade que estimular práticas de consumo potencialmente não saudáveis, ou sempre que determinada atividade publicitária colocar em risco a saúde e a qualidade de vida dos consumidores. Por assim dizer, é possível estender os limites da liberdade publicitária a outros princípios e direitos fundamentais da Constituição. Dentre eles podemos enumerar a saúde, a vida e a dignidade humana.

Como visto, o artigo 220, §4º da constituição federal trata das “restrições” da liberdade de fazer publicidade. Neste sentido, é imprescindível estudar a diferença que a doutrina constitucionalista realiza entre “limite” e “restrição”. O português Jorge reis Novais defende que ambos os termos podem ser encontrados nos textos constitucionais e na literatura especializada como uma “idéia comum de afectação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses de liberdade” (2003, p. 155).

Segundo o mesmo autor, há, entretanto, uma diferença etimológica de perspectivas:

enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já o limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de estrema, de fronteira. assim, enquanto que *restrição* procura traduzir a idéia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, *limite* sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro (NOVAIS, 2003, p. 155).

Dimitri Dimpoulis e Leonardo Martins preferem discorrer sobre a possibilidade de “intervenção” e de imposição de “limites” aos direitos fundamentais. “Nestes casos, a área de proteção do direito é restringida de forma permitida”, cujos modos de limitação podem se dar pela concretização mediante lei, pela reserva legal ou pelo direito constitucional de colisão ou colidente (2008, pgs. 152-165).

Alexy, por sua vez, defende que a diferença entre “restrição” e “limite” está na distinção das teorias externa e interna de restrição de direitos fundamentais.

O autor ensina que a teoria externa de restrição de direitos fundamentais pressupõe a existência do direito em si, que não está restringido, e do direito restringido. Ou seja, não há, segundo esta teoria, nenhuma relação necessária entre os conceitos de direito e de restrição. A relação é criada somente através de uma necessidade externa ao direito de compatibilização entre os direitos de diferentes indivíduos e entre estes e os direitos individuais e os bens coletivos (ALEXY, 2002, p. 268).

Esta ideia é completamente distinta da chamada teoria interna, segundo a qual

[...] não existe duas coisas, o direito e suas restrições, senão apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas acerca de se o direito deve ou não ser limitado mas acerca de qual é seu conteúdo.

Quando se fala de “limites” no lugar de “restrições”, se fala de “restrições imanentes” (ALEXY, 2002, p. 268-269, tradução nossa¹³³)¹³⁴.

A presente pesquisa segue utilizando as duas expressões por aderir em parte com ambos os entendimentos, como fez Jorge Novais (2003, p. 357), porque se entende ser inevitável a utilização da ponderação de valores e interesses como metodologia adequada para a solução do seu problema principal, que por sua vez demanda a necessidade de intervenção externa do Estado na restrição de direitos fundamentais, cujos resultados buscam o contorno de limites legítimos desses direitos e, ao mesmo tempo, a imposição de limites a esses limites, ou seja, limites à atividade intervintiva e restritiva de direitos fundamentais. Ou seja, as restrições de Direitos Fundamentais podem se definir como intervenções legítimas do Estado Democrático de Direito, por meio de normas constitucionalmente aceitas, em liberdades individuais, e que produzem ou concretizam, por fim, os limites necessários ao exercício destes direitos¹³⁵.

3 – A viabilidade constitucional de restringir a publicidade de alimentos não-saudáveis

Pretende-se afirmar que inerentes às restrições constitucionais à liberdade de fazer publicidade existem interesses sociais de proteção à saúde, vida e valores sociais da família¹³⁶. Este último interesse encontra-se previsto no artigo 221, IV, ainda dentro do

¹³³ “Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de ‘límites’ en lugar de ‘restricciones’, se habla de ‘restricciones inmanentes’”.

¹³⁴ Alexy conclui a discussão entre as teorias se posicionando a favor da teoria externa, afirmando que no modelo dos princípios o discurso das restrições dos direitos fundamentais é correto e nele vale a teoria externa pois, na teoria dos princípios se considera que o que há de se restringir não são posições definitivas mas sim *prima facie*. Partindo de posições *prima facie* Alexy acredita que se refuta a teoria interna (2002, p. 269-271).

¹³⁵ A hipótese que se apresenta ao problema principal desta pesquisa é, como será mais bem explicado, que a Constituição Federal Brasileira exige que o Estado intervenha por meio de Lei restritiva, na sua finalidade de promover a defesa do consumidor, da infância e dos valores sociais da família, impondo os limites necessários no controle da atividade publicitária, por meio de verdadeira ponderação de interesses e valores, para a coexistência da liberdade desta atividade e da proteção dos interesses sociais referidos.

¹³⁶ Caleb Salomão Pereira prefere afirmar que ao invés de interesses constitucionais existem vontades sociais, vontade de lei, de se determinar algo em texto constitucional, como o de restringir liberdades econômicas em prol da proteção integral das crianças. Esta vontade de lei se configura, para o autor, em uma *pulsão ordenadora*, que irá configurar, por sua vez, a determinação constitucional. Neste sentido, o intérprete constitucional, pelas lentes dos direitos humanos, deve buscar a pulsão que ordenou aquele preceito constitucional para aplicá-lo. “Vimos que a zona de valência jurídico-constitucional é caracterizada por tensões determinadas por interesses que, em algum momento do embate democrático, se revelam antagônicas. Referidos interesses são veiculados por pulsões jurídico-políticas –

contexto constitucional das liberdades de comunicação social: “artigo 221. A produção e programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Percebe-se que os parágrafos 3º, II e 4º do artigo 220 e o artigo 221, II da Constituição Federal tornaram a atividade publicitária vulnerável a restrições, principalmente se provada que ela afeta negativamente a família, e a saúde. Mas como já visto não podem ser resumidos os limites à liberdade publicitária apenas àqueles que estão expressamente previstos nos artigos 220 e 221 da Constituição Federal. Os interesses constitucionais e os direitos fundamentais que limitam as liberdades publicitárias, inerentes a estes dispositivos constitucionais (vida, saúde e valores sociais da família), são bem mais amplos que os contidos no seu Capítulo da Comunicação Social, e não são ameaçados apenas pelas publicidades de tabaco, medicamentos, terapias, agrotóxicos e bebidas alcoólicas. O estímulo ao consumo de outros produtos, após um consenso atualizado das ciências sociais e da saúde, podem demandar uma ampliação do rol de mensagens publicitárias passíveis de restrições constitucionais, seja porque os bens jurídicos ameaçados (como saúde) passam a sofrer novos tipos de ameaças pela publicidade (como é o caso dos alimentos não-saudáveis), ou porque outras garantias institucionais constitucionais¹³⁷ também passaram a ser ameaçados pelo excesso de mensagens publicitárias (como ocorre com a família e a infância).

Essa interpretação extensiva também é possível na medida em que “os direitos fundamentais têm como referente (‘referem-se’, ‘dizem respeito a’) determinados setores (âmbitos, domínios) da realidade social” (CANOTILHO, 2004, p. 448). Tanto os direitos fundamentais como suas restrições (ou limites) quando articulados com determinado âmbito da realidade social possibilitam a descrição do âmbito de proteção de um direito

originariamente *ordenadoras* – que dependem das funções do Estado para sua projeção sobre a sociedade. Essas pulsões promovem a mediação teorético-formal entre o Ser e o Dever-ser, revelando uma *vontade de lei* orientada por expectativas de transformação da práxis econômico-corporativa que não atende às regras de benefício comunitário” (PEREIRA, 2009, p. 24). Aplicando a teoria da pulsão ordenadora ao tema da proteção das crianças na sociedade de consumo, como já o fez o referido autor, é possível afirmar que a Constituição Federal restringe a publicidade infantil tanto por força de uma pulsão ordenadora que quer valer a vontade de se proteger integralmente as crianças em todos os ambientes a que está exposta, inclusive o midiático, como por força de uma pulsão ordenadora que manifesta a vontade de se restringir qualquer estímulo comercial que coloque em risco a integridade física, psíquica e moral dos indivíduos, e em especial, das crianças.

¹³⁷ Apenas relembrando o entendimento já citado de Canotilho: “os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos” (2004, p. 475).

fundamental. A vida, os valores sociais da família, a saúde, a infância e vulnerabilidade do consumidor (razão do direito fundamental sua defesa pelo Estado), demandam uma restrição da publicidade maior do que a expressamente prevista pela Constituição, ou seja, além das de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos e terapias, pois o âmbito de sua proteção é bem maior do que aquele ameaçado apenas pelo estímulo ao consumo destes referidos produtos.

Se as liberdades econômicas encontram limites em diversos outros princípios fundamentais, como defesa do consumidor e dignidade humana, pois com estes devem se harmonizar, e estando a liberdade publicitária fundamentada nas liberdades econômicas, outros também serão os princípios constitucionais fundamentais que limitarão a atividade publicitária, de forma mais ou menos expressa.

Ao mesmo tempo, todo aquele preceito constitucional que tiver fundamento nos referidos princípios servirão como limites à atividade publicitária.

Canotilho (2004, p. 449) afirma que a análise dos domínios materiais (como a vida, a saúde, a família) e o âmbito de suas proteções pelos direitos fundamentais precisam passar pela análise de como e em que medida se realizam essas proteções pelo ordenamento jurídico constitucional. Neste sentido, o constitucionalista português diferencia o “momento descriptivo”, em que se define o setor da realidade social que entra no âmbito de proteção de direito fundamental, e o “momento normativo”, em que se recorta limitativamente o conteúdo merecedor de garantia jurídico-constitucional.

Quando aplicado este raciocínio ao exercício da atividade publicitária, podemos entender que o direito de se fazer publicidade se configura como um direito fundamental de liberdade, como já defendido anteriormente, em um momento descriptivo, mas tem seu conteúdo recortado, em um momento normativo, para que, a publicidade de medicamentos, de terapias, de agrotóxicos, de tabaco e de bebidas alcoólicas não mereça essa garantia jurídico-constitucional.

