

# Discriminação: algumas considerações atuais

Ivan Cláudio Marx

Procurador da República. Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Possui Diploma de *Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización* pelo Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

**Resumo:** O presente artigo aborda o direito a não discriminação dentro da perspectiva de luta que marca a trajetória dos direitos humanos. Nesse sentido, são apresentados exemplos atuais que merecem maior atenção em razão da permanência de situação discriminatória.

**Palavras-chave:** Direito a não discriminação. Direitos humanos. Igualdade.

**Abstract:** The present article addresses the right to non-discrimination on the struggle perspective that marks the trajectory of the human rights. Therefore, current examples that deserve greater attention, given the permanence of a discriminatory situation, are presented.

**Keywords:** Right to non discrimination. Human Rights. Equality.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Direitos humanos e discriminação. 3 Partidos políticos. 4 Delito de desacato. 5 Direitos indígenas. 6 Questão agrária. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

A luta pelo direito à igualdade se confunde com a luta pelos direitos humanos. Sem que se logre o direito a não discriminação, não há como impedir que outros direitos, incluindo o de liberdade, sejam violados.

Isso em razão de que os privilégios e os abusos sempre tiveram uma base de sustentação teórica. Conforme será demonstrado no tópico 2 “Direitos humanos e discriminação”, o tratamento diferenciado dado a alguns sempre contou com algum argumento, cambiável com o tempo, que o justificasse.

Entretanto, mesmo atualmente, quando tais sustentações teóricas já não se demonstram mais plausíveis, podem-se vislumbrar atitudes discriminatórias, estejam ou não disfarçadas.

Nesse sentido, com o intuito de demonstrar o caráter de luta dos direitos humanos, o presente trabalho começa com uma análise sobre como a evolução dessa conquista se confunde (por vezes colidindo, por vezes confluindo) com os diversos interesses e jogos de poder.

Após, são analisados alguns casos específicos nos quais ainda se encontra violado o direito a não discriminação, de modo que se possa concluir a respeito da necessidade ou não de manter o tema em discussão atualmente.

## **2 Direitos humanos e discriminação**

A afirmação dos direitos humanos é uma conquista recente.

De fato, a igualdade dos seres humanos e a existência de direitos inderrogáveis não foi sempre admitida.

A esse respeito, pode-se até mesmo afirmar que a máxima de Nietzsche (2009, p. 86) de que “Não existem os direitos do homem” foi a que predominou durante a maior parte do tempo do que se conhece das sociedades humanas.

Assim, observados os muitos avanços e retrocessos durante a história, há de se concluir, conforme Hunt (2009), que os direitos humanos devem sua existência não a afirmações naturais ou divinas, mas sim à criação própria do homem.

No mesmo sentido, Raffin (2006, p. 51-52) afirma:

Entonces, más que concebir a los derechos humanos como algo que ya está dado de una vez y para siempre, como un objeto fijo y del

que se busca el fundamento último o absoluto, su quintaesencia, se los podría pensar acaso como algo que se hace, se construye y es construido a lo largo de la historia, en el corazón mismo de la trama de las relaciones sociales, en la complejidad de las relaciones humanas. [...] Podría decirse, en consecuencia, que los derechos humanos (así como el derecho en general) son el producto de las luchas, las conquistas, los olvidos y los azares de las relaciones de poder y dominación.

Dessa forma, para compreender os direitos humanos, há que se considerar quais relações de forças sustentam continuamente certas relações de direitos.

Conforme Herrera Flores (2009, p. 113),

Os direitos, poderíamos dizer, o direito em geral, sempre são um processo, nunca o resultado neutral de uma decisão arbitrária do poder. Beneficie a quem beneficiar, a norma resulta necessariamente de um processo dinâmico de confronto de interesses que, de diferentes posições de poder, lutam por elevar seus anseios e valores, ou seja, seu entendimento das relações sociais, à lei.

A esse respeito, resulta interessante a observação de Foucault (1996, p. 170-172) acerca da estratégia não histórica<sup>1</sup> utilizada pela burguesia para afirmar seus direitos; a burguesia necessitava de uma constituição não histórica, afastada de um historicismo de análise de poder que somente beneficiaria à nobreza e à monarquia.

Segundo o filósofo, se, na primeira metade do século XVIII, a fórmula utilizada pela burguesia para moderar o poder monárquico

---

1 Isso em razão da dupla função utilizada pelo soberano e pela nobreza do discurso histórico: ligar juridicamente os homens à continuidade do poder por meio da continuidade da lei e fasciná-los mediante a intensificação da glória dos exemplos de poder e de sua gestão, ou seja, o discurso histórico era utilizado para obter efeito de reforço do poder (FOUCAULT, 1996, p. 60). Depois, com o aburguesamento do discurso histórico, foi possível afirmar que a nação (pelo contrato) é anterior à formação do governo, de modo que o soberano recebe um poder delegado, devendo haver uma lei comum estabelecida por um corpo legislativo – segundo a definição de Siyès de um Estado jurídico, baseado em uma lei comum e um corpo legislativo (FOUCAULT, 1996, p. 176-177).

foi o apoio ao despotismo ilustrado – ou seja, limitado pelo saber, pela filosofia, pela técnica e pela administração – na segunda metade, o recurso ao direito natural e ao contrato social foi a maneira encontrada para afirmar seus direitos ante o poder soberano.

