



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 37 – Edição Especial – 2012

ISSN 1676-4781

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (Coordenadora)
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

HELDER SANTOS AMORIM
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO
Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
Procuradora de Justiça

ROSE MEIRE CYRILLO
Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 37 – Edição Especial
Direito a não discriminação
Brasília-DF – 2012



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hot site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2012. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Rossele Silveira Curado

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Clara Dantas Farias

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 11, n. 37, edição especial, 2012

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Senhora leitora, senhor leitor,

Esta é uma edição especial dedicada ao direito a não discriminação e conta com quinze artigos que, em seu conjunto, desfazem de imediato a primeira impressão que se tem de uma edição temática: a de serem textos semelhantes que discutem um único tema, e cujas variações decorrem apenas do olhar próprio de cada autor.

Em verdade, eles representam, na prática, o que Amartya Sen, em *Desigualdade reexaminada*, já havia indicado em relação ao princípio que, em Direito, dá sustentação à não discriminação ou ao que, na Filosofia Política, é considerado um dos maiores ideais políticos: a igualdade. Ressalta-se, contudo, que não é simples definir o termo igualdade, tamanha a variedade de sentidos que ele pode receber.

O primeiro texto, de Ivan Cláudio Marx, discute questões contemporâneas de discriminação, com base na visão própria dos Direitos Humanos. Por sua vez, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, enveredando por análise de tema mais localizado, trata do direito dos estrangeiros, no Brasil, a não discriminação.

Paulo Vasconcelos Jacobina, também em análise de questão específica, apresenta considerações a respeito do aborto como forma de discriminação contra pessoa não nascida, e Flávio Garcia Cabral, revelando a riqueza da temática desta edição especial, discute o feminismo, mais especificamente o enfoque de Nancy Fraser a respeito da segunda onda feminista na realidade norte-americana.

Sérgio Gardenghi Suiama, de sua parte, realiza análise a respeito das estratégias utilizadas nos Estados Unidos, tendentes à promoção de direitos de pessoas transgêneras.

Luciana Estevan Cruz de Oliveira trata de um dos modelos para o combate à prática da discriminação, que é o das ações afirmativas, discutindo-o em contraposição à autonomia privada. Esse é o tema enfrentado também por Karla Alessandra Jezini, que foca seu estudo no programa adotado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e sua constitucionalidade.

Marcelle Mourelle Perez Dios, por sua vez, teoriza a respeito do direito à cultura e de como isto se reflete em relação às políticas públicas.

Mario Luis Grangeia Ramos, na esteira da diversidade temática já indicada, analisa a parceria entre o Ministério Público Federal e as organizações não governamentais na defesa dos direitos das pessoas com deficiência de ensino regular e de acessibilidade. Na mesma linha da diversidade apontada, Paulo Rabelo trata da consolidação da igualdade e do olhar indígena acerca da dignidade da pessoa humana.

Em continuação, Priscila Ferraresi aborda temática que, atualmente, vem gerando intensa discussão, conhecida como racismo ambiental, e Renata Coelho Vieira analisa questão derivada de caso concreto ocorrido no Estado de São Paulo que contrapõe a segurança pública e o direito à igualdade no emprego.

Renata Maria Barbosa e Tatiana Francio Salvador discutem a igualdade de gênero em dois artigos que, embora tenham a mesma temática principal, são distintos entre si: o primeiro debate acerca da inserção da mulher como sujeito de direitos humanos, na perspectiva histórica, e o segundo, a discriminação de gênero no mercado de trabalho.

Por fim, Rozangela Valéria Cardozo trabalha com a concepção de que o não reconhecimento da adoção por casais homoafetivos, de forma conjunta, configura discriminação contra a criança e o adolescente.

Toda essa riqueza de questões e enfoques, voltando a Amartya Sen, revela a razão que levou o filósofo e economista agraciado com o Nobel a, na obra indicada, abandonar a ideia de definir a igualdade e optar por discutir o princípio sob aspecto específico, que, em seu caso, foi o da igualdade nos funcionamentos.

Cabe ainda ressaltar que essa variedade leva, por óbvio, a uma multiplicidade de posições, o que gera a possibilidade de algumas serem aceitáveis aos olhos de quem as lê, outras não.

Nenhum problema. Isso nada mais é que o exercício da considerada, por outro importante filósofo político, John Rawls, na obra *Uma Teoria da Justiça*, a mais importante das liberdades: a liberdade de expressão, origem ou, pelo menos, fonte da sustentação de tantas outras liberdades.

E mesmo que algumas dessas posições a nós pudessem parecer mais que inaceitáveis, ou até contrárias ao espírito democrático, pois, lembrando novamente Rawls, no texto mencionado, e ainda Michael Walzer em *Política e paixão*: rumo a um liberalismo mais igualitário, o respeito à liberdade impõe respeitarmos até a liberdade daqueles que, caso tivessem poder para tanto, possivelmente não respeitariam a nossa, o que os autores denominam de tolerância com os intolerantes.

Por tudo isso, a presente edição especial é, mais que uma fonte de consulta para discussões localizadas em um ou em poucos textos, um conjunto que merece ser lido em sua íntegra, e é o que lhe convindo a fazer.

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Procurador Regional do Trabalho aposentado
Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Discriminação: algumas considerações atuais <i>Ivan Cláudio Marx</i>	13
O direito à não discriminação dos estrangeiros <i>Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes</i>	37
A discriminação contra a pessoa ainda não nascida <i>Paulo Vasconcelos Jacobina</i>	63
Redistribuição, reconhecimento e representação no feminismo segundo a visão de Nancy Fraser <i>Flávio Garcia Cabral</i>	85
Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros <i>Sérgio Gardenghi Suiama</i>	101
Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas <i>Luciana Estevan Cruz de Oliveira</i>	141
Direito à cultura e o seu reflexo sobre as políticas públicas <i>Marcelle Mourelle Perez Dios</i>	169
Ministério Público e ONGs em parceria pela acessibilidade e pela educação inclusiva <i>Mario Luis Grangeia Ramos</i>	187

A dignidade da pessoa humana pelo olhar indígena e a consolidação da igualdade material <i>Paulo Rabelo</i>	225
Racismo ambiental e justiça social <i>Priscila Ferraresi</i>	263
Discriminação ou medida de segurança pública? Uma breve análise da juridicidade de critério de seleção para trabalho em obras de penitenciárias <i>Renata Coelho Vieira</i>	291
Direitos humanos, gênero e políticas internacionais de combate à não discriminação da mulher no mundo globalizado <i>Renata Maria Barbosa</i>	307
Sistema de cotas para acesso à universidade pública: uma análise acerca da constitucionalidade do Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) <i>Karla Alessandra Jezini</i>	325
O não reconhecimento da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de discriminação contra a criança e o adolescente <i>Rozangela Valéria Cardozo</i>	363
Desigualdade entre gêneros no universo do trabalho: um hiato entre a Constituição e a realidade <i>Tatiana Francio Salvador</i>	373

Direito a não discriminação

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 histórica¹ 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 humanos².

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

² 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. 12.034/2009³, 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 brasileiro⁴, 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^{5 6}, 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 Rica⁷.

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 Carta⁸.

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. 345⁹ 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 Argentina¹⁰:

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*

¹⁰ *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 STF¹¹ 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.

¹¹ 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 afirmativas¹² 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 próprio¹³, 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

13 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. 231¹⁴, *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 Tribais¹⁵, 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 indígenas¹⁶.

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 demonstra-se mais apto a este último propósito¹⁷.

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 fundiário¹⁸.

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 Mapuches¹⁹ 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 proprietário²⁰).

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. 6º²¹ 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. 7.170/1983²², 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 discriminatório²³ 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 retorcidos 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 Drexler²⁴, “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.

²⁴ 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>.

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.

O direito a não discriminação dos estrangeiros

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes

Procuradora do Trabalho. Mestre e doutora pela Universidade Pablo de Olavide.

Resumo: A interpretação sistemática da Constituição Federal impõe concluir que é a regra da igualdade que deve nortear o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros. As exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas *numerus clausus* e só se justificam em casos excepcionais. A legislação infraconstitucional deveria seguir esse princípio. No entanto, boa parte da legislação que trata de estrangeiros foi editada antes da Constituição de 1988. Esse é o caso do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) e das leis de nacionalização do trabalho (arts. 352 a 358 da CLT). Por esse motivo, a aplicação desses diplomas demandará, sempre, *interpretação conforme* a Constituição, principalmente daqueles dispositivos que limitarem direitos além do que autoriza a Constituição.

Palavras-chave: Direito a não discriminação. Estrangeiro.

Abstract: According to a systematic interpretation of the Constitution, the rule of equality should guide the treatment between locals and foreigners. Exceptions to the principle of equality should be interpreted restrictly and only justified in exceptional cases. The constitutional legislation should follow this principle. However, much of the laws that treats foreigners was published before the 1988 Constitution. This is the case of Foreigners Statute (Law n. 6.815/1980) and the nationalization of labor laws (Articles 352-358 of the Consolidation of Labour Laws). Therefore, the application of these diplomas require, always, interpretation according to the Constitution, especially those provisions that limit rights beyond what the Constitution allows.

Keywords: Right to non-discrimination. Foreign.

Sumário: 1 Introdução. 2 A compatibilização entre o princípio da igualdade e da preferência pelo nacional. 3 O *status* do estrangeiro no Brasil segundo a Constituição Federal. 4 Direitos civis e políticos. 5 Acesso ao trabalho. 5.1 A aplicação da lei e da jurisdição brasileiras. 5.2 O “contrato-realidade” e sua aplicação em matéria de imigração irregular. 5.3 Da nacionalização do trabalho. 6 Conclusões.

1 Introdução

A Constituição brasileira refere-se aos estrangeiros em algumas passagens, que mencionaremos a seguir. A primeira, e mais importante, é a do *caput* do art. 5º, que garante igualdade entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, nos seguintes termos: “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 [...]”.

O mesmo art. 5º garante a não concessão de extradição por crime político ou de opinião (inciso LII) e protege o cônjuge e os filhos brasileiros de estrangeiros ao garantir a aplicação da lei mais favorável – a brasileira ou a pessoal do *de cuius* – no que tange à sucessão de bens de estrangeiros situados no país (inciso XXXI).

Nada obstante a regra de igualdade de tratamento, a própria Constituição enumera algumas restrições, que são: a) proibição de alistamento e voto (art. 14, § 2º); b) acessibilidade restrita a cargos públicos – o exercício de funções públicas por estrangeiros depende de futura previsão legal (art. 37, I); c) previsão da possibilidade de universidades admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma de lei a ser editada (art. 207, § 1º); d) vedação de acesso a cargos públicos especiais – de presidente e vice-presidente da República; de presidente da Câmara dos Deputados; de presidente do Senado Federal; de ministro do Supremo Tribunal Federal; de carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas; de ministro de Estado da Defesa (art. 12, § 3º).

São estabelecidas, ainda, as competências da União para legislar sobre emigração, imigração, entrada, extradição e expulsão de

estrangeiros (art. 22, XV) e dos juízes federais para julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, bem como as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (art. 109, X).

O presente artigo visa a compatibilizar o princípio de igualdade – que não faz distinção entre nacionais e estrangeiros – com as normas que pretendem instituir a defesa do trabalhador nacional (art. 2º do Estatuto do Estrangeiro), e, portanto, os distinguem. Essa compatibilização teórica permitirá enfrentar, na prática, várias questões que surgirão no tratamento dos estrangeiros que se encontrarem no Brasil.

A interpretação sistemática da Constituição Federal impõe concluir que é a regra da igualdade que deve nortear o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros. As exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas *numerus clausus* e só se justificam em casos excepcionais. A legislação infraconstitucional deveria seguir esse princípio. No entanto, boa parte da legislação que trata de estrangeiros foi editada antes da Constituição de 1988. Esse é o caso do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) e das leis de nacionalização do trabalho (art. 352 a 358 da CLT). Por esse motivo, a aplicação desses diplomas demandará, sempre, *interpretação conforme* a Constituição, principalmente daqueles dispositivos que limitarem direitos além do que autoriza a Constituição.

2 A compatibilização entre o princípio da igualdade e da preferência pelo nacional

Tarefa realmente desafiante é compatibilizar o princípio da igualdade com o não reconhecimento do direito de imigrar para os estrangeiros. Andou bem Marín y Gallego (2005, p. 24) ao afirmar que, “que el derecho al trabajo no sea considerado un derecho humano imprescindible para la garantía humana sólo se explica por razones de política económica, o si quiere, de geopolítica”.

Onde residirá o discrimen relevante para promover distinção entre brasileiros e estrangeiros não residentes? É o caso de tratar a imigração sobre esta ótica? Vejamos a opinião de alguns autores a seguir.

Para De Lucas, Peña e Solanes (2001), a diferença que induz ao tratamento diferenciado entre estrangeiros e nacionais reside na representação do estrangeiro como pessoa presente de maneira temporária, somente durante o período em que é necessário para o mercado de trabalho.

Por eso, vale para el inmigrante el viejo principio de discriminación pretendidamente justificada de extranjero respecto al nacional: sus derechos, empezando por los básicos, no pueden ser los mismos que los del nacional. Las otras vías de reconocimiento del inmigrante como sujeto son subordinadas a ésta, y, en particular eso es así por lo que se refiere al reagrupamiento familiar (DE LUCAS; PEÑA; SOLANES, 2001, p. 51).

Essa ideia se reflete nas normas de Direito Comunitário. Nem o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, nem o Tratado da União Europeia estabelecem taxativamente o princípio da *não discriminação* por motivo de nacionalidade.

Ballester Pastor (2006), após examinar outros dispositivos de Direito Comunitário (Diretivas n. 2.000/1978 e 2.000/1943), conclui que os países europeus não renunciaram a sua prerrogativa de estabelecer os critérios e procedimentos específicos para acesso de nacionais de terceiros países provavelmente porque *pretendem manter as políticas internacionais de preferência* a nacionais de certos países, razão pela qual conclui que:

Al final, la política antidiscriminatoria por razón de nacionalidad queda reducida a multitud de documentos sin fuerza vinculante en los que se reafirma la postura contraria a los actos xenófobos de los países de la Unión. Algunos de dichos actos son los siguientes: la Acción Común 96/443 JAI relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, el Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Acuerdo de 1999 entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa con

el fin de establecer una estrecha cooperación entre el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia y el Consejo de Europa; y Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (BALLESTER PASTOR, 2006, p. 76-77).

De fato, a efetiva proibição de discriminação no acesso ao emprego e durante o contrato de trabalho, com alguma força vinculante, somente se encontra nas Convenções n. 97 e 143 da OIT, esta última ratificada por pouquíssimos países.

Costuma-se alegar ser a soberania o motivo das restrições ao estabelecimento de estrangeiros, justamente para não expor as verdadeiras razões políticas e econômicas que as determinam. Em outras palavras, a soberania, por si só, não seria fundamento suficiente, pois indica apenas o *poder* e não a efetiva *decisão*. Deixando de indicar a decisão (originada do poder), os Estados pretendem evitar questionamentos quanto a eventuais abusos, evadindo-se de eventual controle por parte da comunidade internacional e dos padrões básicos de direitos humanos.

No entanto, alguns grupos políticos vão mais além e defendem abertamente um *direito* de a coletividade proteger suas instituições, sua cultura e seu patrimônio da *influência* ou *usufruto* alheio. Já não temem expor a própria xenofobia ao revelar esse tipo de estratégia.

Ora, sem diminuir a importância do direito-dever de preservação da cultura, é preciso ter muita cautela para definir a forma como esse direito deve ser exercido; seja porque nenhuma cultura é estanque, seja porque a preservação de um direito não pode lesar outros de igual ou maior importância, seja porque nem mesmo a soberania é uma prerrogativa ilimitada. A comunidade internacional demanda reciprocidade e respeito aos *direitos humanos*. Ademais, segundo Benhabib (2005, p. 39-40), não se pode negar a existência de um *direito ao pertencimento* a um imigrante que se radicou em uma nação que não é a própria: “o direito do residente temporário a ser *membro* é um direito humano que pode justificar-se sob os princípios de uma moral universalista”.

Porém, não se pode negar o fato de que existe, por parte da maioria dos países, o interesse de preservar seu próprio sistema econômico e seu mercado de trabalho, e é certo que esses dois pilares da sociedade podem sim ser afetados na hipótese de ocorrer imigração massiva e desordenada. Por isso, para defender qualquer política de migrações, um país deve concluir que não afronta o princípio da igualdade a imposição de restrições ao ingresso do estrangeiro com a finalidade de trabalhar em país que não é o seu. Essa é a única forma de evitar que uma *política de migrações* seja, *a priori*, taxada de discriminatória.

Assim, com todas as críticas cabíveis ao exercício da “prerrogativa soberana” de formular uma política de migrações, admite-se que não afronta o princípio da igualdade a existência de restrições de acesso ao trabalho para os estrangeiros, considerados, em tese, *ausentes*.

Contudo, a partir do momento em que ocorre a incorporação do estrangeiro no mercado de trabalho, ainda que na economia informal, não haverá como se negar a reconhecer a igualdade de direitos para com o nacional, pois essa premissa de que o estrangeiro é uma pessoa ausente (e que, portanto, as situações não são comparáveis) se desvanece diante da imigração como fato (e não mera hipótese).

3 O status do estrangeiro no Brasil segundo a Constituição Federal

A República Federativa do Brasil deve refletir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (conforme o preâmbulo da Constituição). Com efeito, declara a Constituição, entre os fundamentos da sociedade brasileira, o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). O art. 3º, ainda, elenca entre os objetivos do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Nessa parte introdutória, como se nota, foram utilizadas expressões bastante amplas como “todos” e “pessoa humana”, que parecem incluir a *todos*, sem distinção de nacionalidade.

É certo que a Constituição brasileira só pode pretender dispor sobre quem se encontra sob o território em que exerce sua soberania, ou jurisdição. De toda maneira, de modo geral, sempre que se quis excluir o estrangeiro da titularidade de direitos (como o acesso a cargos públicos, direitos políticos ou garantias de não extradição), a Constituição brasileira ressaltou a oposição entre os termos “brasileiro”¹ e “estrangeiro”².

Quanto às relações internacionais, a República brasileira é regida, entre outros, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II). Vale lembrar, ainda, o que apregoa o parágrafo único do art. 4º: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

De imediato, pode-se inferir que, se o que se pretende é a integração dos povos da América Latina, deverão ser minimizadas as diferenças entre os nacionais dos vários povos da América Latina ao que for essencial para salvaguarda da autonomia ou identidade de cada um dos povos integrados. E, de fato, tratados de livre circulação e residência já foram concluídos entre os integrantes do Mercosul (especialmente Chile e Bolívia), dependendo apenas da conclusão dos processos internos de ratificação entre os respectivos países para a entrada em vigor. No que diz respeito ao caso do Mercosul, deve-se concluir que o Brasil, no exercício da sua soberania, optou por aquiescer à livre movimentação e residência de estrangeiros provenientes do Mercosul em seu território. Consequência disso é que o *Direito do Trabalho* também passará a ser reconhecido para os cidadãos do Mercosul, eliminando quaisquer possibilidades de distinções. Essa opção constitucional faz toda a diferença para os cidadãos mercosulinos. A eles, não se poderá negar o direito à imigração.

1 Art. 5º, LI (extradição de brasileiros), art. 13, § 3º (cargos privativos de brasileiro nato), art. 14, §§ 2º (vedação ao alistamento de estrangeiros como eleitores) e 3º (imposição da nacionalidade brasileira como condição de elegibilidade) e art. 37, I (acessibilidade dos cargos públicos aos brasileiros).

2 Art. 5º, LII (extradição de estrangeiros).

Diante desse conjunto normativo, só se pode concluir que os direitos humanos garantidos pela Constituição de 1988 valem até mesmo para estrangeiros não residentes ou residentes ilegais. Só cabe a ressalva quanto ao motivo ensejador da situação concreta que afasta o residente irregular da regularidade administrativa.

É que a admissibilidade da restrição a direitos decorre de que o exercício das liberdades não é independente de eventual atendimento a requisitos legais. Assim, por exemplo, o fato de o imigrante estar trabalhando informalmente pode privá-lo do direito ao emprego específico caso não seja promovida a sua regularização, mas não pode privá-lo dos direitos decorrentes do trabalho que tenha sido exercido, inclusive de sua tutela jurisdicional, devidamente previstos entre os direitos e as garantias fundamentais no seio da Constituição Federal.

Assim, devem ser definitivamente afastadas interpretações simplistas do *caput* do art. 5º que neguem direitos a estrangeiros considerados “não residentes” pela situação de irregularidade migratória³. E toda alteração legislativa que pretenda instituir disparidade de tratamento terá de ser justificada com base em fundamento que respeite os direitos humanos, os valores de reciprocidade da comunidade internacional, a proibição do retrocesso histórico, a razoabilidade, a proporcionalidade e o *direito ao pertencimento* de todo cidadão do mundo.

4 Direitos civis e políticos

Se a regra é a igualdade e a distinção é exceção, estamos, com Luis Roberto Barroso (2000), para quem apenas um *discrímén relevante* pode ser utilizado para promover uma distinção válida entre estrangeiros e nacionais. Logo, não se pode restringir as liberdades de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), de expressão de ati-

³ Com efeito, apesar do paradoxo, pode ser possível que o estrangeiro viva e trabalhe no país, mas não seja considerado residente. Porque o conceito de “residente” tem sido historicamente atrelado à “residência legal”, o que implica a pessoa ser legalmente admitida no país. Para ser legalmente admitida em um país, é necessária a concessão do visto, em função da atividade que o estrangeiro pretenda realizar no país.

vidade intelectual ou de comunicação (art. 5º, IX), reunião pacífica (art. 5º, XVI), associação para fins lícitos (art. 5º, XVII) sem uma justificativa relevante e razoável para tanto. Os exemplos não são casuais. Entendemos que alguns dispositivos do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) ofendem as garantias constitucionais suprarreferidas, como veremos a seguir.

Parte-se do pressuposto de que as restrições aos direitos fundamentais dos estrangeiros devem respeitar os direitos humanos, os valores de reciprocidade da comunidade internacional, a proibição do retrocesso histórico, a razoabilidade, a proporcionalidade e o *direito ao pertencimento* de todo cidadão do mundo.

No entanto, as restrições de acesso ao trabalho são costumeiramente justificadas porque, na atualidade, o trabalho é um bem escasso, e a maioria dos países pretende garanti-lo primeiramente para o nacional. Nessa *seara*, a justificativa para a formulação de restrições legais ao direito ao trabalho do estrangeiro é de ordem político-econômica. Sem querer abordar tema que não é objeto deste apartado, o que importa aqui é separar bem as diferentes situações: no caso da restrição de acesso ao trabalho, há razões político-econômicas que fundamentam as restrições jurídicas, razão que costumeiramente justifica sua admissibilidade, ainda que não isenta de matizações e condicionamentos. No caso das restrições aos direitos de reunião, associação, manifestação, sindicalização e greve, é preciso concluir que não existem quaisquer razões que as justifiquem validamente.

É de se reconhecer, ainda, que, historicamente, o fundamento para tais medidas restritivas é condenável: desejo de permanência no poder e eliminação de dissidências políticas. Nesse caso, não há dúvidas de que tal fundamento é antijurídico, porque fere de morte o princípio democrático, a base dos Estados tidos por “civilizados” na atualidade. Deve-se lembrar, ainda, que o exercício de direitos civis independentemente da nacionalidade é expressamente reconhecido pelo art. 1º do Código de Bustamante⁴ (Código

4 Art. 1º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais.

de Direito Internacional Privado) e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ambos devidamente ratificados pelo Brasil (Decreto n. 18.871/1929).

A propósito, o art. 22 do Pacto de Direitos Civis e Políticos dispõe que:

Art. 22. Toda e qualquer pessoa tem direito de se associar livremente com outras, incluindo o direito de *constituir sindicatos* e de a eles aderir para a proteção dos seus interesses. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que são necessárias numa *sociedade democrática*, no interesse da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública e para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outrem. O presente artigo não impede de submeter a restrições legais o exercício deste direito por parte de membros das forças armadas e da polícia.

Apesar de ainda não ratificada pelo Brasil, a Convenção da ONU para proteção dos trabalhadores migrantes e suas famílias também garante expressamente o direito de reunião e ampla participação nas atividades sindicais por parte dos trabalhadores migrantes (art. 26).

Assim, deve-se reputar inconstitucional (ou não recebido pela Constituição de 1988) o inciso VII do art. 106 da Lei n. 6.815/1980, que veda ao estrangeiro o seguinte: “participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada”.

As demais restrições aos direitos dos estrangeiros, elencadas no art. 106 da Lei n. 6.815/1980, podem ser justificadas, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional. Parece razoável o interesse de salvaguardar o país de ofensivas militares e/ou da dominação ideológica que pode ser imposta pelos meios de comunicação. Nesse sentido compreendem-se, *nos limites da finalidade para a qual foram estabelecidas*, as restrições de propriedade de

Cada Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro.

a) navio ou aeronaves nacionais; b) empresa jornalística ou de radiodifusão; c) recursos minerais e hidráulicos. O mesmo se diz quanto às restrições à atividade de prático de barras, portos, rios, lagos e canais (demanda conhecimento estratégico do território) e prestação de assistência religiosa às Forças Armadas⁵.

Já o art. 107 da Lei n. 6.815/1980 envereda, mais uma vez, no campo das proibições injustificadas, senão vejamos:

Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de ideias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

Pela redação da lei, os estrangeiros só poderiam exercer seu direito de associação para as finalidades contempladas no art. 108 da Lei n. 6.815/1980, quais sejam: fins culturais, religiosos, recreativos, beneficentes ou de assistência, clubes sociais e desportivos. Diante da proibição de associação com fins políticos, ressaltava-se apenas a possibilidade de participar de “reunião comemorativa de datas

5 As restrições do inciso VI do art. 106 da referida lei – ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro – deveriam ser aplicadas com cautela, pois, principalmente no caso do corretor de navios e do leiloeiro, a eventual incompatibilidade só ocorreria se o país beneficiado pela transação fosse o país do estrangeiro.

nacionais ou acontecimentos de significação patriótica”. Mas o controle estatal da época da ditadura não esmorecia: quando as entidades mencionadas pela lei fossem constituídas por mais da metade de associados estrangeiros, teriam de buscar prévia autorização de funcionamento ao ministro da Justiça. E como se não fosse pouco, a lei prevê que o ministro da Justiça poderia, sempre que considerasse conveniente aos interesses nacionais, impedir a realização, por estrangeiros, de conferências, congressos e exposições artísticas ou folclóricas (art. 110 da Lei n. 6.815/1980).

É claro que essas restrições só faziam sentido e só puderam ser convertidas em lei porque o país vivia um período ditatorial (1964-1986). Após a promulgação da Constituição de 1988 e a consolidação da democracia, essas restrições revelaram-se absurdas, e não consta que estejam sendo aplicadas pelos órgãos governamentais, mas permanecem manchando o texto legal.

Não é demais ressaltar a garantia prevista no art. 19 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que diz que:

Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de *procurar, receber e expandir informações e idéias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras*, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha. O exercício das liberdades previstas no § 2º do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em conseqüência, ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e que são necessárias: a) ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem; b) à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moral públicas.

Vale lembrar que as proibições da Lei n. 6.815/1980 foram muito além da restrição que estabelece a Constituição brasileira, qual seja, a proibição de votar e ser votado. Com efeito, o § 2º do art. 14 da Carta Constitucional proíbe expressamente o estrangeiro de alistar-se como eleitor, e o § 3º exige a nacionalidade brasileira como condição de elegibilidade.

A vedação ao direito de sufrágio ativo e passivo dos estrangeiros é perpetuação da tradição constitucional pátria. As Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 estabeleceram que, para ser eleitor, seria necessário ser brasileiro maior de 18 anos de idade e alistamento eleitoral (arts. 108, 117, 131 e 142, respectivamente). Até a *inclusiva* Constituição de 1891 (que validava, por exemplo, a nacionalidade brasileira “por omissão”, ou seja, se o estrangeiro não se manifestasse em seis meses da publicação da Carta, adquiriria a nacionalidade brasileira) mencionava que os direitos políticos seriam exercidos pelos “cidadãos” (art. 70).

A comunidade internacional aceitava, sem maiores dificuldades, o estabelecimento de restrições ao direito de votar e ser votado para os estrangeiros, tanto que o Código de Bustamante (1929) reconhece expressamente a possibilidade de restrição do direito ao sufrágio (art. 2º). Mas essa perspectiva nacionalista começou a mudar com a consolidação das migrações em tempos de paz e sua ocorrência em Estados Nacionais já consolidados.

Com efeito, o conceito de cidadania sofreu transformações bastante substanciais durante o transcurso do século XX. A concepção de cidadania restrita ao critério jurídico-formal é uma concepção simplista, porque constitui algo assemelhado a um *status ontológico* passivo (ou se é ou não se é cidadão) e precisa ser superada. É preciso abrir espaço para a conquista da cidadania proativa, porque essa “cidadania passiva” também serve para contrapor os cidadãos e o Estado em face dos *não cidadãos* (os imigrantes). Essa cidadania simplista é utilizada, em regra, para distinguir, com o objetivo de excluir.

É o que ocorre com os estrangeiros que, apesar de residentes em um determinado país de acolhida, são alijados dos direitos políticos e de parte dos direitos civis, sob o fundamento da sua *não cidadania* (ou condição de estrangeiro, que, para este efeito, são sinônimos).

Assim, pois, advogamos pela modificação do art. 14 da Constituição brasileira, para permitir aos estrangeiros residentes, após certo tempo de radicação em território brasileiro, a possibi-

lidade de participar das eleições locais (âmbito municipal e regional, pelo menos para sufrágio ativo).

Essa medida não é nada inovadora. A maioria das constituições dos países integrantes da União Europeia já estendeu os direitos políticos para estrangeiros residentes permanentes, para votar e serem votados nas eleições municipais. As Constituições da Bolívia⁶ e do Paraguai⁷ admitem a possibilidade de voto do estrangeiro nas eleições municipais. A Constituição da Argentina não menciona restrição alguma ao voto do estrangeiro⁸. A Constituição do Chile, apesar de não assegurá-lo diretamente, estabelece que a lei pode estender o direito a voto aos estrangeiros⁹, ressalvando sua não obrigatoriedade¹⁰. A Constituição do Uruguai garante o direito ao voto para o estrangeiro residente por pelo menos 15 anos no país (art. 78).

Seguem ainda algumas considerações sobre o exercício de direitos civis e políticos pelos estrangeiros em situação irregular. Como já mencionado, entende-se que a situação de irregularidade migratória não constitui um *discrimen* relevante para autorizar tratamento diferenciado entre estrangeiros regulares, irregulares e nacionais, no que tange à expressiva maioria dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal aos brasileiros e estrangeiros residentes (leia-se

6 Art. 220. Capacidad. I. Son electores todos los bolivianos mayores de dieciocho años de edad, cualquiera sea su grado de instrucción y ocupación, sin más requisito que su inscripción obligatoria en el Registro Electoral. II. En las elecciones municipales votarán los ciudadanos extranjeros en las condiciones que establezca la ley.

7 Art. 120. [...] Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales.

8 Art. 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias.

9 Art. 14. Los extranjeros alocados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley.

10 Art. 15. En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio.

residência em sentido amplíssimo) no Brasil. Dos direitos tratados neste tópico (civis e políticos), entendemos que apenas o direito ao sufrágio (que sequer existe no Brasil) poderia existir com restrições. Para os demais direitos, não se admitiria nenhuma restrição. As restrições admissíveis para conformar o direito ao sufrágio teriam a ver com comprovar residência continuada no Brasil e também um grau de radicação que lhe credenciasse para tentar influir nos destinos da comunidade local (por isso a condição de imigrante irregular é incompatível com o direito a votar e ser votado).

Para concluir, impõe-se afirmar que o reconhecimento dos direitos e garantias civis para estrangeiros deve ser amplo e independente de sua situação migratória, uma vez que esses direitos não admitem restrição. Não se pode retroceder em matéria de *cidadania*, que deve ser abrangente e inclusiva e atender a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição nacional. Como impulso ao desenvolvimento dessa nova cidadania, defende-se a extensão do direito ao voto, pelo menos em eleições locais, para o estrangeiro residente e radicado no Brasil.

5 Acesso ao trabalho

A legislação brasileira estabelece restrições ao exercício do direito ao trabalho pelos estrangeiros dispostos a ingressar no país. A política migratória nacional privilegia os trabalhadores qualificados (especializados) em face dos trabalhadores sem qualificações especiais. Os vistos são concedidos no interesse das empresas e, por isso, o trabalhador não tem o direito de mudar de emprego (a menos que se postule outro visto). Nada obstante essas restrições, a presença do estrangeiro em território nacional não obsta a incidência da lei e da jurisdição brasileiras. Ademais, o contrato de trabalho é um *contrato realidade*, e as normas de proteção social prevalecem sobre questões de ordem administrativa. Por fim, o acolhimento do estrangeiro pelo Brasil não pode ultrapassar o limite da estabilidade do mercado de trabalho nacional. É o que veremos nos tópicos a seguir.

5.1 A aplicação da lei e da jurisdição brasileiras

A regra geral do Direito Civil é que os contratos se regem pela lei do país em que foram celebrados. No entanto, no que diz respeito ao contrato de trabalho, a regra é diferente: vale a lei do lugar em que ocorrer a prestação de serviços. Nesse sentido, o Código de Bustamante, vigente no Brasil desde 1929, dispõe no seu art. 198 que *as leis de acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador são de natureza territorial*.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é pacífica neste particular, dispondo que:

*Súmula 207 do TST: Conflito das leis trabalhistas no espaço – Princípio da *lex loci executionis* – A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação.*

O TST não recusa a atribuição de julgar causas que envolvam interesses de empregados e empresas estrangeiras quando a relação de trabalho tenha ocorrido, ainda que em parte, no Brasil¹¹.

Assim, como regra geral, se um estrangeiro vier a prestar serviços no Brasil, ser-lhe-á aplicada a legislação brasileira, ainda que o estrangeiro venha a serviço de empresa também estrangeira e por prazo determinado. Porém, existe uma exceção, prevista no Decreto-Lei n. 691, de 18 de julho de 1969.

O Decreto-Lei n. 691/1969 dispõe sobre a contratação de técnicos estrangeiros *domiciliados ou residentes no exterior* que vêm ao país para prestar serviços especializados em caráter provisório, devendo o contrato ser estabelecido por prazo determinado (muito embora possa ser sucessivamente prorrogado¹²). A explicação para a possibilidade de a lei estrangeira permanecer tutelando contrato

11 TST, E-RR n. 478.490/98.9, SBDI 1. Rel. min. João Oreste Dalazen, *DJU* de 3 fev. 2006.

12 Conforme art. 1º do Decreto n. 691/1969, que exclui a vedação de prorrogações sucessivas previstas no art. 451 da CLT.

executado no Brasil é a provisoriedade da tarefa, que, de tão fugaz, não impõe sequer a transferência do domicílio do interessado, devendo ser tratada como uma simples viagem a trabalho, por razoabilidade.

No entanto, apesar de a legislação admitir a aplicação da legislação do país de origem, ressalta-se a incidência de normas básicas do direito laboral pátrio, que deverão incidir em qualquer hipótese: salário-mínimo, repouso semanal remunerado, férias anuais, duração do trabalho, segurança e higiene do trabalho, seguro contra acidente de trabalho e previdência social. Também se ressalva a aplicabilidade da disciplina brasileira sobre rescisão de contratos por prazo determinado (arts. 479 a 481 da CLT).

Na prática, são apenas as disposições de ordem privada que prevalecerão entre as partes. De fato, é impossível a lei estrangeira disciplinar integralmente contrato de trabalho executado no Brasil por um motivo bastante simples: as normas de Direito do Trabalho ensejam garantias mínimas a serem observadas por todas as pessoas aqui presentes, por veicularem questões de ordem pública, ou seja, relacionadas com a soberania nacional e bem-estar do povo. Assim, se existe uma lei que proíbe a realização de horas extras, porque se considera que são prejudiciais ao trabalhador e à sociedade em geral (que arca com custos de saúde e do desemprego provocado pela medida), é bastante compreensível que ninguém possa desobrigar-se do cumprimento desta regra sob nenhum argumento, mormente o de ser *estrangeiro*.

A verdade é que o decreto-lei em comento poderia ser perfeitamente revogado sem que fizesse falta. Isso porque a aplicabilidade das normas de ordem pública independe de previsão legislativa especial para estrangeiros. Ademais, os outros dispositivos do mencionado diploma legal são no mínimo curiosos. Com efeito, o parágrafo único do art. 2º veda a percepção de participação nos lucros pelo técnico contratado, o que fez Dallegrave Neto (2000, p. 47), oportunamente, questionar sua constitucionalidade. Segundo o autor: “até que ponto pode ser declarada válida uma norma proibitiva dessa estirpe quando confrontada com o art. 5º, XIII, da Constituição da República?”. Por fim, a aparente facilitação da estipulação de salários em moeda estrangeira tampouco refoge à prática

geral vigente no Brasil: a de que os pagamentos devem ser feitos em moeda nacional.

Assim, a prestação de serviços por estrangeiros no Brasil, ainda que a serviço de empresa estrangeira, deve ser disciplinada pelas leis nacionais. A aplicabilidade do Decreto n. 691/1969 é restrita à hipótese que justificou sua edição: serviços em caráter provisório que não impliquem transferência de domicílio.

5.2 O “contrato-realidade” e sua aplicação em matéria de imigração irregular

No Brasil, a jurisprudência sobre o trabalho do estrangeiro em situação irregular prestigia a teoria do *contrato realidade*¹³. O TST já teve oportunidade de decidir sobre se há ou não nulidade da contratação de estrangeiro decorrente do fato de não ser ele portador de documento de identidade previsto pelos arts. 359 da CLT e 21, § 1º, da Lei n. 6.815/1980, tendo assentado que o entendimento pela nulidade

implicaria uma dupla injustiça, primeiro com os trabalhadores estrangeiros em situação irregular no país que, não obstante tenham colocado sua força de trabalho à disposição do empregador, ver-se-ão privados da devida remuneração em razão de informalidade de cuja ciência prévia o empregador estava obrigado pelo art. 359 da CLT; e, segundo, com os próprios trabalhadores brasileiros, que poderiam vir a ser preteridos pela mão-de-obra de estrangeiros irregulares em razão do custo menor desses últimos, como tragicamente sói acontecer nas economias dos países do Hemisfério Norte¹⁴.

13 Para existir um contrato de trabalho, basta que estejam presentes os seguintes elementos: trabalho contínuo, pessoalidade, subordinação e salário. A ausência de instrumentos formais não desnatura a situação de fato. “O contrato de trabalho é um contrato realidade: são os fatos que definem sua existência e não o *nomem juris* que lhe possa ter sido atribuído” (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1992).

14 Recurso de Revista provido [decisão original reformada]. (TST, R.R n. 750.094/2001-24ª R., Sexta Turma, rel. min. Horácio Senna Pires, *DJU* de 29 set. 2006).

O precedente citado está de acordo com a Convenção da ONU sobre os Trabalhadores Migrantes, que foi bastante enfática ao ressaltar que a irregularidade administrativa do trabalhador não pode dar causa a situações em que se decida pela “nulidade do contrato de trabalho”, negando a produção de seus efeitos. Vejamos o conteúdo do art. 25.3:

3. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que *los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo*. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

A Convenção da ONU e o precedente supracitado se complementam e evidenciam o melhor encaminhamento para o caso.

Porém, o reconhecimento dos direitos inerentes ao contrato de trabalho não afasta por si só a situação de irregularidade migratória, o trabalhador em situação irregular que expõe em juízo sua situação. Talvez seja esta a causa de, no Brasil, existir pouca discussão acerca de contratos de trabalho de estrangeiros.

Na Espanha, o auto de infração (confirmado) da Inspeção do Trabalho que evidencie a prestação de trabalho pelo estrangeiro em situação irregular ou a *resolución judicial* que reconheça a relação de trabalho podem ser instrumentos válidos para a obtenção de uma autorização de trabalho e residência por *arraigo*. O trabalhador necessita provar a existência de uma relação laboral pelo prazo mínimo de um ano e estância na Espanha por pelo menos dois anos. Esse tipo de disposição legal, evidentemente, incentiva a denúncia de situações de exploração laboral, o que poderá contribuir para diminuí-la.

Assim, para que os direitos inerentes ao contrato de trabalho estabelecido irregularmente fossem realmente tutelados, seria necessário o estabelecimento de uma garantia de possibilidade de regularização migratória, pelo menos temporária, enquanto durasse o litígio.

5.3 Da nacionalização do trabalho

No Título III da CLT (“Normas Especiais de Tutela do Trabalho”), o Capítulo II trata da “Nacionalização do Trabalho”, que pretende instituir regras para proteger o trabalhador nacional. Essas regras dizem respeito a: a) estabelecimento de proporcionalidade mínima de empregados brasileiros e b) garantia de igualdade salarial.

A proporcionalidade mínima é tratada nos arts. 352 a 357 da CLT, que instituem a seguinte regra: as empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma determinada proporção de brasileiros. A proporcionalidade será, em regra, de dois terços de empregados brasileiros. Somente em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade (insuficiência do número de brasileiros na atividade específica) poderá ser fixada proporcionalidade inferior, mediante ato do Poder Executivo¹⁵. A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, como quanto à correspondente folha de salário, e também em relação a cada estabelecimento.

São excluídos da regra da proporcionalidade os seguintes casos: a) estrangeiros que residam no país há mais de dez anos, desde que tenham cônjuge ou filho brasileiro; b) portugueses (ambos equiparados aos brasileiros) e c) empregados que exerçam funções técnicas especializadas, desde que, a juízo do Ministério do Trabalho, haja falta de trabalhadores nacionais.

A frustração, mediante fraude ou violência, da obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho é tipificada como crime pelo Código Penal, sujeitando seus infratores à pena de detenção e multa, além da pena correspondente à violência.

¹⁵ A lei excepciona a aplicação da proporcionalidade para as indústrias rurais localizadas em zona agrícola e destinadas ao extrativismo, beneficiamento ou transformação de produtos da região, de maneira incoerente para os dias atuais, em que não se pode presumir a carência de mão de obra nacional no setor (art. 352, § 2º, da CLT).

Parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade não teria sido recebida pela Constituição de 1988, porque a nova Constituição retomou o parâmetro antidiscriminatório da nacionalidade, lançado originalmente pela Constituição de 1946 (DELGADO, 2003, p. 779; CARRION, 2007, p. 250¹⁶).