A diferenciação entre ‘momento descriptivo’ e ‘momento normativo’ do âmbito de proteção aponta já para a necessidade de uma distinção clara entre âmbito de proteção e conteúdo juridicamente garantido. O conteúdo juridicamente protegido não pode fixar-se para cada direito de forma geral e abstracta. Pelo contrário: para cada direito impõe-se um específico trabalho de mediação jurídica (CANOTILHO, 2004, p. 449).

Neste momento normativo, devem ser recordadas também a publicidade de alimentos não-saudáveis e as dirigidas ao público infantil. Para o autor português, uma importante forma de mediação jurídica é a restrição de direitos (2204, p. 450).

Como já afirmado anteriormente, a restrição que a que a atividade publicitária deve ser submetida é maior do que aquela que se compreende pela interpretação literal do artigo 220, §4º da constituição federal brasileira.

Dentre as publicidades que devem ser também restringidas por vontade tácita do constituinte encontram-se a de alimentos não saudáveis e as dirigidas ao público infanto-juvenil. Assim, leis restritivas devem impor as condições para esses outros limites da liberdade publicitária: o de não estimular o consumo de produtos não-saudáveis, e o de se dirigir apenas ao público maior de doze anos de idade. Mais adiante serão discutidas as formas em que a lei restritiva deverá servir para a imposição destes limites. Antes é necessário verificar a possibilidade de limitar a liberdade de fazer publicidade por meio de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição Federal, como é o caso da publicidade infanto-juvenil.

Canotilho resume o universo de restrições de direitos por atos normativos com valor de lei em três hipóteses: as restrições feitas diretamente pela Constituição (ou restrições diretas, quando a lei constitucional procede de forma expressa “a um primeiro recorte restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental”); as restrições feitas por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição (como a reserva de lei restritiva, em que a Constituição autoriza a lei a estabelecer restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental); e as restrições operadas através da lei mas que não contam com a autorização expressa da Constituição (2004, p. 450).

A restrição da liberdade de fazer publicidade de tabaco, medicamentos, terapias, bebidas alcoólicas e agrotóxicos, tal qual ocorre por força do artigo 220, § 4º da Constituição Federal Brasileira deve ser entendida como uma restrição feita por lei, e expressamente autorizada pelo texto Constitucional. Trata-se da reserva legal na sua forma simples, a que se refere Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, 153), pois o exercício do direito (neste caso, o exercício do direito restrito ou a efetivação da restrição) se dará “na forma da lei” ou “nos termos da lei”.

Já a restrição da publicidade dirigida às crianças se efetivará apenas por meio de uma intervenção restritiva não expressamente autorizada pela Constituição. Ou, como pode também ser entendido, o exercício da publicidade dirigida a crianças se configura

em espécie de direito fundamental livre de reserva legal, a que alude Dimoulis e Martins (2008, p. 155). Ainda assim esta espécie da atividade publicitária pode ser restringida, como se pretende.

De acordo com Jorge Novais, que desenvolveu sua tese de doutoramento perante a Universidade de Lisboa no tema das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição,

A atribuição de uma relevância absoluta ao sistema constitucional de reservas no sentido de uma proibição de quaisquer restrições a direitos fundamentais desde que não expressamente autorizadas pela Constituição é, pelo menos na prática, de difícil sustentação, dada a inviabilidade de um modelo que, implicitamente, assenta na pretensa capacidade de o legislador constituinte poder resolver de forma adequada e explícita toda a série infindável e imprevisível de vicissitudes que vão afectar a vida e a concretização dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 363-364).

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins descartam a inconstitucionalidade da limitação do direito sem reserva e os argumentos de que esta restrição só pode ser admitida *in concreto*, na constatação de um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais. Para estes autores, a complexidade das relações privadas e suas constantes mutações, e a própria natureza conflitante dos direitos fundamentais legitimam a verificação de limites desses direitos independentemente de sua previsão constitucional, e impedem a afirmação de que se não há previsão expressa do limite é sinal que o constituinte não vislumbrou riscos de conflito do direito fundamental com outros direitos constitucionalmente tutelados, autorizando o seu pleno exercício:

Ora, é sabido que a vida privada encontra-se em incessante conflito com outros direitos. Basta pensar nas colisões entre a privacidade e o direito de informação, da liberdade de pensamento e da liberdade profissional dos jornalistas ou nos conflitos cotidianos entre a privacidade e o dever de tributação. Como se satisfazer com a afirmação de que o constituinte não vislumbrou conflitos nestas hipóteses quando se sabe que esses conflitos fazem parte da substância dos referidos direitos? [...] É preferível admitir a intervenção legislativa sem autorização constitucional ou confiar nas intervenções pontuais dos demais poderes que serão contínuas e substanciais ao exercício do direito à privacidade? [...] Ora, mesmo se não houver lei, o Poder Judiciário, decidindo repetidamente sobre esses conflitos, acabará cristalizando uma jurisprudência que terá, de fato, significado e valor de lei limitadora. Por que a limitação do direito à privacidade mediante o direito sumulado respeitaria a Constituição mais do que o estabelecimento de limites legais? (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p. 157).

Por esta referida corrente doutrinária os limites aos direitos fundamentais são inevitáveis, e uma interpretação constitucional que indique que apenas sofrerão restrições

os direitos fundamentais que tiverem suas limitações expressas no texto constitucional, se levada a sério, é efetivamente impossível, ainda mais diante da necessidade de intervenção do Estado que pressupõe a inexistência de direitos fundamentais absolutos, para que todos tenham acessos iguais às mesmas liberdades.

São várias as formas de justificar e as metodologias para solucionar o problema da necessidade de restringir direitos fundamentais mesmo sem a autorização expressa da Constituição. Dimoulis e Martins indicam duas formas pelas quais o dilema relacionado à reserva legal tácita pode ser solucionado: por uma interpretação sistemática da área de proteção de cada direito, ou pelo recurso a outras normas constitucionais que autorizam a intervenção (2008, p. 159). Além dessas hipóteses, os autores tratam da limitação do direito fundamental sem reserva legal pelo direito constitucional colidente ou de colisão, cujo uso é absolutamente vedado quando o constituinte, ao prever o conflito de interesses constitucionais no caso concreto, estabelece uma reserva legal.

Pelo uso das referidas hipóteses, a proteção da criança, que, como já visto, se fundamenta numa proteção integral, que por sua vez pressupõe a proteção da dignidade humana e do desenvolvimento da personalidade, será claro limite à atividade publicitária.

E de forma mais emergente se percebe a restrição constitucional de se fazer publicidade de produtos tidos como “não-saudáveis”, como já são reconhecidos os alimentos ultraprocessados, com grandes quantidades de açúcar, sódio, gorduras e outros ingredientes nocivos quando em excesso. Basta perceber que o contexto de saúde pública, em que foi promulgada a Constituição de 1988, determinava que os produtos derivados do tabaco, bem como, os medicamentos, as terapias, os agrotóxicos e as bebidas alcoólicas possuíam um alto nível de risco à saúde dos indivíduos. Desta forma, o estímulo ao consumo destes produtos pelo discurso publicitário deveria sofrer restrições, o que foi prontamente obedecido pelo ordenamento jurídico.

A partir desta premissa é muito possível defender que com o avanço das ciências da saúde, todo produto que passar a ser alvo de crítica fundamentada cientificamente pelas entidades responsáveis pelo desenvolvimento de políticas de saúde pública mundial, ou cujo consumo excessivo passe a ser condenado pela classe médica e pela sociedade em geral, como já ocorria com o cigarro e com a bebida alcoólica, também deverá ter sua publicidade restringida. Ou seja, a interpretação constitucional deve evoluir na companhia das ciências médicas, para que seja ampliado o rol de fabricantes que possuem liberdades publicitárias restritas. E neste sentido, tem total cabimento qualquer intervenção do

Estado na pretensão de restringir a publicidade dos alimentos “não-saudáveis” como aqueles que são ricos em açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e pobres em nutrientes, já que o controle da obesidade adulta ou infantil passou a integrar, após 1988, o rol de preocupações de todas as organizações internacionais de saúde, bem como da lista de preocupações das políticas públicas de saúde no Brasil. Tais produtos podem ser perfeitamente comparados ao cigarro e a bebida alcoólica para legitimar a intervenção do Estado na restrição de seus anúncios publicitários. O controle constitucional da publicidade deve evoluir na medida em que evolui a consciência científica sobre a nocividade de produtos lícitos. Assim como já se permitiu a publicidade de cigarro no passado, pode ser hoje proibida a publicidade de outros produtos também prejudiciais à saúde quando consumidos em excesso.

Esta possibilidade decorre dos limites não expressamente previstos pela constituição federal à liberdade de fazer publicidade, mas verificados a partir da interpretação conjunta dos parágrafos 3º, II, 4º do seu art. 220 e do art. 221, IV. É que o constituinte estabeleceu que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos sofrerão restrição legal na forma do inciso II do artigo 220, ou seja, na finalidade de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde. Por sua vez, este mesmo inciso do art. 220 se remete ao art. 221, no objetivo de que a lei restritiva (competência federal) se realize em prol do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV). A partir desta análise é possível ratificar que toda publicidade de produtos lícitos, mas que possam ser nocivos à saúde, e toda prática publicitária que desrespeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família, devem sofrer restrições por lei federal. A publicidade dirigida a crianças (em especial a de produtos considerados não-saudáveis), por tudo já exposto nos capítulos anteriores, faz parte deste grupo de publicidades restringíveis.

Em sequência, também é possível afirmar que toda estratégia na atividade publicitária que tiver como resultado a violação ou ameaça à saúde, ou à integridade do consumidor, em todos os seus âmbitos, seja pelo seu conteúdo ou pela forma do seu discurso, sofrerá restrições. A partir da verificação de que o excesso de publicidade dirigida às crianças contribui para o surgimento de diversos distúrbios psicológicos e doenças modernas no público infantil, bem como para diminuição da sua qualidade de vida, torna-se constitucionalmente aceita a restrição desse ramo publicitário.