Em tal contexto, há de saber que, se, por um lado, os soberanos buscaram ocultar a origem burlesca ou mesmo meramente casual de seu poder, também por outro lado os direitos humanos surgiram como meio de garantir os privilégios burgueses, ou seja, os privilégios do homem branco ocidental, e não de toda a humanidade, a qual servia somente à retórica do discurso.

Assim, não existe um contrato, uma convenção jurídica anterior a buscar. O que existe são relações de força que, em determinados momentos da história, lograram evoluir ou retroceder na defesa dos direitos humanos<sup>2</sup>.

Para o presente trabalho, importa entender que a observação de Nietzsche (2009, p. 86), com relação à inexistência dos direitos do homem, baseava-se fundamentalmente em uma observação natural, qual seja, a própria natureza humana voltada à discriminação.

Sendo assim, além de apontar alguns aspectos nos quais se devam concentrar as lutas contra a discriminação, este ensaio também objetiva alertar para a necessidade de uma melhor conscientização e auto-análise, ou seja, para a necessidade de enxergar que a discriminação continua presente e, até mesmo, dentro de cada um.

### **3 Partidos políticos**

Como refere Thompson (2008, p. 13-23), existem problemas comuns recorrentes no campo eleitoral, em que pese as particularidades de cada país. Tais problemas podem até ser apontados como uma das causas do atual descrédito na democracia participativa, o que tem como consequência a baixa participação eleitoral (ou a

---

<sup>2</sup> Como afirma Foucault (1996, p. 155-156), o saber histórico se deslocou da reação dos nobres (onde nasceu) para chegar a ser o instrumento geral de todas as lutas políticas ao final do século XVIII, servindo ao mesmo tempo às lutas baseadas na nacionalidade, nas classes sociais ou mesmo na noção de raça.

participação desinteressada) nos países em que o voto resulta obrigatório, como no caso brasileiro.

Em relação aos partidos políticos, acredita-se que tanto os problemas no campo eleitoral levam ao descrédito daqueles quanto seus problemas estruturais levam ao descrédito do sistema eleitoral.

Segundo Thompson (2008, p. 15), a falta de regulação sobre o financiamento eleitoral e garantias de equidade nas disputas também aumentam o problema.

Dentro dos partidos políticos, os modos de ascenso aos cargos dirigentes e a possibilidade de concorrer nas eleições também deveriam passar por medidas de democratização, já que existe uma clara espécie de clientelismo que envolve, comprovadamente, a violência de gênero. Isso também ocorre em todos os poderes estatais, em que os índices de participação feminina nos altos cargos de poder são muito inferiores ao desejado por uma sociedade democrática.

Com o objetivo de garantir o acesso das mulheres a cargos de poder político, algumas medidas têm sido levadas a efeito em diversos países. Entre essas, destacam-se as ações afirmativas como a criação de quotas de participação feminina nos pleitos eleitorais.

Entretanto, em casos como o brasileiro, a lei inicialmente possibilitava uma maneira de “driblar” as quotas, como bem explica Htun (2002, p. 36 – embora o texto esteja desatualizado, conforme a explicação que segue). Quer dizer, ao exigir, inicialmente, apenas a reserva de vagas para mulheres, os partidos podiam descumpri-la com o simples subterfúgio de não preencher as vagas destinadas às mulheres (preenchendo totalmente os 70% das vagas destinadas aos homens e não preenchendo, ou o fazendo de maneira apenas parcial, os 30% das vagas destinadas às mulheres).

Felizmente, com a Lei n. 12.034/2009<sup>3</sup>, resultou obrigatório o preenchimento de um mínimo de 30% e um máximo de 70%

---

3 Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, que alterou as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), 9.504, de 30 de setembro de 1997 (que estabelece normas para as eleições), e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral).

para cada sexo, de modo que o subterfúgio acima referido já não resulta mais possível.

Entretanto, além disso, é necessária uma profunda reforma (incluindo mais transparência) nos partidos políticos e em todas as demais estruturas institucionais que participam do jogo político (de modo a garantir não somente os direitos femininos como também de todas as demais classes que, de alguma maneira, são isoladas da disputa pelo poder).

Ademais, as próprias estruturas fechadas dos partidos (mais comprometidos com o fortalecimento de suas bases do que com um projeto comum de democracia participativa) podem impedir que mulheres de diferentes siglas partidárias consigam unir-se na luta por melhores direitos à classe feminina. Nesse sentido, os interesses partidários podem dificultar “la maduración y la autonomía” dos movimentos femininos, como já alertavam Dagnino, Olvera e Panfichi (2006, p. 87, citando os autores Galvani e Azevedo) a respeito da simultaneidade das militâncias.