Fleury (2006, p. 11-28), no entanto, adverte para interpretações mais *afeitas*: segundo o autor, o art. 352 da CLT foi plenamente recepcionado pela Carta Política. Segundo ele, nesse particular, o texto da Carta de 1988 não inova em nada os textos vigentes desde 1891. Para essa corrente doutrinária, não se trata de entender a nacionalização do trabalho como medida discriminatória, mas sim como critério de política interna de proteção ao trabalhador nacional.

Obviamente, uma vez inserido no meio nacional, deverá o estrangeiro submeter-se à legislação brasileira e, também, fazer *jus* ao sistema de proteção legal trabalhista brasileiro. No entanto, o acesso, e principalmente o *primeiro acesso* do estrangeiro ao mercado de trabalho brasileiro pode, sim, ser controlado. Nesse caso, não se trata simplesmente de instituir medida discriminatória em face do estrangeiro. Trata-se de proteger o mercado de trabalho brasileiro, como um todo, de oscilações e distorções, em sua maioria provocadas por empresários interessados em esquivar-se de cumprir as regras trabalhistas, tributárias e de proteção social brasileira, em autêntica postura de concorrência desleal criminosas.

Nessa perspectiva, a proporcionalidade dos 2/3 é razoável, senão vejamos: a população estrangeira residente no Brasil não chega a 1% da população total. A CLT permite que as empresas mantenham em seus quadros até 33,33% de estrangeiros (1/3). Logo, as empresas têm uma margem de discricionariedade, na contratação de estrangeiros, de 30 vezes o percentual geral de estrangeiros disponíveis para o trabalho¹⁷. Essa proporção, ainda, pode ser elidida

16 Carrion (2007, p. 250) considera que a regra da proporcionalidade é uma forma de discriminação indireta.

17 A proporção só seria injusta se fosse aplicada em regiões de fronteira. No entanto, sustentamos que a melhor interpretação é a de que os fronteiriços deveriam ser

ou majorada caso haja insuficiência de mão de obra brasileira no setor específico de atividade. Como se nota, a regra não está, em absoluto, dirigida aos trabalhadores estrangeiros individualmente.

Trata-se de norma cuja eficácia deve ser medida em termos macroeconômicos, como medida de *polícia* da estabilidade do mercado de trabalho. Assim, eventual revogação das medidas de proporcionalidade atenderia prioritariamente o interesse de grandes corporações internacionais, sem qualquer contrapartida para os Estados por elas utilizados.

Ademais, vale lembrar que a presença desproporcionada de estrangeiros laborando no Brasil quase nunca decorre de movimentos espontâneos de população. Ao contrário, as empresas aliciam trabalhadores no exterior com o objetivo de instituir verdadeiros principados, nos quais não se pretende observar a legislação trabalhista nem recolher os encargos necessários a custear o sistema de seguridade social que, a propósito, será utilizado pelo estrangeiro em casos de emergência, dada a sua característica de universalidade. Assim, entendemos que a regra dos 2/3 é plenamente compatível com a Constituição Federal e é também um valioso instrumento para lutar contra uma forma específica de precarização das relações de trabalho: a substituição da mão de obra nacional pela estrangeira.

Por fim, a CLT institui ainda uma curiosa regra de garantia de igualdade salarial entre estrangeiros e brasileiros (art. 358): *nenhuma empresa poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste*. Ademais, mencionado dispositivo estabelece que, em havendo necessidade de demissões, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiro que exerça função análoga. Diante da igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros, garantida pelo art. 5º da Constituição Federal, a regra da CLT deveria ser interpretada nos dois sentidos: nem o brasileiro pode ganhar menos que o estrangeiro e nem o estrangeiro pode ganhar menos que o brasileiro (interpretação conforme a Constituição). E

equiparados aos brasileiros, sem, portanto, serem considerados para a regra dos 2/3. O regime do trabalho fronteiriço já permite essa exceção, sem necessidade de modificação do conteúdo do art. 353 da CLT.

o privilégio de não ser demitido só deveria valer no caso de alteração da regra de proporcionalidade.

Ocorre que existe uma *regra geral*, aplicável a nacionais e estrangeiros, que também proíbe a discriminação salarial. Trata-se do art. 461 da CLT, que reza que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, *nacionalidade* ou idade”. A regra do art. 358 da CLT é mais benevolente que a regra do art. 461 da CLT, implicando trato mais favorável ao brasileiro. Assim, para cumprir o princípio de *trato não menos favorável*, devido aos estrangeiros por força da ratificação, pelo Brasil, em 1965, das Convenções n. 97 da OIT (sobre trabalhadores migrantes) e n. 111 da OIT (sobre discriminação no emprego), deve-se concluir pela derrogação do art. 358 da CLT (incluindo a parte que estabelece critério para dispensa), devendo valer para todos a regra geral.

6 Conclusões

A interpretação sistemática da Constituição Federal impõe concluir que é a regra da igualdade que deve nortear o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros. As exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas *numerus clausus* e só se justificam em casos excepcionais. A legislação infraconstitucional deveria seguir esse princípio. No entanto, boa parte da legislação que trata de estrangeiros foi editada antes da Constituição de 1988. Esse é o caso do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) e das leis de nacionalização do trabalho (arts. 352 a 358 da CLT). Por esse motivo, a aplicação desses diplomas demandará, sempre, *interpretação conforme* a Constituição, principalmente daqueles dispositivos que limitarem direitos além do que autoriza a Constituição.

Não se justificam as restrições a exercício de direitos civis por parte dos estrangeiros. Os dispositivos restritivos presentes no Estatuto do Estrangeiro não foram recepcionados pela nova ordem

constitucional. Já os direitos políticos não foram reconhecidos pela Constituição Federal, o que evidencia certo atraso em relação à comunidade internacional, que o reconhece pelo menos para efeito de eleições de âmbito local. Conviria instituir esse direito por emenda à Constituição, tendo em vista que, hoje em dia, a nacionalidade deixou de ser única para um contingente expressivo de pessoas que vivem entre dois países e assim permanecerão.

Já no que diz respeito ao acesso ao trabalho, apesar de admitidas restrições à sua consolidação (são as restrições à imigração propriamente dita), tem-se bem claro que os contratos de trabalho que envolvam estrangeiros devem subordinar-se às regras do país. Isso é preservação de jurisdição e salvaguarda da ordem social. E também não discriminação, nem de estrangeiro em face de nacional, nem vice-versa.

Porém, o reconhecimento dos direitos inerentes ao contrato de trabalho não afasta por si só a situação de irregularidade migratória, o trabalhador em situação irregular que expõe em juízo sua situação. Assim, para que os direitos inerentes ao contrato de trabalho estabelecido irregularmente fossem realmente tutelados, seria necessário o estabelecimento de uma garantia de possibilidade de regularização migratória, pelo menos temporária, enquanto durasse o litígio.

Por fim, as regras sobre proporcionalidade entre trabalhadores estrangeiros e brasileiros foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. É que a regra não está, em absoluto, dirigida aos trabalhadores estrangeiros individualmente. Trata-se de norma cuja eficácia deve ser medida em termos macroeconômicos, como medida de *polícia* da estabilidade do mercado de trabalho.

Referências

BALLESTER PASTOR, Maria Amparo. *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Marcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

BENHABIB, S. *Los derechos de los otros*. Extranjeros, residentes y ciudadanos. Gedisa: Barcelona, 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 32. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLEGRAVE NETO, J. Conflitos de leis trabalhistas no espaço. *Revista Síntese, Trabalhista*, n. 130, abr. 2000.

DE LUCAS, J. *El desplazamiento en el mundo*. Ministerio de trabajo y asuntos sociales. IMSERSO Madrid, 1998.

DE LUCAS, Javier; PEÑA, Salomé; SOLANES, Angeles. *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*. Germania Serveis Grafics: Valencia, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

FLEURY, Ronaldo Curado. Navios de bandeira estrangeira que operam nas águas jurisdicionais brasileiras – aplicação da legislação trabalhista brasileira. *Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho*, ano 16, n. 32, out. 2006.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MARÍN, José; GALLEGO MOYA, Fermín. *El trabajo de los inmigrantes irregulares*. Un estudio jurisprudencial. Albacete: Bomarzo, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr., 1992.

A discriminação contra a pessoa ainda não nascida

Paulo Vasconcelos Jacobina

Procurador Regional da República

Resumo: O presente artigo trata da questão do aborto sob o aspecto do personalismo, aplicando-se a noção jurídica de pessoa e sua dignidade ao nascituro, para suscitar a noção de que a defesa do aborto, no atual quadro normativo, é uma injustificável discriminação contra a pessoa não nascida.

Palavras-chave: Pessoa. Indivíduo. Aborto. Discriminação. Laicidade. Religião. Valores. Dignidade. Nascituro.

Abstract: This article deals with the abortion issue under the guise of personalism, applying the legal concept of person and its dignity to the unborn child, to raise the notion that abortion advocacy, in the current normative context, is an unjustifiable discrimination against the unborn person.

Keywords: Person. Individual. Abortion. Discrimination. Laicity. Religion. Values. Dignity. Unborn child.

Sumário: 1 Uma breve introdução sobre a noção de pessoa. 2 As regras formais de discussão e os valores. 3 A questão do aborto e a dignidade da pessoa não nascida. 4 O Estado laico e a pretensa neutralidade absoluta perante o fenômeno religioso. 5 O aborto, o ser humano e a dignidade da pessoa humana. 6 Conclusões.

1 Uma breve introdução sobre a noção de pessoa

Quando temos a consciência de que a pessoa é o fundamento do Direito, sabemos que só no relacionamento com o outro o ser humano é pessoa. Sendo relacional, o conceito de pessoa exige que o outro ser humano seja também tido como pessoa, em qualquer

hipótese, fundamento do Direito em igual medida que o outro. Cada ser humano causa a pessoalidade do outro, e tem, em contrapartida, a sua própria pessoalidade causada nessa relação. É por isso que nenhuma norma jurídica pode colocar uma pessoa (que é sempre o sujeito) como objeto de uma relação jurídica. Para o personalismo, o outro é complemento.

Não assim para os individualismos e coletivismos, que transformam o outro no *adversário a ser batido*. Sartre costumava dizer: “o inferno são os outros”, e, nesse sentido, afirmava que não via o outro como pessoa, mas como mero indivíduo. No entanto, se a noção de pessoa inclui a dimensão do relacionamento, ao negar a pessoalidade do outro, nego necessariamente a minha própria. Ou somos todos pessoas ou ninguém o é. No particular, em que pese outras intuições geniais que tiveram, Sartre está errado, Hobbes também. O inferno se dá não quando uma pessoa encontra outra, mas quando alguém vê o outro como adversário e a relação entre indivíduos como essencialmente de oposição; quando vê a *pessoa* como um mero *indivíduo*.

Ser humano é ser pessoa. Ser pessoa é ser sujeito. Ser sujeito é ser causa. Por isso, todo ser humano pode ser apenas e tão somente um sujeito de direito, nunca um objeto. Um objeto é sempre causado por forças irracionais, cegas, necessárias. Nunca é causa, vale dizer, nunca poderia adotar um comportamento deliberado porque não teria liberdade ante as forças que o superam e o conduzem. Por isso, numa concepção personalista, o comércio sexual é sempre odiável. Não tenho a liberdade de comerciar o corpo, nem de intermediar o corpo de uma pessoa para saciar o desejo sexual de outra em troca de vantagem para mim ou para terceiro, sob pena de reduzir a pessoa cujo corpo está sendo comercializado à qualidade de objeto de uma relação jurídica. Nego a pessoalidade de alguém quando, valendo-me de uma circunstância que lhe reduziu ou anulou acidentalmente a sua liberdade, ajo para a sua objetificação, e não para a sua “pessoalização”.

Por isso, também, são odiosos e criminalizados os atos que implicam que uma pessoa, valendo-se da reduzida ou nula capa-

cidade de decidir da outra, transforme-a em objeto, comercializando seu corpo a terceiro, ou elimine a sua vida, como no caso do indivíduo humano ainda não nascido (e, portanto, acidentalmente incapaz de ser causa de atos) que é objeto de pesquisas destrutivas ou aborto. São condutas que, em vez de elevar o indivíduo com limitação acidental à condição de pessoa nas suas relações sociais, rebaixam-no à condição de objeto, negando sua potencialidade de ser sujeito de direito e, portanto, atingindo o fundamento do próprio Direito. Isso não decorre de concepções moralistas ou apenas religiosas. É personalismo, filosofia consistente em si mesma.

É por isso, também, que os chamados “crimes sexuais” e o assassinio de bebês não nascidos são uma questão limítrofe para a própria noção de ordenamento jurídico – têm fundamento na ideia de que o ser humano, qualquer que seja, é sempre pessoa perante o Direito (art. 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Sem que seja assim, sem que todo ser humano seja pessoa, o Direito tornar-se-ia arbitrário, irracional, voluntarista, contingente e violento.

A relação entre personalismo e cristianismo, que existe, vem sendo usada, no entanto, pelos que odeiam a pessoa humana, como argumento retórico para desqualificar o próprio ser humano como titular de uma dignidade imanente, com base numa circunstância, a da coincidência entre as religiões e o humanismo neste particular. Como se o fato de uma ideia ser abraçada por uma filosofia e por uma religião fosse motivo para desqualificá-la. Os retóricos anti-humanistas têm aparentemente sido mais hábeis que os personalistas, já que ser coerente com a verdade não implica ser hábil com a retórica. O humanismo racionalista e personalista está perdendo a luta para o irracionalismo libertário anarquizante. E só porque este último tem sido mais hábil com as palavras.

É isso que este artigo pretende discutir, com brevidade. O tema é polêmico e apaixonante, e mereceria um estudo profundo e demorado. Assim, as presentes considerações serão feitas, aligeiramente, num deliberado tom de provocação, para possibilitar o repensar e a resposta, como um início de discussão da qual certamente todos saem mais enriquecidos.

2 As regras formais de discussão e os valores

A vontade honesta de discutir e a lealdade no debate são insuficientes, isoladamente, para atingir um consenso quanto aos próprios valores “de fundo” envolvidos. Mesmo quando as pessoas que discutem concordam com as regras do debate, mesmo quando estão abertas a ouvir o outro e até mesmo quando concordam em não usar “estratégias erísticas” (no sentido que Schopenhauer dá ao termo, quer dizer, “como vencer um debate sem precisar ter razão”) na discussão, podem não chegar a construir valores nesse diálogo. Para ser mais incisivo, não conseguimos “construir valores” a partir apenas das regras formais de debate. Temos de admitir, na discussão, não somente as convicções morais pessoais dos participantes, como a possibilidade de que eles tenham razões para adotá-las e de que tais razões podem ser suficientes para a comunicação e o convencimento.

Creio que, neste particular, Habermas tem apenas parte da razão. Ainda que houvesse o “debate perfeito” entre um grupo de sujeitos espetacularmente honesto, se não houver uma “conversão” (entendida como a experiência de voltar o coração para longe das forças que nos aprisionam na indiferença ou nos fazem voltar o rosto contra o outro, contra o diverso, em uma palavra, contra o próximo), o diálogo apenas não é suficiente: o valor ético em si está além do processo de discussão. Há uma sabedoria que reside no coração, mas não apenas nele. Reside também num *modus vivendi*, numa compaixão, num desejo de paz e de esperança para todos que, acredito, é reconhecível pela razão honesta, desde que aberta à objetividade e purificada pela prudência.

Quanto a isso, foi uma boa surpresa ler o documento “Em Busca de uma Ética Universal”, da Comissão Teológica Internacional vaticana. Ali, um pequeno trecho, que passo a transcrever, confirma minha opinião de que, mesmo envolvendo dois interlocutores honestos e sinceros, não se podem construir valores apenas com base num “consenso” que dificilmente chega:

8. Em tal contexto, em que a referência a valores objetivos absolutos reconhecidos universalmente se torna problemática, alguns,

desejosos de dar assim mesmo uma base racional às decisões éticas comuns, ensinam uma “ética da discussão” na linha da compreensão “dialógica” da moral. A ética da discussão consiste em utilizar, no decorrer de um debate ético, apenas as normas com as quais todos os participantes concordam, renunciando aos comportamentos “estratégicos” para impor seus próprios pontos de vista, e possam dar seu consentimento. Assim, pode-se determinar se uma regra de conduta e de ação ou um comportamento são morais, porque, deixando de lado os condicionamentos culturais e históricos, o princípio da discussão oferece uma garantia de universalidade e racionalidade. A ética da discussão interessa, sobretudo, pelo método pelo qual, graças ao debate, os princípios e as normas éticas podem ser colocados à prova e tornarem-se obrigatórios para todos os participantes. Ela é, essencialmente, um procedimento para testar o valor das normas propostas, mas não pode produzir novos conteúdos substanciais. A ética da discussão é, portanto, uma ética puramente formal, que não concerne às orientações morais de fundo. Ela corre, assim, o risco de se limitar a uma busca de compromissos. Certamente, o diálogo e o debate são sempre necessários para obter um acordo realizável sobre a aplicação concreta das normas morais em uma dada situação, mas elas não podem marginalizar a consciência moral. Um verdadeiro debate não substitui as convicções morais pessoais, apenas as enriquece.

É necessário, pois, para que uma discussão seja frutuosa, ter um ponto de partida que envolva valores universalmente reconhecidos. Mas, como? É exatamente isso que a contemporaneidade nega, a existência de tais valores universais e subsistentes.

Reafirmo-os, veementemente, no entanto, e aponto sua existência exatamente na noção de “pessoa”, como superadora da noção corrente de que os seres humanos são meros indivíduos, mônadas sem dignidade intrínseca além da que o próprio ordenamento as quiser conceder. Vale dizer, pessoa é uma noção fundamental, arraigada na própria intuição de que toda sociedade está reunida em torno de valores, valores absolutos, universais e discerníveis pela razão, embora sua expressão positiva seja historicamente condicionada.

Lembrei-me, neste particular, de um diálogo que tive, certa vez, com uma jovem estudante de Direito, em que ela me contou

que um seu professor lhe afirmou que jamais houve alguma norma ética universal, quer dizer, uma norma ética que tenha sido reconhecida por todas as culturas, em todos os tempos e lugares. Eu refutei:

– Posso dar vários exemplos – Ela me desafiou a apresentar pelo menos um.

– Em nenhuma sociedade, em nenhum lugar, em nenhum tempo, todas as pessoas tiveram o direito simultâneo e incondicionado de fazer sexo com qualquer pessoa que quisessem, no lugar que quisessem, na hora que quisessem. Sempre houve normas disciplinando a conjunção sexual. Vai lá o plebeu, o servo, o operário, ou qualquer membro anônimo do povo, tentar possuir a mãe ou a esposa do rei (ou do governante) em público, contra a vontade dela e na frente dele! Conhece alguma sociedade onde essa cena seria possível?

Ela não se deu por vencida:

– Tudo bem, admito, mas é o único exemplo. Duvido que você consiga outro.

– Fácil – eu repliquei. Em nenhuma sociedade, em nenhum lugar, em nenhum tempo, todas as pessoas da referida sociedade tiveram o direito simultâneo e incondicionado de matar impunemente a pessoa que quisessem, na hora que quisessem, no lugar que quisessem.

– Ah, tá – respondeu ela, vencida, mas não derrotada. Acaba aí! Dê outro exemplo!

– Bom, em nenhuma sociedade, em nenhum lugar, em nenhum tempo, todas as pessoas da referida sociedade tiveram o direito simultâneo e incondicionado de se apossar e destruir qualquer bem material que quisessem, na hora e no lugar que quisessem. Tampouco todas as pessoas de qualquer sociedade tiveram o direito simultâneo e incondicionado de lesar, física ou verbalmente, a pessoa que quisessem, na hora que quisessem, no lugar que quisessem. Tampouco todas as pessoas de qualquer sociedade tiveram o direito simultâneo e incondicionado de, sendo capazes, não produzir, de não se ocupar, e mesmo assim serem compulsoriamente sustentadas e alimentadas por outro ou pela coletividade. Quer que eu continue?

– Sei lá – disse a moça, hesitante. Para mim não é assim, tudo é relativo...

– Bom – concluí eu – nenhum diálogo é possível quando alguém diz a frase “para mim não é assim”. Ou as coisas são as mesmas “para mim” e “para ti”, e então nós podemos estabelecer alguma espécie de diálogo racional e produtivo, ou o mundo é um caos ininteligível, e quando eu falo “branco” você pode dizer que “para mim, branco é preto” e a comunicação é impossível. Além disso, a expressão “tudo é relativo” é contraditória: a palavra “tudo” expressa um absoluto, portanto, não pode ser conectada por um verbo de ligação com a palavra “relativo”. Para que tudo seja relativo, é preciso que a expressão “tudo é relativo” seja absoluta. Neste caso, nem tudo é relativo, porque existe ao menos um absoluto, consistente na ideia de que “tudo é relativo”. Mais uma vez, estamos no espaço da contradição e da desrazão.

A moça saiu, olhando para mim com aquela expressão que se reserva aos que flutuam em outro mundo, olhando o relógio, como se estivesse atrasada para algum compromisso inadiável, me pedindo licença meio bruscamente. Nem esperou a minha última frase, que seria: “Você acredita num absoluto, o de que ‘tudo é relativo’. Eu também acredito num absoluto, Deus. Mas o absoluto que centra a sua vida é absolutamente impessoal. O meu absoluto é uma pessoa”.

Não sei se nosso diálogo teria prosseguido depois dessa frase. Falar que o absoluto é uma pessoa e que ama é algo que soa totalmente sem sentido à maioria dos ouvidos, hoje. Mas, se for preciso levar em conta os argumentos sobre a impessoalidade, também se deve estar aberto à discussão sobre a pessoalidade. Ser indivíduo é estar isolado, ser pessoa é relacionar-se e transcender-se, é precisar do outro. Por isso, um ordenamento que tem a pessoa como fundamento não pode deixar de levar em conta a dimensão do amor, que é a dimensão da relação interpessoal. Claro, sem nenhum reducionismo do tipo freudiano: a esmagadora maioria das relações interpessoais não envolvem interesses sexuais.

Os *indivíduos* são meros joguetes nas mãos de forças impessoais. Por exemplo, sob o poder da pulsão sexual, segundo os freudianos; ou sob o poder histórico da economia, dizem os marxistas;

ou sob as forças implacáveis da evolução, dizem os neodarwinistas. As *peessoas* têm, sem dúvida, impulsos sexuais, necessidades econômicas e funções biológicas, mas submetem-nos à sua própria inteligência e vontade, atentas às suas relações interpessoais, digo eu. Pessoas não são meros indivíduos, portanto. Indivíduos são joguetes de forças impessoais. Pessoas são seres com vontade, inteligência e sensibilidade, com capacidade de relação, e, portanto, com dignidade intrínseca. Os indivíduos, já disse Maritain, estão sujeitos às estrelas. As pessoas as dominam. Por isso, os indivíduos leem horóscopos, enquanto as pessoas lançam foguetes. Diz Maritain (1925), sobre a redução, feita pela contemporaneidade, da noção de pessoa à noção de mero indivíduo:

Ningún misterio. El mundo moderno confunde sencillamente dos cosas que la sabiduría antigua había ya distinguido: confunde individualidad y personalidad.

¿Qué nos dice a este respecto la filosofía cristiana? Nos dice que la persona es “una sustancia individua completa, de naturaleza intelectual y señora de sus acciones”, *sui juris*, autónoma, en el sentido auténtico de este vocablo. Por lo cual el nombre de persona se reserva a las sustancias que poseen ese algo divino que es el espíritu, y que por lo mismo constituyen, cada una por separado, un mundo superior a todo el orden corpóreo, un mundo espiritual y moral que, hablando con propiedad, no es una parte de este universo, y cuyo secreto es inviolable aun a la mirada natural de los ángeles; el nombre de persona queda reservado a las sustancias que, en la búsqueda de su fin, son capaces de determinarse por sí mismas, elegir los medios e introducir en el universo por el ejercicio de su libertad, nuevas series de sucesos; a las sustancias que pueden decir a su modo: *fiat*, y lo imperado se realiza. Y lo que constituye la dignidad y personalidad de las mismas, es propia y precisamente la subsistencia del alma espiritual e inmortal y su independencia dominadora frente a toda imaginaria fugaz, y a todo el tinglado de los fenómenos sensibles. Pues como enseña Santo Tomás, el nombre de persona designa la más noble y elevada de las cosas que existan en la naturaleza entera: *Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura.*

El nombre de individuo, por el contrario, es común al hombre y a la bestia, a la planta, al microbio y al átomo. Y mientras que la personalidad se funda en la subsistencia del alma humana (subsistencia independiente del cuerpo, y comunicada al cuerpo, el cual es sostenido en el ser por la subsistencia misma del alma), la filosofía tomista nos dice que la individualidad como tal se funda en las exigencias propias de la materia, la cual es el principio de individuación porque es principio de división, ya que exige espacio y cantidad, por los cuales lo que está en este lugar se diferencia de lo que está en aquel otro. De suerte que en cuanto individuos somos un fragmento de materia, una partícula de este universo, distinta, sin duda, pero siempre una parte, un punto de esta inmensa red de fuerzas y de influencias físicas y cósmicas, vegetativas y animales, étnicas, atávicas, hereditarias, económicas e históricas, a cuyas leyes estamos sometidos” (*Los Tres Reformadores*. Disponible em: <http://www.humanismointegral.com/DOCS_5_Obras_Breves/1_FILOSOFIA_FILOSOFIA/920_22_Lutero.htm>).

3 A questão do aborto e a dignidade da pessoa não nascida

Sei que nesta questão do aborto as posições são, muitas vezes, irredutíveis. Mas ousar fazer algumas ponderações, partindo da noção de pessoa, como acima debatida.

Não se trata apenas de uma questão religiosa. Há religiões abortistas; há religiões antiabortistas. Algumas até buscam fundamento num pensamento predestinacionista, de fundo calvinista, defendido, por exemplo, pelos anglicanos da *low church* e pela Universal do Reino de Deus, de que, uma vez nascida, é muito tarde para salvar uma pessoa, sendo mais garantido mandá-la para o céu direto do ventre – vale dizer, há pessoas “religiosas” que chegam a defender o aborto como caminho de salvação! Por outro lado, religiões tão frontalmente incompatíveis entre si como o espiritismo e o catolicismo têm circunstancialmente a mesma posição antiabortista no particular, embora por razões completamente diferentes.

Tampouco a questão do aborto é uma questão “avançada” ou “moderna”. Muitas sociedades antigas, pagãs, conheceram o aborto e o infanticídio tanto como meio de controle populacional quanto como seleção racial e eugênica. Nesse sentido, o aborto é, de fato, um retrocesso a um momento pré-cristão da humanidade. Não estou fazendo um julgamento de valor quanto a isso: somente estou argumentando que voltar a adotar como política pública uma prática antiga, que ficou afastada tantos séculos da nossa sociedade, não pode ser considerado “evolução”, no sentido spenceriano do termo.

Pessoalmente, creio que, para o aborto ser considerado um “direito”, mesmo dentro da noção liberal de que o direito decorre de um discurso racional numa assembleia de iguais, ele teria de ser possível retroativamente, meio à moda daquele filme do Benjamin Button, em que o sujeito nasce velho e morre bebê: nós deveríamos poder avaliar qual adulto defende o aborto, qual adulto acha que a sua própria geração e gestação pode ter sido um erro, qual adulto acha que alguém pode escolher manter ou não uma criança no útero, em seguida, voltar lá na gestação do referido indivíduo e só então garantir à respectiva mãe o direito de abortar. Para o aborto ser democrático, só assim: ficaria obrigatório, nesta hipótese, que os abortistas voltassem aos úteros das próprias mães para serem abortados.

Na impossibilidade prática de que os próprios abortistas sejam abortados, é covardia: qualquer um que possa agora defender o aborto só o faz porque a própria mãe não o abortou e nem pode mais fazê-lo. Portanto, quem defende o aborto sempre o faz por negar ao nascituro a condição de pessoa. Nega a dignidade daquele que ainda pode ser abortado e, portanto, nunca vai chegar a desenvolver seu potencial de dialogar, de debater, de estar aqui para defender-se. Nada democrático – a eliminação da própria possibilidade de que o outro faça parte do foro de debate, por uma mera circunstância de tempo.

Pondero, ainda, como digressão, que qualquer “direito” ao aborto transformar-se-ia, rapidamente, num dever de aborto, pelo menos para as mulheres mais pobres ou vulneráveis. A menos que todas as mulheres do mundo fossem profissionais altamente instruídas e excelentemente remuneradas, emocionalmente independentes

e absurdamente autossuficientes, maduras e estáveis, o que seria de admirar é como uma gestação de uma moça humilde e de poucas luzes poderia prosseguir, mesmo com o desejo dela, contra a vontade de quem a sustenta ou suporta, como os seus pais ou o companheiro, num contexto em que o aborto fosse um “direito”, até mesmo assistido pelo planejamento estatal da rede pública de saúde.

Qualquer resistência que a mulher pobre, vulnerável ou insegura (qual mulher grávida não fica insegura?) pudesse opor, num contexto assim, seria tido apenas como um “capricho pessoal” econômica e racionalmente insustentável, contra uma pretensão jurídica legítima que assistiria aos que a querem obrigar ao aborto. A gestação e o parto, bem como o sustento da criança, são altamente custosos e trabalhosos. O aborto é grátis na rede pública. Haveria uma possibilidade de escolha livre?

Vale dizer, trata-se de uma prática altamente eugênica: somente as mulheres autossuficientes pertencentes às classes dominantes do primeiro mundo (ou às classes absurdamente mais favorecidas do resto do mundo) é que seriam efetivamente livres para decidir pela manutenção ou interrupção da gravidez. As outras, as pobres, as solteiras, as trabalhadoras, as dependentes em geral, dificilmente resistiriam à pressão dos chefes pelo não gozo da licença maternidade, dos maridos, companheiros ou namorados irritados com as despesas e transtornos da paternidade.

Isso para não mencionar o padrão de beleza pornográfico que exclui do mercado econômico ou afetivo as mulheres com estrias ou cicatrizes de parto, ou com obrigações maternas. Ou as famílias “tradicionalistas”, ou simplesmente pouco dispostas a tolerar uma pessoinha inesperada. Bom, as mulheres ricas, inteligentíssimas e lindas teriam o direito de abortar. As outras teriam, na prática, o dever, repito, o dever social de fazê-lo.

É claro que as leis abortivas poderiam criar “vantagens legais” para a mulher que estivesse disposta a não abortar, ou seja, a levar sua gravidez a termo voluntariamente, mesmo sendo lícito, mais barato, mais confortável e mais conveniente não fazê-lo. Cada gravidez seria, assim, algo como um “serviço público” populacional

prestado pela mulher ao Estado, resultante de uma política oficial de estímulo estatal. Como se sabe, as políticas públicas decorrem de decisões políticas e de recursos (bem limitados) a serem direcionados num ou noutro sentido, em função dos interesses do governante ou do grupo detentor do governo num determinado Estado, num determinado momento. Isso em todos os países do mundo, em todos os tempos. Então, na verdade, cada ser humano, daí por diante, só nasceria quando: 1) fosse filho de alguém economicamente independente que quisesse e pudesse bancar a aventura de ter e criar um filho ou 2) quando a sua mãe estivesse incluída numa política pública de incentivo à gravidez. Política de cotas para gravidez! Imaginemos a política de cotas para o vestibular, que hoje se está implantando no país, sendo aplicada a uma eventual “política de incentivo à gravidez!”.

Quem decidiria quais etnias e populações seriam candidatas a incentivos assim? As ONGs? Os grupos de pressão? Os partidos políticos? E, quando o mundo vivesse uma crise econômica como agora, perderíamos uma geração da humanidade por falta de recursos públicos? Pode-se imaginar um anúncio do Ministério da Saúde mais ou menos assim: “Em função da crise econômica internacional, este ano haverá recurso somente para a gestação de mulheres jovens, comprovadamente afrodescendentes, nordestinas, oriundas da rede pública de ensino ou analfabetas de nascimento. As outras podem encaminhar-se à rede pública de saúde para a interrupção gratuita da gestação. Em função de cuidados ambientalistas, as mulheres grávidas na Amazônia Legal que se encaminharem à rede pública de saúde para abortar nas próximas vinte e quatro horas receberão um bônus de cota de carbono! O Ministério da Saúde adverte: a gravidez pode gerar adolescentes malcriados!”.

Ou talvez a gestão dos recursos públicos de “estímulos populacionais” seria análoga ao processo de reforma agrária: em caso de necessidade, desapropriaríamos úteros por utilidade pública, contra “títulos da dívida uterina” recebíveis a longo prazo, digamos, em vinte anos, quando o moleque estivesse pronto para trabalhar e se pagar à própria mãe. Quem estabeleceria o valor do aluguel de um útero? O mercado? O governo? A etnia da mulher?

Quem vence, me parece, é Margaret Sanger, porque, afinal, ela tinha razão em defender publicamente o que hoje se escamoteia. A eugenia e o abortismo são indissociáveis.

4 O Estado laico e a pretensa neutralidade absoluta perante o fenômeno religioso

Existe um pensamento muito comum, nos meios acadêmicos jurídicos, que defende que a laicidade do Estado implica uma neutralidade estatal perante o fenômeno religioso, neutralidade esta que, para tal corrente, tem seu ideal no silêncio: a expressão da religiosidade humana seria um fenômeno perante o qual o Estado deveria manter absoluto silêncio ou indiferença, vedada qualquer manifestação estatal nesta área.

Tal posição doutrinária parte de uma interpretação isolada e isolante do art. 19 da Constituição Federal, que diz:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Ora, sabe-se que a Constituição é um conjunto, não se interpreta às tiras, não se pode pinçar um artigo e elevá-lo a um grau absoluto que ele não tem, se avaliado em conjunto com o corpo constitucional.

Vale dizer, a vedação constitucional a União, estados, Distrito Federal e municípios de estabelecer cultos, subvencioná-los, embaraçar o funcionamento ou estabelecer relações de dependência ou aliança em um limite intrínseco, no próprio artigo: a colaboração de interesse público.

Essa colaboração de interesse público deve ser avaliada, portanto, com os critérios da própria Constituição, ou seja, de uma

Constituição que se declara promulgada “sob a proteção de Deus” no seu preâmbulo, que declara, portanto, relacionada não somente a Deus, mas a Deus como pessoa, que pode proteger e que, portanto, não é indiferente ao bem comum.

Não são poucos os incisos do art. 5º da Constituição que tratam da liberdade de crença e consciência, incluindo especificamente o da “proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Vale dizer, se, por um lado, há um limite negativo na vedação ao Estado em estabelecê-los, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles relação de dependência e aliança, por outro, há o limite positivo consistente no dever, para o Estado, de proteger efetivamente os “locais de culto e suas liturgias” (art. 5º, VI), bem como de prestar assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII).

Estabelecido o fato de que a relação do Estado com o fenômeno religioso não é algo estritamente negativo – ou seja, algo que tende a um horizonte de absoluta “neutralidade ideal”, mas, ao contrário, que demanda uma postura positiva do Estado como valor humano que deve ser positivamente protegido, incentivado e mesmo garantido –, posso afirmar que, como em todas as atuações estatais, também aqui está em jogo o fim último do Estado, aquele consistente na promoção do bem comum.

Quando menciono o bem comum, estou falando de algo muito concreto: devido ao fato de que os homens têm vocação para viver em sociedade com os outros, eles possuem em comum um conjunto de bens a buscar e valores a defender. É a isso que chamo de “bem comum”. Se a pessoa é um fim em si mesma (e é exatamente isso que diz o art. 1º, III, da Constituição), a sociedade tem por finalidade promover, consolidar e desenvolver seu bem, no âmbito da convivência com outras pessoas – já que a noção de “pessoa” ultrapassa o conceito de “indivíduo” para abranger as diversas dimensões humanas, inclusive a que define a própria possibilidade de existência do bem comum, a dimensão relacional. A busca do bem comum permite à sociedade mobilizar a energia de todos os seus membros. Em um primeiro nível, o bem comum

pode ser compreendido como o conjunto de condições que permite à pessoa ser sempre mais pessoa humana, sempre mais digna. Em segundo nível, o bem comum é tudo o que finaliza a ordem política e a própria sociedade. Bem de todos e de cada um em particular, exprime a dimensão comunitária do bem humano. A visão do bem comum, é certo, desenvolve-se com as próprias sociedades; na nossa, está positivamente vinculada aos conceitos constitucionais de pessoa, de justiça e de pluralismo.

Há, pois, uma espécie inegável de *sindérese* que se pode atribuir à formação da vontade estatal: um discernimento básico inegável que distingue o bem do mal e que ultrapassa a positividade ascética. Quer dizer, o Estado constitucional brasileiro não pode ser axiologicamente cego. No limite, diríamos, não pode tratar do mesmo jeito uma religião que se autodeclare – e se conduza como tal – dirigida à busca do bem, à promoção da religiosidade consentânea com o bem comum, com a dignidade da pessoa humana, que tenha uma história, um lastro litúrgico e cultural histórico e concreto a ser protegido nos termos do art. 5º, VI, da Constituição, com, por exemplo, uma religião que declaradamente se dedique a cultivar o mal em si, a promover a destruição, a ritualizar a morte e o conflito, a exploração e banalização da vida humana, da dignidade e da integridade do seu adepto e do outro. Ao se comportar com neutralidade perante uma religião assim, o Estado teria de conceder-lhe, paradoxalmente, tratamento tributário vantajoso, aplicando-lhe a imunidade do art. 150, VI, *b*, fazendo com que, no fundo, toda a comunidade tivesse de suportar o peso de uma religião cujo objetivo declarado é promover o mal comum, que, no limite, contradiz o próprio sim que o Estado deve dizer aos valores do art. 1º da Carta Magna. Uma religião assim não somente não deve ser estimulada como sequer deve ser reconhecida perante o Estado brasileiro.

Estabelecido este limite, há ainda outras questões de cunho constitucional que sinalizam para a não neutralidade do Estado perante o fenômeno religioso. A proteção aos locais de culto e às liturgias implica vê-las positivamente como fenômenos com os quais

o Estado tem de se relacionar efetivamente para resguardar e proteger, não para turbar e repelir. O Estado nem pode subjugar, nem ser subjugado por uma religião, para que não tenhamos, por um lado, o “culto oficial ao deus imperador”, à moda dos antigos impérios egípcio e romano, nem, por outro, a teocracia que é incompatível com a nossa tradição democrática. Mas, no campo entre esses dois polos, há toda uma matização a que não se pode ser cego.

Por isso, estabelecer como ideal a neutralidade absoluta do Estado perante o fenômeno religioso é conduzir a saudável laicidade do Estado a um laicismo – entendido como uma posição de repúdio a tudo o que envolve a expressão pública da dimensão religiosa do cidadão e dos grupos histórica e socialmente relevantes para a nossa sociedade – que não está explícito nem implícito na Constituição. Na verdade, tal laicismo também revela, por si mesmo, uma posição religiosa oculta, como num diálogo que manteve uma vez com um interlocutor, num auditório jurídico, debatendo sobre questões jurídicas, que me queria calar sob o fundamento de que, uma vez que sou publicamente alguém que tem uma opção religiosa pública, sou menos digno de me expressar sobre questões jurídicas abstratas, porque mantenho – segundo ele – pressupostos inconfessáveis na minha fala, motivados por tal opção. Respondi ao referido interlocutor:

Você não pode me acusar de manter fundamentos religiosos ocultos na minha argumentação. Meus fundamentos religiosos são bem explícitos, estão na Bíblia, assim como ela é lida pela tradição da Igreja, e estão no Catecismo da Igreja Católica, que vende em todas as livrarias. Na verdade, as minhas convicções religiosas são muito menos ocultas que as suas, que eu não sei quais são!

Eu não tenho convicções religiosas, ele se defendeu.

Mas quando eu retruquei que não ter convicções religiosas já é, claramente, uma convicção religiosa, ele me acusou de estar sofismando.

Não estou, não – respondi. Estou afirmando que, quando não se tem convicções religiosas, isso se dá ou porque você já examinou

todos os credos, todas as religiões, e achou todos igualmente importantes, não conseguindo se decidir por uma, ou se você acha que todas são igualmente desimportantes, e não acha nenhuma delas digna de sua escolha.

E prossegui:

Como você afirmou expressamente que as pessoas que têm convicções religiosas estariam sempre fechadas para os argumentos racionais por força das próprias convicções religiosas, quero crer que você se enquadra na segunda hipótese, quer dizer, acha todas as religiões igualmente desimportantes e indignas de você, além de opostas à razão. Porque, se achasse todas as religiões igualmente importantes a ponto de não conseguir optar por uma delas a partir de um discernimento racional, teria que concluir que qualquer argumento religioso, para você, seria mais importante do que qualquer argumento “racionalista” ou “positivo” (já que nenhum pensamento “racionalista” de discernimento, da sua parte, foi capaz de te levar a discernir entre religiões razoáveis e irrazoáveis e escolher, entre elas, aquela que fosse mais razoável para você, vendo todas como acima de tal possibilidade).

E concluí:

Portanto, considerando as religiões como todas igualmente importantes ou todas igualmente desimportantes, você tem, sim, uma posição religiosa, ainda que externa às próprias religiões e credos organizados, a posição de que todas são irrelevantes, ou até mesmo nocivas. Não consigo ver uma posição mais abertamente religiosa do que a sua. Mas, me perdoe, me parece menos honesta que a minha, porque menos expressa.

Defendo, portanto, que toda discussão jurídica, no particular, deve incluir, como desejáveis, os valores que a própria Constituição positivou, e, ainda, como legítimas, todas as posições, religiosas, agnósticas e ateias, correntes na sociedade, com o seu respectivo peso. Excluir um falante por acusá-lo de possuir convicções religiosas é discriminação odiosa, sem fundamento positivo. As convicções religiosas sempre existem e devem ser expressas. No limite, como discuti acima, o agnosticismo e o ateísmo são posições religiosas, e a imposição de um “laicismo”

baseado apenas nessas duas posições representa intolerância e discriminação destes para com os deístas e teístas.

5 O aborto, o ser humano e a dignidade da pessoa humana

Ao reler alguns livros de Direito Civil, fiquei um pouco decepcionado com a noção de “pessoa” que os nossos doutrinadores trazem. Um conceito tão rico como “pessoa” é tratado como simples sinônimo de “sujeito de direito”. Vale dizer, os nossos doutrinadores de Direito Civil limitam-se a afirmar que “pessoa” é “sujeito de direito”.

Os civilistas “do batente diário”, quer dizer, aqueles cujos livros estão nas estantes dos operadores jurídicos – longe das discussões acadêmicas mais profundas – limitam-se a fazer o seguinte raciocínio: o art. 1º do Código Civil diz que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Logo, pessoa é aquele ente que é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Isso não é verdade. Há entes capazes de direitos e deveres na ordem civil que não são “pessoas”. Logo, não há identidade entre “ser pessoa” e “ser sujeito de direitos”. Por outro lado, há “pessoas” que, por não terem dignidade intrínseca, algumas vezes são desconsideradas, na ordem civil, como entes capazes de ser sujeito de direitos. No primeiro caso, dos entes que não são pessoas, mas que são sujeitos de direito, encontram-se, por exemplo, os espólios, as massas falidas e os condomínios. No segundo caso, encontramos sociedades empresárias que agem com abuso de direito contra o consumidor.