Mesmo anunciando produtos lícitos (porque também são o cigarro, a bebida alcoólica, o medicamento, a terapia e o agrotóxico), os fornecedores e publicitários encontram mais essa limitação no texto constitucional: a de não se dirigir ao público infantil, posto que toda publicidade dirigida à criança seja capaz de violar a sua proteção integral. O artigo 227 da Constituição Federal, que institui a proteção integral da criança como direito fundamental, tem o poder de servir como limitador da atividade publicitária, restringindo os anúncios publicitários dirigidos às crianças.

Deve-se frisar que o princípio da solidariedade é outro obstáculo à existência de publicidades dirigidas às crianças, na medida em que estas não possuem sua individualidade e condição especial de vulnerabilidade respeitadas. Ora, o publicitário não “vê na criança uma criança”, mas apenas a sua capacidade de convencer seus pais a comprar o produto anunciado. Passam a ser vistas mais como coisas do que como seres humanos em desenvolvimento. Seus interesses apenas são considerados a partir da sua capacidade de fazer seus responsáveis consumir, em atendimento das suas vontades implantadas. Tal comportamento no mercado de consumo afronta os preceitos constitucionais e solidariedade e justiça social.

Daniel Sarmento afirma que

se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de variadas fórmulas compromissórias (SARMENTO, 2008).

A face econômica da Constituição de 1988 pressupõe que as liberdades econômicas no Brasil jamais serão defendidas de forma a se sobrepor aos interesses sociais e à dignidade dos indivíduos. O desenvolvimento econômico pelas atividades privadas não se fará à custa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. É essa a razão de se restringir a publicidade dirigida às crianças. Por mais que se anunciem produtos lícitos, por mais liberdade que necessitem os empresários e publicitários para desenvolver seu negócio, por trás da defesa dos publicitários e anunciantes que insistem em se comunicar comercialmente com as crianças está apenas a vontade de lucrar, independente de quem quer que seja atingido ou prejudicado, sejam crianças, seja a família ou a sociedade.

Nosso modelo de constituição econômica continua sendo o de uma economia capitalista, mas preocupada com a igualdade material e com a justiça social, que não pretende eliminar ou substituir o mercado, mas também não o reverencia como instituição sacrossanta (SARMENTO, 2008, p. 177).

Neste sentido, é importante destacar o papel do princípio da dignidade humana na harmonização dos interesses econômicos e das liberdades privadas no mercado com os princípios de solidariedade, e justiça social.

De modo feliz, lembra Ingo Wolfgang Salrlet que o princípio da dignidade humana sintetiza a condição, simultânea, de limitação e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares. Daí a razão pela qual “impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”. Ora, na preciosa lição de Peres Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (CLÈVE, 2006, 215).

O controle da publicidade dirigida às crianças parece estar plenamente adequado à necessidade de preservação da dignidade humana da pessoa em desenvolvimento. A defesa de uma liberdade plena do anunciante de se comunicar comercialmente com o público infantil pressupõe uma visão da criança não como indivíduo em desenvolvimento, mas como “coisa” capaz de convencer seu pai a gastar recursos financeiros em seu favor. E aí se visualiza uma grave violação de direitos humanos, na medida em que a criança não é vista como ser humano, e passa a ser “coisificada”.

A concepção simultânea de limitação e tarefa que justifica a atuação do Estado pela preservação da dignidade humana é o que se impõe quando se defende a limitação da liberdade da atividade publicitária dirigida ao público infantil e a tarefa do Estado em garantir a dignidade da pessoa em desenvolvimento por meio de um controle público efetivo desta mesma atividade empresarial. É este o papel do princípio da dignidade humana no controle da publicidade: de servir de limite e restrição à liberdade publicitária em prol do pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano que se encontra nesta exata condição.

As hipóteses e entendimentos anteriores utilizados para a solução do problema de restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição (como se entende ser o caso da publicidade dirigida às crianças) podem ser divididos, de acordo com as lições de Jorge Novais, em duas complexas teorias: os que defendem a existência de limites imanentes dos direitos fundamentais, para fundamentar a possibilidade dos poderes constituídos concretizarem ou revelarem os limites constitucionais não escritos, que afetam direitos fundamentais, a princípio, sem reservas; e os que sustentam a admissibilidade ou necessidade dos poderes constituídos realizarem essas restrições não autorizadas pela constituição no pretexto de salvaguardar a compatibilização desses direitos aparentemente consagrados sem reserva legal com outros valores ou bens igualmente dignos de tutela jurídica, por meio de uma metodologia de ponderação, harmonização ou concordância prática (que o autor chama de doutrina das restrições implicitamente autorizadas pela necessidade de solucionar colisões entre bens constitucionais) (NOVAIS, 2003, 364).

Após tecer críticas a ambas essas correntes, Jorge Novais chega a algumas conclusões que justificam sua posição autônoma. Como premissa o Professor da Universidade de Lisboa estabelece que

Qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam. A consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade da sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade (NOVAIS, 2003, p. 569).

A posição adotada pelo autor é a de que as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição se realizam na medida em que os direitos fundamentais são garantias jurídicas com reserva geral imanente de ponderação. Ter um direito fundamental significa, nas palavras de Jorge Novais, “ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal” (2003, p. 569). Segue o autor afirmado que o Poder Público está diretamente vinculado a esta garantia e nela só poderá intervir, mesmo na figura do legislador democraticamente legitimado, quando preenchido os requisitos formais constitucionais. Mas na sua condição indissociável de se compatibilizar com outros bens, interesses e valores igualmente dignos de proteção constitucional, as

garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais apresentam esta reserva geral imanente de ponderação.

A liberdade de fazer publicidade poderá encontrar limites não previstos expressamente na Constituição diante da sua colisão com as liberdades individuais da criança e da família, além de outros bens, interesses e valores de grande peso na Constituição Federal, como a vida, a saúde, a infância e os valores sociais da família. À lei restritiva, elaborada mediante verdadeiro exercício de ponderação de valores e interesses, caberá dizer em que medida se dará a restrição da liberdade de fazer publicidade para que se efetivem as garantias dos direitos fundamentais de proteção integral da criança e da dignidade humana.

A partir da defesa da restrição da publicidade dirigida à criança com base nos fundamentos anteriores, e pela limitação imposta pelo princípio da dignidade humana, é preciso saber se, a partir de todas essas premissas de direito constitucional, a publicidade dirigida às crianças já é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio ou se realmente carece de lei restritiva ainda não vigente.

O Professor Vieira de Andrade (2006, p. 277-280) discute sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (monistas) ou a aplicação mediata (relevância indireta) dos direitos fundamentais nesta área, que se dará “mediante a regulação legislativa do direito privado (posições dualistas)”. Para que seja possível a aplicação imediata dos direitos fundamentais entre particulares deve uma das partes ser consideradas como sujeitos ativos de direitos fundamentais perante a outra parte, que exercerá papel de sujeito passivo destes direitos fundamentais.

A dúvida existe, segundo o autor, pela cultura, já ultrapassada, que a relação entre sujeitos onde se insere os direitos fundamentais se dá entre o cidadão e o Estado, este último o clássico e tradicional sujeito passivo de direitos fundamentais. Entretanto, diante de uma sociedade técnica de massa, em que persiste uma desigualdade imensa de poderes entre os particulares, com o enfraquecimento do consumidor e do trabalhador e a concentração de força dos fornecedores de serviços e dos empregadores, deverá ocorrer uma transposição direta dos direitos fundamentais à relação entre particulares, sendo aqueles últimos, os seus sujeitos passivos (2006, p. 286). Neste contexto, e somente neste, de acordo com o autor português, em que se verifica situação de poder das pessoas jurídicas em relação aos demais, há que se falar em uma vinculação direta dos direitos, liberdades e garantias fundamentais aos privados poderosos.

Ainda assim, perante a pluralidade de interesses legítimos em conflito e por serem também as pessoas jurídicas dotadas de direitos fundamentais, sempre haverá um exercício de ponderação de valores a ser realizado pelo juiz e pelo legislador. Conforme nosso professor da Universidade de Coimbra;

Na realidade tal vinculação, além de ser limitada às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), há-de ser entendida como uma vinculação gradativa, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao legislador a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas da colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos (ANDRADE, 2006, p. 289).

Sem adentrarmos nas discussões doutrinárias acerca da eficácia mediata (ou indireta) ou da eficácia imediata (direta) dos direitos fundamentais nas relações privadas¹³⁸, para o presente estudo importará dizer que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas passará, obrigatoriamente, pelo exercício da ponderação, de onde a solução surgirá pelo sopesar dos direitos em colisão. Esta solução decorre do fato de que em relações privadas a pessoa capaz de violar direitos fundamentais é, ao mesmo tempo, titular de direitos fundamentais. E é neste sentido que, diante de uma relação particular desigual em que há supremacia de uma das partes em relação a outra, e cuja consequência seja a violação de direitos fundamentais da parte mais fraca, a eficácia dos direitos fundamentais nesta relação dará pela ponderação entre o direito afetado e a autonomia privada da outra parte¹³⁹.

¹³⁸ Daniel Sarmento afirma que no ordenamento constitucional brasileiro não há espaço nem para a teoria da eficácia imediata nem para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas: “[...] a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos aparece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina no modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado” (2008, p. 237). A isto se soma a dificuldade da doutrina brasileira importar teorias de eficácia horizontal de direitos fundamentais de países como Estados Unidos e Alemanha e aplicá-las a uma realidade social tão diversa como a brasileira, onde a desigualdade e assimetria nas relações particulares são muito mais injustas do que naqueles países.

¹³⁹ No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves: “O tema, portanto, insere-se no âmbito dos direitos fundamentais. Admitindo-se que os direitos incidem nas relações privadas, o problema há de ser resolvido por meio de uma ponderação, cabendo sopesar os diversos direitos envolvidos, a fim de determinar se e *em que medida* está justificada a limitação da autonomia privada. Entretanto, o desafio que se coloca para a teoria constitucional é precisamente estabelecer critérios específicos para tais ponderações, pois que os conflitos de direitos em relações privadas apresentam uma peculiaridade: o agente potencialmente Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

É o que se pode vislumbrar do problema do desejo por parte de determinados fornecedores de produtos e serviços de fazer publicidade para crianças. A sua liberdade é capaz de violar os direitos fundamentais das crianças, e a eficácia destes direitos fundamentais deverá passar pelo exercício da ponderação, pois se trata, por outro lado, de uma restrição de direitos do anunciante.