Por fim, segundo Htun (2002, p. 33–34), os sistemas de lista fechada são os que demonstram ser mais favoráveis à participação feminina (até mesmo no que se refere ao êxito das quotas de gênero). O sistema de lista aberta, adotado no Brasil, também sofre outras críticas, como é o caso da excessiva autonomia dos candidatos em relação aos partidos.

Entretanto, parece que a solução não passa somente por trocar os sistemas de lista aberta pelos de lista fechada – uma verdadeira reforma eleitoral (que realmente questione a dominação patriarcal na política e inclua os diferentes atores sociais) pode até mesmo demonstrar ser desnecessário falar das diferenças entre os sistemas de lista fechada ou aberta.

O que se deve priorizar, portanto, é uma reforma completa nos sistemas eleitorais, aceitando que eventuais correções pontuais são insuficientes diante do atual contexto de dominação patriarcal e de clientelismo que impedem a verdadeira participação demo-

crática, levando ao descrédito todo o sistema eleitoral, incluindo o sistema democrático participativo.

#### 4 Delito de desacato

Nesse ponto, intenta-se demonstrar que também a manutenção de tipos penais, oriundos de tempos ditatoriais, pode atentar contra o direito a não discriminação.

Esse é o caso do art. 331 do Código Penal brasileiro<sup>4</sup>, que prevê o delito de desacato. Tal artigo deveria ser considerado derogado por incompatibilidade material com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou ainda inconstitucional pela sua não recepção pela Carta Magna de 1988.

O argumento de fundo de tal incompatibilidade se baseia, na mais sintética suma, na violação dos direitos à igualdade e à liberdade de expressão, que seriam ínsitos ao tipo penal em comento em cotejo com as normas acima citadas.

Em que pese seja patente a violação à liberdade de expressão<sup>5 6</sup>, no presente artigo, analisaremos, especificamente, a violação ao direito de igualdade.

---

4 Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. “Art. 331: Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”.

5 Nesse sentido, o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – órgão da OEA, de caráter supranacional e legítima intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos –, que, já em 1994, consoante o *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* de tal ano (disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/94span/indice.htm>>), considerou o delito de desacato incompatível com a liberdade de expressão prevista no art. 13 (2) e (3) da Convenção Americana. Da mesma forma, o *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión* (OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 5 rev. 1, 7 de março 2003) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou aos Estados “d. Promover la derogación de las leyes que consagran la figura de desacato ya que restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático y además son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

6 De modo que, inegavelmente, o art. 331 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro), estaria revogado – por incompatibilidade material – pelo art. 13 (2) e (3) da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, “Pacto de San José da Costa Rica”, aprovada pelo Decreto n. 678, de 6

Nesse sentido, demonstrando significativo avanço na derrogação do delito de desacato na América Latina, cabe referir que tal medida já foi tomada por vários países, entre os quais se destacam Guatemala, Peru, Argentina, Honduras e Costa Rica<sup>7</sup>.

Assim, cabe ressaltar que o art. 331 do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1998, tendo em vista sua incompatibilidade material com os direitos de igualdade e de liberdade de expressão, previstos, respectivamente, no art. 5º, *caput* e incisos IV e IX, da referida Carta<sup>8</sup>.

Em situação similar, decidiu a Turma Constitucional da Corte Suprema de Honduras, no RI n. 268.603, de 19 de maio de 2005, pela derrogação do art. 345<sup>9</sup> de seu Código Penal, por considerá-lo inconstitucional pelos motivos abaixo expostos:

*CONSIDERANDO:* Que el recurrente al interponer la Garantía de Inconstitucionalidad alega que el delito de Desacato contenido en el artículo 345 reformado del Código Penal *es inconstitucional ya que viola los derechos constitucionales de Igualdad ante la Ley y la Libre Emisión del Pensamiento*, contenidos respectivamente en los artículos 60 y 72 de nuestra carta fundamental. El recurrente

---

de novembro de 1992. Se não fosse pelo critério temporal – a convenção é mais recente –, a revogação também se evidenciaria considerando o caráter supralegal do Pacto de San José, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (RE n. 349.703, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. em 3.12.2008, *DJe*-104 DIVULG 4.6.2009 PUBLIC 5.6.2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

7 Informação disponível em: <<http://www.sntp.org.ve/juno19.htm>>.

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

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

9 Art. 345: “Se sancionará con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años a quien amenace, calumnie, injurie, insulte o de cualquier otro modo ofenda en su dignidad a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de sus funciones, ya sea de hecho, de palabra o por escrito. Si el ofendido fuere el Presidente de la República o alguno de los altos funcionarios a que se refiere el art. 325, anterior, la reclusión será de tres (3) a seis (6) años”.



aborda la inconstitucionalidad por razón de contenido, expresando: a) Establece un privilegio para los servidores del Estado con relación a las personas no investidas de funciones públicas; y b) Restringe la posibilidad de crítica a las actuaciones de los servidores públicos en detrimento del escrutinio necesario de la opinión pública, como control para quienes desempeñan funciones públicas.