O maior problema dessa interpretação de identificar, sem mais, que “ser pessoa” é “ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil” é que ela leva à conclusão de que o nascituro não é pessoa, porque o art. 2º do mesmo Código Civil diz que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Se o nascituro não é pessoa até que nasça com vida, então não se lhe poderia reconhecer a proteção constitucional a título de “garantia da dignidade da pessoa humana”.

Essa é uma interpretação bem difundida, salvo engano andou em baila quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a questão das células-tronco embrionárias. Mas é uma interpretação equivocada, porque viola um preceito básico da hermenêutica: não se pode interpretar a Constituição com base em interpretação de uma lei ordinária, como o Código Civil. É o Código Civil que deve ser interpretado à luz da Constituição, porque esta Carta está, hierarquicamente, acima do Código Civil na estrutura das leis brasileiras. Não é difícil entender, creio eu: a Constituição é que determina como o Código Civil, lei ordinária, deve ser lido, e não o contrário.

Ainda que não fosse equivocado deduzir um conceito de pessoa por meio de uma leitura do Código Civil, simples lei, e depois aplicar esse conceito à Constituição, seria um erro concluir, da leitura dos artigos do Código Civil, que o conceito brasileiro de *pessoa humana* limita-se à noção de “*sujeito de direito*”, como já dissemos acima. Pessoa humana é muito mais do que isso. Há mais evidências de que essa interpretação é limitada, até do ponto de vista gramatical. O art. 2º do Código Civil afirma, textualmente, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Ora, afirmar que a “personalidade civil da pessoa” começa com o nascimento com vida seria absurdamente tautológico se “personalidade civil” e “pessoa” fossem termos sinônimos. Obviamente, “personalidade civil”, nesta redação, é alguma coisa que se acrescenta, no nascimento, a uma “pessoa” que preexiste – o que somente se aplica, é claro, à pessoa humana, ou seja, à chamada pessoa física ou natural. As chamadas “pessoas jurídicas” ou “morais”, que são meras coletividades que podem ser titulares de direitos e deveres, não têm a dignidade intrínseca da pessoa humana.

Vale dizer, quando trata da pessoa jurídica, o código nunca diz que “a personalidade civil da pessoa jurídica” é adquirida com o “registro próprio dos atos constitutivos”. Porque não há uma “pessoa jurídica” que preexista à própria *personalidade civil da pessoa jurídica*, como, no caso do ser humano, a pessoa humana preexiste

à personalidade civil da pessoa humana. Confirma-se, para reforçar, que o art. 45 do Código Civil, tratando da pessoa jurídica, afirma que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Não comete tautologias, como o art. 2º cometeria se considerasse “pessoa” e “personalidade civil” termos sinônimos.

É que, no caso da pessoa humana, que tem dignidade intrínseca (diferentemente das sociedades que se configuram em pessoas jurídicas), a condição de pessoa decorre da mera existência de um ser humano, ainda que em estado embrionário. Pessoa jurídica não tem dignidade intrínseca, é apenas instrumento para a realização da dignidade intrínseca da pessoa humana. Tanto assim que as pessoas jurídicas podem ser compulsoriamente dissolvidas ou desconsideradas por ordem judicial (art. 5º, XIX, da Constituição) quando não estiverem servindo adequadamente ao seu fim, que é o de promover a dignidade humana das pessoas físicas ou naturais.

É por isso que o próprio art. 2º do Código Civil, na segunda parte, afirma que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ora, se a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, isso significa que o nascituro tem de ter “direitos” para que a lei ponha a salvo, senão a frase não tem sentido. Se o nascituro tivesse mera expectativa de direitos – e não direitos submetidos à condição resolutiva do nascimento com vida – o código diria, simplesmente, que a lei “põe a salvo, desde a concepção, as legítimas expectativas de direito do nascituro”. Mas não é isso que a lei diz. Ela fala, com todas as letras, em pôr a salvo “os direitos” do nascituro.

Ora, então, se “ser pessoa” é ser “sujeito de direitos” e se a lei expressamente reconhece e manda pôr a salvo “os direitos do nascituro”, seria forçoso concluir que, sendo expressamente “sujeito de direitos”, o nascituro é “pessoa”, para nosso ordenamento, desde a sua concepção, ou seja, se, de acordo com este mesmo art. 2º, a “personalidade civil” da “pessoa” começa do nascimento com vida, e se a lei deve garantir os direitos do nascituro desde a concepção, está mais do que provado que, mesmo para o nosso Código

Civil, as noções de “pessoa”, para os fins de reconhecimento da dignidade humana intrínseca e de “personalidade civil”, que inicia pelo nascimento, não são sinonímias. A dignidade humana é garantida, pelo Código Civil, ao nascituro, desde a concepção.

Quer dizer, mesmo se nós fôssemos cometer o erro de interpretar a Constituição a partir do Código Civil, teríamos de reconhecer a necessidade de garantir os direitos constitucionais e a dignidade da pessoa humana desde a concepção, como determina o art. 2º do Código Civil. E é assim, de fato, que tem de ser, não porque o Código Civil condiciona a Constituição, mas porque ele a complementa com muita propriedade e com muita fidelidade ao espírito constitucional, nesse particular.

No entanto, a forma correta de interpretar a Constituição é a partir do próprio Direito Constitucional; o fato é que a própria Constituição ressaltou que a interpretação dos seus valores deve ser feita sempre de modo ampliativo, nunca de modo restritivo, e que seus direitos e garantias devem integrar-se com outros, mais amplos, previstos inclusive em tratados internacionais em que o Brasil seja parte. É o que diz o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Assim, para os que não consideram que a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição, combinado com o art. 5º, seja suficiente para garantir a segurança do ser humano nascituro desde a concepção, deveríamos trazer à baila o art. 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos, que afirma expressamente que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Vale dizer, os conceitos de “ser humano” e de “pessoa” têm de ter a mesma extensão.

É o mesmo teor da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo, que foram ratificados pelo Congresso Nacional em 9 de julho de 2008 pelo Decreto Legislativo n. 186/2008, e todos os seus artigos são de aplicação imediata. Ali, no art. 10, está expressamente afirmado que os Estados-Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida.

6 Conclusões

Resta aos que querem defender a possibilidade do aborto, não somente liberado como custeado pelo Estado, provar que o nascituro, desde a sua concepção, não é um ser humano e, por isso, não pode ter dignidade intrínseca de pessoa. Alguns já estão chegando aí. A ministra Bibiana Aído, do governo espanhol do Zapatero, afirmou, numa entrevista, com todas as letras, que “Un feto de 13 semanas es un ser vivo, pero no puede ser un ser humano porque eso no tiene ninguna base científica”.

Eis onde estamos: o nascituro, para alguns, é um “ser vivo”, mas não é um “ser humano”, porque isso não teria, segundo eles, nenhuma “base científica”. Resta saber, então, o que é esse “ser vivo” que não é “humano”. Seria um mero parasita, para esses pensadores, porque somente sobrevive, nessa fase, em estreita simbiose com o seu “hospedeiro”. E esse “parasita”, súbita e repentinamente, vira um “ser humano” ao ser parido, sem mais – para os que pensam assim. E essa afirmação, por esse discurso, ainda incluiria uma pretensa “base científica”.

Desconheço as pesquisas sobre esta “transfiguração maravilhosa” que um “parasita” sofre ao transformar-se repentinamente em “ser humano” após o parto. Enquanto elas não chegarem, e creio que não chegarão nunca, continuo defendendo a interpretação constitucional e legal que protege mais amplamente o ser humano, noutra palavra, a pessoa e sua dignidade intrínseca, seja ele uma pessoa nascida ou não.

Referências

Maritain, Jacques. Los tres reformadores. In: Correa, Angel C. (Ed.). *Lecturas escogidas de Jacques Maritain*. Visión General de su filosofía Humanista Cristiana. Disponível em: <http://www.humanismointegral.com/DOCS_5_Obras_Breves/1_FILOSOFIA_FILOSOFIA/920_22_Lutero.htm>.

Redistribuição, reconhecimento e representação no feminismo segundo a visão de Nancy Fraser

Flávio Garcia Cabral

Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestrando em Derecho de Daños pela Universidad de Girona/Espanha. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/MS. Ex-advogado da União. Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: Trata-se de *paper* que possui como objetivo precípua a análise da segunda onda feminista na realidade norte-americana conforme o enfoque proposto por Nancy Fraser. Abordar-se-ão os aspectos que marcaram a referida segunda onda, podendo distingui-la, principalmente para fins acadêmicos, em três fases distintas, sendo cada qual marcada por um traço peculiar em busca da justiça social. Tem-se na primeira fase o viés da redistribuição, enquanto a segunda se destaca pelo reconhecimento, concluindo, derradeiramente, pela dimensão da representação. O escrutínio do entendimento de Nancy Fraser sobre este momento feminista se mostra de fundamental e imprescindível tarefa para uma compreensão mais ampla não só do próprio feminismo, mas também dos diversos movimentos sociais existentes.

Palavras-chave: Feminismo. Nancy Fraser. Redistribuição. Reconhecimento. Representação.

Abstract: It is a paper that has as its main objective the analysis of the second feminist wave in North American reality according to the approach proposed by Nancy Fraser. It will mention the aspects that marked this second wave, which can be distinguished, mainly for academic purposes, into three distinct phases, each one marked by a peculiar trait in search of social justice. There is on the first phase the aspect of redistribution, whereas the second one

stands for recognition, concluding, ultimately, for the representation dimension. The scrutiny of Nancy Fraser's understanding about this feminist moment has a fundamental and essential task for a broader understanding not only of feminism itself, but also the various existing social movements.

Keywords: Feminism. Nancy Fraser. Redistribution. Recognition. Representation.

Sumário: 1 Introdução. 2 A redistribuição como marco inicial. 3 Da redistribuição ao reconhecimento. 4 Uma nova perspectiva: a representação. 5 Conclusões.

1 Introdução

Em uma proporção não exatamente simétrica, os avanços conquistados pelas mulheres em sociedades de caracteres patriarcais vêm sendo acompanhados de estudos e desdobramentos de correntes feministas diversas, sendo mister a compreensão destas para a maximização daquelas conquistas citadas, a fim de que uma consciência discriminatória, que – infelizmente – ainda se faz presente, possa ser proscrita das sociedades contemporâneas.

Neste diapasão, os escritos de Fraser, talvez uma das autoras de maior relevo que se destacou no cenário dos estudos feministas, são peças-chave para a compreensão do movimento feminista e do vislumbre das perspectivas futuras para o universo feminino em um mundo ainda dominado pelo simbolismo fálico.

Partindo-se de um breve relato pertinente à segunda onda feminista, em particular com a experiência norte-americana, por meio dos artigos “O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história” (2009) e “Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação” (2007), ambos de Fraser, procurar-se-á dialogar com a autora, ainda que hipoteticamente, sobre as três fases distintas e marcantes do arcabouço teórico do feminismo norte-americano.

Tentar-se-á, portanto, construir uma análise das três fases, que se desdobram da segunda onda feminista, sintetizando-as analiti-

camente no modelo teórico tridimensional de justiça como redistribuição, reconhecimento e representação. A compreensão dessas três características que se sobrepõem, sob a perspectiva da já citada autora, constitui marco teórico fundamental para o entendimento da construção do movimento feminista e reflexão para os novos caminhos a serem trilhados.

2 A redistribuição como marco inicial

Ao se estudar o feminismo¹, é possível a utilização de cortes epistemológicos distintos, entendendo-o como teoria, prática, doutrina, ideologia etc. No presente artigo, utilizamos uma conotação global, que, nos dizeres de Soares (apud RIBEIRO, 2006, p. 803), entende que o feminismo engloba “teoria, prática ética e toma as mulheres como sujeitos históricos da transformação da sua própria condição social. Propõe que as mulheres partam para transformar a si mesmas e ao mundo”.

Comumente, e com nítidos fins didáticos, é feita uma distinção do feminismo em fases ou, ainda, “ondas”², sendo que o destaque realizado por Fraser (2009), no qual se debruça o presente trabalho, remete à segunda onda feminista³, tendo sua semente em meados da década de 1960 até os tempos atuais.

1 Mesmo havendo uma série de teorias e correntes distintas dentro do próprio feminismo, Smith (1999, p. 273) rememora que a rejeição ao patriarcado é o ponto no qual todas as feministas concordam, sendo, igualmente, uma característica que distingue o feminismo das outras escolas de pensamento que não lançam suas críticas contra instituições e atitudes patriarcais.

2 Considera-se a primeira onda feminista o período do século XIX ao final do século XX, onde se tinha como objetivo fundamental a promoção da igualdade pertinente aos direitos contratuais e de propriedade entre homens e mulheres.

3 A segunda onda feminista, como proposta por Fraser, embora de fundamental relevância e inteligência para o entendimento feminista, retrata uma sociedade norte-americana, com alguns setores europeus, que não serve de paradigma padrão para a realidade latino-americana. Tome-se como exemplo o fato de que a chamada segunda onda nos países latino-americanos nasceu “nos anos 1970, em meio ao autoritarismo e à repressão dos regimes militares dominantes e das falsas democracias claramente autoritárias. Surge como consequência da resistência das mulheres à ditadura militar [...]” (COSTA, 2009, p. 57).

Na análise de Fraser (2007, p. 293), a segunda onda do feminismo desabrochou com o radicalismo da Nova Esquerda (*New Left*), surgindo conjuntamente com os novos movimentos sociais “que desafiaram as estruturas normatizadoras da social democracia pós-Segunda Guerra”, em um contexto de movimentos contestatórios, podendo-se citar a campanha estudantil francesa, lutas pacifistas contra a guerra do Vietnã nos EUA e o movimento *hippie* internacional (COSTA, 2009, p. 52).

A explosão feminista neste início da segunda onda teve como pressuposto a crítica lançada a quatro características precípuas do Estado norte-americano – onde as condições econômicas do período foram marcadas por um dirigismo estatal keynesiano, ou seja, um capitalismo organizado pelo Estado –, quais sejam: o economicismo, o androcentrismo, o estatismo e o westfalianismo (FRASER, 2009, p. 16-17).

Em um Estado dirigente, onde se procura, por meio do poder político público, regular, ou até substituir, os mercados econômicos, há um desdobramento de pretensões para a inclusão e igualdade social que adquire, por vezes, feições economicistas e classistas (FRASER, 2009, p. 16). Assim, estando as questões sociais estruturadas em termos distributivos, o tópico da justiça social repousa exclusivamente em uma distribuição econômica, marginalizando quaisquer outros imbróglios que não os classistas/econômicos.

Quanto ao androcentrismo, a política de um estado organizador do capitalismo primava pelo cidadão modelo como sendo o homem branco trabalhador. Desta feita, o fato de serem institucionalizadas “compreensões androcêntricas de família e trabalho naturalizou injustiças de gênero e as removeu da contestação política” (FRASER, 2009, p. 16) já que, ao estabelecer um ideário padrão de comportamento e natureza, transporta os que ali não se enquadram em párias da sociedade ou, quando muito, em meros coadjuvantes sociais.

A característica estatista, por sua vez, difundia um *ethos* tecnocrático e gerencial, não permitindo, assim, uma atuação cidadã ativa na administração do próprio Estado, delegando a questão de

justiça sempre a *experts*, excluindo do debate, portanto, os cidadãos comuns (FRASER, 2009, p. 17).

Por fim, o Estado norte-americano institucionalizou uma visão “westfaliana”, em que somente se aplicariam compromentimentos com a justiça a seus concidadãos, havendo uma nítida divisão territorial, afastando, dessa forma, problemáticas transfronteiriças (FRASER, 2009, p. 16) e obstando qualquer pretensão integracionista.

Apresentadas em apertado escorço, resta compreender em que sentido foram direcionadas as críticas feministas aos quatro principais caracteres do Estado durante a segunda onda feminista.

As críticas e lutas travadas pelas feministas quanto ao quesito economicista estatal foram dirigidas a uma substituição daquela visão monista de justiça, propondo um novel entendimento ampliado e tridimensional, que compreenderia economia, cultura e política (MATOS, 2010, p. 73).

O problema da desigualdade vista sob uma ótica quase que exclusivamente marxista⁴ carrega consigo um caráter demasiadamente reducionista, tendo em vista que suas considerações pairariam somente sobre a luta de classes, desconsiderando, assim, qualquer outra relação subjetiva de raça, etnia, credo, gênero etc. Ademais, haveria uma feição totalizante do marxismo, que buscaria englobar todas as relações sociais por meio da interação classista. Ambos os mencionados aspectos marxistas teriam, na visão de seus críticos (em particular as feministas), provocado omissões e lacunas imperdoáveis na análise das relações sociais (ALTAMIRA, 2008, p. 25).

4 Embora seja em Marx e Engels que se produziram as principais ferramentas teóricas para entender as relações de poder e a sua reprodução no processo de opressão e exploração das mulheres, é majoritário no pensamento feminista contemporâneo que “as limitações do marxismo na área do feminismo acentuaram-se com a dogmatização teórica, que colocou de lado, como anteriormente foi referido, os contributos das feministas socialistas-marxistas no aprofundamento da análise das raízes da opressão das mulheres e da sexualidade como território de exercício de poder” (TAVARES; MATTHEE; MAGALHÃES; COELHO, 2009, p. 24).

Desta sorte, ampliou-se a discussão no que tange às injustiças sociais, alargando-se o simples viés econômico, trazendo para a esfera do debate questões pertinentes à sexualidade, violência doméstica e reprodução.

De outra banda, a feição estatista representada pelo *ethos* burocrático-administrativo do capitalismo estatal não mais servia aos interesses feministas. Fez-se mister a imersão em torno da afirmação de que “o pessoal é político”, buscando, assim, uma ruptura da dicotomia público-privado, base do pensamento liberal, para trazer para o espaço político questões antes somente tratadas como especificamente privadas (COSTA, 2009, p. 53).

Nas palavras de Fraser (2009, p. 20), as feministas da segunda onda “se intitularam como um movimento contracultural democratizante – anti-hierárquico participativo e popular”. No entanto, a maioria das feministas, em oposição a suas colegas simplesmente “contraculturais”, não negava o valor das instituições estatais, buscando, *a contrario sensu*, inserir naquelas os pensamentos e valores feministas, a fim de maximizar sua atuação e visibilidade.

A faceta “westfaliana”, ao contrário das demais, que traduziam, substancialmente, um acordo de interesses feministas, repartiu o movimento em duas vertentes opostas. Em especial, com a campanha contrária à guerra do Vietnã, demonstrando uma visão de mundo não atrelada a limites meramente geográficos, havia um entendimento feminista contrawestfaliano, sensível às injustiças transfronteiriças. Por outro lado, parte do movimento feminista ainda enxergava que a solução das problemáticas vislumbradas deveria dar-se no interior de seus próprios Estados, assumindo uma postura pró-westfaliana. Assim,

as feministas da segunda onda tendiam a re-escrever a estrutura westfaliana ao nível da prática, até mesmo quando elas a criticavam em nível teórico. Aquela estrutura, que dividiu o mundo em políticas territoriais delimitadas, permanecia como a opção padrão em uma época em que os Estados ainda pareciam possuir as capa-

idades necessárias para a direção social e na qual a tecnologia que permite a formação de redes transnacionais em tempo real ainda não estava disponível. No contexto do capitalismo organizado pelo Estado, então, o *slogan* “a irmandade é global” (ele mesmo já contestado como imperialista) funcionou mais como um gesto abstrato do que como um projeto político pós-westfaliano que poderia ser colocado em prática (FRASER, 2009, p. 20).

Por derradeiro, o feminismo contra o androcentrismo preconizou a luta para a incorporação da justiça de gênero no capitalismo de tipo estatal, incluindo questões sobre as mulheres na própria esquerda radical (MATOS, 2010, p. 73). Buscou-se não só a incorporação das mulheres como assalariadas na sociedade em voga, mas também a valorização das atividades não assalariadas de cunho assistencial realizadas especialmente pelas mulheres.

Embora insatisfeitas com o momento vivido e a estruturação adotada pelo Estado, conforme exposto anteriormente, as feministas da primeira fase da segunda onda procuraram, em vez do desmantelamento do *Welfare State*, utilizá-lo como base para a desestruturação da dominação masculina (FRASER, 2007, p. 295)⁵.

E foi justamente com o suporte do Estado de Bem-Estar Social que o vértice tridimensional de justiça, representado pela redistribuição⁶, ganhou sua visibilidade e serviu de meta precípua a ser alcançada neste primeiro momento dos entraves feministas. Mas não por muito tempo...

5 Mackinnon (1999, p. 284) esclarece com maestria a dominação masculina, afirmando que o Estado incorpora as situações de poder e hierarquia sociais, em especial as questões de gênero, ao Direito, havendo duas consequências imediatas: o Direito se torna legítimo e a dominação se torna invisível.

6 A redistribuição não se encontra exclusivamente atrelada ao movimento feminista, mas, de modo geral, às minorias sociais, visualizada principalmente por meio de ações afirmativas. Sob este enfoque, Sarmento (2006, p. 155) colaciona o entendimento da redistribuição no contexto das ações positivas de inclusão social do negro: “A constatação empírica da situação de terrível desvantagem social dos negros em geral, hoje, justifica a adoção de medidas que tentem favorecê-los perante os brancos, visando a distribuir melhor os bens socialmente relevantes, para que, amanhã, as relações raciais sejam mais equitativas”.

3 Da redistribuição ao reconhecimento

Com nítidos sinais de enfraquecimento e rachaduras, não mais havia espaço para um Estado dirigente keynesiano, havendo assim uma inversão de um poder político público controlador dos mercados econômicos, cedendo lugar para os mercados ditadores dos caminhos estatais. Com as desregulações e privatizações, tomou espaço, juntamente com a segunda fase da segunda onda feminista, o neoliberalismo.

Nesta novel fase neoliberal, os problemas, bem como as soluções encontradas pelas feministas na primeira fase, adquiriram novas ressignificações. Desse modo, o antieconomicismo feminista ganhou novos traços, havendo uma significativa alteração nas reivindicações por justiça, alternando-se da redistribuição ao reconhecimento da identidade⁷ e das diferenças.

Ocorre que a luta pelo reconhecimento, preservando, assim, as diferenças, tornou-se, tal qual a antiga busca pela redistribuição, uma batalha unilateral e isolacionista. Fraser (2009, p. 23-24) conclui, sob este ponto de vista, que, “em vez de chegar a um paradigma mais amplo, mais rico, que poderia abranger tanto a redistribuição quanto o reconhecimento, as feministas da segunda onda trocaram um paradigma incompleto por outro”.

No tocante ao quesito westfaliano, a ambivalência de posicionamentos persistiu, contudo, com as ressignificações já ventiladas. A globalização tornou viável o acesso feminista a cenários transfronteiriços antes inalcançáveis, tornando o feminismo transnacional e multiescalar.

7 “Assim, nos ‘identificamos’ como membros de um grupo quando somos capazes de ver nossos próprios sentimentos e ações com o mesmo olhar com que os demais também veriam. No entanto, assumir o olhar do outro também pressupõe um ideal de reciprocidade, pois, do contrário, esse olhar representaria, para o sujeito, invasão e violência. Incorporar o ponto de vista do outro não pode significar uma reação mecânica a ordens e proibições que são vistas como fatos externos, independentes da vontade. Só se pode falar de uma identidade autônoma diante de uma consciência capaz de julgar a validade das normas e das instituições da sociedade na qual se vive” (CITTADINO, 2004, p. 8).

Contudo, essa abertura na busca do combate à injustiça transnacional criou, simultaneamente, um grande vazio “entre os profissionais e os grupos locais, enquanto davam voz desproporcional para as elites que falam a língua Inglesa” (FRASER, 2009, p. 28). Nesse sentido, a procura pela justiça transfronteiriça atuou muito mais como fomentadora da própria sistemática capitalista neoliberal do que na concretização dos propósitos almejados.

Adiante, a ressignificação do antiestatismo feminista, na visão de Fraser, pode ser bem sintetizado por Matos (2010, p. 74), que assenta que “a perspectiva feminista que procurava transformar o poder estatal em meio para empoderamento e justiça social passa a ser utilizada como discurso para legitimar a mercantilização e para a limitação do Estado”.

É justamente este novo capitalismo que se mostra disseminado e, em certa medida, desorganizado, que incorpora, na visão ressignificada do feminismo antiandrocentrista, o discurso do avanço das mulheres e da justiça social, em particular, de gênero, ao mesmo tempo em que recebe um discurso sobre a valorização do trabalho assalariado (MATOS, 2010, p. 73).

O “resumo da ópera” da segunda fase ora tratada repousa, sem sombra de dúvidas, no reconhecimento das diferenças. Seguindo uma linha direta com a situação econômica vivida, de uma ruptura do Estado do Bem-Estar Social para uma fase neoliberal, a igualdade foi posta em segundo plano, prezando-se muito mais pelas identidades. Nesse contexto, salutar a lição de Fraser (2007, p. 296) ao reconhecer que

Entra em jogo a política de reconhecimento. Se a primeira fase do feminismo pós-guerra procurou aproximar o gênero do imaginário socialista, a segunda fase enfatizou a necessidade de “reconhecer a diferença”. “Reconhecimento”, assim, tornou-se a principal gramática das reivindicações feministas no *fin-de-siècle*. Uma categoria venerável da filosofia hegeliana ressuscitada por cientistas políticos, essa noção capturou o caráter distintivo das lutas pós-socialistas, que freqüentemente tomavam a forma de uma política de identidade, visando mais à valorização da diferença do que à promoção da igual-

dade. Quer o problema fosse a violência contra a mulher, quer a disparidade de gêneros na representação política, feministas recorreram à gramática do reconhecimento para expressar suas vindicações.

Infelizmente, o momento para a exaltação do reconhecimento coincidiu com o auge do neoliberalismo, razão pela qual a busca pelas diferenças serviu de suporte para a estruturação capitalista neoliberal, havendo um abandono da busca pela igualdade, em vez da comunhão, tão desejada, entre reconhecimento e redistribuição.

4 Uma nova perspectiva: a representação

O quadro econômico, político e social que se formara sensibilizou, principalmente, feministas atuantes nas áreas transnacionais, que, vislumbrando o forte crescimento do neoliberalismo, empecam construir uma síntese entre reconhecimento e redistribuição.

O período que ora se apresenta ainda não permite o benefício do olhar retrospectivo da história, mas já se mostra hábil a indicar novas ressignificações em um momento econômico que pode ser denominado de pós-neoliberal.

Assim, a nova compreensão do antieconomicismo feminista deve ser direcionada para uma visão completa e tridimensional de justiça social, que consiga, sem promover a exclusão, comungar a redistribuição, o reconhecimento e uma inovadora faceta que ganha força, isto é, a representação.

A representação⁸, considerada a terceira dimensão da justiça social, traço marcante da terceira fase da segunda onda feminista segundo Fraser (2007, p. 305), é entendida pela autora da seguinte maneira:

8 Tem-se plena ciência que avocar o termo representação sem a devida contextualização é algo sem valor, uma vez que o vocábulo representação é plurissignificativo. Nestes termos, já advertia Pitkin (2006, p. 16), assinalando que “a representação é, em grande medida, um fenômeno cultural e político, um fenômeno humano. Desse modo, o ‘mapa semântico’ das palavras inglesas da família ‘represent-’ não corresponde bem ao ‘mapa semântico’ de termos cognatos até mesmo em outros idiomas muito próximos ao inglês. Por exemplo, a língua alemã tem três palavras – *vertreten*, *darstellen* e *repräsentieren* – que geralmente são traduzidas pela palavra inglesa ‘repre-

Como a entendo, representação não é apenas uma questão de assegurar voz política igual a mulheres em comunidades políticas já constituídas. Ao lado disso, é necessário reenquadrar as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos.

Sob outro enfoque da realidade feminista, tem-se que o antian-drocentrismo feminista pós-neoliberal sintetiza-se por meio da militância em favor de formas de vida que descentrem o trabalho assalariado, valorizando, igualmente, atividades não assalariadas, a exemplo do próprio cuidado com a casa (MATOS, 2010, p. 73).

De outro lado, a ressignificada crítica ao estatismo assume o manto da democracia efetivamente participativa. Contudo, o papel mais ativo almejado pelas feministas não pretende dissolver o Poder Público, mas sim fortalecê-lo. “Assim, a democracia participativa que buscamos hoje é uma que usa a política para domesticar os mercados e guiar a sociedade no interesse da justiça” (FRASER, 2009, p. 31). Mais do que nunca se pugna pela derrocada da distinção entre público e privado, devendo ambas as esferas manter um diálogo que permita a sua compatibilização ante uma sociedade plural.

Desembocando para o foco westfaliano, a antiga ambivalência deste parece ter cedido lugar para um posicionamento feminista majoritariamente antiwestfaliano. Esse aspecto, ainda, talvez tenha sido um dos grandes marcos, juntamente com a representação, dessa última fase da onda feminista.

sent. *Darstellen* significa ‘retratar’ ou ‘colocar algo no lugar de’; *vertreten* significa ‘atuar como um agente para alguém’. O significado de *repräsentieren* é próximo ao de *vertreten*, mas é mais formal e possui conotações mais elevadas (teóricos alemães da política, às vezes, argumentam que meros interesses privados egoístas podem ser *vertreten*, mas o bem comum ou o bem do Estado devem ser *repräsentiert*). Entretanto, o significado de *repräsentieren* não é, de forma alguma, próximo àquele de *darstellen*. Então, para quem fala em inglês, o modo pelo qual uma pintura, um pintor ou um ator de palco representam e o modo pelo qual um agente ou um legislador eleito representam, obviamente, estão ligados ao mesmo conceito. O mesmo não acontece para quem fala em alemão”. Assim, neste texto, esclarece-se que a representação estará adstrita a um conceito político-social voltado a assegurar igualdade e voz participativa das mulheres no quadro das comunidades políticas existentes.

Devido ao inacreditável alcance transnacional do capital, as capacidades públicas necessárias não mais poderiam restar contidas dentro de delimitações territoriais (FRASER, 2009, p. 31). Deve-se quebrar com uma identidade democrática delimitada, devendo haver uma ordem escalar múltipla que seja democrática em todos os níveis, da base territorial ao topo transfronteiriço.

Fraser (2007, p. 304) soube enxergar com precisão a relevância da atuação feminista contemporânea antiwestfaliana, apontando que

Atualmente, as demandas feministas por redistribuição e reconhecimento estão cada vez mais conectadas a lutas para alterar esse quadro. Diante da produção transnacionalizada, muitas feministas vão além das economias nacionais. Na Europa, por exemplo, feministas miram as políticas e estruturas econômicas da União Européia, enquanto correntes feministas entre os que protestam contra a OMC desafiam as estruturas de governança na economia global. De forma análoga, lutas feministas por reconhecimento cada vez mais olham além das fronteiras do Estado territorial. Sob o abrangente *slogan* “direitos das mulheres, direitos humanos”, feministas ao redor do mundo estão conectando as lutas contra as práticas patriarcais locais a campanhas para reformar o direito internacional.

Retomando o fulcro da terceira fase aqui delineada, a representação se torna cada vez mais relevante como terceiro pilar do modelo teórico tridimensional de justiça, de acordo com Fraser, justamente pelas injustiças pertinentes à sua ausência, ou a uma pseudorrepresentação, que só agora se tornam mais visíveis.

Insta advertir, por derradeiro, que, em uma justiça social tida como política, se apresentam três mazelas principais quanto à representação. A primeira refere-se à falsa representação política comum, que se forma quando as regras políticas de determinado Estado limitam ou impedem a participação de determinadas pessoas; a segunda problemática repousa na denominação de Fraser (2007, p. 304-305), qual seja, o “mau enquadramento”. Este surge “quando o quadro do Estado territorial é imposto a fontes transnacionais de injustiça. Como resultado, temos divisão desigual

de áreas de poder às expensas dos pobres e desprezados, a quem é negada a chance de colocar demandas transnacionais”. O mau enquadramento, então, exclui algumas pessoas ou grupos, retirando sua capacidade participativa em razão de limites impostos incorretamente por determinada comunidade; por fim, tem-se a falsa representação metapolítica, que ocorre quando elites – nacionais ou transnacionais – monopolizam a delimitação do enquadramento, obstando a participação dos prejudicados neste processo e bloqueando a criação de instâncias propriamente democráticas, em que as decisões poderiam ser debatidas, avaliadas e corrigidas (MATOS, 2010, p. 72).

5 Conclusões

Em sociedades multiculturais e pluralistas, que constituem a realidade dos tempos atuais, faz-se mister a existência de espaços para as diferenças, sendo certo que elas não devem ser enxergadas como objetos de discriminação e exclusão social ou política.

Como bem colacionado por Cittadino (2009, p. 78) ao tratar sobre as sociedades democráticas que se vêm formando, tem-se que

a multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura [sociedade democrática] de tal maneira que não resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença.

A evolução do pensamento feminista norte-americano, como apresentada aqui, configura-se em conquistas e aprendizados que não podem ser postos de lado para a busca de soluções para as ainda problemáticas questões de gênero e, conseqüentemente, para os demais problemas referentes às minorias colocadas como párias da sociedade.

Com a devida cautela, a fim de não incorrer equivocadamente nas falhas elencadas quanto à representação, nem como nos tropeços arrolados ao longo da trajetória feminista descrita neste sucinto

texto, o quadro final que ora se molda aparenta ser promissor. De um lado, tem-se uma nova reconfiguração das críticas feministas, que aparentam estar retomando, mas desta vez de sorte conjunta e equilibrada, as políticas de redistribuição e reconhecimento, superando, desta feita, as imperfeições da fase dois da segunda onda. Por outro lado, tem-se na representação efetiva a terceira dimensão teórica da justiça social, mostrando-se hábil a transpor as novas faces das injustiças de gênero. Assim, em relação ao feminismo, com as três dimensões do paradigma da justiça social – econômico (redistribuição), cultural (reconhecimento) e político (representação) – bem definidas e objetivadas, há esperanças de que o gênero não seja mais um fator de exclusão e invisibilidade social.

Referências

ALTAMIRA, César. *Os marxismos do novo século*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CITTADINO, Gisele. Identidade, “invisibilidade” e reconhecimento. In: PAIVA, Ângela Randolpho. *Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Puc-Rio/Desiderata, 2004. p. 7-12.

_____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmica de uma intervenção política. In: PISCITELLI, Adriana. et al. (Org.). *Olhares feministas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2009. p. 51-82.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, mai./ago. 2007.

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-22, jul./dez. 2009.

MACKINNON, Catharine A. Toward feminist jurisprudence. In: CULVER, Keith. (Org.). *Readings in the philosophy of law*. Canada: Broadview Press, 1999. p. 284-295.

MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

RIBEIRO, Matilde. O feminismo em novas rotas e visões. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 3, p. 801-811, set./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: ————. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-166.

SMITH, Patricia. Feminist jurisprudence and the nature of law. In: CULVER, Keith. (Org.). *Readings in the philosophy of law*. Canada: Broadview Press, 1999. p. 273-283.

TAVARES, Manuela; MATTHEE, Deidré; MAGALHÃES, Maria José; COELHO, Salomé. Feminismo(s) e marxismo: um casamento “mal sucedido”? Os novos desafios para uma corrente política de esquerda dos feminismos. *Revista Vírus*, Lisboa, p. 23-34, jan./fev. 2009.

Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros

Sérgio Gardenghi Suiama

Procurador da República em São Paulo. Mestre em Direito (LL.M.) e Human Rights Fellow pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia (NY-EUA). Coordenador do Grupo de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Ex-Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo (2005–2007). Ex-Defensor Público do Estado (1998–2002).

Resumo: O artigo discute diferentes estratégias jurídicas usadas nos Estados Unidos da América (EUA) para promover direitos de pessoas transgêneras com vistas na construção de uma argumentação que prescindia do diagnóstico de transtorno de identidade sexual (CID 10 F64) para o reconhecimento desses direitos. Mais especificamente, são analisadas estratégias jurídicas fundadas na proibição ao tratamento desumano e degradante e nos direitos de igualdade e liberdade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito comparado. Transgêneros e transexuais. Princípio da autonomia.

Abstract: The article examines different legal strategies employed in the US to foster rights of transgender people. It aims the adoption of a legal reasoning that prescind from a diagnosis of gender identity disorder (ICD 10 F64) in order to recognize these rights. Specifically, the article discusses legal strategies grounded on the Cruel and Unusual Punishment Clause, on the Equal Protection Clause, and on liberty.

Keywords: Human rights. Comparative law. Transgender and transsexual people. Autonomy principle.

Sumário: 1 Introdução. 2 O modelo patologizante e seus críticos. 3 Argumentos jurídicos para questões transgêneras. 4 Direitos de transgêneros no discurso dos direitos humanos.

1 Introdução

Roupas femininas não são permitidas para detentos nesta prisão masculina. Mesmo que você esteja confuso a respeito das suas preferências sexuais, nós continuaremos a tratar você como homem. Alguns funcionários estão perguntando por que você quer roupas de mulher se você tem bigode. Um bigode não acentua sua feminilidade.

(Warden Nix, diretor da Penitenciária Estadual de Iowa, a Tammy Lynn White).

Há certas coisas que não podemos querer que elas sejam. Elas apenas são.

(Juiz Phil Hardberger, proclamando que o gênero de cada um é “imutavelmente fixado pelo nosso Criador quando do nascimento”).

Nos últimos anos, tem-se observado um relativo progresso no reconhecimento de direitos de transgêneros. Timidamente, leis, decisões judiciais e atos administrativos começam a reconhecer o direito de pessoas transgêneras a documentos públicos que correspondam ao nome e ao gênero adotados, bem como a necessidade de proteger esse grupo contra a discriminação no emprego e nos serviços públicos. Ao mesmo tempo, as identidades transgêneras têm-se tornado mais sutis e complexas do que eram há cinquenta anos, quando o endocrinologista americano Harry Benjamin descreveu a “síndrome do transexualismo” como uma psicopatologia caracterizada por uma grave desorientação sexual e de gênero. Por diferentes caminhos, as novas identidades que têm sido construídas são incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas, desafiando dessa maneira soluções prontas baseadas na patologização das transgressões de gênero.

Este artigo discute diferentes estratégias discursivas que vêm sendo utilizadas nos EUA para promover os direitos de transgêneros. A estratégia mais, digamos, “tradicional”, usada especialmente nas ações de retificação de registro, ampara-se em laudos que atestam que o autor completou a transição para o gênero desejado por meio de procedimentos em geral invasivos, como a mastectomia, histerectomia (retirada do útero), colpectomia (retirada da vagina), neofaloplastia (retirada e desmembramento do pênis), orquiectomia bilateral (retirada dos testículos), neocolpovulvoplastia, mamoplastia, cirurgia de cordas vocais e de raspagem do pomo-de-adão, além das terapias hormonais¹. Tais laudos são acompanhados de parecer psiquiátrico atestando que o autor sofre de transexualismo, “desvio psicológico permanente de identidade sexual” caracterizado, na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1955/2010², pelos seguintes elementos: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de outros transtornos mentais³.

O reconhecimento de que transgêneros têm, nessas condições, direitos de personalidade representa um progresso em relação a posturas conservadoras que simplesmente negam qualquer reali-

1 Para uma descrição dos serviços públicos de saúde que oferecem programas a transgêneros, cf. Márcia Arán e Daniela Murta (2006).

2 Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>.

3 Do mesmo modo, nos EUA o distúrbio de identidade de gênero (*gender identity disorder* – GID) é identificado, segundo a Associação Americana de Psiquiatria, pela presença dos seguintes elementos: prova de uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, consistente no desejo de ser, ou a insistência de que alguém é do outro sexo (critério A); essa identificação com o gênero oposto não deve ser um mero desejo de obter vantagens culturais atribuídas ao outro sexo, deve haver também prova de desconforto persistente sobre o sexo atribuído ou um senso de inadequação no papel do gênero daquele sexo (critério B); o diagnóstico não é feito se o indivíduo tiver condição concorrente de intersexual (critério C). Para se fazer o diagnóstico, deve haver prova de significativo desconforto ou dificuldade em situações sociais, ocupacionais ou outras funcionalmente relevantes (critério D).

dade de gênero para além da genética. Não obstante, a patologização das identidades transgêneras implicada na estratégia tradicional tem sido objeto de críticas pertinentes vindas de setores da academia e do movimento social. Tendo em conta tais críticas, este artigo busca discutir as bases para *opções jurídicas que prescindam da ideia de que práticas e identidades transgêneras constituem distúrbios psiquiátricos*. Para tanto, inicialmente, o artigo descreve o modelo patologizante e aponta brevemente a principal linha de criticismo contra ele. Em seguida, discute alguns dos argumentos jurídicos alternativos desenvolvidos em artigos acadêmicos e decisões judiciais nos EUA, para, finalmente, ensaiar uma proposta de argumentação centrada no reconhecimento da autonomia como base dos direitos reivindicados por transgêneros.

Uma nota prévia sobre os sujeitos dos direitos aqui tratados é necessária. Uma argumentação jurídica que se pretenda compatível com o sistema de direitos humanos deve desde logo reconhecer a multiplicidade de identidades e práticas existentes sob rótulos genéricos tais como o adotado neste artigo. Daí a referência a *transgênero* como um termo “guarda-chuva”, que pretende abranger todas as identidades e práticas que “cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente construídas de sexo e gênero” (STRYKER, 1994, p. 251, nota 2)⁴. Em relatório da Comissão de Direitos Humanos da cidade de San Francisco, o termo é usado para abranger

cross dressers masculinos e femininos, travestis, [...] transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital e todas as pessoas cujo gênero discernido ou sexo anatômico possa conflitar com a expressão de gênero, em casos como o de uma mulher de aparência masculina ou de um homem de aparência feminina (GREEN, 1994, p. 44).