A ponderação entre estes dois interesses constitucionalmente tutelados, autonomia privada do anunciante versus proteção integral da criança, deve ser realizada no âmbito do processo legislativo, mas na ausência de norma expressa também cabe ao Poder Judiciário. Cabe, então, tanto ao legislador como ao juiz o exercício desta ponderação.

Para a sociedade que clama por efetivação dos direitos sociais da criança, a ausência de Lei não soluciona a violação sistemática dos direitos da infância na sociedade de consumo. As evidências são suficientes para afirmar que o Poder Judiciário não conformou os elementos constitucionais garantidores da proteção da criança e da concretização dos seus direitos sociais. Apesar do entendimento recente do STJ, Tribunais inferiores continuam menosprezando os direitos fundamentais da criança e prestigiando, indevidamente, a liberdade econômica dos anunciantes de alimentos não-saudáveis. Permitir somente ao Poder Judiciário o exercício de restringir direitos fundamentais sem a autorização constitucional expressa vem representando mais prejuízos aos direitos sociais da criança consumidores do que aos grandes anunciantes.

Sabendo que o problema da efetivação de restrição de direitos fundamentais não autorizada pela Constituição se resolve mediante uma avaliação, valoração e ponderação do peso relativo que o direito, a princípio, sem reserva legal, diante do caso concreto, possui em relação a outro bem, interesse ou valor conflitante digno de tutela constitucional, o legislador deve realizar este exercício de ponderação no ato de elaboração da lei restritiva.

Neste sentido, quaisquer limites do direito de liberdade de fazer publicidade devem ser conformados por meio de lei restritiva, conforme preceitua a constituição

violador dos direitos fundamentais é também titular de direitos” (2006, p. 492). Daniel Sarmento também coaduna com este entendimento: “Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada” (2008, p. 260).

federal em seu artigo 220, § 4º (“a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamento e terapias estará sujeita a restrições legais”).

Como sabido, a harmonia das relações sociais e econômicas no Estado Democrático de Direito dependem da intervenção do Estado no mercado e nas relações privadas. A necessidade de intervenção do Poder Público é garantia para manutenção do equilíbrio entre princípios por vezes conflitantes, mas pressupostos de uma mesma ordem econômica, como a livre iniciativa e a defesa do consumidor.

Bruna Lyra, ao tratar do choque entre a livre iniciativa e o poder intervencional do Estado, parte da premissa de que as liberdades econômicas não se configuram como liberdades absolutas, mas como liberdades regulamentadas, isto é,

liberdade de desenvolvimento da empresa na esfera de atuação já delineada pelo poder público ou, ainda, liberdade do particular para contratar com outro particular, que somente será autêntica quando desempenhada e alicerçada no interesse da justiça sócia (LYRA, 2007, p.117).

As restrições Constitucionais de liberdades econômicas, como ocorre com o direito de fazer publicidade, determinam que o Estado intervirá no mercado para garantir a manutenção de outros princípios constitucionais em risco, como a defesa do consumidor, os interesses sociais da família, e a proteção integral da criança. Desta necessidade de harmonizar se conclui que o Estado, ao estabelecer limites expressos para a liberdade publicitária para garantir a proteção da criança na sociedade de consumo, deve fazer por meio de um verdadeiro exercício de ponderação.

De toda forma, a restrição à atividade publicitária para proteção dos direitos sociais da criança é inevitável. Neste caso, os direitos de segunda e terceira geração (na medida em que a proteção da criança e do consumidor deve ser tratada tanto como pertencente à categoria dos direitos sociais, como também sendo direitos difusos) parecem superar sem grandes debates as liberdades econômicas de primeira geração. Tanto o avanço das proposições legislativas em diferentes entes da federação como a possível consolidação da jurisprudência (ainda que em evolução lenta), já demonstra que a atividade publicitária terá de conviver com restrições como instrumento de efetivação dos direitos sociais.

Referências

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pgs. 273-299.

BRITTO, Igor Rodrigues. **Infância e Publicidade**: a proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo. Curitiba: CRV, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pgs 205-266.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina**. São Paulo: Elsevier, 2009.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

DUQUE, Bruna Lyra. **O Direito Contratual e a Intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Manole: Barueri, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Caleb Salomão e MIGUEL, Paula Castello. **Administração inconstitucional, Ética do explícito e Poder Econômico**: o Infante como o outro sujeito constitucional vulnerável. Artigo apresentado no XVIII Encontro do CONPEDI, 2009, em fase de publicação.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILOSOFIA CLÍNICA E ESPIRITUALIDADE

20º Encontro Nacional de Filosofia Clínica

Weber Lima

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), mestre e bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Filosofia Clínica pelo Instituto Packter (RS); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

Resumo

A Filosofia Clínica surge no contexto das novas buscas humanas por terapias cuja orientação esteja além da estrita medicamentalização. Isso não significa desprezar o tratamento farmacológico. O horizonte é o da valorização do ser humano integral, não necessariamente alcançado pelos psicofármacos. Entende-se por ser humano integral todas as dimensões vivenciadas, direta ou indiretamente, nos âmbitos social, psíquico, existencial, cultural, espiritual. E é nesse sentido que o presente artigo analisará, não exaustivamente, a experiência espiritual (denominada de transpessoal¹⁴⁰ por alguns especialistas em terapias) no âmbito da Filosofia Clínica.

Palavras-chave: Filosofia Clínica, experiência espiritual, transpessoal, vivência.

89

Breve histórico da experiência espiritual ou transpessoal

No início do século passado o psicólogo norte-americano, William James, realizou uma série de conferências (as famosas *Gifford Conferences*) em Edimburgo, Escócia, sobre as variedades da experiência religiosa. Para James o horizonte das experiências espirituais é indistinguível da vida humana. Essas experiências foram denominadas ao longo da história como “vivência mística”, “vivência do absoluto”, “experiência numinosa”, “experiência oceânica” (Freud¹⁴¹), dentre outras¹⁴².

Para outro pesquisador no campo das experiências espirituais ou transpessoais, o também psicólogo norte-americano, Lawrence LeShan, tais experiências ou vivências possuem uma característica que as torna únicas na vida de cada indivíduo, daí a dificuldade em realizarem-se pesquisas sobre fenômenos intrinsecamente subjetivos¹⁴³. LeShan defende um novo método de abordagem de tais fenômenos o qual ele denomina

¹⁴⁰ O conceito de transpessoal originou-se na década de 50 a partir dos trabalhos de Abraham Harold Maslow, psicólogo norte-americano. Não discutirei aqui as críticas feitas ao conceito transpessoal por não serem pertinentes ao objetivo do presente artigo. Cf. SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sidney Ellen.

História da Psicologia Moderna. 10. ed. SP: Cengage Learning, 2016.

¹⁴¹ FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos.** 2 volumes. SP: Imago, 1990.

¹⁴² Cf. JAMES, William. **As variedades da experiência religiosa:** um estudo sobre a natureza humana. SP: Cultrix, 1991.

¹⁴³ Cf. LESHAN, Lawrence. **O Médium, O Místico e O Físico. Por uma teoria geral da paranormalidade.** SP: Summus, 1994.

de “comportamento significativo”. Analisando diversos casos ou relatos de experiências às quais os indivíduos atribuem sentido espiritual ou transpessoal, LeShan concluiu que essas vivências não podem ser compreendidas estritamente no âmbito do paradigma cartesiano-newtoniano¹⁴⁴, ou seja, da diáde sujeito-objeto.

Embora a abordagem de LeShan seja considerada controversa no meio científico, não deixa de ser sugestiva uma metodologia orientada para fenômenos não necessariamente objetivos¹⁴⁵ como parece ser o caso das experiências espirituais.

Pesquisadores como Mircea Eliade¹⁴⁶, Karen Armstrong, Karl Barth, Pierre Weil, Stanislav Grof e Christina Grof, dentre outros, defendem a importância de um campo autônomo de estudos dos fenômenos subjetivos associados à espiritualidade.

A mística foi considerada, desde os primórdios das ciências modernas, como oscilando entre o autoengano e o deliberado desejo de enganar a outrem. O casal Grof, Weil, *et alii*, discordam de a mística ser apenas algum tipo de esforço deliberado de manipulação das crenças alheias. Afirmam, ao contrário, que as vivências espirituais são autênticas, embora concedam que haja indivíduos e/ou grupos associados a práticas de malversação da fé. Contudo seus esforços foram tentar separar os fenômenos considerados autênticos daqueles meramente tidos como erros (deliberados ou não).

É um fato bem conhecido no âmbito da moderna medicina neurológica que substâncias alucinógenas, psicotrópicas, vivências estressantes, traumas, acidentes neurológicos, desidratação etc., podem causar alucinações variadas. Como então estabelecer uma separação nítida, clara, entre o que seria um fenômeno espiritual autêntico de um fenômeno de mera enganação ou manipulação?

Os autores supracitados entendem que um fenômeno espiritual somente pode ser considerado autêntico se atender a uma série de quesitos: ampliarem de alguma forma a compreensão do mundo circundante; sensação de bem-estar duradoura e não apenas episódica ou eventual; aumento da capacidade de discernimento ou, pelo menos, o não

¹⁴⁴ Cf. CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação:** a Ciência, A Sociedade e A Cultura Emergente. SP: Cultrix/Pensamento, 1982.

¹⁴⁵ As ciências lidam com fenômenos cuja objetividade possa ser de alguma forma mensurada. Fenômenos não objetivos são considerados essencialmente não-científicos ou de abordagem não-científica, contudo métodos qualitativos em outras áreas de pesquisa têm demonstrado ser possível análises acuradas mesmo de fenômenos subjetivos ou intersubjetivos não mensuráveis. Cf. QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em Ciências Sociais.** Portugal: Gradiva, 5.ed, 2008.