[...]

*POR TANTO:* La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete último y definitivo de la Constitución de la República, en nombre del Estado de Honduras, *POR UNANIMIDAD* de votos [...] *FALLA: HA LUGAR* la Garantía de Inconstitucionalidad, por violar la norma impugnada los artículos 60 y 72 de la Constitución de la República, en consecuencia: *DEROGA EL ARTÍCULO 345 DEL CODIGO PENAL, REFORMADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO No.59-97.*

Desse modo, não restam dúvidas de que (além de ferir a liberdade de expressão) a tipificação do desacato como crime fere o princípio da igualdade, conferindo tratamento discriminatório ao conceder privilégio descabido ao agente estatal, que já estaria suficientemente protegido pela existência dos delitos contra a honra, sem falar na possibilidade de demandas cíveis por eventuais danos sofridos, ou seja, já existem espécies delitivas a tutelar exatamente o mesmo bem jurídico indistintamente entre populares e agentes estatais.

Não é demais trazer à baila a decisão, em idêntico sentido, proferida pela Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional da República Argentina<sup>10</sup>:

I. DESACATO. Derogación. DELITO CONTRA EL HONOR: Subsistencia de los tipos penales. El hecho de haberse derogado la figura del desacato, no obsta la adecuación típica del suceso como delito contra el honor individual, toda vez que la acción del querellado habría “prima facie”, afectado la honra y el crédito del querellante. *En tal sentido cabe destacar que al ser derogada la figura del desacato, el legislador*

---

<sup>10</sup> *Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 3 de Abril de 1995 (caso Recurso de Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala I n. 44.154 del 3 de abril de 1995).* Disponível em: <<http://ar.vlex.com/vid/recurso-criminal-correccional-i-n-44-03-35232723>>.

*ha señalado como uno de los motivos que llevaron a esa decisión, la suficiente protección que otorgan los delitos contra el honor, por lo que no puede coartarse el derecho del accionante de querer obtener un pronunciamiento relativo al fondo de la cuestión. [...] [g.n.]*

Resulta claro, na linha do que se expõe, que a desconsideração do crime de desacato não exclui a eventual existência dos crimes contra a honra. No entanto, inevitavelmente, deve-se chegar à conclusão de que, afastado o crime de desacato e restando, no caso concreto, configurado um delito contra a honra, não seriam também admissíveis as regras que preveem a atuação do Ministério Público (MP) como autor da ação penal em defesa da honra do funcionário público.

Assim, haveria de se afastar também a aplicação de parte do parágrafo único do art. 145 do Código Penal que prevê que se procede “mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo (art. 141 do CP)”. O inciso II do art. 141 refere-se aos crimes cometidos contra funcionário público em razão de suas funções. De modo que o crime contra a honra eventualmente remanescente é de ação penal privada exclusiva.

Observa-se, nesse diapasão, que a desconsideração da legitimidade do Ministério Público não traz nenhum prejuízo ao funcionário público, uma vez que a Súmula n. 714 do STF<sup>11</sup> já prevê sua legitimidade concorrente para propor a ação penal.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, ao prever esta legitimidade concorrente, não cogitou a possibilidade de excluir a atuação do MP com base nos argumentos aqui expostos. Entretanto, tal conclusão decorre naturalmente da incompatibilidade do delito de desacato com nosso atual sistema legal, tanto pela sua derrogação por incompatibilidade material com a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto pela sua não recepção pela Carta Magna de 1988.

---

<sup>11</sup> Prevê a súmula referida que “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

## 5 Direitos indígenas

Como refere Bobbio (1993, p. 92-93, citando Toqueville), a busca pela igualdade faz parte do desenvolvimento histórico, sendo que, em nossa época, se discutem as três principais causas de desigualdade, quais sejam: a raça/pertencimento a um grupo étnico ou nacional, o sexo e a classe social.

Reconhecidas essas causas de desigualdade, há que se buscar garantir uma “igualdade material”, além da simples igualdade formal. Nesse contexto, as ações afirmativas podem cumprir um rol protagonístico. Entretanto, para que isso realmente ocorra, é preciso identificar as causas históricas e estruturais com base nas quais a desigualdade se instalara, de modo a buscar uma resposta efetiva.

Assim, as ações afirmativas<sup>12</sup> devem garantir uma “igualdade de oportunidades”, mantendo-se pelo tempo necessário até que as diferenças desapareçam; ou seja, ações limitadas no tempo, pois sua permanência depois de solucionado o problema representaria uma nova causa de discriminação arbitrária.

Entretanto, ressalta-se que as ações afirmativas, no caso dos direitos dos indígenas, deveriam ter um enfoque diferente. Nesse caso, a “regra de justiça”, também chamada “justiça em aplicação” (BOBBIO, 1993) possui matizes mais específicos, já que o desafio passa pela possibilidade de lograr uma justiça multicultural (o que parece ser o grande desafio do princípio de não discriminação).