4 Os trechos de obras em língua inglesa citados ao longo deste artigo foram livremente traduzidos pelo autor.

Para aqueles que, como o autor deste artigo, compartilham da crença foucaultiana de que estruturas de poder produzem seus sujeitos, a especificação dos titulares dos direitos em questão poderia ser vista como uma forma de essencializar e circunscrever os sujeitos da norma, deslegitimando e excluindo outros que expressem identidades performativas menos estáveis. Esta possibilidade é problemática não apenas por razões teóricas, mas também pelas implicações jurídicas que ela traz. Por exemplo, uma lei ou política pública voltada apenas a quem pertença – na avaliação do médico e dos profissionais do Direito – à categoria de *transsexuais* (i.e., pessoas em busca de *transição* para o “sexo oposto”) excluirá do âmbito de proteção aqueles que não sentem necessidade de procedimentos invasivos de transgenitalização ou preferem expressões de gênero em desacordo com o binarismo da convenção social. Por outro lado, negar as necessidades específicas das pessoas que buscam a transição dificultaria em muito o exercício dos direitos à universalidade e à integralidade dos serviços de saúde no que se refere ao acesso ao tratamento cirúrgico, endocrinológico, psicológico e psiquiátrico demandados. Tendo isso em conta, as estratégias jurídicas de caráter inclusivo devem considerar as identidades transgêneras não em termos ontológicos, mas sim como “domínios alternativos de inteligibilidade cultural” abertos à ressignificação e à recontextualização e “tenuamente constituí[dos] no tempo, [e] instituído[s] num espaço externo por meio de uma repetição estilizada de atos” (BUTLER, 2003, p. 200).

A questão específica que merece ser enfrentada é se *uma única* estratégia jurídica pode ser usada para atender às diferentes demandas colocadas pelo movimento social ou se, ao contrário, são necessárias *soluções jurídicas ad hoc* para defender ora o direito de transsexuais aos procedimentos de transgenitalização, ora o direito de *cross dressers* a expressarem livremente sua identidade no local de trabalho. Qualquer que seja a conclusão a respeito, o ponto que se busca enfatizar é a necessidade de estratégias amplas o suficiente para incluir todas as possibilidades agrupadas no “guarda-chuva” transgênero, independentemente de rotulações.

2 O modelo patologizante e seus críticos

Nos Estados Unidos, a rede de discursos, conhecimentos, análises e injunções (FOUCAULT, 1988) estabelecida em torno do *status* transgênero foi construída a partir da segunda metade do século XX. Em 1953, o ex-combatente George Jorgensen causou sensação na mídia ao retornar aos EUA como a glamorosa Christine, após uma cirurgia de transgenitalização realizada na Dinamarca⁵. Dallas Denny (2006, p. 175) observa que, muito embora Jorgensen não fosse o primeiro transgênero a submeter-se a cirurgias reconstrutivas, seu caso ganhou notoriedade nacional e contribuiu para uma mudança importante no imaginário popular acerca da possibilidade de “mudança de sexo”, tal como ocorreu para nós com Roberta Close. Logo depois, o endocrinologista Harry Benjamin cunhou a expressão “transexual” e começou a tratar em Nova York pessoas transgêneras em busca de modificação corporal. Em 1966, Benjamin publicou *The Transsexual Phenomenon*, em que critica o conservadorismo da sociedade americana, responsável por “retardar, bloquear e impedir” o progresso da ciência em matéria de sexualidade. Benjamin descreve o transexualismo como um “distúrbio de divisão sexual” (*sex-split disorder*) no qual “os pacientes sentem que suas mentes e almas estão ‘aprisionadas em corpos errados’”. O autor também apresenta uma escala da orientação sexual baseada no trabalho de Alfred Kinsey, na qual categoriza diferentes formas e subtipos de travestismo e transexualismo em homens biológicos.

Atualmente, o discurso patologizante nos EUA sustenta-se em três fontes principais: a *Classificação Internacional de Doenças* (CID), publicada pela Organização Mundial de Saúde, o *Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais* (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-IV*), editado pela Associação Americana de Psiquiatria, e os *Padrões de Cuidado para Distúrbios de Identidade de*

5 No Brasil, como muitos se lembram, igual sensação causou Roberta Close, operada em Londres em 1989. Logo depois, ela foi capa da revista *Playboy* e eleita a “mais bonita mulher do Brasil”. Em 2005, após uma longa batalha judicial, Close obteve a retificação do gênero no seu registro de nascimento.

Gênero (Standards of Care for Gender Identity Disorders), publicado pela Associação Profissional Mundial para a Saúde de Transgêneros.

Na décima edição da CID, os lá chamados “transtornos de identidade sexual” estão descritos na mesma seção que distúrbios de personalidade e comportamento, como a piromania, o fetichismo e o exibicionismo. A categoria F64 da CID estabelece cinco distúrbios de personalidade relacionados às pessoas transgêneras, entre eles transexualismo e travestismo. O transexualismo é descrito como o

desejo de viver e de ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado de um sentimento de desconforto ou impropriedade com o sexo anatômico, e um desejo de ser operado e receber tratamento hormonal para fazer seu corpo tão compatível quanto possível com o sexo de preferência.

O travestismo, por sua vez, é descrito como

o uso de roupas do sexo oposto como parte da existência individual de forma a satisfazer uma experiência de pertencimento ao sexo oposto, mas sem nenhum desejo de mudança permanente de sexo ou por cirurgias de transgenitalização e sem nenhuma excitação sexual concomitante ao travestismo.

A quarta edição do *Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais* prevê um sistema de conhecimentos médicos ainda mais abrangente sobre distúrbios de gênero, cujos sintomas são, entre outros, “um explícito desejo de ser do sexo oposto, ou a convicção de que ele ou ela tem os sentimentos e reações típicos do sexo oposto”. Aprende-se no manual (DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS – DSM-IV) que, nos meninos, o distúrbio é manifestado

[...] por uma clara preocupação com atividades tradicionalmente femininas. Eles podem ter a preferência por se vestirem como meninas ou com roupas femininas, ou improvisar tais itens a partir

de materiais disponíveis quando os artigos genuínos não estão disponíveis. [...] Eles particularmente gostam de brincar de casinha, desenhar retratos de meninas bonitas e princesas, e assistir a programas ou vídeos de suas personagens femininas prediletas. Bonecas femininas como Barbie são frequentemente seus brinquedos favoritos, e seus colegas de brincadeira preferidos são meninas. Quando brincam de casinha, tais garotos geralmente desempenham papéis femininos, como o de “mamãe”, e com frequência se mostram interessados em personagens de fantasia femininos. Eles evitam brincadeiras violentas e esportes competitivos e tem pouco interesse em carros, caminhões, ou outros brinquedos típicos de garotos, inclusive os não-violentos⁶.

A maioria das críticas contra esse tipo de discurso vem daqueles que enxergam na “vontade de saber” sobre as sexualidades transgressivas um mecanismo de otimização do poder, aqui entendido não em termos de proibições, mas como técnica de controle da sexualidade por meio da normalização e patologização dos comportamentos sexuais⁷. Essa técnica, como observa Foucault (1988, p. 44), não busca suprimir as sexualidades anormais, mas sim dar-lhes “uma realidade analítica, visível e permanente”, garantindo-lhes um “princípio de classificação e inteligibilidade [que] o constitui em razão de ser e ordem natural da desordem”. Esta técnica, observa Foucault (1988, p. 44), não pretende suprimir as sexualidades aberrantes, mas sim dar-lhes uma “realidade analítica, visível e permanente”, por

6 Dean Spade (2003) corretamente observa que “o critério diagnóstico para o transtorno de identidade sexual produz uma ficção de gênero natural na qual pessoas normais não-transsexuais crescem sem nenhum tipo de problema ou curiosidade de gênero, não se travestem quando crianças, não brincam com o gênero errado de crianças e não gostam dos brinquedos ou personagens errados”.

7 Cf. Foucault (1988, p. 100): “o instinto sexual foi isolado como instituto biológico e psíquico autônomo, fez-se a análise clínica de todas as formas de anomalia que podem afetá-lo, atribuiu-se-lhe um papel de normalização e patologização de toda a conduta; enfim, procurou-se uma tecnologia corretiva para tais anomalias”. Cf., também, Butler (2003, p. 143): “Para Foucault, ser sexuado é estar submetido a um conjunto de regulações sociais, é ter a lei que norteia essas regulações situada como princípio formador do sexo, do gênero, dos prazeres e dos desejos, e como o princípio hermenêutico de autointerpretação”.

intermédio de um princípio de classificação e inteligibilidade constituído como razão de ser e ordem natural da desordem.

Da mesma forma, a patologização das transgressões de gênero produz, reforça e naturaliza o rígido código binário de gênero na medida em que assume que as categorias de masculino e feminino são universais, situadas fora da história e preexistentes a suas expressões particulares em uma dada comunidade linguística. Tal perspectiva, em outras palavras, falha ao deixar de reconhecer o fato de que o gênero não é sempre constituído de forma coerente em diferentes contextos históricos, como observa Butler (2003, p. 20).

Para uma pessoa transgênera, ser diagnosticada como portadora de um transtorno de identidade sexual significa ser estigmatizada como doente ou anormal, classificações particularmente danosas a crianças e adolescentes, e a transgêneros de quaisquer idades vivendo em ambientes hostis⁸. Além disso, a perspectiva patologizante exige que as pessoas transgêneras que estão em busca de procedimentos de transgenitalização desempenhem, perante o médico, uma narrativa convincente de “confusão profunda e permanente do senso de identidade com relação à masculinidade ou feminilidade”, sendo certo ainda que, segundo o DSM-IV, não se deve confundir o sintoma com a simples não conformidade com comportamentos sexuais estereotipados, como ocorre com as meninas “Joãozinho” (*tomboy*) ou com o comportamento de “mulherzinha” em meninos.

Como observa Dean Spade (2003, p. 27), a forma de diagnóstico do transexualismo revela como o gênero se torna hipernormativo para pessoas que assumem uma identidade transgressora com relação a essa categoria. Spade também nota que listas contendo “dicas” para se fazer passar por “homem” são comuns na internet e em fóruns de transgêneros em busca de transição para o masculino (FTM):

⁸ Para Butler (2004, p. 82-83), o diagnóstico médico de transtorno de identidade sexual produz um senso de desordem mental e pode causar danos emocionais ao prejudicar a autoestima de uma criança que gosta de brincar com as roupas de sua mãe e se recusa a participar de atividades físicas violentas.

Tais dicas, centradas na adesão à estética tradicional de masculinidade, orientam os FTMs a evitar cortes desgrenhados de cabelo, jaquetas de couro pretas e outras armadilhas associadas a lésbicas sapatões. Uma aparência limpa de “filhinho da mamãe” é usualmente sugerida como a melhor estética para se garantir a transição. Essas exigências fazem com que as pessoas transgressoras com relação ao gênero sejam obrigadas a ser mais “normais” do que as pessoas ditas normais, desencorajando desse modo comportamentos mais perturbadores (SPADE, 2003, p. 27).

Uma *performance* de acordo com o *script* médico é exigida tanto no Brasil quanto nos EUA porque, segundo os *Padrões de Cuidado para Distúrbios de Identidade de Gênero*, “indivíduos não podem sofrer cirurgias genitais sem que atendam aos critérios exigidos”, os quais incluem a vida “convicente como um membro do gênero preferido por um longo período de tempo”. O mesmo protocolo enfatiza que “a cirurgia genital não é um direito que deve ser garantido mediante solicitação” (WALTER MEYER III et al., 2001, p. 20–21). No Brasil, como já mencionado, a Resolução CFM n. 1.955/2010 também condiciona o acesso aos procedimentos de transgenitalização ao prévio diagnóstico de transexualismo, definido no art. 3º da resolução como um desejo expresso e *consistente* de “ganhar as características primárias e secundárias do sexo oposto”. O problema apontado por acadêmicos⁹ e ativistas norte-americanos é que a função de “porteiro” desempenhada pelos profissionais da Medicina nesses casos dificulta a transição para o gênero desejado daqueles que não se encaixam exatamente nas definições de transexualismo estabelecidas nos protocolos médicos, impedindo assim o pleno acesso ao tratamento.

9 Cf., entre outros, Spade (2003, p. 28), enfatizando que “Quando os porteiros empregam padrões de gênero dicotômicos, eles obstruem as possibilidades de resistência à normalização”, e Minter (2006, p. 151), para quem “apenas os transexuais que estejam em conformidade com as normas estereotipadas de gênero e que sejam considerados aptos a ‘passar’ para o novo sexo estão aptos a obter tratamento”. Segundo o mesmo autor, “a habilidade dos transexuais de obterem acesso aos serviços de saúde e ao reconhecimento e proteção legais dependem de quão bem-sucedidos eles são em esconder seu *status* de transexual e de se aproximar de uma vida heterossexual ‘normal’, sendo que aqueles que não conseguem ou não querem cumprir esses padrões opressivos têm pouca ou nenhuma proteção”.

Em suma: a abordagem patologizante tem sido criticada porque: a) reforça concepções estereotipadas de uma divisão binária de gênero situada fora da história; b) estigmatiza pessoas transgêneras como doentes ou anormais; c) é subinclusiva, pois exclui quem não se encaixa nos estereótipos culturais de masculinidade ou feminilidade exigidos para a transformação corporal; d) atribui ao profissional da Medicina a função de anteparo ao exercício de diversos direitos, tais como o casamento e a retificação do registro civil¹⁰, na medida em que, quando tais direitos são legalmente reconhecidos, cirurgias reconstrutivas e pareceres médicos são exigidos para que os órgãos públicos garantam o exercício efetivo do direito buscado.

Apesar de todas essas limitações, militantes e advogados ainda se apoiam no modelo patologizante para reivindicar assistência à saúde ou proteção contra a discriminação. Embora seja inegável que uma estratégia desse tipo represente um progresso em relação a posições conservadoras que simplesmente negam qualquer realidade de gênero para além da genética, considerando as limitações e as consequências teóricas e práticas do modelo patologizante, acadêmicos, militantes e profissionais do Direito têm enfrentado o desafio de encontrar meios alternativos para promover o direito de transgêneros, sem necessariamente apelar para laudos médicos a respeito do gênero adotado pelos titulares do direito. Na seção seguinte, são discutidos os principais argumentos jurídicos que têm sido utilizados para essa finalidade.

3 Argumentos jurídicos para questões transgêneras

Um modelo autodeterminativo articulado com a gramática dos direitos humanos deve levar em consideração todo o conjunto

¹⁰ Cf., por exemplo, os casos: *In re Richardson*, 23 Pa. D. & C.3d 199 (1982); *In re Dowdrick*, 4 Pa. D. & C.3d 681 (1978); *In re Dickinson*, 4 Pa. D. & C.3d 678 (1978); *Matter of Anonymous*, 153 Misc. 2d 893, 582 N.Y.S.2d 941 (City Civ. Ct. 1992); e *In re Harris*, 707 A.2d 225 (Pa. Super. Ct. 1997), todos sustentando que o requerente é obrigado a demonstrar que ele ou ela está “permanentemente comprometido a viver como membro do sexo oposto”.

de necessidades sociais enfrentadas pela maioria das pessoas transgêneras, o que inclui: acesso à saúde; retificação do registro civil e dos documentos de identificação social; proteção contra a discriminação no trabalho; casamento, adoção e outros direitos decorrentes de relações familiares; regulação do uso de lugares em que há separação segundo o gênero (de banheiros a prisões); e, sobretudo, o enfrentamento do grave estado de marginalização social vivido pela maioria dos transgêneros.

Uma primeira questão que deve ser enfrentada é se há um único fundamento jurídico capaz de oferecer uma base satisfatória para lidar com todos esses problemas ou se seria melhor adotar múltiplas estratégias para lidar com eles. Nos EUA, acadêmicos e profissionais do Direito têm adotado argumentos diferentes para lidar com o conjunto de problemas acima mencionado. No contexto das instituições prisionais, por exemplo, Alvin Lee (2008) e Matthew A. Stoloff (2007) observam que a proibição contra penas cruéis e degradantes prevista na 8ª Emenda à Constituição norte-americana é um forte argumento para se pleitear o acesso integral aos serviços de saúde em favor de presos transgêneros, inclusive no que se refere aos procedimentos de transgenitalização, quando desejado. Do mesmo modo, Christine Peek (2004, p. 1211-1217) baseia-se na 8ª Emenda para justificar a manutenção do preso transgênero em estabelecimento apropriado à sua identidade subjetiva de gênero, com o objetivo de reduzir o risco de abuso sexual.

Algumas cortes norte-americanas têm de fato reconhecido que a 8ª Emenda assegura aos presos transgêneros o direito à saúde integral e aos procedimentos de transgenitalização¹¹. Não obstante,

11 Cf., por exemplo, *South v. Gomez*, 211 F.2d 1275 (9th Cir. 2000); *Phillips v. Michigan Dept. of Corrections*, 731 F. Supp. 792 (W.D. Mich. 1990), *De'Lonta v. Angelone*, 330 F.3d 630, 635-636 (4th Cir. 2003) (reformando a decisão da corte local que havia rejeitado liminarmente o pedido de acesso à saúde formulado por preso transgênero, com fundamento na 8ª Emenda à Constituição); *Brown v. Zavaras*, 63 F.3d 967, 970 (10th Cir. 1995); *White v. Farrier*, 849 F.2d 322, 325 (8th Cir. 1988) (entendendo que o distúrbio de identidade sexual constitui uma séria necessidade médica); *Phillips v. Mich. Dep't of Corr.*, 731 F. Supp. 792, 799-801 (W.D. Mich. 1990) (sustentando que “o distúrbio de identidade sexual constitui uma séria necessidade médica” e que a autora da ação estava autorizada a “obter tutela antecipada para continuar o

tanto as decisões judiciais quanto os argumentos apresentados por Lee¹² e Stoloff¹³ dependem do diagnóstico médico de transtorno de identidade sexual para sustentar pedidos de prestação estatal positiva. Lee (2008, p. 469) reconhece esse problema, mas argumenta que “é difícil imaginar como é possível lutar juridicamente pelo acesso a medicamentos sem recorrer a algum tipo de prova médica”. É preciso notar, porém, que o critério para julgar pedidos fundados na 8ª Emenda, estabelecido pela Suprema Corte norte-americana em *Estelle v. Gamble*¹⁴ não exige necessariamente prova de que o preso sofra de alguma doença grave; o precedente faz referência apenas à “séria necessidade médica” em relação a qual tenha havido recusa ou falha das autoridades penitenciárias em providenciar assistência médica adequada.

A distinção entre “séria necessidade médica” e “doença” é relevante e será retomada no tópico seguinte. Por ora, é importante citar que o modelo patologizante revelou-se subinclusivo em ao menos uma decisão judicial analisada – *White v. Farrier*¹⁵ –, na qual os direitos à assistência médica e à integridade física foram negados a uma detenta porque ela não foi considerada uma “verdadeira transexual”. Tammy Lynn White, autora da ação, estava

tratamento com hormônios que havia iniciado antes do encarceramento”); *Wolfe v. Horn*, 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001) (“Os tribunais têm consistentemente considerado o distúrbio de identidade sexual como uma ‘séria necessidade médica’ para os fins de proteção da 8ª Emenda”); *Cuoco v. Moritsugu*, 222 F.3d 99, 106 (2d Cir. 2000) (entendendo que o distúrbio de identidade de gênero é uma séria necessidade médica para os propósitos da 8ª Emenda); *White*, 849 F.2d, p. 325 (idem); e *Meriwether v. Faulkner*, 821 F.2d 408, 413 (7th Cir. 1987).

12 Cf. Lee (2008, p. 116, nota de rodapé): “Antes mesmo de pedir ao Judiciário que decida se um distúrbio de identidade sexual é uma séria necessidade médica, é necessário para um preso trans obter um diagnóstico médico de distúrbio de identidade sexual por um médico da prisão”.

13 Stoloff (2007, p. 21): “Desse modo, um preso que alega sofrer de transtorno de identidade sexual e busca tratamento para sua condição deve provar que sofre dessa condição e que a falha no tratamento pode causar-lhe dano. Ele precisa demonstrar, objetivamente, que sofre de transtorno de identidade sexual e que essa condição é uma séria necessidade médica, no sentido dado pela 8ª Emenda”.

14 *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

15 *White v. Farrier*, 849 F.2d 322 C.A.8 (1988).

cumprindo pena de 10 anos de reclusão na Penitenciária Estatal de Iowa e ajuizou uma demanda perante a Justiça do 8º Circuito alegando tratamento desumano e degradante e deliberada indiferença das autoridades prisionais às suas necessidades médicas relacionadas ao diagnóstico de transtorno da identidade sexual. White tinha um histórico prisional de greves de fome e tentativas de suicídio. Segundo as provas do processo, White tentou também “castrar-se em quatro diferentes ocasiões, usando uma navalha, uma caneca de metal afiado, vidro quebrado de sua televisão e vidro de seu rádio”.

Em uma das petições aos diretores do presídio, White afirmou:

Eu não posso mais aguentar o estresse mental. O pênis deve ir embora agora. Eu tenho uma identificação com o gênero feminino, a mutilação genital talvez seja a única solução. Estou cansada de sofrer. Se vocês pudessem ao menos entender as dificuldades que eu tenho diariamente... Estou cansada de ser assim. Não posso mais aguentar isso. Sou uma mulher, e uma mulher não vive como os homens. Mulheres têm vagina e usam vestido.

White pediu que a Corte Distrital de Iowa concedesse ordem obrigando as autoridades prisionais a garantir-lhe tratamento médico e uma “classificação prisional apta a proteger seu direito a existir no gênero feminino”. A corte de 1ª instância de fato concedeu a tutela requerida, mas o Tribunal de Apelação reformou a decisão sob o argumento de que:

Apesar de os peritos que entrevistaram White [...] terem concluído que [ele] é um transexual, a declaração do dr. Loeffelholz indicou que o estresse do confinamento impede um diagnóstico de transexualismo mais acurado em ambientes prisionais. Além disso, White não passou pelo teste de viver como uma mulher no mundo real por muitos anos. O dr. Loeffelholz também observou que o histórico de comportamentos manipulativos por parte de White sugere que suas ações eram motivadas pela possibilidade de ganhos secundários. O juiz rejeitou o parecer do dr. Loeffelholz porque este médico nunca entrevistou White, fundamentando seu parecer tão somente na revisão dos registros sobre White.

O Tribunal de Apelação também se apoiou no prontuário psiquiátrico de White no Departamento de Recuperação de Iowa para afirmar que havia uma “autêntica questão de fato a respeito se White é ou não um transexual”, uma vez que um psiquiatra anterior havia diagnosticado que o preso tinha uma “personalidade antissocial e o desvio sexual do travestismo”, além de uma “esquizofrenia paranoica, o que excluiria o diagnóstico de transexualismo”.

Em outras palavras, no caso de White, os profissionais médicos não apenas menosprezaram a vontade e as necessidades de saúde de uma detenta transgênera, como também funcionaram como o porteiro da Lei do conto de Kafka, impedindo o acesso ao tratamento médico e a segregação da presa onde fosse possível lhe garantir a integridade física.

Além do problema da subinclusão, os argumentos fundados na cláusula de proteção contra o tratamento desumano ou degradante são, ao menos no sistema norte-americano, limitados ao contexto das prisões e outras instituições de segregação e, dessa forma, pouco ajudam em ações civis ajuizadas contra planos de saúde ou contra o Estado por pessoas transgêneras que não estão encarceradas. Richard Posner explorou esse desequilíbrio (mais acentuado no sistema privatista norte-americano) em seu voto no caso *Maggert v. Hanks*¹⁶, no qual julgou improcedente uma ação em que se discutia a falha do sistema prisional em fornecer a terapia hormonal pleiteada pela autora. Segundo Posner, “a 8ª Emenda não obriga uma penitenciária a fornecer a um prisioneiro assistência médica melhor do que a que ele receberia se fosse uma pessoa livre sem muitas posses”.

Especificamente a respeito da cobertura dos procedimentos de transgenitalização, observa Hazel Glenn Beh (1998, p. 158) que,

enquanto os planos de saúde e os serviços públicos de saúde resistem a fornecer cobertura para a disforia de gênero, [condição] que afeta a satisfação sexual e responde a tratamento médico, os tribunais [norte-americanos] têm se mostrado bem mais simpáticos à questão.

¹⁶ *Maggert v. Hanks*, 131 F.3d 670.

Beh cita diversos precedentes nos quais cortes judiciais reconheceram que o tratamento do transtorno de identidade sexual é de fato uma questão de necessidade médica e, a menos que haja expressa exclusão da cobertura, na lei ou no contrato, o tratamento deve ser feito¹⁷. O problema, contudo, é que os autores nessas ações devem juntar o parecer com o diagnóstico de transtorno de identidade sexual para que seu pedido seja conhecido, exigência que contraria a premissa deste artigo, que é justamente de buscar uma alternativa ao discurso patologizante. Em *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*¹⁸, apesar de a Corte distrital em Nova York ter-se referido a transexualismo como uma “condição psicológica” e concluído que “o tratamento e a cirurgia para a mudança de sexo são necessários à saúde e bem-estar do autor”, a decisão favorável ainda se apoiava no diagnóstico de transtorno de identidade sexual para rejeitar o argumento da seguradora de que os procedimentos de transgenitalização são “cosméticos por natureza”.

Um argumento mais inclusivo é apresentado por Levi e Klein (2006), que sugerem recorrer às leis estaduais norte-americanas que proíbem a discriminação *por deficiência* como uma estratégia coerente para promover direitos de pessoas transgêneras em casos relacionados a emprego, serviços públicos, crédito e moradia. Especificamente, os dois autores argumentam que as leis antidiscriminatórias de alguns Estados são suficientemente abrangentes

17 Cf. Beh (1998, p. 235, nota de rodapé), citando os seguintes casos: *Pinneke v. Preisser*, 623 F.2d 546, 549 (8th Cir. 1980); *G.B. v. Lackner*, 145 Cal. Rptr. 555, 559 (Cal. Ct. App. 1978) (afirmando que o procedimento de transgenitalização não é cosmético, nem experimental); *Doe. v. Lackner*, 145 Cal. Rptr. 570, 572 (Cal. Ct. App. 1978) (afirmando que o procedimento é necessário, e não cosmético); *Doe v. State Department of Public Welfare*, 257 N.W.2d 816, 820 (Minn. 1977); *M.K. v. Division of Medical Assistance and Health Services*, State of New Jersey, No. DMA 2345-91, 1992 WL 280789, §§ 50-61 (N.J. Adm. May 7, 1992). Em sentido contrário, são listados os seguintes casos: *Rush v. Johnson*, 565 F. Supp. 856, 865-866 (N.D. Ga. 1983) (considerando o tratamento experimental e afirmando que não há consenso médico sobre sua efetividade); *Dennis R. v. Lavine*, 347 N.E.2d 893, 895 (N.Y. 1976) (considerando que a negativa de cobertura não foi arbitrária ou caprichosa ao considerar os fatos específicos do caso). Cf. também *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*, 420 N.Y.S.2d 450, 451 (Sup. Ct. 1979).

18 *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*, 101 Misc.2d 1, 420 N.Y.S.2d p. 450.

para proteger tanto quem sofre de uma limitação causada por uma condição particular de saúde quanto quem enfrenta algum tipo de discriminação apenas em razão da ignorância e de estereótipos e preconceitos sociais a respeito da identidade de gênero (LEVI; KLEIN, 2006, p. 75). O artigo é interessante porque busca superar a objeção feita por parte do movimento social de transgêneros nos EUA acerca do estigma tradicionalmente associado à deficiência.

Nos EUA, as causas de transgêneros amparadas em leis estaduais que proíbem a discriminação por deficiência referem-se majoritariamente à imposição de códigos de vestimenta em escolas e locais de trabalho¹⁹ e à proibição do uso de banheiros correspondentes à identidade de gênero. Ambos os fatos também podem ser definidos juridicamente como *discriminação sexual* para fins de aplicação de leis federais e estaduais antidiscriminatórias. Em *Lie v. Sky Pub. Corp.*, por exemplo, o Tribunal do Estado de Massachusetts reconheceu que a demanda ajuizada por transexual demitida em razão de não ter “cessado de se vestir como mulher” tinha duplo fundamento: discriminação em razão de deficiência e discriminação em razão do gênero. O tribunal estadual afirmou que se tratava de discriminação sexual com fundamento na importante decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Price Waterhouse v. Hopkins*²⁰, de 1989. Em *Price Waterhouse*, ação ajuizada por uma funcionária da empresa preterida por não ter sido considerada “suficientemente feminina”, a Suprema Corte rejeitou explicitamente o argumento da ré de que a palavra “sexo” inserida em lei antidiscriminação referia-se apenas

¹⁹ Cf., por exemplo, *Lie v. Sky Publ'g Corp.*, 2002 WL 31492397 (Mass. Super.) (“o réu exigiu por escrito que o autor cessasse de ‘se vestir como uma mulher’ e advertiu-a que o não atendimento dessa ordem poderia resultar em processo disciplinar e/ou dispensa por justa causa”); *Jane Doe v. Boeing Co.*, 121 Wash.2d 8, 846 P.2d 531 (o acréscimo de um colar de pérolas rosa mudou a aparência do empregado, de unissex para “excessivamente feminina”); *Enriquez v. West Jersey Health Systems*, 342 N.J.Super. 501, 777 A.2d 365 N.J.Super.A.D., 2001 (“Até fevereiro de 1997, a autora começou a fazer as unhas, deixou crescer um longo cabelo e fez um rabo de cavalo. No dia 13 de fevereiro de 1997, Cossa expressamente indagou a autora sobre sua aparência. Segundo a autora, Cossa indagou se a autora estaria interessada em voltar a sua aparência anterior se a companhia assim o solicitasse. Cossa pediu a autora que ‘parasse com tudo isso e voltasse à sua prévia aparência!’”).

²⁰ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 109 S.Ct. 1775.

ao *status* biológico de alguém como homem ou mulher e afirmou que a proteção jurídica contra a discriminação sexual deve também alcançar as hipóteses de diferenciação motivadas por *concepções estereotipadas e preconceitos sobre como homens e mulheres devem se comportar, vestir ou aparentar*. O caso *Price Waterhouse* é um importante precedente para a defesa de direitos de pessoas transgêneras na medida em que autoriza ações por discriminação sexual não apenas quando a causa do tratamento desigual for a diferença biológica entre homens e mulheres, mas também quando o ato discriminatório for motivado pela não conformação do discriminado às expectativas socio-normativas de gênero, caso exatamente das pessoas transgêneras. Além de *Lie v. Sky Pub. Corp.*, o argumento foi também usado em *Schwenk v. Hartford*²¹, em que o Tribunal Federal do 9º Circuito se apoiou no mesmo precedente da Suprema Corte para reformar a decisão de primeiro grau que havia negado a aplicação da lei contra a discriminação sexual feita a uma mulher transgênera.

Infelizmente, os tribunais norte-americanos geralmente dão uma interpretação muito estreita a *Price Waterhouse v. Hopkins*²². Em

21 *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir.2000).

22 Cf. *Holloway v. Arthur Anderson & Co.*, 566 F.2d 659, 662 (9th Cir.1977) (A demanda das transexuais fundada no Título VII [do *Civil Rights Act*] foi rejeitada sob o argumento de que a intenção do Congresso era que a palavra “sexo” no estatuto deveria ser interpretada em seu sentido literal, como indica a rejeição a diversas propostas de emenda ao Título VII que pretendiam proibir a discriminação com base na “preferência sexual”); *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 748, 750 (8th Cir.1982) (A corte sustentou que o Título VII não autorizava a demanda da autora, que havia falsamente se apresentado anatomicamente como uma mulher quando postulou o emprego. O autor, nesse caso, havia alegado que era “uma mulher num corpo anatomicamente masculino”. A corte observou que “estamos de acordo com a corte de primeiro grau, que, para os fins do Título VII, deve ser dado sentido literal ao termo ‘sexo’, à falta de uma clara intenção do Congresso de proceder de forma diversa. Além disso, o histórico legislativo não mostra nenhuma intenção de incluir o transexualismo no Título VII”); *Dobre v. National R.R. Passenger Corp.*, 850 F.Supp. 284, 286–287 (E.D.Pa.1993) (“Um empregador não pode discriminar uma mulher porque ela é *mulher*... Todavia, nem as razões jurídicas apresentadas pelo autor, nem a pesquisa realizada pela corte revelaram algum caso que tenha dado interpretação extensiva ao Título VII, de forma a proibir um empregador de discriminar contra um homem porque ele quer se tornar uma mulher. Em resumo, o Congresso não teve a intenção de que o Título VII protegesse transexuais contra a discriminação com base no transexualismo”); *Powell v. Read’s, Inc.*, 436 F.Supp.

*Ulane v. Eastern Airlines Inc.*²³, por exemplo, o Tribunal Federal do 7º Circuito estabeleceu que “se o [réu] cometeu discriminação contra [a autora], não foi porque ela é mulher, mas porque ela é transexual”.

369, 370 (E.D.Md.1977) (a corte rejeitou a demanda fundada no Título VII argumentando que interpretar o Título VII de forma a “cobrir as injustiças sofridas pelo autor seria completamente contrário e inconsistente com o pleno significado das palavras [...] O cerne da queixa é a discriminação contra um transexual e este fato não é protegido pelo Título VII); *Voyles v. Ralph K. Davies Medical Center*, 402 F.Supp. 456, 457 (N.D.Cal.1975), *aff'd*, 570 F.2d 354 (9th Cir.1978) (Table, No. 75-3808) (“O entendimento desta corte, contudo, é que a discriminação no emprego baseada no transexualismo não é proibida pelo Título VII do *Civil Rights Act*, de 1964, e nem era intenção do Congresso que o fosse... A Seção 2000-e2(a)(1) [do *Civil Rights Act*] fala em discriminação baseada no “sexo” de alguém. Nenhuma menção é feita a mudança de sexo ou a preferência sexual. O histórico legislativo e a jurisprudência do Título VII em nenhum lugar indica que a proibição contra a discriminação sexual deva incluir a “discriminação transexual”, ou qualquer outra mudança ou combinação semelhante”; *Doe v. United States Postal Service*, 1985 WL 9446 at *2 (D.D.C.1985) (a Corte sustentou que um homem transexual cuja oferta de emprego havia sido retirada depois que o empregador soube que ele estava planejando submeter-se a tratamento de transgenitalização e que pretendia trabalhar como mulher não poderia alegar discriminação sexual. A corte citou especificamente *Ulane*, notando que “a proibição contra a discriminação baseada no sexo de alguém não é sinônimo de proibição de discriminação baseada no transtorno da identidade sexual de alguém, ou no descontentamento de alguém com o sexo de nascimento, citando *Ulane*, 742 F.2d , p. 1085); *Emanuelle v. United States Tobacco Co., Inc.*, 1987 WL 19165 p. *1 (D.Ill.1987), *aff'd*, 886 F.2d 332 (7th Cir.1989) (Table, No. 87-2785) (a corte sustentou que a demanda do autor transexual, fundada no Título VII, deveria ser rejeitada porque estava fora da jurisdição do referido título); *James v. Ranch Mart Hardware, Inc.*, 1994 WL 731517 p. *1 (D.Kan.1994) (“O autor não pode formular um pedido baseado na discriminação contra transexuais porque o Título VII não proíbe a discriminação no emprego motivada pelo transexualismo”, citando *Voyles*, 403 F.Supp. at 457. “Ainda que o autor seja psicologicamente uma mulher, o Congresso não teve a intenção de ignorar a classificação anatômica e de determinar o sexo de alguém de acordo com a maquiagem psicológica do indivíduo” Id . p. 1, citando *Sommers*, 667 F.2d at 748); *Rentos v. Oce-Office Systems*, 1996 WL 737215 p. 6 (S.D.N.Y.1996) (“Todas as cortes federais que têm considerado a questão têm rejeitado a aplicação do *Civil Rights Act*, de 1964, 42 U.S.C.2000e-2 (1982) [“Título VII”] em casos de transexuais que alegam discriminação no emprego [...] Os advogados do autor reconhecem a uniformidade jurisprudencial em suas razões recursais, nas quais declaram que estão “cientes que a Lei Federal, sob o Título VII, não confere proteção a transexuais com referência à discriminação laboral. O recurso do autor, portanto, não pode pretender ter fundamento no Título VII”).

23 *Ulane v. Eastern Airlines Inc.*, 742 F.2d 1081, *cert. denied*, 471 U.S. 1017 (1985).

Da mesma forma, em *Oiler v. Winn-Dixie Louisiana, Inc.*²⁴, uma corte distrital afirmou que o “Congresso [norte-americano] não pretendeu que o Título VII da [Lei Federal Antidiscriminação] proibisse discriminações baseadas em transtorno de identidade sexual”.

A proibição contra a discriminação de gênero, contudo, foi usada pela Corte Europeia de Justiça no caso *P v. S e Cornwall County Council*²⁵. P. era uma transexual demitida logo depois de se submeter à cirurgia de transgenitalização. Ela recorreu aos tribunais locais, mas o Judiciário inglês afirmou que a lei nacional contra a discriminação sexual não protegia P. contra a demissão, pois a norma se aplicava apenas a homens ou mulheres tratados de forma desigual porque pertencem a um ou outro sexo. A Corte transnacional, contudo, decidiu que a Diretiva Europeia sobre a Implementação do Princípio de Igual Tratamento entre Homens e Mulheres com Referência ao Acesso ao Emprego proíbe a demissão de um transexual motivada pela cirurgia de transgenitalização. Segundo a Corte Europeia:

20. O escopo da diretiva não pode ser confinado apenas à discriminação baseada no fato de que a pessoa seja de um ou outro sexo. Tendo em conta o propósito e a natureza dos direitos que pretende proteger, a diretiva também tem por escopo a aplicação de suas regras em casos de discriminação motivada pela readequação do gênero da pessoa interessada.

21 Tal discriminação é essencialmente (senão exclusivamente) fundada no sexo da pessoa discriminada. Quando a pessoa é demitida com base no fato de que ela submeteu-se ou pretende se submeter a cirurgia de transgenitalização, ela é tratada de forma desfavorável em comparação com pessoas do gênero ao qual ela pertencia antes do tratamento.

22 Tolerar uma discriminação como essa seria equivalente a, com relação à vítima, negligenciar o respeito à dignidade e à liberdade de que ele ou ela é titular, e em relação aos quais esta Corte tem o dever de salvaguardar.

24 *Oiler v. Winn-Dixie Louisiana, Inc.*, 2002 WL 31098541 (Sept. 16, 2002).

25 *P v. S e Cornwall County Council*, Caso C-13/94. Judgment of the Court of 30 April 1996. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=694J0013>.

No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo juiz Roger Raupp Rios, julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para determinar à União a inclusão da transgenitalização entre os procedimentos cobertos pelo Sistema Único de Saúde. Segundo o acórdão:

Tratamentos desfavoráveis decorrentes da chamada “identidade de gênero” são hipóteses de discriminação por motivo de sexo. Isto porque, como demonstra a evolução da compreensão jurídica, discriminação por motivo de sexo concretiza-se, nos dias de hoje, não só na proibição de tratamento desfavorável a mulheres, homossexuais e transexuais, como também a todas as hipóteses em que “a forma de um indivíduo se perceber e ser percebido pelos outros como masculino ou feminino, de acordo com os significados desses termos construídos pela cultura à qual pertence” seja fator determinante para uma diferença de tratamento desfavorável ao indivíduo ou ao grupo.

Uma vantagem em favor do argumento fundado na discriminação de gênero é que ele pode ser usado também em causas envolvendo casamento e adoção por pessoas transgêneras. Infelizmente, os tribunais nos EUA e no Brasil têm sido bastante conservadores em ações de direito de família quando uma das partes é transgênera. Nos EUA, com exceção do caso *M.T. v. J.T.*²⁶, o Poder Judiciário vem adotando uma abordagem biologicizante para negar a produção de efeitos jurídicos até mesmo em casamentos de transexuais já operados²⁷. Do mesmo modo, a Corte Europeia

26 *M.T. v. J.T.*, 140 N.J.Super. 77, 355 A.2d 204, N.J.Super.A.D. 1976 (“Se a cirurgia de readequação sexual for bem-sucedida e um transexual pós-operado possuir, graças ao tratamento médico, total capacidade para funcionar como homem ou mulher, como é o caso, não há barreira legal, tabu social ou argumentos baseados em leis de ordem pública destinadas a garantir a identificação das pessoas que possam impedir alguém, ao menos para fins de casamento, de adotar o sexo finalmente assinalado”).

27 Cf. *Anonymous v. Anonymous*, 67 Misc.2d 982, 325 N.Y.S.2d 499, N.Y.Sup. 1971 (estabelecendo que “o casamento entre homens era uma nulidade, não obstante que o ‘marido’ acreditava que a ‘mulher’ era uma mulher ao tempo da cerimônia, e não obstante que ‘ela’ possa ter subsequentemente se transformado em tal”); *In re Ladrach*, 32 Ohio Misc.2d 6, 513 N.E.2d 828 (1987) (sustentando que “o sexo de uma pessoa é determinado no nascimento por um exame anatômico feito pelo responsável pelo parto” e que “a operação do peticionário, desse modo, não pode afetar seu verdadeiro

de Direitos Humanos, em dois casos abertos por transexuais que já haviam se submetido à cirurgia de transgenitalização²⁸, recusou-se a reconhecer violação ao direito ao casamento, previsto no art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em *Cossey v. Reino Unido*²⁹, a Corte de Estrasburgo, por maioria, entendeu que “a ligação ao conceito tradicional de casamento fornece uma razão suficiente para que se continue a adotar o critério biológico na determinação do sexo do nubente para fins matrimoniais” e que, ademais, a questão está “incluída no poder legislativo dos Estados-Parte de regular a matéria em nível nacional”. O voto contrário do julgado, porém, corretamente observa que está longe de ser evidente que haja uma relação necessária entre a tradição jurídica e a concepção de gênero entendida como “a constituição biológica de um indivíduo fixada no momento do nascimento”. Com efeito,

quando se busca uma definição do significado de “sexo” nesse contexto, a escolha pode recair na situação dos nubentes quando do nascimento ou da celebração do matrimônio, considerando especialmente que a condição sexual de uma pessoa é determinada por múltiplos fatores (cromossômicos, gonadais, genitais, psicológicos), sendo que quase todos são – menos ou mais – capazes de alteração³⁰.

sexo”); *Littleton v. Prange*, 9 S.W.3d 223 Tex.App.-San Antonio, 1999 (sustentando que o gênero de uma pessoa é “imutavelmente fixado por nosso Criador no momento do nascimento” e que “os cromossomos masculinos não são modificados por tratamento hormonal ou por cirurgias de readequação sexual”; “biologicamente, uma transexual feminina após o tratamento continua a ser um homem”); *In re Estate of Gardiner*, 273 Kan. 191, 42 P.3d 120 Kan., 2002 (sustentando que “uma transexual pós-operada não é uma mulher no sentido dado pela lei civil que reconhece o casamento como um contrato entre duas partes que pertencem a sexos opostos, homem e mulher, e desse modo uma transexual pós-operada não pode validamente se casar com outro homem; as palavras ‘sexo’, ‘casamento’, ‘homem’, ‘mulher’, no senso comum cotidiano não compreendem os transexuais, e o significado comum e ordinário de ‘pessoas de sexos opostos’ contempla o que é comumente entendido como um homem e uma mulher do ponto de vista biológico”).

28 *Rees v. United Kingdom*, 2/1985/88/135 (1986) e *Cossey v. United Kingdom*, 16/1989/176/232 (1990).