¹⁴⁶ Cf. ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano:** a essência das religiões. SP: Martins Fontes, 1992. ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus.** SP: Cia de Bolso, 2009. BARTH, Karl. **Introdução à Teologia evangélica.** RS: Sinodal, 1981. WEIL, Pierre. **A revolução silenciosa.** SP: Pensamento, 3.ed., 1982. GROF, Stanislav; GROF, Christina. **A tempestuosa busca do ser.** SP: Cultrix, 1990.

embotamento do questionamento; não permanecer circunscrita ao âmbito estritamente subjetivo, ou seja, de alguma maneira poder ser analisada objetivamente ou intersubjetivamente, embora não necessariamente mensurada¹⁴⁷; serem em alguma medida reprodutíveis, embora sejam essencialmente marcadas por um traço subjetivo peculiar¹⁴⁸; e de um ponto de vista ético ou moral¹⁴⁹ muito difícil, não ser de nenhuma maneira comercializável ou redutível à condição de mercadoria – um dos traços mais desafiadores em um mundo hiperconsumista¹⁵⁰. Se qualquer um desses itens não estiverem presentes na experiência considerada espiritualmente autêntica, há uma boa probabilidade de estarmos diante de um fenômeno de fraude em alguma instância.

Definir uma fronteira mediante a qual um fenômeno seja considerado verdadeiro (ou autêntico) e outro seja considerado falso (ou fraude) é um dos mais importantes desafios para diferentes abordagens científicas dos fenômenos espirituais. Apesar de vários esforços essa fronteira permanece ainda em construção.

Itinerário sinóptico da abordagem filosófico-clínica diante das experiências espirituais ou transpessoais

A Filosofia Clínica surgiu no Brasil a partir da década de 80 criada e sistematizada pelo filósofo brasileiro, Lúcio Packter, a partir de várias abordagens filosóficas: fenomenologia, estruturalismo, filosofia da linguagem, existencialismo etc.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ao longo da história humana muitos indivíduos reivindicaram ter alcançado algum tipo de compreensão não-ordinária ou espiritual. Há relatos, embora passíveis de discussão, quanto à vida dessas pessoas terem “mudado para melhor”, ou seja, tornaram-se pessoas mais sensíveis ao sofrimento alheio, capazes de demonstração de doação inusual, desapego etc. Características analisáveis qualitativamente, portanto.

¹⁴⁸ O Zen-budismo, por exemplo, reivindica haver um nível de treino quanto ao espiritual no qual qualquer indivíduo possa reconhecê-lo se praticar o tipo de meditação proposta pelo Zen. Cf. a obra de LeShan na nota de rodapé 5 acima.

¹⁴⁹ Não será feita aqui nenhuma distinção quanto a ética e a moral como duas concepções mais ou menos independentes. Serão consideradas, antes, como sinônimos, embora haja quem defenda o contrário.

¹⁵⁰ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. SP: Barcarolla (Martins Fontes), 2007.

¹⁵¹ Há evidências de que o conceito de uma “filosofia clínica” tenha sido desenvolvido a partir da década de 70 pelo filósofo japonês, Kiyokazu Washida (Universidade de Tóquio), pelo psicólogo russo, Hilarion G. Petzold, e também pelo cientista norte-americano, James Elliot, fundador da US for Clinical Philosophy. Os três reivindicam independentemente a paternidade do conceito. Cf. <http://www.let.osaka-u.ac.jp/clph/english.html>. BRUNE, Jens Peter; Krohn, Dieter. **Socratic dialogue and Ethics**. Germany: LIT Verlag, 2005. PETZOLD, Hilarion G. **Integrative Therapie: Modelle, Theorie und Methoden einer schulenübergreifenden Psychotherapie**. Band 1: Klinische Philosophie. Deutschland: Junnferman Verlag, 1993. A Associação Nacional de Filósofos Clínicos (ANFIC) está compilando uma biografia considerada oficial de Lúcio Packter. Talvez em futuro próximo haja outras biografias advindas de pesquisas independentes quanto ao filósofo gaúcho e as origens da Filosofia Clínica. Destaque-se que o método desenvolvido por Packter não tem nenhuma semelhança com as abordagens dos autores anteriormente supracitados.

Packter concebeu uma estrutura dividida em 30 tópicos os quais representam os modos pelos quais o pensamento individual se singulariza. No âmbito da Filosofia Clínica a singularidade humana é denominada de autogênica, ou seja, os processos mediante os quais cada um de nós constitui-se em um ser singular¹⁵².

Na abordagem filosófico-clínica não existe conceitos prévios de anormalidade a serem curadas por processos padronizados. Isso não significa dizer que não existam problemas neurológicos, psiquiátricos e/ou psicológicos diversos os quais são bem estudados pelas respectivas áreas mencionadas anteriormente. Para a Filosofia Clínica o que interessa são os modos pelos quais cada indivíduo se estrutura e/ou desestrutura ao longo de sua vida. Ou seja, filosófico-clinicamente o que está em questão não é um modelo prévio de sanidade a ser alcançada em alguma instância, mas como cada indivíduo pode superar com seus recursos (até onde for possível¹⁵³) aquilo que entenda ser algum tipo de obstáculo em e para a sua própria existência¹⁵⁴.

Quanto à espiritualidade ou vivência espiritual em si, a Filosofia Clínica a comprehende sob o tópico 19 – Tópico de Singularidade Existencial, ou seja, qualquer tipo de experiência considerada intersubjetivamente como extraordinária ou de alguma forma transcendental é analisada como uma experiência fenomenologicamente¹⁵⁵ singular, embora existam conteúdos comuns a diversos indivíduos conforme demonstra fartamente os relatos e estudos sobre experiências espirituais pelo mundo afora¹⁵⁶.

Do ponto de vista filosófico-clínico uma experiência espiritual é uma forma singularíssima de vivência à qual o indivíduo atribui sentido e significados os mais variados. De certa forma pode ser compreendida também como uma forma de linguagem

¹⁵² Existem vários livros de introdução à Filosofia Clínica. Destaco dois: DE CARVALHO, José Maurício. **Estudos de Filosofia Clínica.** PR: IBPEX, 2008. GOYA, Will. **A Escuta e o Silêncio:** lições do diálogo na Filosofia Clínica. GO: UCG, 2016.

¹⁵³ De um ponto de vista filosófico “somos nós mesmos e nossas circunstâncias”. Cf. GASSET, Ortega Y. **Meditações do Quixote.** SP: Iberoamericana, 1967.

¹⁵⁴ A história da psicoterapia possui várias abordagens mais ou menos conflitantes quanto à necessidade de padrões prévios de sanidade e/ou tratamentos padronizados. A tradição filosófica, especialmente a existencialista, a metacrítica e a fenomenológica contestam tais padrões não para negá-los pura e simplesmente, mas devido às distorções ideológicas diversas sempre presentes para o desenvolvimento humano. Cf. FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Clínica.** SP: Forense Universitária, 2011. Idem. **História da Loucura na Idade Clássica.** SP: Perspectiva, 1961. CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o Patológico.** SP: Forense Universitária, 2007. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** SP: Perspectiva, 1999. Idem. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. RJ: LTC, 1988.

¹⁵⁵ Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção.** SP: Martins Fontes, 2011.

¹⁵⁶ Cf. GROF, Stanislav; GROF, Christina. **Emergência Espiritual:** crise e transformação espiritual. SP: Cultrix, 1992.

na qual o indivíduo se expressa no mundo, sobretudo se compreendermos a linguagem¹⁵⁷ para além da fala e da escrita.

A Filosofia Clínica analisa a experiência cotidiana por meio de cinco categorias consideradas fenomenologicamente (existencialmente) fundamentais: assunto, circunstância, lugar, tempo e relação. As vivências ou experiências espirituais também podem constituir um tipo de assunto no âmbito subjetivo, envolver circunstâncias nas quais se deu tal experiência, um lugar que a amplifica ou a inibe, um tempo que é percebido ou transcendido de alguma maneira, uma relação qualquer entre a experiência e a consciência ou uma busca por um sentido e/ou significado para essa vivência.

Seja como for, as experiências espirituais são acolhidas no âmbito da Filosofia Clínica como vivências cujos significados ou suas ausências envolvem a necessidade de uma compreensão da alteridade que define cada indivíduo enquanto ser singular, único e, portanto, como horizontes muito mais complexos e profundos do que ajuizamos quando somos confrontados por tais experiências tidas intersubjetivamente como extraordinárias. Dito de outro modo, as experiências espirituais, sejam autênticas ou não, são acolhidas no âmbito da Filosofia Clínica como uma das muitas expressões singulares de cada indivíduo e cujos significados somente serão mais bem compreendidos ao longo da análise de sua historicidade¹⁵⁸.

Referências

- ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus**. SP: Cia de Bolso, 2009.
- BARTH, Karl. **Introdução à teologia evangélica**. RS: Sinodal, 1981.
- BRUNE, Jens Peter; Krohn, Dieter. **Socratic dialogue and ethics**. Deutschland: LIT Verlag, 2005.
- CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. SP: Forense Universitária, 2007.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. SP: Cultrix/Pensamento, 1982.
- COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. RJ: Zahar, 2002.
- DE CARVALHO, José Maurício. **Estudos de filosofia clínica**. PR: IBPEX, 2008.

¹⁵⁷ Cf. COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**. RJ: Zahar, 2002. PENCO, Carlos. **Introdução à Filosofia da Linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2006. TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). **A Filosofia da Linguagem de John Searle**. SP: UNESP, 2013.

¹⁵⁸ Na Filosofia Clínica denomina-se de historicidade ao conjunto dos fatores que constituem a história de uma pessoa e que caracterizam seus comportamentos em diferentes situações, circunstâncias, lugares, tempos e relações.

- ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano: a essência das religiões.** SP: Martins Fontes, 1992.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica.** SP: Perspectiva, 1961.
- FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica.** SP: Forense Universitária, 2011.
- FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos.** 2 volumes. SP: Imago, 1990.
- GASSET, Ortega Y. **Meditações do quixote.** SP: Iberoamericana, 1967.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** RJ: LTC, 1988.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** SP: Perspectiva, 1999.
- GOYA, Will. **A escuta e o silêncio:** lições do diálogo na filosofia clínica. GO: UCG, 2016.
- GROF, Stanislav; GROF, Christina. **A tempestuosa busca do ser.** SP: Cultrix, 1990.
- GROF, Stanislav; GROF, Christina. **Emergência espiritual: crise e transformação espiritual.** SP: Cultrix, 1992.
- JAMES, William. **As variedades da experiência religiosa:** um estudo sobre a natureza humana. SP: Cultrix, 1991.
- LESHAN, Lawrence. **O médium, o místico e o físico - por uma teoria geral da paranormalidade.** SP: Summus, 1994.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** SP: Barcarolla/Martins Fontes, 2007.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção.** SP: Martins Fontes, 2011.
- PENCO, Carlos. **Introdução à filosofia da linguagem.** Petrópolis: Vozes, 2006.
- PETZOLD, Hilarion G. **Integrative Therapie: Modelle, Theorie und Methoden einer schulenübergreifenden Psychotherapie.** Band 1: Klinische Philosophie. Deutschland: Junnferman Verlag, 1993.
- QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais.** Portugal: Gradiva, 5^a edição, 2008.
- SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sidney Ellen. **História da psicologia moderna.** 10.ed. SP: Cengage Learning, 2016.
- TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). **A filosofia da linguagem de John Searle.** SP: UNESP, 2013.
- WEIL, Pierre. **A revolução silenciosa.** 3.ed. SP: Pensamento, 1982.

Uma reflexão sobre direitos sociais e econômicos no Brasil: entre direitos humanos, dignidade, políticas públicas e fundamentos.

Rafael Seixas Santos¹⁵⁹

95

Sumário: I. Introdução; II. Dignidade e direitos sociais de cunho econômico: a tutela do reconhecimento; III. Normas de direitos humanos: textos e preceitos de direito econômico e social; IV. Direitos Humanos. Sociais e Econômicos: Uma ponte entre o Texto Constitucional e as Políticas Públicas; Considerações finais; Referências.

I. INTRODUÇÃO

A concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas (executadas sob engendramentos de direito econômico) repousa, de modo significativo, na discussão sobre direitos humanos, que, ao assumirem o *status* de direitos fundamentais, dispõem de aplicação imediata e possuem ampla relação com a dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um elemento nuclear da cidadania.

Ocorre que as políticas públicas para o pleno exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público, por questões de planejamento, de índole orçamentária, ou mesmo pela ausência do reconhecimento de efetivos e práticos fundamentos para uma completa

¹⁵⁹ Mestre em Direito e Políticas Públicas (*summa cum laude*), Especialista em Direito Público, Professor do Centro Universitário IESB e Assessor Jurídico (STM).

elucidação do desenvolvimento dos direitos humanos e, mais ainda, dos direitos sociais, sobretudo porque encerram providências de natureza econômica.

É que a falta de adesão ou de harmonização quanto ao reconhecimento dos argumentos justificadores do conjunto de direitos humanos ‘econômicos’ (como sendo inerentes à dignidade humana) parece contribuir para a inércia na formulação e implementação das políticas públicas que lhes visem garantir aplicabilidade.

Dada esta hipótese se pode constatar que não há como assegurar cidadania sem dignidade, e não pode existir verdadeira dignidade sem as mínimas garantias econômicas individuais e, menos ainda, sem direitos sociais

É pacífico que a promoção e o desenvolvimento dos direitos humanos produzem reflexos econômicos no processo assecuratório da dignidade humana e, neste sentido, são dela resultantes. Nota-se, também, que tais direitos vêm passando por um processo de elevação ou reinterpretação em razão dos avanços, ao menos teóricos, no social, e na denominada “qualidade de vida”. De fato, direitos ‘juseconômicos’ não são mero instrumento de inserção social dos cidadãos, senão verdadeiro mecanismo efetivador da dignidade humana.

Em virtude da lacuna na justificação e aplicação dos direitos humanos, sociais e econômicos – sobretudo quando sua efetivação, por diversas vezes, somente se torna possível na via judicial, em uma judicialização da justiça distributiva –, impende discutir como os direitos humanos podem encontrar fundamento na dignidade para que, portanto, componham de modo ordinário (e não judicial) a agenda de políticas públicas.

Assim, o texto cuida de avaliar, de modo amplo, a hipótese de como os direitos humanos, sociais e econômicos encontram fundamento na dignidade, haja vista sua indissociabilidade. Neste diapasão, serão analisadas as interfaces e dicotomias entre políticas públicas e seus mecanismos de adoção na satisfação dos direitos pelos atores naturais (Poder Público) e pela via secundária (Poder Judiciário).

II. Dignidade e direitos sociais de cunho econômico: a tutela do reconhecimento

O contexto jurídico-social brasileiro mostra que ainda existe amplo campo para a efetivação de todos os direitos estabelecidos na Constituição

Cidadã e um considerável desafio para os governos dos Entes Federados em viabilizá-los ao longo do tempo.

Verifica-se da história recente brasileira que a democracia política não conseguiu resolver os problemas econômicos mais sérios, como, por exemplo, a desigualdade de renda e o desemprego (CARVALHO, 2001, p.199).

O que se percebe, deveras, é a concretização de alguns direitos humanos de caráter econômico em detrimento de outros direitos sociais ou, quando pior, o esquecimento do atendimento de certos direitos por carência de políticas públicas que assegurem sua efetividade – corroendo componentes da cidadania.

Num plano mais concretista, observa-se do desenho político-jurídico brasileiro que as políticas públicas são o elo primário entre o plano constitucional e a efetivação dos direitos humanos e dos direitos sociais de caráter econômico.

De fato, as políticas públicas, enquanto mecanismos de aplicação dos direitos, são a sua própria garantia (MASSA-ARZABE, 2006) e destinam-se, deste modo, à racionalização das prestações coletivas do Estado, para atender anseios sociais e promover a justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos humanos de caráter econômico em vista de sua jusfundamentalidade.

Ocorre, como já referido, que a formulação e a implementação das políticas públicas que visam satisfazer direitos humanos, por normas de direito econômico, nem sempre são plenas. Por vezes é necessário o reconhecimento por parte do Poder Judiciário do direito (por meio do provimento judicial) para que haja a coerção para a política pública.

Sob outro ângulo, mas na mesma vibração, a importância que o conceito de dignidade da pessoa humana vem elencando enquanto preceito político, filosófico e jurídico, tem reconhecido o princípio como um dos fundamentos dos direitos humanos. Não há, neste arcabouço, como olvidar da ideia kantiana, segundo a qual a dignidade diferencia o ser racional dos demais e, ao lhe conferir autonomia, torna o indivíduo capaz de se autodeterminar (Kant, 2004).

Para posicionar a dignidade como princípio e escopo de interpretação é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que dispõe de garantias que o condecoram como um fim em si mesmo, em que pese as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado

que a dignidade humana condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo (COSTA NETO, 2014).

Com efeito, a dignidade, como princípio-âncora dos direitos humanos, deve reposar em uma visão política e abrangente, para que se construa uma conceituação comedida de que a dignidade é um instrumento de avaliação da dimensão normativa da Constituição, tendo a função de fundamentar a Ordem Jurídica dos direitos humanos e a Ordem Econômica, sendo, inclusive, fonte de observação e integração (BONAVIDES, 2011, p.105).

Assim, um dos campos de mais acidentado relevo na esfera da dignidade humana é o da sua conceituação e assimilação como fundamento para os direitos humanos, sociais e econômicos.

III. Normas de direitos humanos: textos e preceitos de direito econômico e social

Como o titular da dignidade ostenta direitos humanos e reclama providências juseconómicas, a concepção expansionista daqueles direitos os erigiu à universalidade, superando o plano doméstico; de modo que o cenário se torna mais complexo a medida que o movimento da internacionalização se intensifica e por ele passam as torrentes de mecanismos e meios de promoção de direitos humanos pela desconstrução de valores individualistas.

Fato é que o ressoar das Declarações – sobretudo a Declaração Universal, de 1945 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 – acabou por ensejar uma nova agenda de reivindicações por liberdades e direitos notadamente políticos e econômicos. Em outras palavras, o universalismo abstrato das Declarações impõe as suas consequências: a ideia de anúncios gerais, de cuidar do geral e, por vezes, o sacrifício do particular, tem reverberado até os dias atuais e tem posto à prova, em diversos momentos, a autonomia e o campo de abrangência das liberdades individuais. Não se ignora, todavia, que, socialmente, e em um sentido oposto, valores privados passam a se sobressair em face de valores coletivos (VIEIRA, 2008).

Destarte, as vertentes positivas das generalizações das Declarações fizeram despertar a consciência dos direitos nas minorias, a saber, negros, mulheres, crianças, aldeões... O que impulsionou avanços no reconhecimento dos direitos humanos e, hodiernamente de sua vertente econômica, enquanto arcabouço de desenvolvimento dos “direitos dos cidadãos”, eis que, ou nenhum indivíduo tem direitos verdadeiros ou

todos tem os mesmos direitos e, “*who votes against the rights of others, whatever their religion, color or sex, from that moment abjured their own rights*” (HUNT, 2009, p.171).

Em busca dos elementos que informam a categoria “direitos humanos”, é de se assumir que autonomia individual sustenta as noções de liberdade e de direitos. Por isso, se verifica que a liberdade é a força-motriz para a igualdade, de modo que, na mesma corrente, “*Everyone would have rights only if everyone could be seen, in an essential way, as similar*” (HUNT, 2009, p.26).

Seguindo a abordagem sobre os direitos humanos de caráter econômico e sua importância político-jurídica memora-se de Alves (2003, p. 115), para quem “*todos os direitos humanos sempre tiveram, e continuam a ter, função reivindicatória, com vistas à alteração do status quo, tanto na esfera internacional, quanto na órbita interna dos Estados*”.

Emerge, ainda, a ideia de Herrera Flores, defensor de que “*Não podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana*” (2008, p.77), o que lhe põe em posição simétrica a Beitz (2009) e a Donnelly, que assevera:

Human rights thus provide a moral standard of national political legitimacy. They are also emerging as an international political standard of legitimacy. More precisely, the full legitimacy of regimes that grossly and systematically violate human rights is widely seen as compromised. (...) We have human rights not to what we need for survival but to what we need for a life of dignity (2013, p.21/23).