De qualquer maneira, os critérios de diferenciação sempre deverão ser objetivos e razoáveis, devendo-se também evitar a chamada discriminação indireta, em que uma classe de pessoas sofre um “efecto adverso exclusivo o desmedido” (Zuloaga, 2006, p. 39)

---

12 Há de se ressaltar que o argumento, contrário às ações afirmativas, de que elas contrariariam a meritocracia, mediocrizando a classe profissional, não resulta admissível. De fato, a própria existência de tais argumentos (que passam por uma visão de que existem pessoas superiores e inferiores) demonstra a necessidade (ademais das ações afirmativas) de maiores esforços em prol da conscientização sobre a necessidade de igualdade material.

em razão justamente do fato de não serem observadas as diferenças que exigiriam tratos distintos.

No caso específico dos direitos dos indígenas, parece necessário pensar, primeiro, em soluções que vão além das ações afirmativas. Isso em razão de que essa “igualdade de oportunidades” pode representar uma igualdade somente dentro da cultura ocidental (ou seja, o direito de que os indígenas tenham iguais oportunidades em uma cultura que lhes resulta diferente e, até mesmo, imposta).

Assim, medidas que visem a respeitar a cultura indígena, o caráter coletivo de suas demandas – especialmente em relação ao caráter comunal da terra indígena, como bem ressalta Aylwin (2004, p. 27) –, bem como seu direito de livre determinação, associado à possibilidade de que desfrutem (de alguma maneira) de um sistema jurídico próprio<sup>13</sup>, podem resultar mais eficazes do que a simples igualdade de oportunidades em nossa cultura.

Nesse contexto, há que se discutir se ações afirmativas para conceder vagas em universidades que seguem uma cultura alheia à indígena seriam o único caminho possível. De fato, tais ações se voltam à integração, mas talvez os indígenas necessitem mais de respeito do que de integração.

Dessa forma, talvez a solução não seja somente conceder-lhes vagas nas universidades como modo de integrá-los, mas também criar universidades indígenas em que seja respeitada a sua cultura. Por que não criar cursos de medicina indígena, preservando seus conhecimentos milenares? Também as ciências humanas poderiam ser bastante desenvolvidas dentro do contexto indígena.

Além disso, mesmo aceitando a importância das ações afirmativas voltadas aos indígenas nas universidades brasileiras, resulta

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, aceitando que essas comunidades deveriam ter o poder de impor seus modos de resolver os conflitos. Parece questionável a imposição de nosso sistema jurídico a todos os casos. De fato, talvez fosse aceitável a aplicação do direito indígena ao menos para questões de arbitragem, Direito Civil ou mesmo crimes de menor potencial ofensivo. Nesse caso, no entanto, seria importante pensar uma maneira na qual alguns preceitos mínimos, aceitos de modo geral – como o direito a um processo justo – fossem respeitados pela justiça indígena.

necessário discutir alguns aspectos sobre a maneira como vêm sendo implementadas.

Nesse aspecto, é preciso analisar a necessidade de declaração da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) sobre a procedência indígena como requisito exigido pelo Sistema de Seleção Unificada (SISU).

De fato, no Termo de Participação da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA) – no SISU/MEC, para ingresso no ano de 2011 –, consta o seguinte, a respeito das ações afirmativas.

4.2 – Ações Afirmativas: documentação para matrícula e demais informações

Candidatos que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas

Candidato que tenha cursado todo o Ensino Médio em escola pública deverá entregar, no momento da matrícula, o Histórico Escolar e Certificado de Conclusão do Ensino Médio, comprovando tê-lo cursado integralmente em escolas públicas.

Candidatos com deficiência

Candidato com deficiência deverá entregar, no momento da matrícula, um laudo médico que comprove a deficiência.

Candidatos autodeclarados negros (afrodescendentes) que tenham cursado integralmente o ensino médio em instituições públicas de ensino

Candidato autodeclarado negro, além de entregar cópias do Histórico Escolar e Certificado de Conclusão do Ensino Médio que comprovem tê-lo cursado integralmente em Escolas Públicas, deverá entregar, no momento da matrícula, uma autodeclaração de que é negro, devidamente assinada.

Candidatos que tenham cursado integralmente o ensino médio na escola pública e sejam indígenas ou descendentes de indígenas

Candidato indígena residente em território nacional deverá, além de entregar cópias do Histórico Escolar e Certificado de Conclusão

do Ensino Médio que comprovem tê-lo cursado integralmente em Escolas Públicas, no momento da matrícula, *entregar também o Registro Administrativo de Índio (Certidão de Nascimento emitida pela Funai), a Declaração da Funai de procedência de reserva indígena para residentes em aldeias ou a Declaração da Funai que comprove ser o indígena residente em território urbano.* [g.n.]