29 *Cossey v. Reino Unido*, 16/1989/176/232 (1990).

30 *Idem*.

A fundamentação dos direitos de transgêneros no direito de igualdade (ou de antidiscriminação) é indispensável para virtualmente todas as demandas apresentadas pela população transgênera. Porém, se o principal objetivo for desenvolver estratégias que, a um só tempo, prescindam da patologização dos comportamentos transgressivos e estejam voltadas para o respeito à autonomia individual, é crucial desenvolver argumentos baseados no direito de liberdade. O ponto em questão, observa Butler (2004, p. 87), é: “seria possível conceber a autonomia de forma a encontrar um modo de superar as discordâncias que surgem a respeito de se preservar ou erradicar o diagnóstico médico?”.

No âmbito do Direito norte-americano, argumentos fundados no princípio constitucional da liberdade individual foram desenvolvidos por Franklin Romeo (2005) e Laura K. Langley (2006), entre outros acadêmicos. Romeo (2005, p. 745) sugere uma analogia interessante entre a identidade de gênero e as liberdades reprodutivas, mais especificamente entre a experiência individual de gênero e a gravidez, entendida como “um aspecto fundamental e saudável da vida, merecedor de proteção jurídica”, uma *condição* única “devido à sua natureza extremamente pessoal e às significativas conseqüências que ela traz”. “Tal como a gravidez [argumenta Romeo], a experiência de gênero está ligada ao modo como cada um lida com seu corpo e afeta profundamente as escolhas que cada um faz na vida” (ROMEO, 2005, p. 745).

No contexto do sistema jurídico norte-americano, os direitos reprodutivos têm sido protegidos pela *Lei contra a Discriminação motivada pela Gravidez (Pregnancy Discrimination Act)*, de 1978, e pela dimensão substantiva do devido processo legal, previsto na 14^a Emenda. Romeo cita especificamente o famoso caso *Roe v. Wade*³¹, no qual a Suprema Corte norte-americana autorizou o aborto voluntário sob o argumento de que “o direito à privacidade [...] é amplo o suficiente para incluir a decisão da mulher de terminar ou não a gravidez”. No mesmo sentido, em *Eisenstadt v. Baird*³², a Suprema Corte dos EUA entendeu que “se o direito à privaci-

31 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 95 (1973).

32 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 92 S.Ct. 1029, 31 L.Ed.2d 349 (1972).

dade significa algo, ele abrange o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de não sofrer intrusões estatais em assuntos que o afetem profundamente, tal como a decisão de criar ou não uma criança.” Outras decisões da Suprema Corte norte-americana, como *Skinner v. Oklahoma*³³, *Griswold et al. v. Connecticut*³⁴ e *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*³⁵ também fornecem alguma base para que os direitos reprodutivos sejam vistos como direitos a uma esfera de intimidade livre de interferências do Estado, o dito *right to be let alone*.

Langley (2006) também discute os direitos de transgêneros sob a perspectiva da 14ª Emenda à Constituição norte-americana. Esta autora, porém, ao reconhecer a dimensão pública inerente a qualquer manifestação identitária, busca fundar as demandas de autodeterminação de gênero em um conceito mais amplo de liberdade, no lugar de fazê-lo apenas no direito à privacidade. Para tanto, analisa os principais argumentos desenvolvidos em dois casos importantes: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*³⁶ e *Lawrence v. Texas*³⁷, nos quais a Suprema Corte norte-

33 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) (“Uma mulher tem ao menos um igual direito de escolher se quer prosseguir a gravidez ou abortar o feto. Com efeito, o direito à procriação sem a interferência estatal tem sido longamente reconhecido como um dos direitos básicos do ser humano [...] e fundamental à existência e sobrevivência da raça”).

34 *Griswold et al. v. Connecticut*, 381 U.S. 479 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965) (entendendo que o direito à privacidade decorre das “penumbras” da Bill of Rights).

35 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 70-71, n. 11, 96 S.Ct. 2831, 2841-2842, 49 L.Ed.2d 788 (1976) (sustentando que a exigência de consentimento marital para o aborto, feita por lei do Missouri, era inconstitucional porque “conferia ao marido o direito de impedir unilateralmente e por qualquer razão a efetivação da vontade da esposa assistida pelo médico de pôr fim à gravidez”).

36 *Parenthod of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674.

37 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Em *Lawrence v. Texas* a maioria dos juizes da Suprema Corte mudou o entendimento que havia adotado em *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140, 1986) e passou a sustentar que as *sodomy laws* que criminalizavam a relação sexual homossexual, em vigor não só no Texas, mas também (em 2003) nos Estados do Alabama, Florida, Idaho, Kansas, Louisiana, Mississippi, North Carolina, Oklahoma, Porto Rico, South Carolina, Utah e Virginia (segundo ESKRIDGE JR. e HUNTER, 2004, p. 76-78) eram inconstitucionais por violarem o direito de dois adultos a se engajarem em uma conduta pri-

-americana desvinculou o princípio geral de liberdade das liberdades clássicas ancoradas na “história e tradição nacionais”³⁸. Em *Lawrence v. Texas*, com efeito, em vez de indagar “se a Constituição confere um direito fundamental aos homossexuais de se engajar em sodomia”, como fizera anteriormente em *Bowers v. Hardwick* (1986), a Suprema Corte majoritariamente enfatizou que “[o princípio geral de] liberdade confere uma *proteção substantiva a pessoas adultas para que decidam como irão conduzir suas vidas privadas em assuntos relacionados ao sexo*”³⁹. O voto de Kennedy também cita *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, em que a maioria dos juízes da Suprema Corte, ao julgar a constitucionalidade de restrições administrativas ao aborto impostas em lei estadual da Pensilvânia, afirmou:

Nossos precedentes judiciais têm respeitado o âmbito privado da vida familiar no qual o Estado não pode entrar. Estes assuntos, que dizem respeito às escolhas mais íntimas que alguém pode fazer na vida, escolhas centrais para a dignidade e autonomia individuais, são centrais para a liberdade protegida pela 14ª Emenda. No coração da liberdade está o direito de cada um de definir seu próprio conceito de existência, de significado do universo e do mistério da vida humana. As crenças a respeito desses assuntos não seriam capazes de definir os atributos de personalidade caso fossem formadas sob a coerção do Estado⁴⁰.

Em *Casey*, a Suprema Corte adotou uma atitude política de neutralidade em relação aos ideais morais:

vada no exercício da liberdade que lhes garante a cláusula constitucional do devido processo legal. Em *Bowers v. Hardwick*, a Suprema Corte, em uma decisão unanimemente criticada, havia afirmado a constitucionalidade do Código Penal do Estado da Geórgia que criminalizava “qualquer ato sexual relacionado aos órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou ânus da outra” porque restringiu o problema à questão se a Constituição conferiria um “direito fundamental aos homossexuais de se engajarem em sodomia consensual, invalidando desse modo a lei de muitos Estados que fazem essa conduta ilegal”, para em seguida responder negativamente à indagação.

38 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986).

39 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

40 *Idem*.

Homens e mulheres dotados de boa consciência podem discordar, e supomos que alguns sempre irão discordar, sobre as profundas implicações morais e espirituais de pôr fim a uma gravidez [...] Alguns de nós, como indivíduos, acham o aborto ofensivo aos princípios mais básicos de moralidade, mas isto não pode orientar nossa decisão. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não tornar obrigatório nosso próprio código moral. O problema constitucional subjacente é se o Estado pode solucionar essas questões filosóficas de forma a não deixar à mulher nenhuma escolha nesse assunto, exceto naquelas raras circunstâncias em que a gravidez represente um risco para sua vida ou saúde, ou resulte de estupro ou incesto. Na doutrina constitucional de caráter convencionalista, quando pessoas razoáveis discordam, o governo está autorizado a adotar uma posição ou outra. Este teorema, contudo, pressupõe um estado de coisas no qual a escolha não invada uma liberdade protegida. Assim, ainda que as pessoas discordem a respeito de se a bandeira nacional deve ou não ser saudada, ou sobre a afirmação de que ela não deve ser ultrajada, o Estado não pode obrigar ou fazer cumprir um ou outro ponto de vista.

Um conjunto muito diferente de crenças pode ser visto no voto concorrente do Juiz Burger, em *Bowers v. Hardwick*⁴¹:

A proscrição da sodomia tem raízes muito antigas. A decisão dos indivíduos a respeito da conduta homossexual tem sido submetida à intervenção estatal através da história da civilização ocidental. A condenação dessas práticas está firmemente enraizada na moral judaico-cristã e nos padrões éticos. A sodomia homossexual era um crime capital no direito romano [...] Blackstone descreveu “o infamante crime contra a natureza” como uma ofensa de “malignidade mais profunda” que o estupro, um ato odioso “cuja simples menção é uma desgraça para a natureza humana” e “um crime que não merece ser nomeado”. O direito inglês, inclusive a proibição da sodomia, foi recepcionado pelas leis da Geórgia e outras colônias [...] Para sustentar que um ato de sodomia homossexual é algo especialmente protegido como um direito fundamental seria repudiar milênios de ensinamento moral.

41 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986).

O contraste entre os julgados aponta para um problema crucial a ser enfrentado por aqueles que defendem os direitos de pessoas transgêneras: que postura política adotar em relação a questões morais tais como aquelas colocadas não apenas pelos direitos sexuais e reprodutivos, mas também pela exploração de jogos de azar e pela criminalização do uso de drogas? Em *Casey*, a apertada maioria da Suprema Corte norte-americana adotou o conhecido princípio formulado por John Stuart Mill, em *Sobre a Liberdade*, segundo o qual,

[...] a única finalidade pela qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder pode ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedi-lo de causar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é uma autorização suficiente. Ele não pode ser licitamente compelido a fazer ou deixar de fazer algo porque seria melhor para ele agir dessa maneira, porque iria fazê-lo mais feliz, ou porque, na opinião dos demais, seria mais sábio ou correto que agisse assim. Para justificar a interferência, a conduta que se deseja impedir deve produzir mal para alguma outra pessoa. A única parte da conduta de alguém que é suscetível de responsabilização social é aquela que diz respeito a outras pessoas. Naquilo que diz respeito apenas a si próprio, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si próprio, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano (MILL, 1859, p. 21-22).

Em *Hardwick*, por outro lado, os votos dos juízes White, Burger e Powell apontam para uma visão mais estreita de liberdade, focada exclusivamente nas liberdades formais declaradas na *Bill of Rights* (tais como a liberdade de religião e de expressão). O voto dissidente do conservador juiz Scalia em *Lawrence v. Texas*⁴² acrescenta a esse ponto de vista a princípio majoritário ao afirmar que “as percepções sociais sobre sexo e moralidade mudam ao longo do tempo” e o direito de cada grupo de “persuadir seus concidadãos de que sua visão em tais assuntos é a melhor” deve ser exercido por meios

42 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

democráticos e não “imposto por uma casta governamental que crê saber o que é o melhor”.

O problema com essa linha de argumentação, observa Joseph Raz (1982, p. 89), é que ela “distorce o valor da liberdade ao encará-la como (quase) absoluta em algumas esferas da ação humana e como inexistente em outras”⁴³. Com efeito, ao discutir os casos *Hardwick* e *Lawrence* na perspectiva “se a Constituição Federal confere um direito aos homossexuais de se engajarem em sodomia”, os juízes White, Burger, Powell e Scalia não proporcionam nenhum porto seguro para uma concepção mais ampla de liberdade entendida como um princípio de limitação do poder segundo o qual “algumas razões capazes de justificar ações privadas estão fora do âmbito da política e não podem ser usadas para justificar certas medidas de caráter estatal” (RAZ, 1982, p. 90).

Em contraste com uma posição conservadora em assuntos morais, Mill (1859) adota o dano a terceiros como princípio geral que autorizaria a restrição à liberdade individual⁴⁴. A liberdade, assim, corresponderia àquela “esfera de ação na qual a sociedade [...] tem, se muito, apenas um interesse indireto; compreendendo aquela porção da vida pessoal e da conduta de alguém que se refere apenas ao próprio indivíduo” (MILL, 1859, p. 25-26). O conceito abrange, segundo o autor (1859, p. 26-27), o “domínio interior da consciência”, a “liberdade de se associar para qualquer fim que não envolva dano

43 Cf. também Laurence Tribe (2004), em que o autor critica o “entendimento convencional, pouquíssimo analisado e freqüentemente aceito de forma acrítica, a respeito do que significa para o Estado privar alguém de sua ‘liberdade’ sem o ‘devido processo legal’ no sentido substantivo da expressão”. Segundo esse entendimento, “os tribunais passivamente identificam, por aproximação, um conjunto de atividades nas quais as pessoas podem se engajar de forma livre da regulação governamental. Esta lista deriva do texto da Constituição e da tradição do constitucionalismo americano, firmada, senão no nascimento da Nação, ao menos no levante constitucional ocorrido após a Guerra Civil, que deixou sua marca textual sobretudo na 14^a Emenda. Nomear as atividades daquela lista é uma forma de saber quais áreas substantivas estão definidas como situadas além do poder governamental, estadual ou federal”.

44 Segundo Mill (1859, p. 24), “se alguém cometer algum ato que prejudique os demais, existe, *prima facie*, uma justificativa para puni-lo, através da lei, ou, quando as penalidades legais não possam ser aplicadas com segurança, pela desaprovação geral”.

a terceiros”; e a “liberdade de gostos e de buscas, de moldar o plano de nossas vidas para se ajustar ao nosso caráter”; de fazer “o que quisermos [...] sem impedimento de nossos semelhantes, ainda que eles possam pensar que nossa conduta é estúpida, perversa ou errada”. “Nenhuma sociedade em que tais liberdades não sejam, como um todo, respeitadas, é livre, pouco importando a forma de seu governo”, afirma um dos filósofos fundadores do liberalismo político (MILL, 1859, p. 27). Além disso, o princípio majoritário invocado pelo juiz conservador Scalia em *Lawrence v. Texas* não é válido, já que “a “tirania da opinião e do sentimento majoritários” pode ser

mais potente do que muitas formas de opressão política pois, muito embora não seja usualmente sustentada por penalidades extremas, deixa poucos meios de fuga, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida, e escravizando a própria alma (MILL, 1859, p. 13).

Como se pode ver, a defesa feita por Mill da liberdade como autodeterminação garante total suporte para a maioria das demandas formuladas por transgêneros. No contexto dos direitos sexuais, Martha Nussbaum (2009, p. xiii) invoca explicitamente o argumento *milliano* como fundamento para o que chama de “políticas de humanidade”, em oposição às “políticas de repulsa”, estas últimas baseadas na ideia de que *a aversão moral de um número razoável de membros da sociedade é suficiente para tornar uma prática ilegal, ainda que isso não cause dano algum a terceiros.*

Três argumentos para sustentar demandas jurídicas formuladas por transgêneros estão em discussão neste *paper*: a proibição contra o tratamento desumano ou degradante, o direito de igualdade e o direito de liberdade. No contexto jurídico norte-americano, o primeiro argumento está limitado a causas que envolvem assistência à saúde ou uma classificação de gênero apta a proteger a integridade de transgêneros encarcerados⁴⁵. Apesar do relativo sucesso das causas que utilizam este fundamento, o argumento é subinclusivo

45 A redação do inciso III do art. 5º da Constituição é mais ampla do que o direito equivalente na Constituição dos EUA (“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).

tanto porque ainda se apoia em laudos médicos de transtorno de identidade sexual como porque é pouco relevante para pessoas não presas em busca de assistência à saúde e do reconhecimento de outros direitos. Isso não significa, é claro, que a tese não possa ser subsidiariamente veiculada em ações propostas por presos transgêneros, já que em muitos sistemas jurídicos (no brasileiro inclusive) as partes estão autorizadas a formular pedidos baseados em diferentes argumentos, independentemente da consistência de cada um ou da coerência do conjunto. Todavia, já que a pretensão deste artigo é buscar razões jurídicas que possam servir para múltiplas finalidades e que prescindam do diagnóstico médico de transexualismo, os argumentos baseados nos princípios gerais de liberdade e igualdade parecem ter maior relevância.

No tópico seguinte, buscam-se integrar os dois argumentos em uma proposta de estratégia discursiva que se pretende ampla o suficiente para justificar a maioria dos direitos reivindicados por transgêneros como direitos humanos reconhecidos pelos Estados constitucionais.

4 Direitos de transgêneros no discurso dos direitos humanos

O propósito deste tópico é reunir as observações feitas até agora em uma proposta de estratégia jurídica voltada ao reconhecimento de direitos reivindicados por transgêneros. A proposta tem como premissa a construção de um discurso jurídico inclusivo que seja simultaneamente crítico do modelo patologizante e persuasivo a audiências jurídicas não necessariamente familiarizadas com as necessidades de pessoas transgêneras. Como mencionado na introdução, o artigo não está particularmente preocupado com as especificidades de cada sistema jurídico; o que se pretende, em vez disso, é fazer um livre exercício de argumentação em direitos humanos, levando em consideração diferentes fontes legais, sem, contudo, hierarquizá-las.

Uma estratégia jurídica de caráter inclusivo deveria, *em primeiro lugar*, garantir soluções jurídicas a todas as pessoas que se

encontram sob o chamado “guarda-chuva transgênero”: transexuais pré e pós-operados, transexuais que escolheram não se submeter a procedimentos cirúrgicos, *cross dressers*, travestis, *drag queens*. Aliás, uma estratégia discursiva inclusiva deve garantir proteção jurídica também para

aqueles cuja expressão de gênero é tão complexa que sequer tem um nome; para aqueles que não se importam se suas identidades de gênero têm um “nome”, e, no limite, para aqueles “ateus de gênero”, cujo gênero não pode ser nomeado porque eles não vivem suas vidas como pessoas para quem o gênero tem alguma relevância (THOMAS, 2006, p. 321).

Em segundo lugar, o discurso jurídico se beneficiaria enormemente do diálogo com a teoria crítica de Foucault e Judith Butler. O objetivo é desnaturalizar o binarismo de gênero por meio de uma crítica genealógica apta a compreender a função dessa categoria identitária e as variações históricas e linguísticas a que ela está sujeita⁴⁶. Como se sabe, há uma forte e ampla crença de que o gênero é um atributo essencial e imutável da personalidade⁴⁷. Como observa Butler (2003, p. 162), “o bebê se humaniza no momento em que a pergunta ‘menino ou menina?’ é respondida”. A dificuldade de resposta no caso de pessoas intersexuais – nascidas com órgãos de ambos os sexos biológicos – revela, nesse contexto, o próprio

46 Cf. Butler (2003, p. xxxi), o qual nota que “a crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver; em vez disso, ela investiga as apostas políticas, designando como *origem* e *causa* categorias de identidade que, na verdade, são *efeitos* de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difusos”.

47 Como observa Langley (2006, p. 125), “a afirmação de um direito à livre determinação de gênero parece despropositada para alguns em parte porque o gênero é tradicionalmente entendido de forma tão naturalmente predeterminada e facilmente identificável que simplesmente não há espaço para autodeterminação. Neste paradigma conceitual, a autodeterminação de gênero é o equivalente a brincar com a natureza ou com a lei divina”.

domínio do desumanizado e do abjeto, em contraposição ao qual o próprio humano se estabelece. Se o gênero está sempre presente, delimitando previamente o que se qualifica como humano, como podemos falar de um ser humano que se torna de seu gênero, como se o gênero fosse um pós-escrito ou uma consideração cultural posterior? (BUTLER, 2003, p. 162).

A tarefa de desnaturalizar o binarismo de gênero é certamente uma das mais difíceis de se executar. O gênero de uma pessoa, assim como sua “raça”, é percebido pela maioria como um dado da natureza (BUTLER, 2003, p. 155) ligado, por intermédio da linguagem, a uma série de atributos usados para classificar as pessoas como femininas ou masculinas. O desafio colocado ao senso comum por pessoas intersex associado a um cuidadoso trabalho de “arqueologia do saber” (para usar mais uma vez as palavras de Foucault) pode garantir a base teórico-crítica necessária para, ao menos, colocar entre parênteses as crenças majoritárias sobre a naturalidade do binarismo de gênero.

Em terceiro lugar, um discurso jurídico fundado na ideia de direitos de transgêneros como direitos humanos deve ser capaz de mostrar o quão opressivo é o binarismo para aqueles cuja expressão de gênero é incompatível com o conjunto de crenças majoritariamente adotadas. Para pessoas transgêneras, a opressão vem de diferentes fontes e, com frequência, começa durante a infância. O filme do belga Alain Berliner, *Minha Vida em Cor de Rosa* (1997), é um tocante exemplo de “tirania da opinião e do sentimento dominantes” sobre um garoto em busca de expressar seus sentimentos e necessidades independentemente das convenções sociais. Do mesmo modo, é bastante conhecido o fato de que adultos transgêneros em diferentes países são cotidianamente submetidos a assédio, violência e discriminação em múltiplos aspectos de suas vidas. A descrição que Dean Spade (2006) apresenta a respeito dos EUA, aliás, é bastante próxima da realidade enfrentada por brasileiros transgêneros:

Muitas pessoas trans já começam suas vidas enfrentando o abuso ou o assédio em casa, ou sendo expulsas de seus lares por causa de suas identidades ou expressões de gênero. Alguns acabam indo para

casas-abrigo, mas frequentemente terminam na rua após sofrerem abusos e violência cometidos por funcionários e internos dessas instituições (a maioria delas segregada segundo o sexo de nascimento dos internos). Os abrigos para moradores de rua, do mesmo modo, são inacessíveis porque a maioria dos estabelecimentos é segregada segundo o sexo e, quando não rejeitam as trans de imediato, recusam-se a acolhê-las segundo a identidade de gênero que elas assumiram. Do mesmo modo, é crescente em escolas o número de casos de assédio e violência contra estudantes de gênero não-conforme, e muitos jovens acabam abandonando a escola ou sendo expulsos antes de concluírem o ciclo. Muitas trans também sequer tentam ingressar no ensino superior porque temem ter seus nomes de batismo e sexo de nascimento revelados no ato da matrícula, já que não conseguem alterar juridicamente seus documentos. Além disso, as pessoas trans enfrentam forte discriminação no mercado de trabalho e são rotineiramente despedidas por entrarem no processo de transição durante a vigência do contrato de trabalho ou quando suas identidades ou expressões de gênero chamam a atenção do supervisor.

A coerção contra pessoas transgêneras também provém de atos estatais: com efeito, a grande maioria das legislações e decisões judiciais analisadas nesta pesquisa impedem que transgêneros possuam documentos de identificação congruentes, se casem, adotem, busquem proteção por meio de leis antidiscriminação⁴⁸ e usem banheiros e outros lugares reservados, segundo o gênero efetivamente vivido.

Em quarto lugar, ressalta-se que o ponto central da argumentação jurídica em defesa de direitos de pessoas transgêneras deveria ser o conceito de liberdade proposto por John Stuart Mill discutido anteriormente, i.e., o postulado de que sobre si próprio, sobre seu próprio corpo e sua própria mente o indivíduo é soberano (MILL, 1859, p. 21-22). O

48 Cf. *Employment Handicap Discrimination Based on Gender Dysphoria (Transsexualism)*, 25 AMJUR POF 3d 415. O artigo enfatiza que a intenção do Congresso norte-americano de excluir transexuais da proteção contra a discriminação laboral feita a pessoas com deficiência foi inequivocamente estabelecida no *Americans with Disabilities Act (ADA)*, cujo texto contém a seguinte exclusão da definição de deficiência: “travestimento, transsexualismo, pedofilia, exibicionismo, voyeurismo, transtornos de identidade de gênero que não resultem de deficiência física, e outros transtornos de comportamento sexual”.

argumento está solidamente amparado na tradição do liberalismo político e, nesse sentido, tem potencial para persuadir uma audiência não necessariamente simpática a *performances* de gênero transgressivas.

O problema de fundar o direito de pessoas transgêneras nos direitos de privacidade ou de liberdade é que tais direitos são tradicionalmente vistos como direitos negativos/de defesa, i.e., direitos ao não impedimento de ações, direitos à não afetação de propriedades e situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas. Romeo (2005, p. 750) reconhece esse problema ao apontar a dificuldade em levar adiante demandas nas quais indivíduos transgêneros pleiteiam ações positivas do Estado, tais como assistência à saúde. Em *Mais v. Roe*⁴⁹, por exemplo, uma Suprema Corte de maioria conservadora afirmou que as restrições ao atendimento ao aborto voluntário impostas pelo Estado de Connecticut não violavam a cláusula constitucional da igualdade e que o Estado não tinha a obrigação de custear o aborto de uma mulher pobre só porque a Administração Pública destinava recursos a programas de estímulo à maternidade. Naquele caso, a corte local havia aplicado o fundamento desenvolvido pela Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* para afirmar que “quando separados dos argumentos morais sensíveis existentes na controvérsia, tanto o aborto quanto o nascimento do feto são alternativas médicas para se lidar com a gravidez”, e que, portanto,

o Estado não pode justificar sua recusa em pagar por um tipo de despesa própria da gravidez com base em sua oposição moral àquele gasto. Referendar uma justificação como essa seria permitir a discriminação contra aqueles que buscam o exercício de um direito constitucional sob o argumento de que o Estado não aprova o exercício daquele direito.

A Suprema Corte norte-americana, contudo, não apenas sustentou que “a Constituição não impõe nenhuma obrigação aos Estados que custeiem as despesas médicas de uma mulher indigente”, como também fez uma distinção entre a *proibição consti-*

49 *Mais v. Roe*, 432 U.S. 464, 97 S.Ct. 2376 (1977).

tucional de “interferência estatal direta em uma atividade protegida” (estabelecida para o aborto em *Roe v. Wade*) e o estímulo estatal (constitucionalmente autorizado) a uma atividade alternativa segundo a discricionariedade legislativa (no caso, o financiamento estatal ao nascimento de crianças e a restrição ao aborto voluntário estabelecido em lei estadual). Em outras palavras, tanto para os direitos reprodutivos como para os direitos de pessoas transgêneras, o ponto-chave é se o Estado tem um dever positivo de alocar recursos para financiar procedimentos que estão sendo defendidos como uma questão de liberdade pessoal⁵⁰.

Uma perspectiva igualitária para esse problema foi adotada pelo voto divergente do Juiz William Brennan, no caso *Maier*, segundo o qual “para um médico que não pode trabalhar de graça, e uma mulher que não pode pagá-lo”, a recusa do Estado em financiar um aborto é efetivamente uma proibição à decisão da mulher de interromper a gravidez. Nessa perspectiva, os deveres positivos do Estado em relação às pessoas transgêneras teriam como objetivo mais amplo garantir a todas as pessoas “uma igual habilidade de buscar em suas vidas, e de promover em suas sociedades, quaisquer ideais de bem e de assegurar a todos a faculdade de fazê-lo através dos meios próprios da política” (RAZ, 1982, p. 93).

No contexto europeu, Alastair Mowbray (2004, p. 187) reconhece a relutância da Corte de Direitos Humanos em afirmar a existência de obrigações positivas que exijam provisão de recursos ou benefícios sociais estatais, tais como serviços de lazer para pessoas com deficiência física ou pagamento de pensões familiares. Não obstante, em *Chapman v. United Kingdom* – um caso no qual um peticionário cigano alegou que os regulamentos administrativos e a fiscalização levada adiante contra seus acampamentos violavam o direito ao respeito domiciliar e à vida privada própria e familiar –, a Corte de Estrasburgo afirmou que:

50 Questão similar é o financiamento de políticas sociais voltadas à redução da discriminação e do preconceito motivados pela orientação sexual, em ambiente escolar. O argumento conservador, com efeito, ampara-se na tese de que o Estado não deve “promover” ou “fazer apologia” de um “estilo de vida” e que a política pública deve se restringir a proibir de forma genérica quaisquer tipos de discriminação.

Muito embora o pertencimento a uma minoria com um estilo de vida tradicional diferente daquele adotado pela maioria não confira uma imunidade em relação às leis gerais criadas para salvaguardar o patrimônio da comunidade como um todo, tal como as leis ambientais, este pertencimento pode influenciar a forma como tais leis são aplicadas. Como se depreende do caso, a posição vulnerável dos ciganos como minoria significa que *alguma consideração especial deve ser dada para que suas necessidades e seu estilo de vida diferente tenham alguma relevância na política regulatória e na tomada de decisões em casos específicos*. Nessa medida, há uma obrigação positiva imposta aos Estados-Parte em razão do art. 8º, para facilitar o modo de vida cigano⁵¹.

Em *Chapman*, portanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que uma condição particular de vulnerabilidade social confere a um grupo minoritário o direito de reivindicar ao menos “algum tipo de consideração especial por suas necessidades” a fim de assegurar igualdade na fruição das liberdades individuais. *Mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio poderia ser usado para justificar a atenção especial às necessidades das pessoas transgêneras, especialmente daquelas que estejam permanentemente submetidas a situações de marginalização e violência.

Em resumo, com o suporte de uma teoria social crítica de gênero e de uma interpretação igualitária do conceito de liberdade proposto por Mill, é possível sustentar a maioria das demandas jurídicas formuladas na atualidade pelo movimento social de transgêneros, dispensando laudos médicos que os considerem mentalmente doentes.

Segundo observa Raz (1982, p. 111),

Pessoas (significativamente) autônomas são aquelas que podem moldar suas vidas e determinar seu curso. Elas não são meramente seres racionais capazes de escolher entre diferentes opções depois de avaliar as informações relevantes, mas são sobretudo agentes que podem além disso adotar projetos pessoais, desenvolver relacionamentos e se comprometer com causas, através das quais sua inte-

⁵¹ *Chapman v. United Kingdom*, judgment of 18 January 2001.

gridade pessoal e seu senso de dignidade e auto-respeito se tornam concretos. Em uma palavra, pessoas significativamente autônomas são parcialmente criadoras de seu mundo moral.

É precisamente esta a ideia revolucionária que se pretendeu debater aqui.

Referências

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Relatório preliminar dos serviços que prestam assistência a transexuais na rede de saúde pública no Brasil. *Pesquisa transexualidade e saúde: condições de acesso e cuidado integral* – Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/Relatorio_Preliminar_set_20092.pdf>.

BEH, Hazel Glenn. Sex, sexual pleasure, and reproduction: health insurers don't want you to do those nasty things, *Women's L.J.*, 13 Wis., p. 119-158, 1998.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Undoing gender*. Routledge, 2004.

DENNY, Dallas. Transgender communities of the United States in the late twentieth century. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (DSM-IV-TR). 4th ed. American Psychiatric Association.

ESKRIDGE JÚNIOR, Hunter. *Sexuality, gender and the law*. Foundation Press, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. v. 1 (A vontade de saber). Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GREEN, Jaminson. Investigation into discrimination against transgendered people: a report by the Human Rights Commission. San Francisco, 1994. Disponível em: <http://www.sf-hrc.org/ftp/uploadedfiles/sfhumanrights/Transgender_HIV_Division/TG%20Report%201994%20-%20revised.pdf>.

LANGLEY, Laura K. Self-determination in a gender fundamentalist state: toward legal liberation of transgender identities, *12 Tex. J. C.L. & C.R.* 101, 2006.

LEE, Alvin. Trans models in prison: the medicalization of gender identity and the Eighth Amendment Right to sex reassignment therapy. *31 Harv. J. L. & Gender* 447, 2008.

LEVI, Jennifer L.; KLEIN, Bennett H. Pursuing protection for transgender people through disability laws. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

MEYER, Walter III et al. The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards of Care for Gender Identity Disorders. *Journal of Psychology & Human Sexuality*, 13 (1), p. 20-21, 2001. Disponível em: <<http://www.wpath.org/Documents2/socv6.pdf>>.

MILL, John Stuart. *On liberty*. John W. Parker and Son, 1859.

MINTER, Shannon Price. Do Transsexuals Dream of Gay Rights? In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

MOWBRAY, Alastair R. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.

NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity: sexual orientation & constitutional law*. Oxford, 2009.

PEEK, Christine. Breaking out of the Prison Hierarchy: transgender prisoners, rape, and the Eighth Amendment, *Santa Clara L. Rev.*, 44, p. 1211-1217, 2004.

RAZ, Joseph. Liberalism, autonomy, and the politics of neutral concern, *Midwest Studies in Philosophy*, 7, 1982.

ROMEO, Franklin H. Beyond a medical model: advocating for a new conception of gender identity in the law, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 36, p. 713-745, 2005.

SPADE, Dean. Resisting medicine, re/modeling gender. *Berkeley Women's L. J.* 18, p. 15-25, 2003.

———. Compliance is gendered. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

STOLOFF, Matthew A. *Dual prongs for the doubly imprisoned: transsexual inmates & the Eighth Amendment Right to Treatment*. Aug. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012980>>.

STRYKER, Susan. My words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: performing transgender rage. *GLSQ*, 1 (3), 1994.

THOMAS, Kendall. Afterword: are transgender rights inhuman rights? In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

TRIBE, Laurence. Lawrence v. Texas: the Fundamental Right that dare not speak its name, *Harvard Law Review*, 117, p. 1893-1897, 2004.

Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas

Luciana Estevan Cruz de Oliveira

Procuradora do Trabalho na Procuradoria do Trabalho da 9ª Região. Ex-juíza do Trabalho da 15ª Região. Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela USP.

Resumo: O princípio da igualdade desenvolveu-se paralelamente à história da civilização ocidental. Desde a Idade Antiga existiu a preocupação de tratar os indivíduos de acordo com os seus méritos. As noções aristotélicas serviram de parâmetro para a realização da igualdade material no *Welfare State* do mundo contemporâneo, pois o advento da Revolução Industrial ampliou a desigualdade fática das relações de emprego.

Para uma efetiva concretização da igualdade, a ordem jurídica consagra o princípio da não discriminação. Enquanto a igualdade é tratar os desiguais de modo desigual, elegendo-se um fator de discrimen que se justifique racionalmente, a discriminação é uma distinção desfavorável alicerçada em um dado motivo, de caráter antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade.

Assim, as ações afirmativas vieram solucionar uma lacuna de discriminações passadas, como sói acontecer com os deficientes. As ações afirmativas são políticas privadas ou públicas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário destinadas a mitigar os efeitos atuais de distinções desfavoráveis pretéritas. No caso brasileiro, destaca-se a reserva de vagas para deficientes nas relações de emprego.

Infere-se, portanto, que o ordenamento constitucional brasileiro fornece os substratos para a inserção das pessoas com deficiência

no mercado de trabalho, independentemente de previsão legal expressa. A disposição legislativa apenas corrobora o texto constitucional e consagra a efetiva igualdade material.

Palavras-chave: Igualdade. Não discriminação. Ações Afirmativas. Deficientes.

Abstract: The principle of equality developed in parallel to the history of Western civilization. Since the ancient world there was the concern of treating individuals according to their merits. The Aristotelian notions served as a parameter for the achievement of equality in material Welfare State of the contemporary world, since the advent of the Industrial Revolution increased inequality factual employment relations.

For an effective realization of equality, the law enshrines the principle of nondiscrimination. While equality is to treat unequals unequally, and elect a factor differentiation justified rationally, discrimination is an adverse distinction founded on a given occasion, antilegal character and devoid of reason and rationality.

Thus, affirmative actions came to solve a shortcoming of past discrimination, as it happens with the handicapped. Affirmative actions policies are private or public character of compulsory, optional or voluntary to mitigate the ongoing effects of unfavorable distinctions preterit. In Brazil, there is the reservation of places for handicapped in employment relationships.

It is inferred therefore that the constitutional Brazil provides the substrates for the integration of handicapped in the labor market, regardless of express legal provision. The only legislative provision supports the Constitution and establishes the effective material equality.

Keywords: Equality. Non-discrimination. Affirmative Action. Handicapped.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução histórica do princípio da igualdade jurídica. 2.1 Idade Antiga. 2.2 Idade Média. 2.3 Idade Moderna. 2.4 Idade Contemporânea. 2.4.1 Estado Liberal.

2.4.2 Estado Social. 3 Conceito de igualdade jurídica formal e material. 4 Princípio da não discriminação. 5 Ações afirmativas. 5.1 Conceito. 5.2 A receptividade das ações afirmativas pela Constituição brasileira. 5.3 Ações afirmativas e os deficientes, um exemplo. 5.3.1 Diplomas internacionais. 5.3.2 Legislação nacional. 5.3.3 A efetividade das cotas para pessoas com deficiência na visão da jurisprudência pátria. 6 Conclusões.

1 Introdução

A igualdade sempre foi um tema tormentoso na história da humanidade. O aprimoramento de seu conceito está de acordo com os avanços da civilização ocidental. No mundo antigo, Aristóteles foi o grande filósofo a desenvolver o assunto, e sua construção de tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida em que se desiguam é referência em todos os estudos sobre a matéria. Assim, inicialmente, procurar-se-á traçar uma evolução histórica do princípio da igualdade jurídica desde a Idade Antiga até a Contemporânea. Neste desenrolar, passar-se-á pelo Século das Luzes, que lançou as bases para a concepção atual de igualdade, expondo o pensamento de Rousseau que consagrou a expressão de igualdade de todos perante a lei.

O grande impulso desse princípio da igualdade deu-se com a acentuada desigualdade fática nas relações de trabalho, intensificada com a Revolução Industrial. A igualdade formal do Estado Liberal não sanava os problemas sociais de outrora. O Estado percebeu a necessidade de intervir na sociedade e, por conseguinte, o equilíbrio das relações de trabalho era um imperativo a ser seguido. Dessa forma, a igualdade material é difundida, resgatando-se as noções aristotélicas.

Paralelamente à exigência de tratamento igualitário, é mister que seja vedada a discriminação. A discriminação, conforme se demonstrará, é simplesmente uma distinção, diferença, mas a sociedade ressalta seu caráter pejorativo.

Mostrar-se-á que a discriminação perpetrada em face de determinados grupos, como os deficientes, não pode ser sanada

somente com os mecanismos previstos para a consagração dos princípios da igualdade e da não discriminação.

Diante desse cenário, estudar-se-á a possibilidade de efetivação dos princípios da igualdade e da não discriminação por intermédio das ações afirmativas. Será apresentada a experiência brasileira de um dos tipos de ação afirmativa, as cotas para as pessoas com deficiência. Essa experiência representa uma grande conquista, pois é cogente devido a sua previsão legal e poderá servir de parâmetro para outros estudos.

É com esses propósitos que se abre o presente artigo.

2 Evolução histórica do princípio da igualdade jurídica

O conceito de igualdade sempre permeou a história da humanidade. Nas civilizações antigas, os conceitos de igualdade e de justiça se confundiam. Contudo, as noções de igualdade e de justiça de épocas mais remotas são mais restritas em razão da escravidão dos povos vencidos. Esse princípio desenvolveu-se pelo impulso das classes desfavorecidas e de forma casuística. Procurar-se-á, portanto, realizar evolução do ponto de vista jurídico.

2.1 Idade Antiga

Na Idade Antiga, destacam-se Platão e Aristóteles. Conforme Platão (2001, p. 136-137), a felicidade e o bem-estar não deveriam ser atributos de poucos, mas deveriam ser repartidos equitativamente para todos os membros da sociedade. O Estado sugerido na República de Platão permitiria que cada indivíduo desfrutasse da felicidade pública que correspondesse à natureza da função.

Já Aristóteles (2001, p. 109-110) refere-se a dois tipos de igualdade: a aritmética e a geométrica. A aritmética é representada na hipótese de uma pessoa causar lesão a outra e, em decorrência, o juiz reestabelecer a igualdade, subtraindo do devedor o excesso de ganho em favor da vítima para se obter o meio termo. Em contra-

partida, a igualdade geométrica é aquela que, no âmbito da distribuição dos bens públicos e das funções elevadas do governo ou de dinheiro, uma pessoa possa ter participação desigual ou igual de outra pessoa, sendo o justo o proporcional a seu mérito.

Impende ressaltar que tanto Platão quanto Aristóteles escreviam para cidadãos livres e que a sociedade em que viviam aceitava e concebia a escravidão como algo natural (DRAY, 1999, p. 25).

Aponta Guilherme Machado Dray (1999) que coube aos estoicos a superação da escravidão como algo natural e a elevação da igualdade a princípio fundamental da existência humana. Assim, fixou-se a ideia de que todos os homens são naturalmente iguais e que esta igualdade é a essência da justiça. O Cristianismo consolidou esse postulado do universalismo da igualdade. Firmino Alves Lima (2006, p. 44) menciona passagens tanto do Evangelho de São Mateus como a Epístola de São Paulo aos Gálatas. Nessa Epístola, no capítulo 3, versículo 28, encontra-se o seguinte ensinamento: “não há judeu, nem grego: não há servo, não há livre: não há macho nem fêmea. Porque todos vós sois um em Jesus Cristo” (BÍBLIA SAGRADA, 1979, p. 1034). As ideias do Cristianismo são aprofundadas na Idade Média.

2.2 Idade Média

A Idade Média traz novas noções sobre a igualdade, sobretudo, com Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Guilherme Machado Dray (1999, p. 26) destaca que, segundo Santo Agostinho, o direito ou o justo é o que pela sua própria natureza é adequado ou ajustado à medida de alguém e a justiça é a virtude que dá a cada um o que é o seu, ou o quanto lhe é devido. Conclui que a lei só poderia ser justa quando contemplasse a noção de igualdade, pelo que a igualdade era requisito essencial da lei.

Santo Tomás de Aquino (2005) resgata as ideias de Aristóteles no sentido de que, na justiça distributiva, a mediedade era obtida conforme uma proporção geométrica, considerando a dignidade

da pessoa humana. Todavia, na justiça comutativa, a mediedade era obtida por proporção aritmética. A lei possui um papel destacado para Santo Tomás de Aquino, consoante aponta Fábio Konder Comparato (1998, p. 14). O autor medieval diz, *in verbis*: “A lei não é outra coisa que uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” (TOMÁS DE AQUINO, 2005, p. 527). Cumpre mencionar que, no período medieval, outros autores proclamam que sem generalidade não existe igualdade e a lei deve ser dirigida a todos, pois a estatuição particular não adquire a natureza legal (DRAY, 1999, p. 27).

O declínio da sociedade medieval abre espaço para a Idade Moderna.

2.3 Idade Moderna

O pensamento humanista do Renascimento insurgiu-se contra a sociedade de estamentos da Idade Média. Contudo, somente o Iluminismo é que irá lançar as bases científicas da igualdade jurídica. Tratou-se de um movimento filosófico que se desenvolveu para combater o Antigo Regime Absolutista. Os valores trazidos pelos teóricos dessa fase provocaram as revoluções do século XVIII.