Por isso, a mudança cultural veiculada no plano internacional, ainda que paulatinamente, assevera que as Instituições devem preconizar a garantia e a promoção dos direitos humanos, sobretudo de vertente econômica. Tal fato decorre da crescente pressão das organizações domésticas e internacionais para que se promovam e ‘cumpram’ direitos humanos:

Domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change (LUTZ; SIKKINK, 2000, p.635).

Deste modo, uma perspectiva histórica do reconhecimento dos direitos humanos pela democracia brasileira é tecida a partir da necessária incorporação interna dos direitos econômicos, encampada por Trindade (1990), Bagnoli (2005) e Piovesan (2012).

IV. Direitos Sociais e Econômicos: Humanização como ponte entre o Texto Constitucional e as Políticas Públicas

A Carta de 1988 emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual inclusive em âmbito processual.

O argumento central do texto é a altivez do princípio veiculado no artigo 1º, inciso III da CF/88, como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país, *verbis*: “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana*”.

100

Deste contexto desponta a proposta de Bercovici (2005), para se compreender e aplicar a Constituição como uma sistematização da configuração jurídica da Ordem Econômica e dos mecanismos de atuação do Estado no domínio econômico, com a clara função de transformação social, por meio da previsão de tarefas e medidas a serem empreendidas. No mesmo sentido obtempera Cardozo (2011), e leciona Trindade (1997), segundo quem:

(...) Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma concepção integral dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). (...) A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população, a afligir hoje tantos países, poderão ver-se ameaçadas inclusive as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos (p.11).

A ideia é conferir a máxima efetividade à proteção da pessoa humana, por meio da sistematização da dignidade como fundamento. Assim, direitos humanos podem ser promovidos em virtude de condições pessoais de seu detentor porque, tal medida, conforme a interpretação sistemática do texto constitucional, promove a dignidade da pessoa humana.

Em seu turno, as normas de natureza juseconômica, por expressa disposição do texto da Carta Política, e por decorrerem de uma Ordem Econômica fundada em postulados notadamente humanísticos, persegue a justiça social, *verbis*: “*Art. 170. A*

ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).

Com tal abordagem conceitual, se recorre à dignidade para fundamentar as mais diversas situações, por meio de um processo de “constitucionalização simbólica” (NEVES, 2012, p.87).

O emprego recorrente do fundamento “dignidade”, tanto no texto constitucional, quanto no STF, quanto nas mais diversas arenas políticas, contribui para o seu crescente uso e para a sua invocação nas variadas esferas sociais, a exemplo do regime de preferências subjetivas para o percepimento de precatórios, estatuído pela EC nº 62/2009 (ADI 4425, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, sendo Relator para Acórdão o Ministro Luiz Fux). No julgado, dignidade foi posta a ensejar a interpretação de uma norma de cunho econômico para fundar um processo de aquisição de direitos humanos, também de natureza econômica. A dignidade justifica preferir idosos e portadores de deficiência quando do pagamento das verbas, porque o pagamento prioritário promove, de modo razoável, a dignidade da pessoa humana.

Impende rememorar outro caso. Trata-se da aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS (Lei de Organização da Assistência Social), quando estabelece que considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

O STF anotou, no julgamento do RE 567985 (Relator o Ministro Marco Aurélio) que o requisito financeiro estabelecido pela lei vem passando por um processo de inconstitucionalização “*decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)*”. O fundamento é que o estabelecimento de um valor fixo permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Este é contexto em que os cidadãos devem ser considerados, em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos ocupam nas camadas sociais (HERRERA FLORES, 2009, p.96).

Quando a autonomia do indivíduo sofrer ameaças de consideração que tenham o condão de lhe minorar as condições de sobrevivência, se apresenta

uma quebra em sua esteira de dignidade, uma violação de seus direitos humanos econômicos. Isto demanda tecer um conceito valoroso e resguardado da dignidade fundamentadora:

[...] They [the people] have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right. (DWORKIN, 2011, p. 335).

Ora, o cenário da defesa judicial dos direitos, inclusive com o reclamo para a edição de normas juseconômicas, ocorre porque as políticas públicas para a implementação e exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público (Executivo ou Legislativo): Invocam-se argumentos de planejamento, de reservas financeiras, ou mesmo a ausência de fundamentos pragmáticos para uma completa implementação dos direitos humanos no arcabouço de normas de natureza econômica.

Em virtude do ainda não reconhecimento da justificação e aplicação dos direitos humanos econômicos – sobretudo quando sua efetivação somente se torna possível na via judicial –, não se elucidou um mecanismo capaz de fazer com que os direitos humano-econômicos integrem de modo ordinário (e não judicial) a agenda de políticas públicas.

Dada a inação ou não-efetividade do Poder Público ao promover os direitos humano-econômicos, os indivíduos ou instituições que lhes representem recorrem ao Poder Judiciário que, como instância em que se depositam as esperanças finais e, em uma inflação de legitimidade, promove justiça distributiva, na determinação de políticas públicas.

Neste sentido, as políticas públicas devem ser conhecidas (se existentes) ou exigidas (se ausentes) pelo Poder Judiciário, para que se garantam efetivamente os direitos humanos e seus desdobramentos econômicos, porque somente assim seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos em vista da inação do Poder Público.

Por mais anticonvencional que possa soar, é pela formalização dos direitos humanos econômicos mediante a determinação da implementação de tais políticas através do provimento judicial que, muitas vezes, se obtém uma justiça que promova cidadania.

Por isso, ao Poder Judiciário se apresenta o pesado desafio de desmistificar e incorporar a carga semântica da política pública em suas decisões, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada caso concreto, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada por meio dos atos promovidos (ou que deveriam ser promovidos) pelas Funções Legislativa e Executiva do Estado. Eis que emerge um elo secundário entre os direitos humanos de caráter econômico (constitucionais) e sua concretização: o provimento judicial.

É nesse contexto de efetividade das normas constitucionais “humano-econômicas” e da sua não realização fática, de priorização dos direitos e escassez de recursos, que se torna relevante a discussão em torno da invocação da dignidade como fundamento para os direitos econômicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto evidencia o contexto das medidas políticas assecuratórias e desenvolvimentistas de direitos humanos, sociais e de caráter econômico por meio do estabelecimento da dignidade como fundamento destes direitos.

Os direitos humanos, ao disporem de aplicação imediata, possuem ampla relação com a dignidade da pessoa humana e encerram providências de natureza econômica. Deste modo, a importância que o conceito de dignidade da pessoa humana vem elencando enquanto preceito político, filosófico e jurídico, tem reconhecido o princípio como um dos fundamentos dos direitos humanos, sociais e econômicos.

Todavia, as políticas públicas para a implementação e exercício destes direitos, por diversas vezes, não emanam voluntariamente do Poder Público, por diversos motivos, como planejamento, orçamento, discursos vazios, etc.

O cenário brasileiro é, ainda que judicialmente, desafiador no tocante à viabilização dos direitos ‘humano-econômicos’: o fundamento da dignidade reclama providências, em virtude da concepção expansionista daqueles direitos, que os erigiu a categoria à universalidade, superando o plano doméstico.

Portanto, explorar os direitos humanos, sociais e aqueles de caráter econômico no Brasil e sua importância político-jurídica por meio da investigação da possibilidade e eficácia da invocação da dignidade humana como fundamento, pode oferecer alternativa de suprimento para a crise de desenvolvimento desta categoria de direitos – notadamente pela dificuldade do estabelecimento de políticas públicas eficazes pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lindgren. **Direitos humanos como tema global.** 2.ed São Paulo: Perspectiva, 2003.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BEITZ, C. **The idea of human rights.** Oxford: OUP, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>.

_____. **STF. (ADI 4425**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013).

_____. **STF. (RE 567985**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu.** São Paulo: Saraiva, 2014.

DONNELLY, J. **International human rights.** Westview Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

HERRERA FLORES, Joaquin. **La Reinvención de los Derechos Humanos.** Edita Atrapasueños, Colección Ensayando. Andalucía, España, 2008.

HUNT, L. **Inventing human rights.** A history. NY: Norton, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. **International Human Rights Law and Practice in Latin America in International Organization.** v. 54, n.3, 2000, p.633-659.

MASSA-ARZABE, P. H. **Dimensão jurídica das políticas públicas.** In: BUCCI, M. P. D. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. SP: Saraiva, 2006.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.** In: Revista Consultor Jurídico (CONJUR), publicado em 27-10-2012.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “**A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais**”. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, n. 71, 1990.

_____, Antonio Augusto Cançado. “**Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI**”. Rev. bras. polít. int. vol.40 nº 1 Brasília Jan./June 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **SUPREMOCRACIA. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.**

APOSENTADORIA ESPECIAL E A CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES NOCIVAS À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA

Bruno Paiva Gouveia

Doutorando e mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); advogado.

Ulisses Borges de Resende

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade Nacional de Brasília (UnB); professor da graduação e pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário ISEB; advogado

106

Sumário: 1. A concessão de aposentadoria especial e a possibilidade de o trabalhador continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física; 1.1 Possibilidade de cancelamento do benefício especial pelo INSS caso o segurado permaneça exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física; 1.2 Possibilidade de o segurado permanecer exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física após a concessão de aposentadoria especial; 2. Conclusão.

1. A concessão de aposentadoria especial e a possibilidade de o trabalhador continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física

A legislação previdenciária garante ao segurado que tiver laborado em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o direito a aposentadoria com um tempo menor de contribuição, denominada de aposentadoria especial¹⁶⁰.

O presente artigo tem por objeto a análise acerca da possibilidade de o beneficiado pela aposentadoria especial continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física, tendo em vista o disposto no art. 46, c/c art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991.

Dispõem os artigos 46 e 57, § 8º, da Lei 8.213/1991:

¹⁶⁰ CF/88 - Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (...) § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.” - Lei 8.213/91 - Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

(...)

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

(...)

§ 8º. Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.”