Para analisar a plausibilidade de tais exigências, entende-se necessária a breve digressão que segue.

De acordo com o art. 231<sup>14</sup>, *caput*, da CF/1988, é concedida especial proteção aos índios.

A definição de indígena é encontrada no art. 3º do Estatuto do Índio:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – *É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;*

II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – *É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.* [g.n.]

Desse modo, os requisitos legalmente exigíveis são a origem e a ascendência pré-colombiana, juntamente com a identificação mútua.

Tais requisitos deveriam ser analisados sob o prisma da autoafirmação, e não da identificação por um ente estranho, como a FUNAI.

Nesse sentido, o art. 1º, item 2, da Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais<sup>15</sup>, dispõe que “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como cri-

14 Art. 231. 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.

15 Ratificada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002.

tério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”, de modo que o que deve prevalecer, para que sejam concedidos os direitos cabíveis, é o sentimento de pertencer a um grupo indígena.

Ademais, não se encontram motivos plausíveis para aceitar a diferença de tratamento entre os descendentes de indígenas e os afrodescendentes. Para estes, basta se autodeclararem negros, não sendo exigida qualquer outra comprovação.

De fato, os motivos que embasam a necessidade de ação afirmativa para os afrodescendentes são os mesmos que justificam tal medida para os indígenas e seus descendentes (a opressão exercida pelo “homem branco” que acarretou a perda de oportunidades).

Assim, a autoafirmação também deve ser aplicada aos indígenas<sup>16</sup>.

## **6 Questão agrária**

A questão referente à origem da proteção da posse pessoal dos bens externos é assunto que sempre interessou ao pensamento filosófico. Sob que condições, e em que momento, o homem se arvorou o direito de se sentir e demonstrar único possuidor de algum bem é algo que apenas especulativamente se pode argumentar. Provavelmente, a descoberta da agricultura tenha feito surgir a necessidade de estabelecer posses e garantir o benefício da colheita. Mas foi com certeza a lei, dentro de um Estado organizado, que criou a propriedade. Se o objetivo inicial foi o de garantir a igualdade ou, mascaradamente, o de manter privilégios, jamais se saberá. No entanto, ao fim e ao cabo, o resultado dessa criação demonstrase mais apto a este último propósito<sup>17</sup>.

---

16 Também filosoficamente a questão se demonstra interessante. De fato, se um povo não tem direito à autodeterminação, como poderia “conhecer-se a si mesmo” ou até mesmo “tornar-se o que é”? Sócrates e Nietzsche, ao refletirem sobre o tema, não deveriam ter imaginado a necessidade de intermediação por parte de um órgão estatal.

17 Maiores observações, incluindo a respeito dos índices de produtividade necessários ao reconhecimento da improdutividade de propriedades no Brasil, podem ser encontradas em outro artigo nosso (MARX, 2008).

Sem adentrar a discussão sobre os méritos do regime capitalista, as seguintes observações centram-se na análise a respeito do tratamento discriminatório dispensado àqueles que reivindicam reformas no sistema fundiário.

Nesse sentido, pode-se constatar que essa discriminação, acentuada durante os últimos períodos ditatoriais que assolaram a América Latina durante o período da denominada Guerra Fria, ainda permanece presente.

De fato, a “ameaça comunista” representada pelas manifestações favoráveis a reformas no sistema fundiário pelos ex-presidentes João Goulart (Brasil) e Salvador Allende (Chile) foi um dos motivos que desencadearam os golpes militares (autoproclamados de “revolução”) nesses países, nos anos 1964 e 1973, respectivamente.

Também na Argentina, antes e durante o último regime militar (1976–1983), houve repressão a “ligas campesinas”, que reivindicavam mudanças no regime fundiário<sup>18</sup>.

Atualmente, a situação, em que pese diferente, parece repetir-se em alguns aspectos.

No Chile, durante o último período militar, a maior parte dos territórios dos indígenas Mapuches<sup>19</sup> foi confiscada e posteriormente repassada (sendo questionável o preço pago) às empresas de celulose.

Com a volta da democracia, esses indígenas vêm tentando (em alguns casos com sucesso) recuperar aqueles territórios tomados.

---

18 Nesse sentido, a repressão militar às “ligas campesinas” na cidade de Goya, na Província de Corrientes, conforme bem ressaltado nos testemunhos orais de Pablo Andrés Vassel (membro do Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación Argentina en la Unidad de Superintendencia para delitos de Lesa Humanidad) e Adolfo Pérez Esquivel (ativista de direitos humanos argentino, sobrevivente dos denominados “voos da morte”, agraciado com o Nobel da Paz de 1980), em 27 de julho de 2011, no Juicio Oral y Público da Chamada Causa Panetta Angel Vicente/ su denuncia ou Causa Goya.

19 A esse respeito, as informações aqui referidas se baseiam no documentário de Elena Varela “Newen Mapuche, la fuerza de la gente de la tierra”, 2011. Disponível em: <<http://www.newenmapuche.com/>>.