Nesta seara, o papel de Jean Jacques Rousseau é preponderante. Esse filósofo iluminista refere-se à igualdade pelo viés da desigualdade, concebendo-a de dois tipos, a saber: a natural ou física, dada pela própria natureza; e a moral ou política, estabelecida por uma convenção consentida pelos homens. No estado de natureza, os homens são iguais e vivem em profunda harmonia, e a desigualdade residirá na constituição da sociedade civil, com o problema da propriedade. A sociedade civil ou política, como é chamada, apareceria e provocaria um turbilhão de nervosismos e um estado de guerra até se chegar à República, período que recomporia a ordem, sendo um estado positivo (ROUSSEAU, 1993, p. 144-146).

Infere-se, assim, que a desigualdade autorizada pelo Direito Positivo é contrária ao Direito Natural. Com base nesse pensador,

construiu-se, então, o princípio de igualdade de todos perante a lei diante da admissão de que as desigualdades civis não eram naturais, mas nasciam das convenções humanas. Estava pronto o arcabouço doutrinário para a Idade Contemporânea.

2.4 Idade Contemporânea

2.4.1 Estado Liberal

A igualdade como princípio jurídico-político com envergadura constitucional aparece nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1793. Há a consagração do princípio da igualdade perante a lei. Neste modelo de Estado Liberal, a proclamação da igualdade é no momento de aplicação da lei, uma vez que este Estado é abstencionista, sem ações positivas.

Conforme ensina Guilherme Machado Dray (1999, p. 29), os indivíduos são ontologicamente iguais e estes estão perante a lei. Não é no ato de criação da lei que os indivíduos tornam-se iguais. Nessa fase, o destinatário do princípio da igualdade não era o legislador, e sim o aplicador ou executor da lei. Essa formalização do princípio da igualdade rompe com os privilégios e impõe um dever ou obrigação de igualdade.

A Constituição americana é a primeira e mais duradoura constituição escrita em sentido moderno. Sofreu influência dos iluministas Hobbes e Locke, que pregavam que sem um poder político imperaria o “estado de natureza”, ou seja, uma situação de conflito e guerra. Entretanto, esse texto constitucional não trazia uma “Declaração de Direitos” como acontecia com as constituições estaduais. Os congressistas da Filadélfia entenderam que os direitos naturais do povo não dependiam de tipificação. Assim, a Constituição de 1787 limitava-se a abolir os títulos de nobreza. Antes da Declaração da Independência, algumas constituições estaduais incorporaram em seu texto uma Declaração de Direitos ou incluíam em separado. A Declaração da Virgínia dispunha, no

art. 1º: “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos”¹.

Guilherme Machado Dray (1999, p. 35) conclui da experiência americana: todos os homens nascem livres e iguais, repulsa pela existência de privilégios, proibição de concessão de privilégios nobiliárquicos e a proclamação de um dever de igualdade.

Apesar da fixação do princípio da igualdade jurídica na Declaração de Direitos da Virgínia, a universalização deu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois a Revolução Francesa marcou uma ruptura com os modelos absolutistas até então vigentes. Assim, a referida declaração passou a ter relevância jurídica, pois se trata de uma Declaração de Direitos. Dessa forma, restou consignado no art. 6º, *in verbis*:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos².

Essa declaração marca a igualdade em direitos dos homens, apesar de suas desigualdades de meios. O art. 6º da declaração formula o preceito geral, ao passo que em outros dispositivos são previstas as concretizações, tais como: o acesso aos cargos públicos, a arrecadação fiscal de acordo com as possibilidades dos cidadãos e a

1 *Declaração de Direitos da Virgínia*. Disponível no site da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, da USP: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

2 *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível no site da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, da USP: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

igualdade na aplicação das penas. Cumpre aduzir que a igualdade não é tratada como direito natural e imprescritível do homem no art. 2º da declaração. Somente a Constituição Francesa de 1793, no art. 2º, traz a igualdade como direito natural e imprescritível, ao lado da propriedade, segurança e liberdade. Esse texto constitucional aduz, ainda, no art. 3º, a expressão: “igualdade perante a lei”.

Conclui-se, portanto, que, nas constituições francesas, o princípio da igualdade perante a lei adquire universalidade e é repassado para o futuro.

Esse constitucionalismo francês influencia a Alemanha. A afirmação da igualdade perante a lei surge no lapso temporal compreendido entre 1815 e 1848. O constitucionalismo alemão é marcado pela sobreposição do princípio monárquico ao democrático, inversamente ao que na época sucedia na França. Guilherme Machado Dray (1999, p. 47-48) aponta que o princípio da igualdade perante a lei é expressamente consagrado nas Constituições de Hesse-Darmstadt e da Baviera. Nessa última, foi designada, além da igualdade perante a lei, a expressão: “igualdade das leis”. Essa nomenclatura fez com que alguns autores cogitassem a igualdade também na criação das leis. Todavia, prevaleceu o entendimento de que a igualdade era restrita na aplicação da lei. A segunda fase do constitucionalismo alemão assenta na formalização do princípio da igualdade perante a lei na Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão. O § 137 da Constituição de 1849 proclamou a igualdade e a nobreza foi suprimida como ordem. Os debates foram árduos e os parlamentares reconheceram que a lei deve valer para as mesmas circunstâncias, para as mesmas pessoas que se encontram em situação similar. Essa declaração aprofunda a noção de igualdade como princípio geral e que as concretizações da igualdade estão em diversas revelações, tais como: acesso aos cargos públicos e às taxas públicas.

Em Portugal, os textos constitucionais não inovaram em relação à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Fixou-se um princípio geral de igualdade para posteriormente enumerarem-se algumas concretizações, como o acesso a cargos públicos. Do mesmo modo que o constitucionalismo alemão, o lusitano restrin-

giu a igualdade à fase de aplicação das leis e à proibição de leis particulares, individuais e de exceção.

Essa concepção liberal da igualdade pregava que, com a abolição do privilégio, não existiriam obstáculos para que cada indivíduo alcançasse a felicidade e assumisse um cargo público, conforme suas capacidades e virtudes. Contudo, essa noção não foi suficiente para suprir as desigualdades sociais aprofundadas com a Revolução Industrial, precipuamente, nas relações de trabalho.

2.4.2 Estado Social

O século XIX foi marcado por intensas lutas sociais em que a classe trabalhadora passou a ganhar direitos contra as mazelas de um trabalho prestado mediante a voz de comando do capitalismo (LIMA, 2006, p. 54). Os direitos sociais são incipientes e passam a garantir condições materiais e espirituais de vida e desenvolvimento. As Constituições mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 são os marcos do novo constitucionalismo social.

Fábio Konder Comparato (2001, p. 187) diz que a Constituição mexicana de 1917 firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho. Foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas o atributo de direitos fundamentais.

Nessa seara, a nova doutrina alemã emerge em 1920 e vai defender um novo conceito de igualdade, tal como um direito autônomo e que se impõe ao próprio legislador. A Constituição de Weimar de 1919 marca o advento do Estado Social de Direito. Por meio desse instrumento normativo, foi atribuída aos alemães uma série de direitos até então inexistentes, como a melhoria das condições de trabalho e econômicas. Os trabalhadores são objeto de atenção especial, vislumbrando-se garantir a igualdade entre empregadores e trabalhadores.

Consoante Ana Prata (1982, p. 114-115), o Estado Social possui três ordens de ideias. Inicialmente, incumbe ao Estado garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais e culturais,

criando as condições em que eles possam obtê-los pelo seu trabalho ou, não sendo isso possível, prestando ele próprio os necessários meios para atingir esse objetivo. Em seguida, o Estado tem a obrigação de igualar as possibilidades de acesso ao bem-estar social, quer por meio de uma política de distribuição de rendimentos, quer por uma política de investimentos em equipamentos sociais. Por fim, o Estado de Bem-Estar Social inicia um processo de reformulação da organização social, alargando-se a todas as pessoas a sua participação neste poder.

Então, o Tratado de Versailles³, ao elaborar normas internacionais de proteção ao trabalho, passou a ser o referencial sobre direitos sociais para as demais constituições que se firmaram durante as duas grandes guerras. Nesse contexto, apresentar-se-á a definição de igualdade.

3 Conceito de igualdade jurídica formal e material

O Estado Social procurou conceder prestações positivas para os cidadãos e, por conseguinte, diminuir as desigualdades socio-econômicas, segundo as suas necessidades, e não consoante suas capacidades. Está-se diante da igualdade material ou substancial que é direcionada também ao legislador. Resgata-se a noção aristotélica de tratar os iguais de modo igual e os desiguais desigualmente. O Direito passa a captar o ser humano em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. Até então, era proclamada apenas a igualdade formal, isto é, os homens são iguais em direitos, sendo fruto da visão individualista do homem (SILVA, 2004, p. 213).

Cumprir mencionar que a transição da igualdade estática ou formal para o conceito de igualdade substancial atravessa a ideia de “igualdade de oportunidades”, ou seja, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, com efeito, promover justiça social (GOMES,

3 Este tratado instituiu a Organização Internacional do Trabalho, em 1919.

2001, p. 131). Firmino Alves Lima (2006, p. 58) cita o discurso do presidente americano Lyndon Johnson, o qual pondera que não se pode escolher uma pessoa que ficou presa por anos em uma corrente e, em seguida, colocá-la na mesma linha de partida de uma corrida, dizer que ela é livre para competir com os demais e pensar que seja totalmente justo. É imperioso reconhecer as deficiências de determinados grupos e conceder determinadas vantagens para que tenham oportunidades de competição com os demais favorecidos.

O princípio da igualdade é de justiça social e fundamenta o Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 2007, p. 430). Em decorrência disso, a força desse princípio irradia-se a todos os agentes do Estado, isto é, tanto para o legislador como para o aplicador da lei (COMPARATO, 1998, p. 17). Na criação de direito igual, é exigida uma igualdade material por meio da lei. Essa igualdade substancial conduz a um juízo e critério de valoração pelo legislador, ponderando os fundamentos e os motivos de soluções diferenciadas (CANOTILHO, 2007, p. 427-429).

Feitas essas considerações a respeito da igualdade, observar-se-á a vertente negativa do princípio da igualdade, que é a não discriminação.

4 Princípio da não discriminação

Ao lado da exigência do tratamento igualitário, tem-se a proibição da discriminação. Para Jorge Luiz Souto Maior (2002, p. 97), discriminar é distinguir coisas, pessoas e conceitos em conformidade com as suas características próprias e critérios bem definidos. Dessa forma, discriminar é distinguir. O termo, por si só, não possui uma conotação pejorativa. Contudo, no desenrolar da história, o termo possui uma carga negativa. O campo para saber se uma distinção pode ser ou não realizada é tema da discriminação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 17), as discriminações são compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a pe-

culiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela decorrida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

As diferenciações só podem ser feitas desde que seja eleito um fator de desigualação (fator de *discrimen*) que se justifique racionalmente. Outrossim, esse fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados na Constituição Federal. Claro que o tratamento igualitário envolve uma certa dose de subjetivismo. É imprescindível que haja uma correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele.

Por exemplo, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal estabelece a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Todavia, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a limitação de idade à vista da natureza do cargo e suas atribuições. Também não cabe falar em discriminação quando a própria Constituição estabelece a diferença por ser fruto do poder constituinte originário. Nesse sentido, o art. 143, § 2º, da Lei Maior isenta as mulheres e os eclesiásticos de prestarem serviço militar, estando sujeitos a outros encargos legais.

Dessa forma, Firmino Alves Lima (2006, p. 133) define o ato discriminatório como uma distinção desfavorável alicerçada em um determinado motivo, de caráter antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade. Portanto, os elementos integrantes do ato discriminatório são: uma distinção, um motivo e o objetivo ou o efeito dessa ação.

Um ato ou comportamento será distintivo caso se verifique um tratamento diferencial em um aspecto crucial para uma dada questão. Firmino Alves Lima (2006, p. 111) menciona que a distinção pode ocorrer de duas formas, seja nos tratamentos distintos aplicados a duas pessoas ou grupos que possuam uma identidade em tópico relevante em questão ou, de modo inverso, na aplicação de um mesmo tratamento a duas pessoas ou grupos que não possuam identidade em aspecto relevante.

Por seu turno, os motivos que ensejam uma discriminação constituem um rol meramente exemplificativo nos textos normativos e aludem à cor, à idade, ao sexo, ao estado civil, entre tantos outros. As razões também são diversas, como: preconceito, estereótipo. Preconceito é um julgamento prévio sobre alguma coisa que não se conhece, ter uma conclusão antes de qualquer análise imparcial e cuidadosa. Na prática, a palavra foi utilizada como um prejulgamento negativo (BRITO FILHO, 2004, p. 87-88). Já estereótipo é uma marca que é atribuída a um grupo como sendo possuidor de um determinado atributo (MARQUES, 2002, p. 175-176). É importante ressaltar que é possível a existência de mais de um motivo causador da discriminação. Trata-se da teoria dos motivos mistos. Entende-se que, se houver um motivo ilegítimo, ainda que outros sejam legítimos, o ato será discriminatório.

Surge a seguinte indagação: existe discriminação sem motivo? Para alguns doutrinadores, como Alice Monteiro de Barros (2000, p. 39), a discriminação é o caráter infundado de uma distinção, isto é, o motivo não é elemento para sua caracterização. Todavia, o próprio Celso Antonio Bandeira de Mello (2002) destaca que o *discrímen* deve ser justificado racionalmente. Dessa forma, a distinção deve ser calcada em um fator externo, ou seja, em um motivo qualquer. No campo da discriminação, o motivo precisa ser razoável, caso contrário, estar-se-á na esfera do arbítrio. O arbítrio é uma vontade determinante sem observância de qualquer regra, fruto do capricho e sem restrições (LIMA, 2006, p. 116). Uma diferenciação arbitrária é desprovida de razoabilidade e objetividade e também fere a igualdade. Todavia, não é discriminatória por faltar um motivo que justifique essa diferenciação.

Finalmente, o último elemento integrante do conceito de discriminação é o objetivo ou efeito da ação distintiva motivada. O resultado da prática é fundamental para a caracterização da discriminação, inferindo-se, portanto, que a intenção do ato deve ser desprezada. Por isso, como elemento integrante do conceito de discriminação está o objetivo ou o efeito, isto é, a locução é alternativa. Assim, basta apenas o resultado do ato discriminató-

rio para se constatar a violação do princípio da igualdade. Esse resultado ou efeito do ato discriminatório é marcado pela violação dos direitos fundamentais. No ramo específico do Direito do Trabalho, significa que os direitos ou vantagens trabalhistas não serão reconhecidos ou aplicados.

Conforme se demonstrou até agora, os princípios da igualdade e da não discriminação norteiam as atitudes presentes. Todavia, existem grupos historicamente discriminados no passado que necessitam de uma tutela propositiva. Daí a necessidade de enfrentar o estudo das ações afirmativas.

5 Ações afirmativas

5.1 Conceito

Como já restou consignado, o conceito de igualdade formal não era suficiente para tornar acessíveis aos socialmente desfavorecidos as oportunidades que eram desfrutadas pelos privilegiados. A igualdade material ou substancial, nos dias atuais, recomenda uma noção dinâmica para evitar a propagação das desigualdades sociais. As políticas sociais são medidas para a concretização dessa igualdade substancial e foram denominadas de ações afirmativas. No Direito europeu, recebem a denominação de discriminação positiva ou ação positiva.

Maria Aparecida Gugel (2000, p. 21) indica que a expressão ação afirmativa foi usada pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração Kennedy, Hobart Taylor, para descrever a possibilidade de uma pessoa discriminada em razão da raça reclamar junto à Comissão de Práticas de Empregos Justas. Entretanto, a consagração da expressão deu-se com a Executive Order 10925 do presidente Kennedy, que vedava, no âmbito federal, qualquer discriminação na contratação de funcionários públicos com base em raça, credo, cor ou origem nacional (MENEZES, 2003, p. 41). A presença ativa do Estado americano ocorreu com a Executive Order 11246, assinada por Lyndon Johnson em 1965, que

previa a obrigação do Estado de contratar empresas que possuíssem algum programa de ação afirmativa, visando à inclusão de minorias ou mesmo as que tivessem uma composição societária integrada por minorias⁴. A partir de então, a expressão passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, por preconceitos arraigados historicamente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais (ROCHA, 1996, p. 285).

Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 135) define as ações afirmativas como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Do conceito pode-se extrair que as ações afirmativas são políticas de inclusão social praticadas por entidades públicas, privadas e órgãos de competência jurisdicional com o escopo de concretização da igualdade de oportunidades. Os destinatários das ações afirmativas são selecionados a partir de grupos sociais com características definidas e estáveis, bem como por critérios geográficos ou econômicos. Os grupos sociais beneficiados são aqueles que foram histórica e culturalmente discriminados e/ou apresentam desvantagens evidentes (MENEZES, 2003, p. 48-49).

Os tipos de ações afirmativas são os mais variados, podendo ser citados: a adoção de cotas para a admissão em empresas, empregos públicos ou formação educacional, facilidades econômicas e tributárias para admissão ou manutenção de ações inclusivas e facilidades sociais para manutenção da inclusão forçada (LIMA, 2006, p. 156).

⁴ *Executive Order 11246*. Disponível no site da Equal Employment Opportunity Commission (EEOC): <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

5.2 A receptividade das ações afirmativas pela Constituição brasileira

No Brasil, as políticas de ações afirmativas são incipientes. A Constituição Federal de 1988 lançou o arcabouço jurídico para a implementação efetiva do princípio da igualdade material ou substancial.

O art. 3º da Lei Maior fixa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles, construir uma sociedade justa, livre e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como bem destaca Cármen Lúcia Rocha (1996, p. 289), os verbos utilizados pelo constituinte são de ação, isto é, refletem um comportamento ativo. Isso revela a preocupação em construir uma democracia social, uma justiça social. Em outros trechos, a Constituição Federal de 1988 revela essa postura ativa, haja vista o art. 170, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

[...]

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

[...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

A própria ordem econômica e financeira revela uma preocupação em realizar a igualdade de oportunidades às empresas de pequeno porte. Esse é o caminho para a superação das desigualdades sociais e regionais.

No campo das relações de trabalho, as ações afirmativas são o instrumento para a realização da igualdade jurídica material. Como é cediço, o Direito do Trabalho é o ramo da ciência jurídica

assentado na desigualdade de fato entre as partes da relação jurídica. Entre as diversas manifestações das ações afirmativas, pode-se citar a reserva de vagas para pessoas com deficiência, devido ao seu sucesso no mercado de trabalho e a possibilidade de espelho para outros tipos de ações afirmativas. Todavia, a reserva de vagas para deficientes constitui efetiva limitação na autonomia privada do empregador, que se justifica em face de uma garantia constitucional maior, que é a igualdade material.

5.3 Ações afirmativas e os deficientes, um exemplo

Os deficientes foram excluídos do mercado de trabalho ao longo da história e, por conseguinte, da própria sociedade. Isso porque o trabalho é, na vida adulta, um recurso fundamental para a inserção social (MELO, 2004, p. 23). Essa segregação atinge toda a sociedade, uma vez que esses trabalhadores são alijados da cadeia produtiva, tornando-se beneficiários de verbas assistenciais mantidas por contribuições dos demais cidadãos (BOUCINHAS FILHO, 2005, p. 494).

A discriminação em face dos deficientes remonta à Idade Antiga. Nas cidades de Esparta e Atenas, a regra era a eliminação dos recém-nascidos que apresentassem imperfeições em sua constituição (MELO, 2004, p. 29). Na Idade Média, foi elaborada uma lei que autorizava flagelar e encarcerar os vagabundos sadios com um carro e açoitá-los até que escorresse sangue pelo corpo. Essa norma isentava os deficientes de tais punições. Em 1723, foram criadas as *Workhouse* destinadas a utilizar a mão de obra de deficientes. O marco de proteção dos deficientes físicos no mercado de trabalho foi a Revolução Industrial. Em decorrência das condições degradantes em que o labor era desenvolvido nessa época, os índices de acidentes do trabalho aumentaram. O acréscimo expressivo dos deficientes também ocorreu após a Primeira Guerra Mundial. Isso gerou uma preocupação internacional em disciplinar o assunto. Então, vários diplomas normativos internacionais regularam a matéria, procurando resgatar a dignidade do portador de deficiência e inseri-lo no mercado de trabalho, como veremos a seguir.

5.3.1 Diplomas internacionais

A Recomendação n. 22 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconheceu a necessidade de trabalho das pessoas com deficiência. A Recomendação n. 99 da OIT, em 1955, evidenciou que era preciso práticas de integração das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, assegurando a todos os indivíduos com limitações, qualquer que tenha sido a origem, o direito aos meios de reabilitação profissional.

A Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes da Organização das Nações Unidas de 1975 estabeleceu, *in verbis*:

§ 3º – As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

[...]

§ 8º – As pessoas têm direito de ter suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social⁵.

Em 1983, a OIT editou a Convenção n. 159, que trata da Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Esta traz a prescrição para que cada país elabore uma política nacional de reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes como fundamento do princípio da igualdade substancial. Assim, os dispositivos estabelecem:

Art. 2º – De acordo com as condições nacionais, experiências e possibilidades nacionais, cada País Membro formulará, aplicará e

5 Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes, 1975. Disponível no *site* da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, da USP: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

[...]

Art. 4º – Essa política deverá ter como base o princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e demais trabalhadores não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos⁶.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999 prescreve, no art. 3º, o compromisso dos Estados-Partes em:

Tomar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou no fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração⁷.

6 *Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes* (Convenção n. 159, da OIT). Disponível no site da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, da USP: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/convencao-sobre-reabilitacao-profissional-e-emprego-de-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

7 *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* (Organização dos Estados Americanos). Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/o.Convencao.Personas.Portadoras.de.Deficiencia.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

Infere-se, portanto, uma preocupação na esfera internacional de desenvolver as ações afirmativas para a inserção do deficiente no mercado de trabalho. Cumpre, ainda, verificar como a legislação pátria cuidou do assunto.

5.3.2 Legislação nacional

Inicialmente, o art. 37, VIII, da Constituição Federal reza, *in verbis*:

A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Essa postura de reserva de vagas para deficientes é uma ação afirmativa no setor público. Na ordem jurídica brasileira, a relação jurídico-administrativa que rege o vínculo entre a Administração Pública e os servidores pugna pela ação afirmativa.

Cumpre analisar como são fixadas as cotas para deficientes no setor privado, no qual o vínculo estabelecido é contratual. Veja-se.

Como já mencionado, o art. 7º, inciso XXXI, veda a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador deficiente. Entretanto, essa proteção não é suficiente para corrigir os efeitos presentes da discriminação pretérita em face do deficiente. Com o escopo de cumprir os ditames constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o legislador infraconstitucional criou a Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (CORDE) por intermédio da Lei n. 7.853/1989, cujo art. 2º determina:

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive direitos à

educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

III – na área de formação profissional e do trabalho:

- a) o apoio governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência;
- d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regule a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n. 3.298/1999, que previu as modalidades de inserção laboral da pessoa com deficiência. Nesse sentido, o art. 35 do referido decreto prescreve, *in verbis*:

São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência:

I – colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para a sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de meios especiais;

II – colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos de apoios especiais para a sua concretização; e

III – promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

No entanto, a implementação da reserva de vagas no mercado de trabalho para deficientes no setor privado deu-se no art. 93 da Lei n. 8.213/1991:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados.....2%;

II – de 201 a 500.....3%;

III – de 501 a 1.000.....4%;

IV – de 1.001 em diante.....5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Como se depreende dos dispositivos colacionados, a lei brasileira fixou uma ação afirmativa em favor das pessoas deficientes. Até mesmo estabeleceu que a dispensa de um deficiente só poderá ocorrer em caso de contratação de substituto em condição semelhante. A jurisprudência trata essa regra como uma garantia provisória e social de emprego. Verificar-se-á o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho.

5.3.3 A efetividade das cotas para pessoas com deficiência na visão da jurisprudência pátria

Assim decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: O *caput* do art. 93 prevê a fixação da proporção do número de vagas, nas empresas, para empregados reabilitados e portadores de deficiência, estando, portanto, o § 1º vinculado ao *caput*. A norma está inserida em um contexto jurídico, como um conjunto de atos que visa a manter o percentual de vagas para o portador de deficiência e reabilitados, ao condicionar a dispensa de um empregado nessas condições à contratação de outro em condições semelhantes. Consta-se que o dispositivo procura manter o número de vagas ao condicionar a contratação de substituto em condição semelhante, criando, assim, uma garantia não individual, mas social. O empregador tem limitado seu direito potestativo de dispensar o deficiente físico ou reabilitado profissionalmente, pois condicionado o exercício desse direito à contratação de outro em condições semelhantes (TST, Recurso de Revista n. 646.255/2000.4, Ac. Terceira Turma, j. em 12.3.2003, rel. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 4 abr. 2003).

Portanto, a fixação de cotas para os deficientes no mercado de trabalho é uma das ações afirmativas que visam à efetividade do princípio da igualdade.

6 Conclusões

As noções de igualdade acompanharam o desenvolvimento histórico da civilização ocidental. Apesar do regime escravocrata da Idade Antiga, Aristóteles lançou as bases para que o tratamento dispensado aos indivíduos fosse de acordo com as especificidades de cada um. A universalização do princípio da igualdade deu-se no Cristianismo, que foi a marca da Idade Média. Santo Tomás de Aquino traçou as diferenças entre as justiça comutativa e distributiva. Enquanto na justiça comutativa a mediedade era obtida por proporção aritmética, na distributiva era obtida na proporção geométrica, considerando a dignidade humana.

O grande salto ocorreu com a constitucionalização deste princípio no limiar da Idade Contemporânea. Os filósofos iluministas já tinham fornecido toda a estrutura teórica para justificar o Estado Liberal. Assim, partiu-se da ideia de que todos são iguais perante a lei. Essa construção teve um papel fulcral para o desenvolvimento do capitalismo baseado nas trocas comerciais, pois somente os cidadãos livres e iguais teriam condições de vender o excesso da produção. Todavia, a realidade social demonstrava desigualdades fáticas que clamavam por uma atuação estatal, sobretudo após a Revolução Industrial, que acentuou essa disparidade entre os sujeitos da relação de trabalho. Dessa maneira, advém o Estado Social, que dá efetividade à igualdade material.

A igualdade material é um princípio da ordem jurídica que vincula os seus destinatários a conferir um tratamento desigual para situações desiguais, considerando as ponderações e os valores da sociedade e prestigiados na Constituição. Dessa forma, essas diferenciações só podem ser feitas desde que seja eleito um fator de discrimen que se justifique racionalmente. Em contrapartida, é consagrado, também, o princípio da não discriminação. A discriminação é uma distinção desfavorável alicerçada em um dado motivo, de caráter antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade.

Contudo, existem efeitos presentes de discriminações perpetradas no passado em face de determinados grupos. Para enfrentar tal questão, propugnaram-se as ações afirmativas. Esse instituto de origem norte-americana constitui um conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário tendo em vista o combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, como também mitigar os efeitos presentes de discriminações ocorridas no passado, objetivando a concretização efetiva da igualdade. Essas ações afirmativas são um dos mecanismos para se atingirem os objetivos da República Federativa do Brasil, que são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e, ainda,

a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entre as diversas formas de ações afirmativas, a reserva de vagas para deficientes, prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991 vem reforçar a concretização do princípio da igualdade. Em que pese essa ação afirmativa representar uma limitação à autonomia privada do empregador, toda a ordem constitucional brasileira permite a realização da igualdade material. A reserva de vagas para deficientes poderia ser exigida independentemente de previsão legal, pois a Constituição brasileira fornece o substrato para essa construção.

Portanto, a igualdade material é um fim a ser perseguido pela ordem jurídica. A desigualdade fática entre os sujeitos da relação de emprego é causa de uma atuação estatal com normas imperativas. Isso significa que as discriminações enfrentadas historicamente por determinados grupos necessitam ser corrigidas. Todo o arcabouço jurídico está previsto em nosso sistema constitucional, que se dedicou à solidariedade e fundamentou a República na dignidade humana. Por isso, a reserva legal de vagas para deficientes somente vem reforçar o princípio da igualdade, haja vista que o ordenamento constitucional concede todo o substrato para essa inserção independentemente de previsão legal expressa.

Referências

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, v. 4, Questão XC, art. 4^o, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. Livro V.

BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BIBLIÁ SAGRADA. Erechim: Edelbra, 1979.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 493-523, 2005.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Preciões sobre os conceitos de lei de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, w n. 750, p. 11-19, abr. 1998.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 10, n. 19, p. 19-36, mar. 2000.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa – o princípio constitucional da igualdade*: São Paulo: LTr, 2004.

MENEZES, Lucena de. Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 39-61, out. 2003.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Edipro, 2001. Livro IV.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68, n. 2, p. 97-102, 2002.

Direito à cultura e o seu reflexo sobre as políticas públicas

Marcelle Mourelle Perez Dios

Advogada. Professora de Direito Civil na Universidade Estácio de Sá. Professora da Pós-Graduação em Direito Ambiental na AVM Faculdade Integrada/Universidade Cândido Mendes (AVM/UCAM). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Empresarial com concentração em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ).

Resumo: Na atual sociedade da informação, é crescente a necessidade de os indivíduos terem garantida sua manifestação cultural, como um direito fundamental, por meio de políticas públicas. Por outro lado, o conjunto cultural de um povo ganha *status* de relevante patrimônio uma vez que é aquilo que o torna único, sendo esta uma marca importante para ser valorizada no contexto da economia da cultura.

Palavras-chave: Cultura. Direitos humanos. Políticas públicas. Patrimônio cultural.

Abstract: In today's information society is a growing need for individuals to have their cultural expression as a fundamental right guaranteed by public policies. On the other hand, the group wins a people's cultural heritage status of relevant here which is what makes it unique, this brand is important to appreciate it in the context of the Economy of Culture.

Keywords: Culture. Human rights. Public policy. Cultural heritage.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Notas acerca da extensão dos direitos fundamentais. 3 Introdução ao direito à cultura. 4 Reflexo do direito à cultura sobre as políticas públicas. 5 Conclusão.

1 Considerações iniciais

Hodiernamente, é de suma importância a reflexão sobre o direito à cultura sob a ótica dos direitos fundamentais por meio de uma abordagem contextualizada com as formas em que este direito se concretiza e com as atuações estatais que contribuem para tanto diante da prevalência do modo de vida urbano, não só nas cidades, mas também em comunidades outrora tidas como rurais. Afinal, a convivência pacífica em sociedade implica a aceitação pelo conjunto de indivíduos, sobretudo em função do atual cenário de multiculturalismo.

A cultura pode ser vista pelo enfoque individual, ou seja, como o conhecimento acumulado por uma pessoa, ou pelo aspecto coletivo, em que ela representa o conjunto dos valores, costumes, saberes e ideais estéticos de um povo. Desse modo, as políticas públicas específicas da seara cultural vão trabalhar o viés coletivo da cultura. Conseqüentemente, todas as práticas estatais devem considerar os aspectos culturais que marcam a individualidade das pessoas para que tais posturas não sejam violadoras ou discriminatórias.

Considerando ambos os conceitos, o Poder Constituinte, quando se manifestou em 1988, os abarcou, permitindo a formação de um ordenamento que observa a manifestação cultural do indivíduo e também aquelas oriundas da coletividade¹.

1 Nesse sentido, vale destacar, no rol do art. 5º da Constituição Federal: a livre manifestação de pensamento (IV); a liberdade de pensamento e de crença, sendo assegurada também a liberdade religiosa (VI); a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX); o livre acesso à informação (XIV); a liberdade de reunião (XVI); a liberdade de associação para fins lícitos (XVII); a proteção ao direito autoral (XXVII e XXVIII); a determinação de que a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais deve ser punida (XLI); que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (XLII) e que o cidadão pode fazer uso da ação popular para defender o patrimônio cultural (LXXIII). Já o art. 6º, também no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, elenca como o primeiro direito social a educação.

Já pela ótica coletiva da cultura, a Constituição da República coloca como de competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, no art. 23: a proteção dos bens culturais e artísticos, inclusive das paisagens naturais e dos sítios arqueológicos (III); o dever de impedir a evasão ou o dano àqueles bens (IV); e

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) apresenta como direitos e garantias individuais e coletivos um rol que tutela o direito de cada pessoa de receber informações, de apreciá-las criticamente e de manifestar as suas ideias de modo que todo o processo seja pautado pelas noções de liberdade e de respeito pela diversidade.

Desse modo, pode-se perceber que o Direito Constitucional pátrio apresenta instrumentos para que as relações sociais desenvolvam-se em um ambiente de estímulo ao respeito à diversidade cultural e de fomento às manifestações culturais, por ver nelas um patrimônio do povo brasileiro² e um espaço de exercício da personalidade de cada indivíduo.

No entanto, a realidade mostra que persistem muitas barreiras a serem superadas para que se atinja o verdadeiro reconhecimento e a efetividade dos direitos culturais. Essas barreiras se manifestam por meio do preconceito velado, da desvalorização das culturas das minorias e por não se dar o mesmo mérito às expressões culturais de todas as regiões do país, principalmente quando se observa a valoração feita pela mídia televisiva.

Com isso, a temática busca apresentar um estudo que forneça um panorama atualizado do direito à cultura e que contribua para que a sua interpretação esteja integrada à do resto do ordenamento e se desenvolva, progressivamente, rumo ao reconhecimento de que os valores únicos da cultura do povo brasileiro fazem parte da sua riqueza. A previsão da norma é somente um começo para a tutela de um direito, e não um fim, pois este somente ocorre quando o respeito a esse direito passa a fazer parte do cotidiano das relações entre particulares e das posturas adotadas diariamente pelo Poder Público.

expressamente destaca o dever de todos os entes da federação de “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (V). Além disso, ao regular a Ordem Social, a Carta Magna reconhece, ao lado da educação e do desporto, o fenômeno cultural e fixa as regras para o exercício dos direitos culturais nos arts. 215 e 216.

- 2 A pluralidade do patrimônio cultural e um panorama da política do patrimônio cultural são didaticamente trabalhados na obra *Cultura é Patrimônio*, de Lúcia Lippi Oliveira (2010).

2 Notas acerca da extensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles destinados à proteção da essência da dignidade humana e que foram positivados com *status* constitucional. Esse rol de direitos possui uma imensa interface com os direitos humanos, que podem ser considerados aqueles frutos da evolução jus-filosófica que visam à ampla tutela da dignidade humana independentemente das condições de tempo e lugar onde se encontre o indivíduo. Esclarecendo esses conceitos, Canotilho (2002, p. 369) reconhece que direitos humanos e direitos fundamentais são termos muitas vezes usados como sinônimos, mas que possuem uma distinção baseada nas suas origens e nos seus significados quando vistos com um olhar mais técnico. Eis a sua lição, *in verbis*:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jus naturalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancar-se-iam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Assim, do mesmo modo como existem as dimensões de direitos humanos, elas também existem no âmbito dos direitos fundamentais, tal como apresentado pelo estudo organizado por Sarlet (2002), já que o processo de luta pelo reconhecimento daqueles passa, também, pelo esforço para que exista a sua aceitação pela norma positivada dos direitos possíveis para todos os homens, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade – elencados no *caput* do art. 5º da CRFB – bem como a integridade física, a participação política, a intimidade e a manifestação cultural.

A primeira dimensão enfoca a preservação da esfera pessoal do indivíduo, tendo um caráter universalista e gerando basicamente deveres de abstenção do Estado. Aqui estão, por exemplo, as liberdades de credo e culto, a liberdade de associação e a de expressão.

Já a segunda dimensão é aquela que garante os direitos sociais de titularidade determinada ou determinável e que implicam, primordialmente, prestações positivas do ente estatal, que deve reconhecer, em prol da justiça social, o seu dever de atuar para a redução do risco de sobrevivência do indivíduo. Situam-se nesta seara a educação e os direitos autorais.

A terceira dimensão, por sua vez, abarca os direitos cuja titularidade é difusa ou coletiva, como e.g. os deveres de guarda e conservação do patrimônio cultural e artístico.

Percebe-se, então, que não há uma evolução no sentido de gerações como se pensou outrora, em que a geração seguinte supera a anterior. Assim, a noção de dimensões retrata melhor a ideia de que há um desenvolvimento progressivo em várias frentes direcionadas para a tutela da dignidade humana, já que são diversos os aspectos necessários para a plena autodeterminação do homem. Os direitos fundamentais servem de instrumento para que os homens possam ter meios de viver de uma forma digna segundo os ditames do seu livre arbítrio, pois eles limitam o poder estatal que podem oprimir o cidadão – como nos casos dos limites ao poder de tributar e do princípio do devido processo legal – e também fixam parâmetros a serem seguidos pelos particulares e pelo Estado para o exercício dos demais direitos.

Desse modo, os direitos fundamentais estão em constante expansão em um contexto histórico no qual são consagrados pela ordem constitucional vigente como universais, inalienáveis e indisponíveis, cabendo destacar, ademais, que eles formam balizas para a atuação estatal, pois não pode haver lei, política pública ou decisão judicial violadora dos direitos humanos.

No entanto, os direitos fundamentais não são absolutos, porque é possível a sua limitação por outros valores constitucionais. É neste contexto que emerge a teoria do mínimo existencial, cujo objeto é sistematizar a forma pela qual os direitos fundamentais podem ser limitados em um panorama em que se busca a máxima efetividade em um universo de recursos limitados.

Os recursos sempre foram limitados, mesmo quando ainda havia a ideia de que alguns recursos naturais poderiam ser renováveis, ou seja, um recurso pode até ser mais abundante que outro, mas não infinito. Nem mesmo o dinheiro é infinito, pois o excesso de moeda em circulação possui conhecidos efeitos extremamente deletérios para a economia, decorrentes do processo inflacionário. Outro problema que atravessa a história da humanidade é a pobreza. É uma questão intrinsecamente ligada à escassez dos recursos, mas, também, relacionados à sua distribuição.

Inicialmente, cabia a cada indivíduo buscar os recursos necessários ao atendimento das suas necessidades sem nenhum apoio institucionalizado, havendo, no máximo, o apoio solidário de outras pessoas. Nesse contexto, o Estado não tinha o ônus de fornecer amparo social, mas já exigia os tributos que financiavam a sua “máquina de todos”, abastados ou não.

Posteriormente, houve o assistencialismo de obras religiosas e de uma parcela dos ricos, uma vez que, pautados pela moral e filosofia cristãs, procuravam reduzir as enormes desigualdades sociais existentes entre os nobres e a população comum. Tais práticas foram iniciadas durante o período feudal, com as contribuições de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, os quais já vislumbravam em seus estudos um Estado mais solidário com as carências humanas.

Até que, em etapa seguinte, o Estado passou a ter de assumir essa função, como parte da contrapartida que ele deve à população que paga os tributos, pois já não se aceita legitimar uma ordem política que não promove o bem-estar do povo, verdadeiro detentor do poder político. Apesar de não haver um conceito constitucional de mínimo existencial, essa ideia é fruto da necessidade de saber como organizar os recursos existentes buscando-se a sua maximização em prol da efetividade dos direitos fundamentais (TORRES, 2009).

Nesse contexto, vale ressaltar que as parcelas que exigem a predominância de prestações negativas sofrem um menor impacto do que

os direitos com prevalência da necessidade de prestações positivas, uma vez que estas demandam, em regra, mais recursos do que aquelas.

Assim, os direitos políticos e econômicos seriam menos vulneráveis às limitações dos recursos, ao contrário dos direitos sociais. Deve-se recordar a observação realizada por Torres (2009, p. 9):

Poder-se-ia falar, talvez, em direitos sociais fundamentais, em que a jusfundamentalidade seria dos direitos sociais, mas não em direitos sociais fundamentais. A jusfundamentalidade dos direitos sociais, a nosso ver, se restringe ao mínimo existencial.

O foco da tutela do mínimo existencial é o fim da pobreza absoluta, tida como a miséria, e o das demais políticas públicas deve ser a redução da pobreza relativa, ou seja, daquela que é causada por fatores de produção econômica ou de distribuição da renda. Essas políticas públicas dependerão de lastro legislativo, enquanto a tutela do mínimo existencial independe disso por ser ligada a direitos fundamentais inalienáveis e imprescritíveis.

Assim, o mínimo existencial representa as condições de existência digna do homem para que seja possível o exercício da cidadania plena, logo, não pode ser alijado de nenhum ser humano, ainda que este esteja preso, possua limitações físicas ou mentais ou que faça parte de minorias, e, por outro lado, não há que se falar em tutela do mínimo existencial de pessoa jurídica.

Desse modo, percebe-se que os direitos fundamentais abarcam um extenso rol de direitos já reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivado e tendem a abarcar cada vez mais direitos diante da crescente complexidade das sociedades no século XXI, bem como pelo crescimento do reconhecimento dos direitos humanos não só pelas nações ocidentais. É certo que os direitos fundamentais no Brasil já abarcam várias facetas do direito à cultura, e garantir que o indivíduo possa manifestar a sua cultura é assegurar condições mínimas de uma existência digna em um ambiente em que exista uma ampla liberdade de expressão.

3 Introdução ao direito à cultura

Sociologicamente, a cultura representa um fenômeno presente em todas as sociedades, sem, contudo, confundir-se com elas, pois é possível que uma comunidade absorva elementos de outra cultura, principalmente na atual conjuntura, em que existem movimentos de homogeneização cultural. Nesse sentido, segue o pensamento de Caldas (2008, p. 16):

O fato significativo, no entanto, é sabermos que jamais encontraremos duas comunidades com culturas iguais. É preciso notar que a sociedade é formada por um contingente de pessoas, regidas pelo mesmo conjunto de normas e leis, que de alguma forma aprenderam a viver e a trabalhar juntas para a própria manutenção dessa sociedade. Uma cultura, de outro modo, é um grupo organizado de padrões culturais, normas, crenças, leis naturais, convenções, entre outras coisas, em constante processo de transformação. Assim, apesar da inter-relação cultura e sociedade ser muito estreita e ininterrupta, de serem mesmo imprescindíveis uma à outra, temos de ter sempre em mente o seguinte aspecto: são duas coisas distintas e que apresentam dinâmicas diferentes.

Reconhecendo que os homens vivem em sociedade e que nelas constroem a sua cultura, Miguel Reale (2004, p. 24) destaca que há uma realidade cultural que é distinta da realidade natural por ser aquela formada pelo conjunto do que é construído pelo homem. Ele ainda lembra que Montesquieu coloca a lei como uma “relação necessária que resulta da natureza das coisas” e também que cabe às leis jurídicas, juntamente com as leis morais, serem as mais importantes entre as leis que compreendem o mundo da cultura e da conduta humana.

O homem, vivendo em sociedade, ocupa e modifica o espaço natural. Nesse processo, ele apreende uma série de conhecimentos e hábitos que formarão a sua cultura. Assim sendo, o conjunto da cultura possui uma forte ligação com o processo de convivência em sociedade e de uso e apropriação dos recursos naturais. Diante

disso, a vida cotidiana decorre das decisões tomadas pelos homens que usam a sua autodeterminação em prol dos seus fins, valendo lembrar que, segundo Aristóteles (2009, p. 17), esses fins seriam a busca pela felicidade.