O tema já é conhecido pelas Instâncias Ordinárias e Cortes Superiores e comporta diferentes entendimentos jurisprudenciais, como veremos a seguir.

1.1 Possibilidade de cancelamento do benefício especial pelo INSS caso o segurado permaneça exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física

Incialmente, importante destacar que há precedentes do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a aposentadoria especial é um benefício *sui generis*, distinguindo-se dos demais benefícios previdenciários e, portanto, seria possível o cancelamento da aposentadoria especial quando há o retorno do empregado à atividades insalubres ou de risco à integridade física.

Nesse sentido, confira-se a ementa do Acórdão exarado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho no autos do Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-87-86.2011.5.12.0041:

EMBARGOS. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ARTIGO 57 DA LEI N° 8.213/1991. MAQUINISTA. CONTATO COM RUÍDO. EFEITOS. MULTA DE 40% DO FGTS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 361 DA SBDI-1 DO TST.
 1. Consolidou-se o entendimento, no âmbito do TST, de que o empregado que se aposenta voluntariamente e continua prestando serviços ao empregador, em caso de ulterior dispensa imotivada faz jus ao pagamento da multa de 40% sobre todos os depósitos do FGTS, inclusive em relação ao período posterior à concessão Da aposentadoria (Orientação Jurisprudencial n° 361 da SbDI-1). 2.

A aposentadoria especial prevista nas normas dos artigos 201, § 1º, da Constituição Federal e 57 e seguintes da Lei nº 8.213/1991 constitui benefício *sui generis*, que o distingue dos demais benefícios previdenciários. 3. A Lei Previdenciária, por razões óbvias relacionadas à preservação da integridade do empregado, categoricamente veda a permanência no emprego após a concessão da aposentadoria especial, ao menos na função que ensejou a condição de risco à saúde, sob pena de automático cancelamento do benefício (arts. 46 e 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91). 4. Contraria a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, por má aplicação, acórdão turmário que acolhe pedido de pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, relativamente a contrato de trabalho cuja resilição deu-se por iniciativa do empregado, por força da concessão de aposentadoria especial, reconhecida mediante decisão emanada da Justiça Federal, com efeitos retroativos, em face do contato, por longos anos, com agente nocivo - ruído intenso. 5. Embargos de que se conhece, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, em face de má aplicação, e a que se dá provimento.”¹⁶¹

No mesmo sentido, existem precedentes de julgamentos ocorridos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, determinando o cancelamento da aposentadoria especial quando o beneficiário continuar exercendo trabalho insalubre ou de alta periculosidade:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES NOCIVAS. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO PELO INSS. POSSIBILIDADE. 1. O Impetrante obteve sentença de procedência em mandado de segurança, concedendo em seu favor aposentadoria especial, que foi implantada e posteriormente cessada, ante a constatação de que manteve o exercício da atividade considerada insalubre após a aposentadoria. 2. Conforme §6º, do artigo 57, da Lei 8.213/91, é vedado ao segurado aposentado continuar exercendo as atividades que o sujeitem aos agentes nocivos. Ainda, o artigo 46, do referido diploma legal, prevê o cancelamento da aposentadoria concedida ao segurado especial que retornar voluntariamente à atividade. O afastamento previsto pela norma visa a proteção do trabalhador dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, que já foram considerados para fins de concessão da aposentadoria especial, não podendo o benefício ser cumulado com a renda do trabalho. 3. A determinação de cessação do benefício, assim, não viola direito líquido e certo do impetrante, estando consentânea com comando legal cuja constitucionalidade não foi declarada e nem mesmo arguida. 4. Remessa Oficial e Apelação do INSS providos. A Câmara, à unanimidade, DEU PROVIMENTO AO APELO DO INSS E À REMESSA OFICIAL, reformando a sentença recorrida, para denegar a segurança.¹⁶²

¹⁶¹ (E-ED-RR - 87-86.2011.5.12.0041 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/05/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015)

¹⁶² Acórdão 0004269-41.2011.4.01.3813, Juiz Federal Marcelo Motta de Oliveira, TRF1 - 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora, e-DJF1 data:03/10/2017

Como se percebe, há precedentes recentes que aplicam a literalidade do disposto no artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, e determinam o cancelamento do benefício pelo INSS caso o segurado continue laborando em atividades nocivas à saúde ou integridade física.

1.2 Possibilidade de o segurado permanecer exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física após a concessão de aposentadoria especial

Por outro lado, é discutível a constitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, tendo em vista que tal dispositivo poderia implicar em violação à princípios e garantias fundamentais esculpidas na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sessão de julgamento realizada em 24/05/2012, declarou a inconstitucionalidade do art. 57, § 8º da Lei 8.213/91 na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000, por maioria de votos.

O voto-condutor, do Desembargador Ricardo Teixeira do Valle, baseou-se, primordialmente, em dois pontos para pronunciar a inconstitucionalidade da norma supracitada: a violação do valor social do trabalho e da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal e a infringência do art. 5º, XIII, da Carta Magna, que é o direto à liberdade ao exercício de “qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A propósito, confira-se parte da ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 8º DO ARTIGO 57 DA LEI 8.213/91. APOSENTADORIA ESPECIAL. VEDAÇÃO DE PERCEPÇÃO POR TRABALHADOR QUE CONTINUA NA ATIVA DESEMPENHANDO ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS.

1. Comprovado o exercício de atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e § 1º da Lei 8.213, de 24/07/1991, observado, ainda, o disposto no art. 18, I “d” c/c 29, II, da LB, a contar da data do requerimento administrativo.
2. O § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 veda a percepção de aposentadoria especial por parte do trabalhador que continuar exercendo atividade especial.
3. A restrição à continuidade do desempenho da atividade por parte do trabalhador que obtém aposentadoria especial **cerceia, sem que haja autorização constitucional para tanto** (pois a constituição somente permite restrição relacionada à qualificação profissional), o desempenho

de atividade profissional e veda o acesso à previdência social ao segurado que implementou os requisitos estabelecidos na legislação de regência.
(...)

4. Reconhecimento da constitucionalidade do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Esse precedente propagou-se no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e beneficiou os trabalhadores que continuam exercendo atividades nocivas, em que pese a concessão da aposentadoria especial e as condições nocivas à saúde ou integridade física a elas inerentes.

Como reforço para este argumento, oportuno salientar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADINS nº 1721-3¹⁶³ e nº 1770-4¹⁶⁴, declarou a

¹⁶³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da "relevância e urgência" dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exerce o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.(ADI 1721, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134)

¹⁶⁴ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017.

inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º, do art. 453 da CLT, não podendo haver mais, portanto, a extinção do contrato de trabalho após a concessão de aposentadoria espontânea.

O relator da ADIN 1721-3, ministro Carlos Ayres Britto, ao declarar a inconstitucionalidade da norma supramencionada, aduziu que:

Revelando-se equivocada, assim penso, a premissa de que a extinção do pacto de trabalho é a própria condição empírica para o desfrute da aposentadoria voluntária pelo Sistema Geral de Previdência Social. (...) Quero dizer: a relação previdenciária até que principia com a relação de emprego, sem dúvida (caso dos autos). Mas a relação de aposentadoria, uma vez aperfeiçoada, se automiza perante aquela. Ganha vida própria e se plenifica na esfera jurídica do ‘segurado’ perante o sistema previdenciário em si.

Ademais, o Ministro Relator fundamentou seu voto nos valores sociais do trabalho (inciso IV do art. 1º da Constituição Federal), no Princípio da Ordem Econômica (art. 170 da Constituição Federal) e na busca do pleno emprego (inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal).

No mesmo sentido entendeu o Relator da ADIN nº 1770-4, Ministro Joaquim Barbosa, que enfatizou que o rompimento do vínculo empregatício logo após a aposentadoria espontânea é um ato arbitrário, o que seria vedado pela Constituição Federal.

É certo, portanto, que a Suprema Corte utilizou como fundamento predominante a autonomia entre as relações previdenciárias e empregatícia, não sendo admissível que o exercício regular de um direito, que no caso concreto é a aposentadoria, interferisse na manutenção de um emprego.

Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade. (ADI 1770, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00067 RB v. 19, n. 518, 2007, p. 20-23 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 74-87)

Como consequência, pode-se dizer que diante da impossibilidade da aposentadoria intervir na relação laboral, a vedação da continuidade do trabalhador beneficiário de aposentadoria especial no emprego insalubre/perigoso viola frontalmente os artigos. 1º, IV, 5º, VIII e 170, VIII, da Constituição Federal.

Isso ocorre porque a Carta Magna de 1988 tem entre seus fundamentos os valores sociais do trabalho e sua valorização, bem como o livre exercício de qualquer profissão.

Esses são os argumentos utilizados para defender a possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria profissional, em que pese o disposto no artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91.

Como se percebe, o tema é bastante polêmico e encontra divergentes posicionamentos nos Tribunais pátrios. Por esta razão, esta matéria teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁵, quando então teremos o posicionamento definitivo da Corte Suprema sobre o assunto.

2. Conclusão

O tema da possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria especial é controverso, não havendo uniformidade de entendimento entre os Tribunais pátrios, conforme acima demonstrado.

Em que pese não haver posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, fato é que existem sólidos argumentos em favor da constitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, que interfere na autonomia entre as relações previdenciárias e empregatícia e pode acarretar a violação a diversos dispositivos constitucionais, conforme já julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade.

¹⁶⁵ Tema 709 – “Possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde.” Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Leading Case: [RE 791961](#). 28/03/2014 – Decisão pela existência de repercussão geral - Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Teori Zavascki. Não se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa.

Sendo assim, deve ser aguardado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 709), para que se verifique qual será a interpretação final conferida pela Corte Suprema sobre a possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria especial é controverso e a constitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91.

Referências

113

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. **Lei 8.213/91**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1721**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1770**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00067 RB v. 19, n. 518, 2007, p. 20-23 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 74-87

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Acórdão 0004269-41.2011.4.01.3813**, Juiz Federal Marcelo Motta de Oliveira, TRF1 - 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora, e-DJF1 data:03/10/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **ED-RR - 87-86.2011.5.12.0041**, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/05/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015