No entanto, em represália, o aparato estatal, por meio do Ministério Público (*Fiscalia*), vem reprimindo fortemente sua atuação com processos penais baseados na Lei de Terrorismo criada durante o governo militar de Pinochet, ou seja, os Mapuches estão sendo agora, durante o governo democrático, perseguidos com base na Lei de Terrorismo outrora criada para perseguir os opositores do governo militar.

Dessa forma, vários líderes desses movimentos já foram presos por crime de terrorismo, em razão de acusações da prática, principalmente, de incêndios criminosos. Cabe aqui ressaltar que tais crimes de terrorismo não são crimes de sangue, mas sim atos danosos aos interesses das empresas de celulose.

No caso do Brasil, como se tentará demonstrar, os movimentos sociais que reivindicam mudanças no sistema fundiário também vêm sofrendo um tratamento discriminatório.

Isso em que pese o fato de a Constituição Federal de 1988, mesmo seguindo o sistema capitalista, de apropriação privada dos meios de produção, não mais compactuar com os abusos de uma já ultrapassada ideia de propriedade absoluta.

De fato, a Carta Cidadã, imbuída de maior espírito social, exige que a propriedade cumpra sua função social. Além disso, ao lado dos casos de necessidade e utilidade pública, prevê também duas hipóteses de desapropriação por interesse social (sendo uma exclusiva para a reforma agrária, em casos de abuso na utilização do bem pelo proprietário<sup>20</sup>).

Entretanto, deliberadas dificuldades voltadas à implementação da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária devem ser analisadas.

Nesse sentido, cabe referir, inicialmente, que uma das condições ao cumprimento da função social da propriedade (requisito cujo

---

20 Evidentemente, a não utilização ou a utilização em desacordo com as normas legais e o interesse social deve ser considerado um abuso do direito de propriedade.

não cumprimento possibilita a desapropriação referida), ao lado dos aspectos ambiental e trabalhista, é sua aferição de produtividade.

Os índices de produtividade são fixados pelo órgão federal competente – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), conforme dispõe o art. 6º<sup>21</sup> da Lei n. 8.629/1993, de 25 de fevereiro de 1993. Essa lei dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da CF/1988.

Além disso, estabelece o art. 11 da Lei n. 8.629/1993 que a atualização dos referidos índices deve ser feita,

periodicamente, de modo a levar em conta o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional pelos Ministros de Estado do Desenvolvimento Agrário e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, ouvido o Conselho Nacional de Política de Agrícola (redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001).

No entanto, por falta de atualização, esses índices são ainda baseados na Instrução Especial INCRA n. 19, de maio de 1980, que estabelece normas, critérios e tabelas para cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural. Essa instrução se baseou no Censo Agropecuário do IBGE do ano de 1975, sendo assim desconsiderados os significativos avanços tecnológicos ocorridos na agricultura durante todo esse tempo. Desse modo, qualquer propriedade, apesar de mal aproveitada, pode facilmente se enquadrar nos critérios como sendo “produtiva”.

Os índices, portanto, não são atualizados como forma de, deliberadamente, dificultar a utilização de tão importante instrumento constitucional.

---

21 Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

Apesar disso e em situação análoga à relatada a respeito da perseguição penal dos indígenas Mapuches no Chile (acima referida), encontram-se atualmente no Brasil algumas manifestações acerca da criminalização dos movimentos sociais, especialmente do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST).

De fato, já se chegou ao ponto, até mesmo, de dirigentes desses movimentos serem denunciados pela prática de “crime contra a segurança nacional”, baseado na Lei n. 7.170/1983<sup>22</sup>, o que demonstra mais uma semelhança com o caso chileno, já que essa lei também é remanescente do regime militar brasileiro.

Desse modo, conforme se pode observar, o tratamento discriminatório<sup>23</sup> destinado aos movimentos sociais que reivindicam reformas no sistema fundiário se encontra de certa maneira já consolidado em alguns países latino-americanos (não sendo o Brasil exceção), algo partilhado tanto por regimes ditatoriais quanto por democráticos.

Nesse aspecto, a experiência chilena referente aos Mapuches deveria nos ensinar algo a respeito dos interesses em jogo, bem como sobre o risco de que o poder estatal seja utilizado para a manutenção de privilégios discriminatórios e não condizentes com ideais de respeito aos direitos humanos.

## **7 Conclusão**

Os direitos humanos são um eterno processo de lutas e tentativas de aperfeiçoamento. Nesse contexto, o direito a não discriminação sempre representou um dos pontos mais sensíveis, ensejando revoltas e sendo alvo de constantes agressões por parte de setores

---

22 Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

23 Isso em razão de um tratamento claramente mais intransigente do que aquele dado a outros movimentos reivindicatórios (que não se referem ao sistema agrário). De fato, outros movimentos, em que pese também não atendidos, não costumam ser retorquidos por meio da utilização do Direito Penal, atitude altamente antidemocrática e própria de regimes ditatoriais.

que não aceitam perder privilégios ou que, simplesmente, não aceitam o direito à igualdade em si.