Considerando tudo isso, o direito à cultura é o reconhecimento de que cada homem, para atingir os seus fins de felicidade, precisa ser livre para experimentar o saber erudito, o popular e aquele decorrente do contato com a natureza, bem como para poder expressar o conhecimento que ele conseguiu adquirir ao observar o espaço natural que o cerca e ao conviver em sociedade, para que, desse modo, passe a ser um elemento modificador da realidade e de si próprio.

Afinal, deve-se lembrar, ainda, a definição de Direito de Reale (2004, p. 59) como sendo “a ordenação bilateral atributiva das relações sociais na medida do bem comum” e que, portanto, o Direito interfere diretamente na forma como as pessoas traçam as suas ações na busca pela felicidade.

Nesse sentido, percebe-se que nada mais humano do que o exercício de manifestações culturais e que tais ações podem ter alto significado para o Direito. Portanto, parece natural que os direitos humanos abarquem o direito à cultura, pois o exercício da expressão cultural é um reflexo da liberdade de expressão e também uma das principais formas de exteriorização da personalidade de cada indivíduo, bem como forma um conjunto das manifestações materiais e imateriais elaboradas pelos seres humanos ao longo do tempo, conseqüentemente, a cultura é algo que forma uma parte daquilo que é essencial ao homem e que deve ser tutelado amplamente pelo Direito como um bem jurídico extremamente relevante, tal como é próprio aos direitos humanos.

De fato, isso é uma grande conquista para os direitos humanos. Afinal, trata-se de um avanço sobre os ideais de dominação plena das elites político-econômicas que tentam impor a sua cultura como sendo superior àquela dos que não ocupam a liderança do sistema político. Isso porque o controle do poder político passa

pelo controle de ideologias, que estão inseridas entre os bens culturais, pois é mais simples oprimir culturalmente as minorias do que expor as suas ideias ao crivo do debate democrático, especialmente quando se considera que culturas de nações “dominantes” tentam anular aquelas dos alvos do domínio, como meio de imposição de uma identidade cultural estrangeira.

Culminando com o reconhecimento do direito à cultura como parte dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou o direito dos homens de terem acesso à cultura no item 1 do artigo 27: “Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.” Além disso, conjuntamente foram proclamados direitos conexos como, por exemplo, a educação gratuita em seus níveis essenciais (artigo 26), as liberdades de consciência, de credo e de culto (artigo 28), a liberdade de expressão (artigo 19), a liberdade de associação para fins pacíficos (artigo 20) e os direitos autorais (artigo 27, item 2)

Formou-se, então, no âmbito internacional, um reconhecimento da necessidade de se respeitar a diversidade cultural, principalmente após a demonstração dos horrores que a intolerância do Holocausto foi capaz de produzir ao tentar aniquilar tudo o que fosse diferente, ou seja, de promover uma limpeza étnico-cultural de que foram vítimas, sobretudo, judeus, ciganos, deficientes físicos e mentais, doentes com hanseníase, lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, negros e eslavos.

Foi necessário o choque provocado pelos extremos do nazismo para que surgisse um diploma como esse. Afinal, ele veio para servir de modelo de parâmetros básicos de direitos humanos a serem seguidos pelos Estados em seus ordenamentos constitucionais, fato probante de como é difícil o reconhecimento e a realização dos direitos humanos, ainda que eles toquem no âmago de todos. E, seguindo esta linha e os traços já estabelecidos nas cartas anteriores, a Assembleia Constituinte de 1988 estabeleceu direitos fundamentais com base nos direitos humanos já consagrados, de

modo que o direito à cultura também integra o rol da Constituição da República, como já mencionado.

Além do mais, o direito à cultura possui um grande impacto sobre o exercício da cidadania (CHAUÍ, 2006), ou seja, o pleno gozo dos direitos civis e políticos pressupõem a irrestrita capacidade crítica e de autodeterminação que somente é possível em uma circunstância de respeito às liberdades culturais. Portanto, o legislador, o agente público e os demais intérpretes do Direito devem ter permanente zelo em observar que há uma diversidade cultural espalhada por todos os estratos da sociedade e que suas expressões devem ser respeitadas por força dos direitos humanos, já reconhecidos na seara internacional, mas também pelos direitos fundamentais que reconhece o direito à cultura no Direito interno brasileiro.

Ademais, há que se verificar que não só as revelações culturais possuem origem diversa, mas a forma do direito à cultura também é complexa. Como a cultura representa um conjunto formado por conhecimentos e experiências, ela envolve, por exemplo, a educação e a ciência como atividades de transmissão e de elaboração do saber; abarca a doutrina das religiões; os costumes e os rituais folclóricos, como alguns dos saberes que formam bens culturais imateriais. Mas a cultura vai além, ela também se concretiza em bens culturais materiais em paisagens naturais que ganham destacado valor cultural pela atuação da atividade humana (como o Pão de Açúcar-RJ ou Santa Cruz Cabralia-BA), em bens isolados (como nos casos de obras de arte), em bens considerados pelo seu conjunto (como no caso dos conjuntos com relevante valor arquitetônico) e em monumentos históricos e arqueológicos.

Percebe-se, então, que ocorre com frequência a combinação de uma manifestação complexa oriunda de uma origem inesperada, como hipoteticamente podemos imaginar uma comunidade sem qualquer origem oriental que busca a tutela de um prédio em que há a prática do budismo, um indígena que busca conhecimento técnico para transmitir sua cultura pela internet ou um caso de comunidades quilombolas situadas dentro de regiões metropolitanas.

Assim, cabe sempre pensar se, além da hipótese jurídica mais próxima, que pode ser, por exemplo, a posse de um bem imóvel, há no caso concreto uma questão cultural de fundo que mereça consideração. Surge, portanto, a necessidade de se observar o direito à cultura na solução de muitos casos difíceis, tal como acontece com os demais direitos fundamentais, que não devem ser, em regra, suprimidos.

Fala-se “em regra”, pois os direitos fundamentais podem ser ponderados desde que pela premência de outros da mesma espécie detectados no caso concreto, sem que isso represente que exista em tese algum com sobrevalor. Deve ser utilizada uma “lupa” para que as especificidades possam revelar qual a solução que apresenta a máxima eficácia dos direitos fundamentais para o quadro apresentado de tal modo que sejam factíveis, afinal, “só é factível aquele subconjunto de fins que se integra em algum projeto de vida. Ou seja, fins não compatíveis com a manutenção da vida do próprio sujeito estão fora da factibilidade” (HINKELAMMERT, 1988, p. 265).

Nas palavras de Dussel (2000, p. 272), o princípio da factibilidade ou da operabilidade:

é ético e *universal*, enquanto define como necessário, para todo ato humano que pretenda ser humano e *factível*, *realizável*, o responder ao cumprimento da vida de cada sujeito reconhecido como igual e livre (o ético), e levar em conta as exigências físico-naturais e técnicas demarcadas dentro das possibilidades outorgadas aos atores pelo desenvolvimento da civilização em cada época e numa situação histórica concreta. Só a norma, o ato, a instituição etc. que cumpram este “princípio de factibilidade ética” ou “operabilidade” são agora não só *possíveis*, mas *bons*, justos, ética e moralmente adequados.

Desse modo, a factibilidade dos direitos culturais estará, portanto, na possibilidade não só técnica e material de sua concretização, mas, também, nas condições em que esta mesma concretização viabilizará a própria existência humana em condições básicas nas cidades, de modo a permitir que os sujeitos beneficiados tenham

asseguradas condições de estabelecerem seus próprios projetos de vida e de agirem autonomamente nas esferas privada e pública.

4 Reflexo do direito à cultura sobre as políticas públicas

As políticas públicas podem contribuir para a efetivação dos direitos culturais como fator de desenvolvimento sustentável dos direitos sociais³ e, por conseguinte, podem lidar com a pluralidade cultural, posto que esta é ainda mais notória no meio urbano, não como um ponto negativo de atrito entre os indivíduos e de exclusão, mas como uma parte do patrimônio dos bens da comunidade que, se bem trabalhada pela sociedade e pelo Estado, tem como converter-se em riqueza e em promotora da tolerância.

No entanto, para que isso seja viável, a Administração Pública deve atuar sob um prisma multiculturalista e interdisciplinar para que ocorra a formulação e execução das políticas públicas sobre os direitos culturais, tendo-os como direitos sociais e sob um olhar desenvolvimentista, de tal forma que não sejam ignorados aspectos típicos de áreas do saber diversas do Direito, como o Turismo, as Belas Artes, a Museologia e a Geografia Cultural.

Contudo, vale salientar a proeminência do direito à cultura para a apreciação feita pelo profissional do Direito, uma vez que a liberdade cultural é relevante para a dignidade humana e para a concretização dos direitos fundamentais, ainda mais no contexto de multiculturalismo e do crescimento da sociedade da informação.

Assim sendo, propõe-se o reconhecimento da pluralidade cultural como um fenômeno relevante nas sociedades urbanas na contemporaneidade, que se projeta sobre o desenvolvimento socioeconômico em prol da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, de tal forma que a efetivação das diretrizes constitucionais esteja conectada com a realidade social.

³ Sobre a temática do desenvolvimento, ver o estudo de Souza (2010, p. 71) denominado “O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural”.

Desde já, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro é receptivo à afirmação dos direitos humanos na forma de direitos fundamentais e assim o fez com relação ao direito à cultura pelo prestígio que lhe é dado em diversas passagens do texto constitucional. Pode-se dizer, até mesmo, que o direito à cultura foi reconhecido como um direito fundamental complexo que pode manifestar-se como direito individual, direito coletivo e até como direito difuso.

Dessa maneira, o Estado, em regra, não deve interferir nas manifestações culturais dos cidadãos, principalmente quanto àquelas de cunho religioso, considerando-se também a laicidade do Estado brasileiro. Contudo, pode interferir na aplicação da lógica tradicional de ponderação dos direitos fundamentais de modo a se buscar uma solução intermediária em que se evite a posição extremada em que a prevalência de um não implique a impossibilidade do outro.

Por outro lado, todo o direito exige algum recurso para ser exercido, e não é diferente com a cultura. A obtenção destes, também em regra, deve ser feita pelo próprio cidadão, mas nem sempre isso é possível, e aí surge uma janela de oportunidade para a atuação estatal pautada na proposta tridimensional da cultura, ou seja, de uma visão em que ela é tida como fator de afirmação simbólica, de cidadania e de desenvolvimento cultural. Logo, a formulação das políticas públicas na área cultural também deve observar o princípio da eficiência fixado para a Administração Pública expressamente no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

A título exemplificativo, podem-se citar alguns casos já notórios pela ampla divulgação midiática trazida pelos preparativos para a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos na Cidade do Rio de Janeiro que foram impactados pela tutela dos direitos culturais:

- O projeto inicial das obras no entorno do estádio do Maracanã previam a demolição do prédio do Antigo Museu do Índio e houve a alteração dos planos em função dos protestos da comunidade indígena que ocupa o espaço, pelo grande apoio da comunidade não indígena da cidade e pela repercussão internacional que gerou, inclusive,

a intervenção da Organização dos Estados Americanos. Assim, as ações dos agentes estatais tiveram de ser alteradas para não destruir aquele marco simbólico.

- Os vazios urbanos da zona portuária são combatidos por meio de uma grande reurbanização da região e dois grandes museus serão instalados como forma de atração de atividade econômica e de estímulo à visitação da área pelos cariocas e pelos turistas, valendo destacar que um dos equipamentos culturais, o Museu de Arte do Rio (MAR), é uma das primeiras obras a ser entregue na região.
- As obras de criação de novas vias de grande porte na mesma região portuária tiveram de ser suspensas em função da descoberta do sítio arqueológico do Valongo, porto que recebeu imenso número de escravos negros.

Nessa linha, surge com grande valor o Plano Nacional de Cultura, por meio da Lei n. 12.343, de 2 de dezembro de 2010, com o quadro normativo de toda a cadeia de fornecimento de insumos culturais por todos os entes da federação, visando à implementação coordenada do Sistema Nacional de Cultura.

Ademais, vale destacar que o esforço representado pela Emenda Constitucional n. 48/2005 é grandioso, pois ela não só pretendeu determinar que o legislador atuasse na seara da cultura com uma lei abrangente, mas foi além, determinando que a cultura passasse a ser alvo de uma regulação que tivesse em consideração a afirmação dos direitos fundamentais, que decorresse de um amplo processo democrático e que constituísse uma política de Estado.

Portanto, passa a existir um projeto de políticas públicas de longo prazo criado sob o crivo da democracia participativa e com foco no multiculturalismo para que se desenvolva a economia da cultura e se promovam os direitos fundamentais. Tal visão possui importância na atualidade e também continuará tendo no futuro, já que as manifestações culturais sempre existirão e há a perspectiva de crescimento das políticas públicas nesta seara. Assim, a formula-

ção e a aplicação dessas políticas públicas devem ser projetadas para a factibilidade e em prol do crescimento da sociedade da informação como forma de desenvolvimento sustentável e de promoção do direito à cultura para a sua máxima efetividade na realidade das sociedades urbanas.

Assim sendo, as novas gerações de cidadãos brasileiros provavelmente entrarão na era da informação sendo direcionadas para dentro da teia do futuro Sistema Nacional de Cultura, ou seja, serão educadas em um ambiente em que o Estado e a sociedade civil estarão permanentemente comprometidos com a liberdade de expressão, mas, por outro lado, receberão uma série de serviços em que os bens culturais serão fornecidos em favor da educação, da ciência e do acesso às artes, tal como defendido ao longo do século passado pela escola liderada por Celso Furtado, economista que chegou ao posto de ministro da cultura por um breve período (FURTADO, 2012) e cujas noções de desenvolvimento influenciaram o modelo do Plano Nacional de Cultura.

5 Conclusão

O advento da Emenda Constitucional n. 48 e o Plano Nacional de Cultura representam um marco normativo, político e simbólico de aceitação do direito à cultura pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Afinal, trata-se da formação de um conjunto normativo criado para direcionar as atuações do Poder Público a longo prazo, fazendo com que as políticas públicas na seara cultural deixem de estar sob o selo de políticas de governo e passem ao *status* de políticas de Estado.

Tal modelo normativo possui ainda maior relevância na medida em que o Plano Nacional de Cultura foi produzido sob mecanismos de democracia participativa e de reconhecimento de que a pluralidade cultural do povo brasileiro é um dos seus maiores patrimônios, sobretudo diante do novo paradigma da sociedade da informação e da economia da cultura.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009.

CALDAS, Waldenyr. *Cultura*. 5. ed. São Paulo: Global, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FURTADO, Rosa Freire de Aguiar (Org.). *Ensaio sobre a cultura e o Ministério da Cultura. Arquivos Celso Furtado*. Rio de Janeiro: Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado, 2012.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*. São Paulo: Paulinas, 1988.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *Cultura é patrimônio: um guia*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. In: *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, ano 9, n. 32/33, jan./dez. 2010. Brasília: ESMPU.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). *O Brasil e a economia criativa: um novo mundo nos trópicos*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

Ministério Público e ONGs em parceria pela acessibilidade e pela educação inclusiva

Mario Luis Grangeia Ramos

Analista de Comunicação Social do Ministério Público da União (MPU). Doutorando e mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Desigualdade (NIED/UFRJ).

Resumo: Análise dos motivos, estratégias e resultados de duas alianças entre o Ministério Público Federal (MPF) e organizações não governamentais (ONGs) pela inclusão das pessoas com deficiência. Procuradoras da República no Rio de Janeiro e em São Paulo formaram parcerias com o Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD) e a Escola de Gente para defender, dentro e fora do Judiciário, o direito de todos à acessibilidade e ao ensino regular. Os estudos de caso sucedem debate sobre três desafios duradouros da cidadania no Brasil – baixo civismo, patrimonialismo e cooptação política – e dois processos históricos recentes: a chamada “judicialização da política” e o fortalecimento da sociedade civil, que propiciaram novas condições para se buscar a efetivação de direitos.

Palavras-chave: Cidadania. Inclusão. Ministério Público. Sociedade civil. Pessoas com deficiência.

Abstract: Analyzis of the motives, strategies and results of two alliances between Federal Public Ministry and nongovernmental organizations (NGOs) for the inclusion of people with disabilities. Federal prosecutors in Rio de Janeiro and São Paulo have partnered with the Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD) and Escola de Gente to defend, through and out of the courts, the right of all to accessibility and to regular education.

The case studies follow a brief debate about three lasting challenges of citizenship in Brazil – low civism, patrimonialism and political cooptation – and two recent historical processes: the so-called “judicialization of politics” and the strengthening of civil society, which brought new conditions to seek enforcing rights.

Keywords: Citizenship. Inclusion. Public Ministry. Civil society. People with disabilities.

Sumário: 1 Introdução. 2 Desafios da cidadania no Brasil. 3 Judicialização da política e fortalecimento da sociedade civil. 3.1 Ministério Público e judicialização da política. 3.2 Aproximação entre ONGs e Estado. 4 Parcerias em prol das pessoas com deficiência. 4.1 Acessibilidade dos prédios públicos no Rio de Janeiro. 4.1.1 Interação: MPF torna-se coautor de ação do IBDD. 4.1.2 Resultados: União, estado e município condenados. 4.2 Inclusão escolar de alunos com deficiência. 4.2.1 Interação: eventos e inquérito aproximam MPF e Escola de Gente. 4.2.2 Resultados: publicações especializadas e resistências. 5 Ministério Público e ONGs juntos pela efetivação de direitos. 6 Conclusão.

1 Introdução

Nas últimas três décadas, mudanças sociais e políticas como o fim de vários regimes autoritários transformaram as relações Estado–sociedade. A sociedade civil tornou-se mais atuante, articulada e reivindicativa de direitos, serviços e controle de ações estatais e do mercado, como se verifica na crescente defesa de interesses das organizações não governamentais (ONGs) junto ao Executivo, Legislativo e Judiciário. No Brasil, as interações Estado–sociedade tomaram um novo rumo com o fim do regime militar, em 1985, e a Constituição de 1988, que ampliou direitos, descentralizou políticas públicas e criou canais de participação popular. Mudanças como essas tornaram o Estado mais atraente para atender demandas de ativistas com causas pela igualdade ou pelo reconhecimento de diferenças, como relativas a negros, mulheres e pessoas com deficiência.

Este texto focaliza duas aproximações entre o Ministério Público e ONGs para efetivar direitos de pessoas com deficiência. Para identificar oportunidades e limites dessas alianças, este texto contrasta dois estudos de casos de parcerias com diferentes motivações, estratégias – dentro ou fora do Judiciário – e resultados. Os diálogos ocorreram entre o Ministério Público Federal (MPF) e o Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD), numa defesa do direito à acessibilidade, e com a Escola de Gente, advogada da educação inclusiva, que une alunos com e sem deficiência nas mesmas turmas.

Os dois diálogos são contrastados à luz de análises de autores brasileiros e estrangeiros que ampliam a compreensão sobre alguns obstáculos e estímulos à efetivação de direitos. O tópico 2 aborda aspectos das relações entre sociedade e Estado no Brasil que são desafios à consolidação da cidadania: baixo civismo, patrimonialismo e cooptação política. O tópico 3 articula os fortalecimentos do Judiciário (a judicialização da política) e da sociedade civil, que refletem a disposição de instituições jurídicas e cidadãos de participar das decisões públicas.

O tópico 4 descreve e analisa interações do MPF com o IBDD e a Escola de Gente. No primeiro caso, a ONG propôs ação para o cumprimento, no Rio de Janeiro, do decreto pela acessibilidade dos prédios públicos. O MPF aderiu depois como coautor, e a União, o Estado e o Município do Rio de Janeiro foram condenados a tornar seus prédios acessíveis. Já a Escola de Gente difunde fora da Justiça a interpretação constitucional em prol da plena igualdade de condições de acesso e permanência no ensino regular. Em aliança com procuradores, ela multiplica a ideia da educação inclusiva por meio de capacitações de jovens e publicações especializadas. Para os estudos de caso, foram feitas entrevistas com duas procuradoras da República e três dirigentes das ONGs, leituras de documentos da Justiça e do MPF e observações de reuniões e de outros eventos.

O tópico 5 debate como esses agentes podem atuar juntos para reduzir a distância entre a lei e a realidade, particularmente no combate à discriminação.

A conclusão resume o argumento, resumizando ideias expostas ao longo do texto, e tece considerações sobre diálogos entre o Ministério Público e ONGs em prol da efetivação de direitos – não apenas de pessoas com deficiência – e sobre questões oportunas a futuros estudos.

2 Desafios da cidadania no Brasil

A cidadania tem duas faces: é um *status*, sendo o cidadão um indivíduo com direitos e deveres firmados pelo Estado, e uma identidade, pois gera uma sensação de pertencimento a uma comunidade nacional. No conceito já clássico de Marshall (1967), a cidadania desenvolve-se linearmente, com a incorporação de direitos civis (liberdades individuais, como ir e vir, e acesso à justiça), políticos (direito a votar e assumir cargo público) e sociais (como à saúde, educação e assistência social). A ampliação da cidadania varia em cada processo histórico e território nacional por estar articulada à burocratização da autoridade pública, ou seja, à formação do Estado (BENDIX, 1996), e por refletir um conjunto singular de práticas jurídicas, políticas, econômicas e culturais (TURNER, 2000).

O percurso da cidadania visto por Marshall entre os ingleses foi invertido no Brasil. Aqui, os direitos sociais vieram primeiro, fixados na legislação trabalhista e previdenciária num momento em que o governo autoritário de Getúlio Vargas (1937-1945) limitava direitos civis, como liberdade de pensamento e de organização, e suprimia direitos políticos. O voto cresceu mais em outro regime ditatorial (1964-1985), enquanto muitos direitos civis ainda hoje são inacessíveis à boa parte da população. Entre os efeitos relevantes dessa trajetória da cidadania, Carvalho (2007) frisa a valorização do Poder Executivo, o descrédito do Legislativo e a visão corporativista dos interesses coletivos. Para ele, o avanço da democracia tornaria mais provável a revisão desses aspectos.

Turner (2000) propõe uma tipologia – cidadania ativa ou passiva, orientada à esfera pública ou privada – que pode ser aplicada ao exame da incorporação de direitos no Brasil. De um lado,

nota-se que esse processo é definido “de cima para baixo” (forma passiva), em oposição à conquista de direitos em revoluções como a francesa e a inglesa (ativa); de outro, há uma valorização moral da esfera privada em detrimento do espaço público, como atestam as teses sobre o personalismo e o insolidarismo, referidas logo adiante. Turner vincula a cidadania não apenas ao conteúdo e às formas dos direitos e deveres, mas às forças sociais responsáveis por eles e aos arranjos sociais pelos quais os benefícios são distribuídos a cada setor da sociedade. Em meio a tais forças e arranjos sociais, surgem esforços no Ministério Público e em ONGs de efetivar direitos, como no combate à discriminação.

Várias gerações de cientistas sociais vêm buscando explicar a histórica dificuldade de efetivação das leis no Brasil. Nessa literatura, alguns desafios à cidadania são caros a este estudo, pois são tidos como males à formação de instituições fortes e de coesão social. Esses obstáculos são o baixo engajamento cívico – discutido aqui a partir do personalismo, do apoliticismo e do insolidarismo, que se articulam entre si –, o patrimonialismo e a cooptação política.

O baixo civismo é um desafio da cidadania na medida em que, como atestam autores como Putnam (1996), o alcance da participação cívica afeta a confiança e, assim, o desempenho da democracia. O brasileiro teria herdado do português a tendência a ver relações sociais em termos pessoais e familiares, o que Holanda (1991) definiu como personalismo. Esse desejo de estabelecer intimidade, que se opõe à manifestação normal do respeito em outros povos, teria dificultado a distinção nítida entre as esferas pública e privada, o que afetaria a eficiência da burocracia e nossa adaptação à democracia.

Duarte (1966) julga o personalismo mais prejudicial do que Holanda (1991), pois atingiria o próprio Estado, e não apenas sua organização democrática. Segundo Duarte, o brasileiro seria tão apolítico e anárquico por não sentir o Estado ligado a seu destino nem ao mundo dos seus ideais e sentimentos. A incompreensão do poder do Estado como órgão em defesa do interesse público gerou, para

Vianna (1987), um espírito insolidarista responsável pela distância entre o direito escrito, elaborado pelas elites, e o costumeiro, familiar às massas. Esse insolidarismo seria marcado pela despreocupação com o interesse coletivo e pela falta de espírito público e do bem comum, de sentimento de solidariedade comunal e coletiva e pela ausência de instituições corporativas em defesa do interesse local.

Tais diagnósticos apontam um baixo civismo com riscos como a tibieza das instituições, falta de coesão social e desinteresse pela vida pública. A análise da interação entre Estado e sociedade no Brasil também não prescinde do conceito weberiano de patrimonialismo como um tipo de dominação política tradicional sem divisões claras entre o público e o privado. Segundo Faoro (2001, p. 824), ele resiste às mudanças

concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia.

Schwartzman (1988) vê essa estrutura inibir a racionalidade técnica plena e fomentar a ligação de rotinas burocráticas com influências pessoais e políticas.

Tradicionalmente, o Estado brasileiro ampliou-se sem abrir canais para a sociedade civil participar nas decisões públicas, o que a tornou fraca e pouco articulada. Essa assimetria entre Estado e sociedade mostrou-se terreno fértil à cooptação política, na qual se incorporam ao Estado representantes politicamente mais ativos de alguns setores, visando mais subordiná-los e suprimir sua voz do que dar benesses da máquina pública, como no patrimonialismo.

Uma vez revisados tais desafios da cidadania, cabe debater como Ministério Público e ONGs fortaleceram-se e podem atuar juntos pela efetivação de direitos.

3 Judicialização da política e fortalecimento da sociedade civil

Três novidades da Constituição de 1988 são particularmente relevantes aqui: a ampliação dos direitos civis, políticos e, principalmente, sociais, aproveitada no pleito de interesses coletivos; a abertura de espaço para ONGs atuarem na esfera estatal, desde a fiscalização de contas públicas até a denúncia de irregularidades; e o redesenho do Ministério Público. A Constituição retirou a instituição do Executivo, tornando-a autônoma dos três poderes, e confiou-lhe a tutela de direitos coletivos, para além do tradicional papel de persecução criminal. Para isso, dispõe da ação civil pública, também facultada a agentes da sociedade civil, que ainda recorrem pouco a ela, como avalia o diretor do Instituto Pólis:

Poucas vezes nós lançamos mão de uma ação civil pública para questionar uma política, uma alocação de recursos. Há instrumentos à nossa disposição que nós não usamos. Se essa omissão expressa o entendimento de que nós recusamos a disputa democrática do plano do Judiciário, eu diria que isso é um erro. Se isso expressa, ainda, uma inexperiência nossa em exercer cidadania nesse espaço, então nós temos que nos capacitar para isso (CACCIA BAVA apud SOCZEK, 2007, p. 168).

Embora a via judicial não seja a mais usada pelas ONGs, há cada vez mais organizações filiadas à Associação Brasileira das ONGs (ABONG) cadastradas na rubrica “justiça e promoção de direitos”: de 13, em 1996, passaram a 76, em 2002 (SOCZEK, 2007). “Não passa despercebida a relevância que a atuação legal, nos moldes legais, como é este caso, tenha aumentado significativamente, ainda que esteja aquém das possibilidades existentes” (SOCZEK, 2000, p. 173). A Constituição ainda abriu espaço para elas atuarem na execução de políticas. Desde 1988, o princípio da participação popular ganhou corpo nos conselhos gestores de políticas públicas, que definem atuações em áreas como saúde e assistência social.

Os novos instrumentos conferidos pela Constituição ao Ministério Público e às ONGs não bastam para responder como eles se fortaleceram. Daí a relevância de situá-los em processos vividos por ambos: a judicialização da política, que faz da Justiça uma arena de solução de conflitos sociais, e o fortalecimento da sociedade civil, visível na aproximação entre as ONGs e o Estado brasileiro.

3.1 Ministério Público e judicialização da política

A judicialização da política – a participação do Judiciário em decisões originalmente do Executivo e do Legislativo – é gerada pela ineficácia desses poderes em atender a demandas populares pela ampliação de direitos e do acesso à Justiça e pela reorganização do sistema judicial. No Brasil, ela não partiu de membros da Justiça ou do Ministério Público, mas da Constituinte, ainda que essa não fosse sua intenção (VIANNA, 2008).

Desde 1988, a judicialização da política teve duas fases (VIANNA et al., 1999): no início, frisou-se a democracia representativa, sobretudo com o favoritismo de presidenciáveis associados à mudança social, e a democracia participativa – vinculada na Carta à judicialização da política –, que se limitou a tentativas isoladas e frustradas de promotores e instituições civis de levarem demandas aos tribunais. A tendência se inverteu nos anos 1990, por mudanças na Justiça, no Ministério Público e no imaginário da sociedade civil “que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vem procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo [...] para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania” (VIANNA et al., 1999, p. 42).

Uma relação criativa entre o Ministério Público e a legislação é notada por Vianna e Burgos (2005), que identificam novos argumentos baseados na ótica do cidadão, via Direito Constitucional e outras fontes do Direito, e que avaliam as decisões pelos efeitos imediatos e tangíveis e pela repercussão na sociedade civil. Segundo Casagrande (2008), a atuação do Ministério Público amplia o alcance da decisão, dada a sua capilaridade, e supera o

problema da chamada “paridade de armas”: “seus direitos são vocalizados de forma profissional e em igualdade de condições com o poder público” (CASAGRANDE, 2008, p. 273).

Um exemplo desses diferenciais é a vitória da ação civil pública do MPF contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) para garantir direitos previdenciários aos homossexuais, motivada por uma queixa da ONG Nuances (CASAGRANDE, 2008). Após a vitória inicial do Ministério Público, o INSS recorreu e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ratificou que as relações do INSS com uniões estáveis heterossexuais e homossexuais devem ser iguais. O caso tanto ilustra o ativismo judicial em omissões do Executivo e do Legislativo ante a evolução dos costumes como evidencia potenciais da aliança entre o Ministério Público e ONGs. Para tanto, foi decisiva a garantia constitucional da independência da instituição, vista como o marco de sua nova identidade (SADEK, 1997; 2008; MACEDO JUNIOR, 1999; VIANNA, 2008).

Além do papel de fiscalizar a lei em prol da sociedade, e não mais do Estado, a Constituinte garantiu ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e direito a propor orçamento. Seus membros adquiriram prerrogativas iguais às do Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Na área criminal, a instituição assumiu a exclusividade da ação penal pública, cobrando investigações às polícias, sobre as quais passou a exercer controle externo. Esse perfil foi consolidado pela Lei Complementar n. 75/1993 para o Ministério Público da União e, nos estados, pela lei orgânica de cada instituição¹. A Constituição tanto conferiu garantias à independência do Ministério Público e do Judiciário, após mais de duas décadas de regime autoritário, como manteve o sistema de *checks and balances* (pesos e contrapesos) em suas cúpulas, em busca de um controle recíproco entre os

1 Como sustenta Mazzilli (2001, p. 166), “num Estado democrático, a independência do Ministério Público não deve ser vista como mera abstração legal ou ficção jurídica, mas sim como condição prática para o correto exercício de suas funções”. Frise-se que a vinculação a outro poder não implica déficit democrático, como se vê no exterior.

três poderes. Desse modo, presidente e governadores designam os chefes do Ministério Público da União e nos estados.

O fortalecimento do Ministério Público choca-se com o ritmo do Judiciário e da Polícia, que “podem tanto facilitar como dificultar ou mesmo impedir o andamento de uma investigação ou de uma ação” (SADEK, 2008, p. 119). Como muitas ações levam anos até a sentença, a defesa judicial de direitos difusos nem sempre se dá em tempo hábil, o que tem colaborado para o aumento da atuação extrajudicial do órgão, com as recomendações (alertas sobre um ato ilícito que, se não for corrigido, pode motivar um processo) e os termos de ajustamento de conduta (acordos para revisão de ilegalidades).

Como no exterior, o debate sobre a judicialização da política no Brasil restringe-se cada vez menos a agentes do Direito e da política. Julgamentos recentes no Supremo Tribunal Federal, como sobre pesquisas com células-tronco e a demarcação de terras indígenas em Roraima, em 2008, suscitaram críticas de setores da sociedade à Justiça. Entre elas, destacam-se a) a falta de legitimidade dos juízes nas decisões, pois não são investidos de poder pelo voto; b) a incapacidade técnica do Judiciário e do Ministério Público, que carecem de especialistas que subsidiem decisões; c) os riscos aos mercados, pois uma insegurança jurídica poderia inibir investimentos; e d) o desequilíbrio dos poderes, com o Judiciário assumindo papéis dos demais.

Entusiasta da judicialização da política, o jurista Mauro Cappelletti foi também um crítico da defesa judicial de interesses coletivos por órgãos como o Ministério Público, que seria inadequado à tarefa pelos seguintes traços: falta de dinamismo do promotor dada sua semelhança com o juiz; ligação histórica com o Executivo, réu em potencial; e falta de formação especializada e conhecimento técnico para defender novos direitos. Tais críticas repercutiram muito na comunidade jurídica brasileira (ARANTES, 2002; SILVA, 2001). Cappelletti sugeria três outros instrumentos: órgãos públicos “altamente especializados” na defesa de direitos coletivos; a ampliação do alcance da decisão do juiz até o limite

exigido à reparação do dano; e a extensão de legitimação para agir a indivíduos e associações privadas (ARANTES, 2002).

3.2 Aproximação entre ONGs e Estado

O conceito de sociedade civil voltou à agenda das ciências sociais menos de três décadas atrás, com o fim de regimes autoritários no Leste Europeu e na América Latina e o início de organizações civis dispostas a participar de decisões públicas. A revisão daquele conceito consolidou um modelo de divisão tripartite da realidade: Estado, mercado e sociedade civil, regidos pelos princípios da autoridade, interesses e solidariedade. Este princípio mudou a agenda pública e ganhou espaço com atores como organizações não governamentais, associações locais e conselhos comunitários.

A expressão ONGs, que designava entidades consultoras da Organização das Nações Unidas (ONU) no fim dos anos 1940 (LANDIM, 2002), popularizou-se, desde então, referindo-se a um amplo grupo de organizações. Apesar da dificuldade de delimitá-las, dois pontos parecem consensuais para Koslinski (2007): ONGs são autogovernadas, com estrutura própria, e da esfera privada, embora algumas recebam recursos públicos. Os pontos polêmicos são quatro: a distinção entre as “sem fins lucrativos” e “não para fins lucrativos”; a inclusão ou não das informais; das profissionais, além das voluntárias; e das baseadas em afiliações².

As ONGs brasileiras remontam aos centros de educação popular, criados nos anos 1960 por opositores dos militares para assessorar movimentos sociais pelos marginalizados. A aliança inicial com setores da Igreja avessos ao regime e com organizações estrangeiras, fonte de recursos especialmente cara a ex-exilados, explica a postura das ONGs “de costas para o Estado” (LANDIM, 2002), o que afastaria vícios estatais como a cooptação política.

2 Na definição usada aqui e pelo Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Desigualdade (NIED), as ONGs são: sem fins lucrativos; não estatais; voluntárias ou profissionais; e sem filiação compulsória.

Desde a redemocratização, as organizações da sociedade civil passaram a ver o Estado como aliado, cujas políticas públicas seriam influenciáveis por canais formais e informais de participação. Nesse contexto, muitas ONGs investiram em atividades como cogestão, propostas de políticas e controles (LANDIM, 2008), e instituições estatais como o Ministério Público atraíram a atenção de ONGs e dos movimentos sociais, a exemplo de novos espaços para a sociedade na esfera pública, como conselhos gestores de políticas públicas, orçamentos participativos e audiências públicas. A visibilidade das ONGs foi ainda impulsionada por ocasiões como a criação da ABONG (1991), a Conferência do Meio Ambiente (1992) e a Campanha Nacional contra a Fome e a Miséria (1993).

A aproximação entre ONGs e o Estado não se deu apenas com passos delas, mas por uma nova visão de agentes estatais sobre seu papel e atuação. A Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público facilitou a celebração de convênios estatais com entidades reconhecidas por traços como transparência³. O interesse do Estado na relação com a sociedade civil foi associado por alguns autores à adesão do governo à agenda neoliberal, de redução da ação estatal em certas áreas e menor regulação e controle nas esferas social e econômica, como nas relações de trabalho e em serviços (DAGNINO, 2004; MEDEIROS, 2008).

Afinal, a busca de autonomia das ONGs ante o Estado ou o mercado favorece ou prejudica sua atuação? Segundo Sanyal (1997), essa busca é mais prejudicial, daí ele ter cunhado a ideia de “fetiche da autonomia”. Ele percebe quatro receios das ONGs em cooperar com instituições estatais: cooptação (tornando-se “braço do Estado”), burocratização (passando a ser pesadas e ineficazes como o Estado), corrupção (afetando legitimidade social) e perda da inovação (dada a dependência estatal)⁴.

3 A Lei n. 9.790/1999 definiu as OSCIPs como entidades privadas sem fins lucrativos e com objetivos sociais como a promoção gratuita da saúde e educação.

4 É expressivo que esses receios estejam implícitos num documento da Abong (2008, p. 5, item *d*), que afasta o risco de cooptação defendendo a valorização de “orga-

A partir de um *survey* do NIED/UFRJ com 300 ONGs, Koslinski (2007) aponta que a) a dependência de recursos é a variável mais constante para explicar o acesso das ONGs a canais formais e informais de participação e suas relações de *accountability* e b) as ONGs não influenciam órgãos governamentais apenas a partir de atividades “extra” institucionais, mas via canais institucionalizados. Embora Koslinski julgue a estrutura de oportunidade política doméstica no Brasil mais aberta à participação das ONGs,

nem todas as ONGs apresentam as mesmas chances de acesso a esses canais e a relação entre a dependência de recursos, bem com de outros fatores, e a participação ou acesso das ONGs é mediada pelas possibilidades permitidas pelo desenho institucional desses canais ou pelas estratégias adotadas pelas ONGs a partir da percepção dessas possibilidades (KOSLINSKI, 2007, p. 201).

Essa conclusão é tão pertinente para as interações com o Executivo ou conselhos gestores de políticas públicas como em relação ao Ministério Público. No que diz respeito a essa instituição, talvez ela represente “uma variação nas estruturas de oportunidade política doméstica dos contextos em que as ONGs operam” (KOSLINSKI, 2007, p. 201). Por isso, este artigo se propõe a retratar diálogos com o Ministério Público como uma nova forma de oportunidade política para as ONGs.

Na próxima seção, duas interlocuções entre Ministério Público e ONGs põem em perspectiva a judicialização da política e o fortalecimento da sociedade civil, que ampliam as chances de agentes estatais e civis combaterem a discriminação.

nizações autônomas não subordinadas em sua atuação aos limites da exigência de complementaridade em relação a políticas governamentais (autonomia esta que não impede as eventuais parcerias de organizações da sociedade civil com o Estado)”. A burocratização e a corrupção são refutadas adiante (ABONG, 2008, p. 6, itens g e f) e a capacidade de inovação é citada como diferencial das entidades não lucrativas, “que trabalham pelo reconhecimento de novos direitos, por vezes ainda não reconhecidos pelo Estado” (ABONG, 2008, item d).

4 Parcerias em prol das pessoas com deficiência

Para participar mais das decisões públicas, as ONGs aproximam-se do Estado, como por meio do Ministério Público Federal (MPF), para defender direitos coletivos dentro ou fora da Justiça. Este tópico analisa motivos, dinâmicas e resultados das interações entre o MPF e as ONGs IBDD e Escola de Gente.

4.1 Acessibilidade dos prédios públicos no Rio de Janeiro

Até junho de 2007, todos os prédios de uso público no Brasil deveriam ter acessos livres para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Esse prazo de adaptação foi dado pelo Decreto Federal n. 5.296/2004, conhecido como “Lei da Acessibilidade”, mas muitas instituições públicas não se adaptaram mais de cinco anos depois. No Rio de Janeiro, o município, o estado e a União descumpriram o decreto e foram condenados pela Justiça Federal a tornar seus prédios na cidade acessíveis até maio de 2010. A sentença resultou de uma ação civil pública do Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O IBDD processou os três níveis de governo para cumprirem o decreto em até 180 dias, sob pena de multa diária acima de R\$ 50 mil (Processo n. 2007.51.01.014989-6).

A ação foi propositadamente ajuizada no dia seguinte ao prazo dado para a lei ser cumprida. Segundo o autor da ação (em entrevista, em janeiro de 2010), o dia 4 de junho de 2007 foi escolhido para ser emblemático. Dois meses depois, a 6^a Vara Federal do Rio de Janeiro, em decisão liminar, ordenou que os prédios federais, estaduais e municipais estivessem acessíveis em um ano, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil por prédio inacessível. No processo, a juíza notou que “não há uma negativa ou resistência ao direito dos portadores de deficiência de acesso aos prédios públicos federais, estaduais ou municipais” e considerou os argumentos dos réus como “predominantemente de ordem prática”. Outra audiência foi marcada dali a três meses para reapreciar a liminar:

Cada ente público deverá apresentar a sua listagem de prédios ainda não adaptados, com o cronograma de obras previstas para adaptá-los, bem como informações sobre as licitações em curso já que o prazo previsto no Decreto para as adaptações de 30 meses é suficiente para a previsão de custos e contratação por licitação (liminar de 6 de agosto de 2007).

4.1.1 Interação: MPF torna-se coautor de ação do IBDD

A liminar determinou ainda que o processo e o dia da audiência fossem noticiados ao Ministério Público Federal, ao qual se requereu um parecer, pois ele já conduzia um inquérito civil sobre a questão: “Solicito que o MPF informe os avanços obtidos, bem como os impasses surgidos e atue junto ao juízo na busca de um acordo para a questão que atenda o interesse de toda a sociedade”. Um mês depois, dirigentes do IBDD e a procuradora responsável pelo inquérito reuniram-se para tratar deste e do processo aberto pela ONG – segundo as duas partes, a ONG pedira uma reunião antes, mas ela só ocorreu após a liminar. Estavam presentes ainda dois profissionais do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA/RJ), cujo manual de vistoria seria usado para avaliar a acessibilidade de cada imóvel. Para a procuradora (em entrevista, em janeiro de 2010), a liminar foi decisiva nessa trajetória:

Sem a liminar, teria contestação, provavelmente nem teria audiência por ser matéria de direito. Poderia haver sentença – e provavelmente seria procedente porque não há como questionar esse direito –, mas não teria tido esse bom encaminhamento de audiências dos réus com os autores. A partir daí, os representantes do estado, União e município tinham como demandar os órgãos: têm um prazo, uma audiência para mostrar o que está sendo feito.