Frutos dessa luta por poder, os direitos humanos são também constantemente alvo de intentos de apropriação.

Como bem refere Herrera Flores (2009, p. 172),

Ao se apresentarem como postulados generalizáveis a toda a humanidade, os direitos humanos se tornaram o campo de batalha em que os interesses de poder se enfrentam uns aos outros para institucionalizar “universalmente” seus pontos de vista sobre os meios e os fins a conseguir. Por isso, toda classe social em ascensão formula suas pretensões em nome da humanidade; toda ideologia hegemônica pretende justificar os interesses a que se vinculam sob a forma do universal; e toda cultura dominante exige a aceitação geral de “seus” pressupostos básicos.

Tal pensamento se coaduna com a letra cantada por Jorge Drexler<sup>24</sup>, “y no hay pueblo que no se haya, creído el pueblo elegido”.

Entretanto, em um contexto de vida em sociedade, a igualdade é um pressuposto sem o qual a convivência não faria sentido (em que pese não se saiba se a humanidade de fato evolua em seu caminhar – estamos longe hoje de crer no espírito absoluto de Hegel ou na sociedade sem necessidade de Estado ou de direito, de Marx –, a igualdade é, sem dúvida, um dos motivos pelos quais se deve caminhar). Desse modo, a afirmação de que não existe igualdade e que, portanto, “não existem os direitos do homem”, como afirmava Nietzsche (2009, p. 86), somente pode ser considerada desde uma observação puramente natural (observação da natureza), não condizente com a vida em sociedade.

Nesse sentido, os exemplos de atitudes discriminatórias ainda mantidas, relatadas nos diferentes tópicos acima, demonstram o quão vigilantes devem permanecer os defensores dos direitos humanos, sob pena de se aceitarem regressos em um tema que já custou muito suor e sangue.

---

<sup>24</sup> Na canção Milonga del moro judío.

Assim, concordando novamente com Herrera Flores (2009, p. 196-197), conclui-se que o objetivo a ser buscado seria uma democracia comprometida contra todas as formas de desigualdade e injustiça, não tendo como fundamento apenas os direitos – que são meios para algo, e não fins em si mesmos.

## **Referências**

AYLWIN, José. Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur. Antecedentes, movimientos y desafíos. In: ZALAQUETT, J. (Coord.). *Grupo de reflexión regional*. Temas de derechos humanos en debate. Lima: CDH-IDL, 2004. p. 1-40.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós/ I.C.E. de la Universida Autónoma de Barcelona, 1993.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. Introducción: para otra lectura de la disputa por la construcción democrática en América Latina. In: DAGNINO, E.; OLVERA, A. J.; PANFICHI, A. *La disputa por la construcción democrática en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. 3. ed. Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría. Genealogía del Poder, n. 1. Madrid: Las ediciones de La Piqueta, 1992.

\_\_\_\_\_. *Genealogía del racismo*. Traducción de Alfredo Tzveibel. Colección Caronte Ensayos. La Plata: Altamira, 1996.

\_\_\_\_\_. *El orden del discurso*. Traducción de Alberto González Troyano. Genealogía del Poder, n. 31. Madrid: Las ediciones de La Piqueta, 1996a.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HTUN, Mala. Mujeres y poder político en Latinoamérica. In: *Mujeres en el parlamento*. Más allá de los números. Estocolmo: IDEA Internacional, Serie manuales, 2002. p. 19-40.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARX, Ivan Cláudio. Racionalização na utilização dos meios de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. *Revista ANPR on-line*, n. 7, jul./dez. 2008. ISSN 1980-119X. Disponível em: <[http://www.anpr.org.br/portal/index.php?option=com\\_anpronline&Itemid=171&task=content&edito=8&tab=1&pg=96](http://www.anpr.org.br/portal/index.php?option=com_anpronline&Itemid=171&task=content&edito=8&tab=1&pg=96)>.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *El viajero y su sombra*. Traducción Enrique Eidelstein. Barcelona: Edicomunicación, S. A, 1994.

\_\_\_\_\_. *Genealogia da moral: uma polémica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

\_\_\_\_\_. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

\_\_\_\_\_. *Escritos sobre direito*. Tradução, apresentação e notas de Noéli Correia de Melo sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-Rio/São Paulo: Loyola, 2009.

RAFFIN, Marcelo. *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Prólogo de Jacques Poulain. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

THOMPSON, J. Reforma electoral en América Latina: tendencias y perspectivas. In: Tendencias y perspectivas de la reforma electoral em América Latina, *Cuadernos de CAPEL*, n. 54, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, p. 13-23, 2008.

VARELA, Elena. Newen Mapuche, la fuerza de la gente de la tierra. 2011. Disponible em: <<http://www.newenmapuche.com/>>.

ZULOAGA, Patricia Palacios. *La no discriminación*. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006. p. 25-43.