A liminar foi reapreciada numa audiência em novembro de 2007 que reuniu MPF (a procuradora), IBDD (seu presidente e dois

advogados), a União, o estado e o município (cada réu com um procurador). A ata assinalou, entre outros fatos, que a ONG expôs um relatório do CREA/RJ com a vistoria dos prédios visitados e que ela disse carecer de dados e recursos para fazer uma lista sistematizada nos termos da liminar. Ficou consignado que os réus definiram áreas prioritárias à adaptação, privilegiando locais de maior acesso do público, e comprometeram-se a apresentar, até janeiro de 2008, um estudo dos bens públicos e condição de acessibilidade nas áreas prioritárias. Por fim, a juíza tomou duas decisões que merecem destaque: deferiu a intervenção do MPF no processo, tornando-o coautor da ação civil pública, e confirmou a liminar já concedida.

Em outras audiências (fevereiro, junho e novembro de 2008), os réus informaram à Justiça as medidas adotadas para cumprir a liminar. Na segunda audiência, foi suspensa a cobrança da multa, que a liminar estabelecera para começar em agosto daquele ano. Também se previu uma reunião três meses depois no MPF para a entrega do cronograma de obras de acessibilidade plena das escolas do município e do projeto da rede de saúde.

Entre os réus, o município trouxe maiores dificuldades ao MPF e ao CREA para a agilização dos procedimentos, de modo que a juíza ordenou, em novembro de 2008, que, após a posse do novo prefeito, fosse

expedido mandado de informação narrando a existência da presente demanda, bem como de todo o processado até a presente data, solicitando que a garantia dos direitos dos portadores de deficiência seja efetivada, no território do Município do Rio de Janeiro, como *prioridade de política pública*. [g.n.]

Tal ordem judicial é uma contundente evidência da judicialização da política já referida, pois essa priorização apenas caberia ao Executivo, que define as políticas públicas, ou ao Legislativo, que as avaliza por meio da votação do orçamento governamental.

4.1.2 Resultados: União, estado e município condenados

Os autores e réus reapresentaram-se à Justiça em 28 de abril de 2009 para ouvir a sentença. Inicialmente, foi rejeitada a arguição da União de ausência de interesse de agir (sustentação de que o processo seria desnecessário porque não se resistiu à pretensão). A alegação de ilegitimidade do IBDD como autor da ação também foi refutada, pois sua natureza jurídica de associação lhe facultaria a proposição de ações civis públicas. A exemplo da liminar, a sentença nota a ausência de “negativa ou resistência ao direito dos portadores de deficiência de acesso aos prédios públicos federais, estaduais ou municipais”.

Os portadores de qualquer deficiência têm direito de acesso aos prédios públicos, conforme Constituição Federal e farta legislação a respeito, sendo, não obstante, a maior dificuldade no caso presente a forma de materialização do direito, uma vez que envolve a contratação de obras de engenharia mediante licitação, bem como em face de limitações orçamentárias. Não obstante a alegação da União de ausência de meios para a realização das obras ora requeridas, tenho que o prazo ora concedido é suficiente para que as autoridades públicas promovam as devidas previsões orçamentárias para dar cumprimento à legislação (sentença, 28 de abril de 2009).

Em seguida, a juíza confirmou a liminar e determinou que os prédios públicos no Rio de Janeiro estivessem acessíveis em até um ano a pessoas com deficiência física, nos termos do Decreto n. 5.296/2004, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil por prédio público inacessível. Ainda foram previstas reuniões trimestrais de acompanhamento das obras dos réus com o MPF e a nomeação de um engenheiro como perito para ir a essas reuniões e às obras. A procuradora, em entrevista, atribuiu a sentença à coragem da ONG que teve como aliada:

Eu estava tratando [o caso] administrativamente. O Ministério Público não teria proposto a ação quando o IBDD propôs, mas

foi importante. O IBDD teve coragem de propor sem elementos maiores, unindo União, estado e município e argumentando que o decreto deveria ser cumprido. No meu caso, estava colhendo elementos, querendo que a União cumprisse, pois estado e município nem estavam. Mas acho que o IBDD foi um grande impulso ao Ministério Público. Foi uma parceria muito interessante e produtiva.

O advogado do IBDD autor da ação, em entrevista realizada em janeiro de 2010, enfatiza a importância da convergência das disposições da ONG, do Ministério Público e do Judiciário:

Nesse processo, houve três fatores muito interessantes. Um: uma juíza muito comprometida no início, uma pessoa interessada em conhecer, aprender e aplicar a lei de uma forma correta e estreita. Teve o Ministério Público atuante, interessado, inclusive com a realização de várias reuniões. E teve essa estrutura de advocacia nossa, com conhecimento, com a *expertise* para iniciar e dar seguimento.

Os réus recorreram da sentença e pediram a suspensão do efeito da decisão até o julgamento dos recursos, mas não foram atendidos. As reuniões de acompanhamento ocorreram no MPF em maio, agosto e novembro de 2009 e março de 2010. Na primeira delas, o procurador do Estado anunciou um futuro ofício ao Gabinete Civil sobre o teor da sentença e do prazo (28.4.2010) para implementar a acessibilidade nos prédios estaduais na cidade. A advogada da União informou que ofício similar seria enviado às consultorias jurídicas dos ministérios nos estados. O procurador do município declarou que, num ofício às secretarias municipais, alertou sobre as datas das reuniões no MPF. Nas reuniões seguintes, os réus apresentariam novos documentos.

Na última reunião, acompanhada por este autor com o aval da procuradora, o município pediu prazo para levantar as medidas adotadas para cumprir a sentença, alegando a mudança de gestão em 2009. Estimou necessidade de 60 dias para o estudo, ao que a procuradora do MPF disse que deveria levar o pedido à Justiça.

A União não levou documentos, justificando que as respostas dos órgãos deveriam vir mais próximas ao fim do prazo da sentença. Já o Estado entregou documentos de várias secretarias e fundações que estariam se adequando à lei e indicou um arquiteto para acompanhar perícias. Ao final, lembrou-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região ainda julgaria os recursos dos réus e que aquela ação civil pública não abrangia fundações e autarquias, que são pessoas jurídicas próprias, como o IBAMA ou o Instituto Estadual do Ambiente.

Em 29 de abril de 2010, IBDD, MPF e MP estadual – incluído no processo por fiscalizar atos do estado e do município – pediram à 6ª Vara Federal a comprovação do cumprimento da sentença de um ano antes, algumas vistorias e a multa diária de R\$ 10 mil por edifício inacessível⁵. Em janeiro de 2011, novo pedido à Justiça cobrou a execução de multa de cerca de R\$ 5 bilhões, relativos a 26 prédios inacessíveis da União, 533 do estado e 1.393 do município, indicados em relatórios dos réus.

O pedido não tinha sido julgado até outubro de 2012, mas tanto a ONG como a procuradora consideraram a união de forças decisiva à defesa do direito à acessibilidade. Para o advogado do IBDD, em entrevista, o Ministério Público

tem essa força que muitas vezes muitos advogados sozinhos não têm, de acesso ao juiz, aos autos, ao cartório. É aquela questão de “estar investido de autoridade”, que faz diferença não só no nosso sistema judiciário, mas no nosso país mesmo.

Essa vantagem também foi citada pela procuradora, na entrevista: “Muitas coisas que eles não poderiam obter nós obtivemos como prova”. Mas ela ainda atribui todo o mérito ao IBDD.

5 A tramitação desse processo (2010.51.01.007108-0) pode ser acompanhada pelo *site* <www.jfrj.jus.br>.

4.2 Inclusão escolar de alunos com deficiência

Pode uma escola recusar-se a matricular crianças com deficiência? Nos últimos anos, essa questão vem dividindo educadores e pais e até especialistas na assistência e/ou pleito de direitos de pessoas com deficiência. Uns, como as Sociedades Pestalozzi e Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAES), querem que essas crianças frequentem salas de aula exclusivas; outros sustentam que toda escola deve atender a crianças com e sem deficiência. Entre os advogados da educação inclusiva, estão membros do Ministério Público e a ONG Escola de Gente, que há anos se uniram pela causa, como se verá adiante.

O censo de 2000 registrou 5,8% das crianças de 7 a 14 anos (cerca de 1,6 milhão) com alguma deficiência, sendo que 88,6% delas tinham atendimento escolar. Cavalcante (2006) contrastou esses dados com as matrículas de crianças com deficiência naquele ano segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP): 382.215, sendo cerca de 300 mil na educação especial e as outras em escolas regulares. “Apesar da diferença entre os indicadores – originada pelos critérios usados por uma e por outra instituição –, dá para imaginar que ainda são muitos os excluídos da sala de aula” (CAVALCANTE, 2006, p. 11). Cinco anos depois (2005), o INEP contabilizava 640.317 matrículas de crianças com deficiência.

4.2.1. Interação: eventos e inquérito aproximam MPF e Escola de Gente

A Escola de Gente iniciou a parceria com uma procuradora da República em São Paulo logo após ser fundada, em 2002. Num encontro sobre inclusão no ensino um ano antes, a procuradora, que começava a pesquisar o tema, chamou a atenção da jornalista fundadora da ONG ao abordar a inclusão como um direito da criança assegurado pelo Estado e que poderia levar à Justiça quem o desrespeitasse. Meses depois, elas se uniram para criar o projeto “1º Encontro da Mídia Legal – Universitários pela Inclusão”, com debates e *workshops* para discutir a sociedade inclusiva com

alunos de Direito, Jornalismo e Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Na 1ª edição, de agosto a outubro de 2002, 9 dos 17 debatedores eram membros do MPF, MP do Trabalho ou MP do Distrito Federal. À época, o apoio do MPF ao evento incluiu a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, cuja titular participou da abertura. Reunindo 400 pessoas, os cinco debates abordaram o direito à inclusão na comunicação, educação, trabalho, espaço social e saúde. Após os debates, 15 jovens faziam *workshops* em que discutiram notícias e propagandas – as análises deles e os comentários escritos pela fundadora da ONG e a procuradora constam no Manual da Mídia Legal, que recentemente chegou ao 6º volume como resultado de cada um dos encontros. No segundo ano, seu tema foi o “direito à educação na diversidade” (ESCOLA DE GENTE, 2003).

As participações de procuradores nesse evento e em outros nunca foram vistas no MPF como parte de sua atuação institucional, segundo aquela procuradora. Consideradas “trabalho voluntário”, tais atividades não suspendiam o fluxo de procedimentos para os gabinetes, como nos deslocamentos avalizados em função de um “trabalho efetivo”. Assim como a procuradora oferecia consultoria informal à ONG, na qual chegou a assumir o cargo de conselheira, a superintendente da Escola de Gente atendia a consultas do MPF sobre questões afins à inclusão. Com o tempo, a militante veio a encontrar parceiros entre outros procuradores e na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Entre suas atividades oficiais, a procuradora em São Paulo abriu, ainda em 2002, um inquérito civil público para apurar a efetivação do direito de acesso de crianças com deficiência às classes e escolas comuns do ensino regular. O inquérito pressupunha que o acesso às classes comuns é um direito inalienável, pois a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família” (art. 205 da Constituição) e é crime frustrar sem justa causa a matrícula do aluno com deficiência (art. 8º da Lei n. 7.853/1989). Inicialmente, essa apuração foi compartilhada com o Ministério Público estadual, mas a dificuldade de assinar em conjunto os documentos expedi-

dos levou a um desmembramento, em que coube ao MPF apurar o acesso à sala de aula junto ao Ministério da Educação (MEC) e às instituições de ensino superior, enquanto promotores de Justiça investigariam o cumprimento da lei nas escolas.

No inquérito, a procuradora ouviu especialistas das Universidades de São Paulo (USP) e de Campinas (UNICAMP), Ministério da Educação e organizações como Escola de Gente, Conectas, Grupo 25 e APAE. A partir daí, concluiu que uma criança com deficiência é, antes de tudo, uma criança com direito a ensino fundamental obrigatório. Mas como respeitar esse direito, pela educação inclusiva ou não? A resposta depende da leitura do trecho da Constituição que garante “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, III), como explica a procuradora (em entrevista realizada em fevereiro de 2010):

Por que a criança com deficiência está mencionada de maneira desgarrada na Constituição? Aqui está garantido o atendimento educacional especializado, de que nem sempre a criança precisa. Então, o que é especial? São recursos, instrumentos, apoios de que algumas crianças necessitam. Demonstramos que as crianças têm direito ao ensino fundamental e ao atendimento especializado como apoio, não para substituir o ensino fundamental. [...] Isso foi uma revolução geral.

Nessa interpretação, o “preferencialmente” da Carta refere-se a recursos extras, que complementam o curso comum sem substituí-lo, como o ensino da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), código Braille e outros recursos de informática. Essa leitura da Constituição foi logo difundida pela dirigente da Escola de Gente: “Eu tinha o discurso a favor da inclusão, mas não percebia que contava com a lei a favor” (em entrevista, em fevereiro de 2010). Com a mudança de governo, em 2003, partidários da educação inclusiva como ela mobilizaram-se para influenciar na composição da Secretaria de Educação Especial, do Ministério da Educação. Almejavam que aquela interpretação constitucional prevalecesse e a política educacional se orientasse para a inclusão. O *lobby* do

grupo foi bem-sucedido e a educação inclusiva foi adotada como diretriz do Ministério da Educação.

4.2.2 Resultados: publicações especializadas e resistências

A articulação entre MPF e Escola de Gente em defesa da educação inclusiva vem-se caracterizando pela divulgação dessa causa sem levá-la ao Judiciário. Além de formar jovens multiplicadores do conceito de sociedade inclusiva, por meio dos Encontros da Mídia Legal, a parceria rendeu publicações especializadas em educação inclusiva.

Meses após a instauração do inquérito civil, o MPF constatou, com a colaboração de professores e ONGs, que a União não orientava sobre como garantir o acesso de crianças com deficiência à escola. Por isso, a procuradora redigiu, com uma promotora do Distrito Federal e uma professora da UNICAMP, a cartilha “O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular” (BRASIL, 2004), editada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e com a apresentação da secretária de Educação Especial, do Ministério da Educação, que a apoiou e distribuiu. Considerada pelas autoras uma conquista para a educação inclusiva, a cartilha contrariou a Federação Nacional das APAES, que convocou suas filiadas a uma mobilização nacional, pois o texto trazia “ameaças e retaliações sobre a continuidade” aos seus serviços.

Em reação à resistência das APAES, uma nota de esclarecimento foi subscrita por 23 instituições públicas e privadas favoráveis à cartilha, como a PFDC e a ESMPU, a Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, três seccionais paulistas da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola de Gente. A nota diz que “a cartilha aponta para um novo sentido do ensino especializado e orienta os interessados a ajustarem seus propósitos e ações, para atender a seus alunos e assistidos nestes novos tempos”⁶.

⁶ A nota de esclarecimento pode ser lida no *site* <<http://saci.org.br/?modulo=akemi&parmetro=16108>>.

No início de 2007, houve outro embate entre defensores e rivais da educação inclusiva. A Escola de Gente dava consultoria à TV Globo sobre como abordar a inclusão de uma menina com Síndrome de Down numa novela. Embora a trama tenha retratado a discriminação esclarecendo que ela tinha os direitos de toda criança, quando se focalizou seu acesso à escola, adotou-se a visão contrária à educação inclusiva: a mãe matriculou-a numa instituição especializada, após encarar resistências em escolas comuns. A ONG rompeu com a TV e fez um manifesto de repúdio. Já a procuradora em São Paulo inseriu o caso no escopo do inquérito que conduzia e, junto com o então procurador regional dos direitos do cidadão, recomendou ao diretor da novela que mostrasse também que recusar matrículas de crianças com deficiência é ilegal. A TV não atendeu ao MPF, mas negociou que, em contrapartida, exibiria vinhetas com mensagens da campanha “É criminoso discriminar” – resultado, aliás, da parceria da ONG com a ESMPU.

Após quatro Encontros da Mídia Legal, a Escola de Gente propôs à ESMPU um Seminário Latino-Americano Mídia Legal para, em torno do combate à discriminação, abrir um canal entre representantes da sociedade civil e dos Ministérios Públicos sul-americanos. O evento, no Rio de Janeiro, em outubro de 2006, gerou a carta “É criminoso discriminar”, assinada por mais de 20 organizações civis e apoiada por ministérios públicos de nove países. Segundo a carta, “são necessárias a construção e a implementação de uma agenda social que contemple a discriminação como forma grave de violação de direitos humanos”. A carta ainda embasou, no fim de 2007, a citada campanha na TV Globo.

A edição da “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva” pelo Ministério da Educação, em 2008, foi considerada um avanço pela Escola de Gente e pela procuradora em São Paulo. A nova política e a cartilha de 2004, além da ratificação pelo Brasil da convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência, justificaram o encerramento do inquérito do MPF. A partir dele, também se recomendara ao MEC que retirasse do *site* documentos oficiais sem a perspectiva da inclu-

são (a manutenção de um deles motivou a procuradora a entrar na Justiça para ser atendida). Outro fruto da investigação foram as recomendações – e uma ação – para instituições de ensino superior em São Paulo garantirem a acessibilidade em suas instalações.

5 Ministério Público e ONGs juntos pela efetivação de direitos

O que Ministério Público e ONGs podem ganhar ou perder atuando juntos? Não há como fugir da apreensão mais trivial: cada um possui uma *expertise*, logo, uma interação tende a agregar pontos fortes e até minimizar fraquezas. Enquanto promotores e procuradores têm amplo saber jurídico (haja vista sua aprovação em concursos disputados), ativistas de ONGs especializam-se em certas causas, como educação e minorias, e abordam questões técnicas com familiaridade. Nas entrevistas, a complementaridade de saberes foi citada por todos como a maior motivação para essas aproximações. Além da mão de obra especializada na inclusão de pessoas com deficiência, IBDD e Escola de Gente difeririam a princípio do Ministério Público por ter profissionais comprometidos à causa, a “paixão do tema”, segundo uma procuradora, em entrevista. Esse envolvimento emocional aliado ao conhecimento técnico rende muitas vantagens.

Entre os pontos comuns nas agendas do Ministério Público e das ONGs, Macedo Junior (1999) cita a relativa autonomia ante o Estado e o setor privado tradicional, o interesse na efetivação de direitos e a resolução harmônica dos conflitos sociais, além da tutela dos direitos e da cidadania dos excluídos, a qual explica, segundo o sociólogo e promotor, as alianças entre ONGs e a instituição:

Há muitas razões e vantagens para que isso ocorra. Dentre elas caberia destacar: 1) a diminuição dos custos e riscos, no caso das ONGs dedicadas à defesa de direitos, para as demandas judiciais patrocinadas pelo Ministério Público e para as investigações preliminares, em especial em razão da existência do inquérito civil

[...]; 2) a vantagem das ONGs poderem se dedicar a encaminhar denúncias ao Ministério Público, que assim passa a contar com eficaz mecanismo de informação sobre violação a tais direitos; 3) a possibilidade de medidas judiciais e extrajudiciais tomadas pelo Ministério Público terem seus efeitos simbólicos e pedagógicos substancialmente ampliados por meio das conexões e influências de ONGs com a mídia (MACEDO JUNIOR, 1999, p. 257).

Os dois estudos de caso acima corroboram as vantagens da redução dos custos e riscos na investigação e na judicialização, bem como da conexão útil ao informante (ONG) e informado (Ministério Público). A suposta repercussão maior devido aos contatos entre ONGs e mídia não foi atestada nem negada aqui.

Desvantagens desse diálogo podem ser buscadas nos receios das ONGs em aliar-se ao Estado, segundo Sanyal (1997): cooptação, burocratização, corrupção e perda da inovação. Como a aliança com o Ministério Público seria apenas uma das atuações da ONG—o que não se deduziria de parcerias do Executivo, por exemplo—, descartam-se os riscos de burocratização e perda da inovação, que tendem a ser mínimos. Os temores de corrupção e cooptação não podem ser afastados, mas os requisitos para esses problemas não condizem com a estrutura do Ministério Público. Se, como diz Schwartzman (1988, p. 37), “a cooptação política tende a predominar em contextos em que estruturas governamentais fortes e bem estabelecidas antecedem historicamente os esforços de mobilização política de grupos sociais”, o fortalecimento paralelo do Ministério Público e da sociedade civil contraria essa hipótese.

Para avaliar os ganhos e as perdas do diálogo na ótica do Ministério Público, uma chave explicativa é dada por Bonelli (2002), para quem a maior mudança nessa instituição refere-se às definições do que é profissional ou político e às disputas internas sobre onde passar a linha que separa esses campos:

As clivagens vividas na sociabilidade dos membros da instituição, em meados da década de 1990, refletem o grau de tensão em torno

da definição sobre que concepção de profissionalismo predominaria no grupo. Hoje, destaca-se aquela que acentua a diferença da profissão em relação à política, preservando-a em um patamar distinto do dos demais contendores. Outro conteúdo questiona a política das profissões, que busca caracterizar-se como antipolítica (BONELLI, 2002, p. 191).

Tal diferença de visão pode gerar resistências no Ministério Público quanto a aliar-se a grupos da sociedade civil com agenda própria, como as ONGs. Promotores avessos a uma atuação política (em oposição à profissional) seriam menos suscetíveis. A tipologia de “promotor de gabinete” *vs.* “promotor de fato” (SILVA, 2001) também permite identificar os mais dispostos a dialogar com ONGs:

Definirei o promotor de gabinete como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais [...] Já o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas às suas áreas, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político (SILVA, 2001, p. 91).

A renovação institucional do Ministério Público, de acordo com Sadek (2000), não se deu sem uma divisão em seu interior. Enquanto uns defendem uma instituição mais sujeita aos mecanismos tradicionais de controle, outros preferem um órgão vocacionado à defesa dos interesses da sociedade.

Em debates tanto internos quanto extravasados para fora dos muros da instituição é possível distinguir ao menos duas correntes: uma que defende o avanço das conquistas institucionais manifestas na Constituição de 1988 e outra que vê com muito temor a politização da instituição, sua excessiva exposição à mídia e um abandono das atividades relacionadas à ação penal, considerada como vocação genuína da instituição (SADEK, 2000, p. 33).

Segundo Sadek, qualquer avaliação do Ministério Público reflete o choque exposto por Tocqueville de como conciliar a liberdade e a igualdade ou, em outras palavras, “como compatibilizar o respeito às garantias individuais e ao devido processo legal, de um lado, e as exigências de políticas positivas, visando à correção de desigualdades, de outro” (SADEK, 2000, p. 35). Numa dessas avaliações, Macedo Junior (1999) constata que, ainda que tenha fixado formalmente o novo perfil do Ministério Público, a Constituição não garantiu a implantação de sua vocação proativa. Para ele, sinais de empenho e vontade política de implementação dessa identidade institucional contrastam, em outros momentos, com fortes pressões corporativas e a falta de vontade institucional e de seus líderes. O resultado desse movimento é

uma situação esquizofrênica, meio moderna, meio tradicional, meio agente, meio opinativa (ou parecerista), meio advogado, meio juiz, algumas vezes envolvida com os problemas concretos da sociedade, outras vezes alheia a estes sob o manto da neutralidade e distanciamento (MACEDO JUNIOR, 1999, p. 255).

Nos casos estudados, os diálogos ocorreram de modos distintos (*v.* Quadro 1): pela via judicial, movendo uma ação contra um descumprimento da lei, e fora da Justiça, cobrando o respeito à lei por meio de instrumentos do Ministério Público como recomendações, por exemplo. Para essas alianças, foi necessária uma visão comum da legislação sobre um direito desrespeitado. Há ONGs que protocolam denúncias no Ministério Público com perspectivas distintas deste, num contraste que pode inibir a parceria entre eles.

Quadro 1 - Resumo das parcerias

Casos estudados	Iniciativa da interlocução	Modos de interação	Diferencial da ONG	Resultados da parceria
Acessibilidade de prédios públicos (MPF + IBDD)	ONG (tentativa frustrada de reunião) + Justiça (MPF coautor da ação)	Via Judiciário	Colhe dados sobre prédios não acessíveis	Poder Público condenado a cumprir lei

Inclusão escolar de alunos com deficiência (MPF + Escola de Gente)	ONG (busca cooperação em evento) e, depois, Ministério Público (para consultoria em inquérito)	Fora do Judiciário	Consultoria sobre educação inclusiva	Eventos e publicações
--	--	--------------------	--------------------------------------	-----------------------

Outro requisito da aliança refere-se à legitimidade e *accountability*, duas questões centrais das ONGs para Pearce (1997). As fontes de legitimidade, associadas à sua efetividade como organizações, e as relações de *accountability*, estabelecidas com doadores, Estado e beneficiários, seriam decisivas para, segundo Pearce, as ONGs evitarem os riscos da irrelevância ou da cooptação, e, de acordo com as entrevistas, para o Ministério Público tê-las como parceiras.

Diante dos pontos fortes e fracos de Ministério Público e ONGs, uma interação entre eles, seja formal ou informal, pode ser lida, conforme mostram os dois casos, como uma nova oportunidade política, como se refere Koslinski (2007) quanto às estratégias de participação. A procuradora em busca da acessibilidade, em sua entrevista, em janeiro de 2010, mostra-se satisfeita com a aliança, mas é comedida quanto ao alcance da conquista: “Vamos conseguir nos principais setores, mas em todos só a longo prazo, a partir do momento em que for entendido como uma política pública”. Um ano após ser ouvida para esta pesquisa, a procuradora entrou na Justiça com o IBDD e o MP-RJ pela execução da sentença, informando, conforme já citado, o total de edifícios então sem acessibilidade: 26 da União, 533 do estado e 1.393 do município.

Ainda que não se conheça aqui a proporção dessas construções no total de prédios públicos na cidade, é significativo que se tenha tanto uma recente ampliação da acessibilidade como um controle sobre o que não é acessível. Quanto à educação inclusiva, não há a mesma relação de causa e consequência entre a parceria institucional e a efetivação do direito. Desde que o MEC foi alvo do inquérito civil que uniu o MPF e a Escola de Gente, houve um aumento de matrículas de alunos com deficiência na escola regular, mas são

múltiplos os fatores responsáveis pelo avanço da educação inclusiva— com destaque para a diretriz do Ministério da Educação (BRASIL, 2008). Mesmo assim, não se podem ignorar os efeitos intangíveis da articulação entre o MPF e a ONG para a maior divulgação da causa.

Como este trabalho buscou dialogar os estudos de caso com a literatura sobre o Ministério Público e as ONGs, a conclusão consolidará ideias com vistas na ampliação da compreensão desse tipo de relação entre Estado e sociedade e sua possível contribuição para o combate à discriminação.

6 Conclusão

A revisão da literatura e a pesquisa de campo e documental para os estudos de caso permitiram reunir algumas considerações sobre a capacidade de Ministério Público e ONGs atuarem em conjunto pela inclusão de pessoas com deficiência. Quais as oportunidades em jogo nesses diálogos e quais os seus limites na efetivação de direitos como à acessibilidade e ao ensino regular?

Como visto, a cidadania varia de acordo com as práticas jurídicas, políticas, econômicas e culturais, logo, sua consolidação enfrenta desafios próprios a cada processo histórico e território nacional. No Brasil, a transposição de direitos do papel para o cotidiano é afetada por traços duradouros da relação entre o Estado e a sociedade, como o patrimonialismo, a cooptação política e o baixo engajamento cívico. Por mais que frações do Ministério Público e das ONGs atuem na contramão desses aspectos, traços tradicionais e modernos convivem (BENDIX, 1996), como ilustra o personalismo na união entre a Escola de Gente e a procuradora em São Paulo, para quem o diálogo depende mais dos laços pessoais do que institucionais. Os discursos do Ministério Público e das ONGs em prol de uma cidadania ativa (“de baixo para cima”) e pública contrastam com a cidadania no país (passiva e privada, na tipologia de TURNER, 2000).

A demanda pela cidadania constitui o denominador comum entre Ministério Público e ONGs, entre a judicialização da política e o ativismo da sociedade civil. Nos anos 1990, com o declínio

da aversão das organizações civis em associar-se com o Estado e a valorização de mecanismos de democracia participativa, integrantes do Ministério Público e de ONGs envolveram-se mais em tarefas assumidas tradicionalmente pelo Executivo e pelo Legislativo. Para as ONGs, riscos como corrupção, cooptação e irrelevância são inerentes à interação com instituições estatais (SANYAL, 1997; HULME; EDWARDS, 1997; PEARCE, 1997). Já o Ministério Público, uma dessas instituições, teve seus poderes ampliados desde a Constituição de 1988, em especial para defender direitos coletivos, mas é alvo de críticas como a falta de dinamismo e de formação especializada e conhecimento técnico (ARANTES, 2002; SILVA, 2001). Diante dos pontos fortes e fracos dessas instituições, um diálogo entre elas, seja num canal formal ou informal, pode ser lido, como mostram os dois casos, como uma nova oportunidade política em relação às estratégias de participação (KOSLINSKI, 2007).

Embora os estudos de caso apresentados não corroborem a visão de uma “esquizofrenia” no Ministério Público expressa por um de seus quadros (MACEDO JUNIOR, 1999), nota-se a coexistência a que ele se refere entre engajamento e alheamento diante de certos problemas sociais, embora este estudo tenha focalizado apenas a primeira vertente. Apesar de a esquizofrenia não ser uma categoria sociológica de análise, cabe considerar pertinente essa observação. Investido de poder para atuar como “advogado da sociedade”, o Ministério Público ainda tem certa ciclotimia na defesa de direitos difusos. Nessa área, da chamada “tutela coletiva”, percebe-se que os resultados das investigações e processos dependem mais da proatividade do promotor ou procurador do que de uma sólida vocação institucional – na área criminal, essa qualidade sobressai menos, pois a apuração de ilegalidades caberia principalmente à polícia. Essa constatação exemplifica a importância que um indivíduo assume dentro das instituições.

Outra questão que merece ser mais explorada refere-se à identificação de critérios de legitimação para as ONGs aproximarem-se de instituições estatais, tal como alertado por Pearce (1997). A literatura sobre a legitimação dos atores da sociedade civil é vasta

e inclui autores como Avritzer (2007) e Gurza Lavalle; Houtzager e Castello (2006), para quem as organizações civis renovaram as relações com o sistema político institucional, ampliando a representação na nossa democracia.

A efetivação da acessibilidade dos prédios públicos no Rio de Janeiro, a partir do diálogo entre IBDD e MPF, é um reflexo da judicialização da política. O despacho da juíza definindo o cumprimento do Decreto n. 5.296/2004 como “prioridade de política pública” ilustra a transformação do Judiciário num espaço privilegiado de resolução de conflitos sociais, incitado muitas vezes pelo Ministério Público ou por agentes da sociedade civil. Já a união com a Escola de Gente contribuiu – mesmo sem ser determinante – à formação de resistências de alguns grupos à educação inclusiva. É interessante que, diante dos opositores alinhados pela publicação da cartilha do MPF e pela descontinuidade da consultoria da Escola de Gente a uma novela de TV, procuradores e ONG tenham sido solidários entre si, seja com uma nota pública, seja com uma recomendação para a novela esclarecer sobre um direito.

A tipologia de “promotor de gabinete” *vs.* “promotor de fato” (SILVA, 2001) e as visões distintas da vocação do Ministério Público (BONELLI, 2002; SADEK, 2000), como demonstradas, sugerem três hipóteses para a iniciativa de o diálogo partir das ONGs: a) insulamento da instituição (membros focados apenas nos documentos nos gabinetes), b) ceticismo de procuradores (hesita-se em interagir com ONGs de origem, missão ou financiamento desconhecidos) e c) autocrítica ou estratégia das ONGs – ainda que especializadas nas causas, elas buscam apoio do Ministério Público por seus diferenciais (saber jurídico, instrumentos para atuar dentro e fora da Justiça etc.), como exemplifica Soares (2007) em relação à defesa ambiental.

Embora tanto o Ministério Público como ONGs e outras entidades possam mover ações civis públicas, a atribuição do órgão estatal de conduzir o inquérito civil público, requerendo esclarecimentos de agentes públicos e privados, torna a parceria atraente para as organizações mesmo fora do Judiciário. Logo, enquanto promo-

tores podem cobrar informações com base na autoridade conferida pela lei, as ONGs são capazes de reunir dados sobre a causa em que se especializaram. A iniciativa do IBDD em propor a ação ilustra ainda o aumento das ações de associações civis (VIANNA; BURGOS, 2002), em que pese as considerações de que o instrumento é subaproveitado por elas (SOCZEK, 2007).

Se os caminhos que interligam as práticas de um povo e os textos de suas leis são tão múltiplos, este texto analisou tão somente alguns desses fluxos. É certo que os estudos de caso inibem generalizações, mas propiciam lições de parcerias que hoje ainda são exemplos raros devido, até mesmo, às desconfianças mútuas. Nesse sentido, as alianças do MPF com o IBDD e a Escola de Gente explicitam meios distintos de combate à discriminação. Suas estratégias e efeitos, como a condenação dos três níveis de governo e alguns eventos e publicações, mostram o potencial desse tipo de cooperação entre esses atores estatais e civis.

Referências

ABONG. *Uma regulação de acesso e utilização de recursos públicos para organizações sem fins lucrativos no Brasil*. São Paulo: ABONG, 2008. Disponível em <www.abong.org.br/lutas_e_acoes.php?id=49&it=52>. Acesso em: jul. 2011.

ARANTES, Rogério. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados*, v. 50, n. 3, p. 443-464, 2007.

BENDIX, Reinhard. *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: Edusp, 1996.

BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: Ufscar: Sumaré, 2002.

BRASIL. IBGE. *As Fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil 2005*. Gerência do Cadastro Central de Empresas. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. 162 p.

_____. *Censo demográfico 2000*. Dados da população com deficiência. 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/deficiencia_Censo2000.pdf>.

_____. Ministério da Educação. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf>>. Acesso em: mar. 2011.

_____. Ministério Público Federal. *O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular de ensino*. Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (Org.). 2. ed. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

BRASIL. 6ª Vara Federal do Rio De Janeiro. 2007. 06/08, *IBDD e Ministério Público Federal v. União, Estado e Município do Rio de Janeiro*, liminar, 2007.51.01.014989-6.

_____. 6ª Vara Federal do Rio De Janeiro. 2009. 28/04, *IBDD e Ministério Público Federal v. União, Estado e Município do Rio de Janeiro*, sentença, 2007.51.01.014989-6.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de caso*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAVALCANTE, Meire. Caminhos da inclusão. *Nova Escola: inclusão*. São Paulo: Edição especial, p. 8-15, set. 2006.

COHEN, Jean; ARATO, Andrew. *Civil society and political theory*. Cambridge: MIT Press, 1994.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (Org.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FaCes/Universidad de Venezuela, 2004. p. 95-111.

DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. São Paulo: Nacional, 1966.

ESCOLA DE GENTE. *Manual da Mídia Legal 2 – Comunicadores pela Educação*. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GURZA LAVALLE, Adrián; HOUTZAGER, Peter H.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua nova*, São Paulo, CEDEC, v. 67, p. 49-103, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.

HULME, David; EDWARDS, Michael (Ed.). *NGOs, states and donors: too close for comfort?* London: Macmillan Press, 1997.

KOSLINSKI, Mariane. *Um estudo sobre ONGs e suas relações de accountability*. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – PPGSA/IFCS, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2007.

LANDIM, Leilah. Experiência militante: histórias das assim chamadas ONGs. *Lusotopie*, p. 215-239, 2002.

———. Thirty years and recent dilemmas: NGOs and third sector in Brazil (and Latin America). In: INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR THIRD SECTOR RESEARCH, 8. Barcelona, 2008. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <www.istr.org/conferencias/barcelona/WPVolume/xLandim.pdf>. Acesso em: mar. 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público Brasileiro: um novo ator político; O quarto poder e o terceiro setor: o Ministério Público e as organizações não governamentais sem fins lucrativos – estratégias para o futuro. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas. 1999. p. 103-114; 248-263.

MACIEL, Débora Alves. *Ministério Público e sociedade: a gestão dos conflitos ambientais em São Paulo*. 2002. Tese (Doutorado em Sociologia) – FFLCH, Universidade de São Paulo. 2002.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rogério de Souza. *Between conflict and cooperation: dilemmas in the relations between non-governmental organizations and the state in Brazil*. PhD Thesis: Boston University, 2008.

PEARCE, Jenny. Between Co-option and Irrelevance? Latin American NGOs in the 1990s. In: HULME, David; EDWARDS, Michael (Org.). *NGOs, states and donors: too close for comfort?* London: Macmillan Press, 1997. p. 257-274.

PUTNAM, Robert. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. In: SADEK, M. T. (Org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/IDESP, 2000.

_____. Ministério Público: a construção de uma nova instituição. In: OLIVEN, Ruben; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild/ANPOCS, 2008. p. 110-129.

_____. *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1997.

SANYAL, Bishwapriya. NGO's self-defeating quest for autonomy. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 554, p. 21-32, 1997.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de Justiça*. São Paulo: EDUSP, 2001.

SOARES, José Luiz de Oliveira. *Ministério Público, meio ambiente e sociedade*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – PPGSA/IFCS, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2007.

SOCZEK, Daniel. *ONGs e democracia: metamorfoses de um paradigma em construção*. Curitiba: Juruá, 2007.

TURNER, Bryan. Contemporary problems in the theory of citizenship. In: TURNER, B. (Ed.). *Citizenship and social theory*. London: Sage, 2000. p. 1-18.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild/ANPOCS, 2008. p. 91-109.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Caderno Cedes*, Rio de Janeiro, 2005, 47 p.

———. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes*. Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj; Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas no Brasil*. v. 1. Belo Horizonte: Itatiaia; S. Paulo: USP; Niterói: UFF, 1987.

A dignidade da pessoa humana pelo olhar indígena e a consolidação da igualdade material

Paulo Rabelo

Servidor de carreira do Ministério Público da União (MPU) e instrutor interno no Ministério Público Federal (MPF). Assessor especial na Assessoria de Estudos e Pesquisa Jurídica (ASSEP). Professor do Centro Universitário do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Administração de Empresas pela Faculdade Integrada Colégio Moderno (FICOM).

Resumo: Concretizar a dignidade para os povos indígenas é dever da federação brasileira. Este artigo objetiva, a partir da leitura crítica de procedimento administrativo instaurado no Ministério Público Federal (MPF), analisar e compreender o significado da igualdade pelo olhar dos Tembé do Alto Rio Guamá, como forma de erradicação do preconceito e das práticas discriminatórias, a partir da possibilidade da coexistência e do reconhecimento de sistemas jurídicos indígenas e da ligação destes com o ideal constituinte de sociedade plural.

Palavras-chave: Discriminação. Igualdade. Dignidade. Tembé. Povos indígenas.

Abstract: To ensure dignity among Indigenous peoples is part of the Brazilian federation obligations. This study constitutes a critical analysis of administrative procedure filed by the Federal District Attorney Office in an attempt to understand the meaning of equality as viewed by the Tembé People in the High Guamá River, the State of Pará, in Northern Brazil. Such procedure aims at terminating prejudice and discrimination based on the idea of co-existence and acknowledgement of indigenous judicial systems and their understanding of a concept of a plural and diverse society.

Keywords: Discrimination. Equality. Dignity. Tembé. Indigenous peoples.

Sumário: 1 Introdu o. 2 Identidade e igualdade, desigualdade e diferença. 3 Dignidade da pessoa humana: por conceitos nativos. 4 Sensibilidades jurídicas diferenciadas: o valor dos saberes locais. 5 Direito(s) no plural. 5.1 Da “obriga o” de visão plural no Direito; da “necessidade” de visão plural no Direito – usar do pluralismo é imperioso. 6 Direito(s) indígena(s). 7 Os direitos dos povos indígenas. 8 Conclusões.

1 Introdu o

Observa-se, na atualidade, discussão crescente em vários segmentos da sociedade civil organizada acerca das práticas discriminatórias e da urgente necessidade de se estabelecerem políticas públicas voltadas à consolida o da igualdade. Vários grupos excluídos em razão de g nero, etnia, orienta o sexual, entre tantas outras formas de discrimina o, estão na ordem do dia reivindicando seus direitos. Todavia, povos indígenas apresentam-se nesse contexto com nuan a merecedora de especial aten o.

“Nós podemos ser igual a você, sem deixar de ser o que somos”¹. A afirma o de Marcos Terena (2008) expressa de forma sint tica e ao mesmo tempo profunda a imensa necessidade de aprendizado do homem dito “civilizado”, pertencente ao mundo “branco” no sentido da edifica o de convivência harmônica e pacífica com os povos da floresta, a partir da (re)descoberta da riqueza e diversidade dos povos indígenas no Brasil.

O preconceito, quando o assunto   negritude, por exemplo, mostra-se de forma velada, muitas vezes, hipocritamente, negando-

¹ Cf. TERENA, Marcos. Promo o dos direitos indígenas: Brasil – 500 anos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008. Marcos Terena, 45,   Terena do Pantanal sul-matogrossense. Piloto de aeronaves, foi fundador da União das Na es Indígenas (UNI), organizou e representou os povos indígenas durante a ECO/92, com a Conferência Mundial dos Povos Indígenas sobre Território, Meio Ambiente e Desenvolvimento, via Comit  Intertribal (ITC), quando foi escrita a *Carta da Terra*. Foi Chefe de Gabinete da FUNAI e Assessor Indígena do Ministério da Cultura.

–se sua existência. Porém, quando o assunto é povos indígenas, o universo brasileiro não indígena não se ressentido de pudor em expressar abertamente opiniões que passam pela associação ao primitivo ou infantil e chegam aos tão conhecidos estereótipos como: “preguiçoso”, “ladrão” e “traíçoeiro”.

Necessário, portanto, transpor as barreiras do preconceito institucionalizado e trazer a público a riqueza do universo e da singularidade das centenas de etnias existentes em nosso país. Com características tão particulares que, apesar de geograficamente situarem-se lado a lado, quilômetros culturais as diferenciam, como se fossem Japão e Brasil.

Os Tembé do Alto Rio Guamá, como corte desse universo, emergem como possibilidade de incursão nos aspectos que tangenciam o processo de assenhoreamento de uma área correspondente a 279.887,70 ha, localizados no Estado do Pará. Conceitos como “terras tradicionais”, “demarcação”, “aldeamento”, “extrusão” carregam peso semântico que traduz em importância a dimensão histórica e etnográfica das terras indígenas.

A saga dos Tembé do Alto Rio Guamá em ver materializado o direito a terra confunde-se com a palavra conflito. Passados 43 anos de quando, em 21 de março de 1945, o então interventor federal do Pará, coronel Joaquim de Magalhães Cardoso Barata, exarou o Decreto n. 307, reservando aos indígenas uma faixa de terra à margem direita do Rio Guamá, até alcançar o Rio Gurupi em sua margem esquerda, múltiplos conflitos ainda continuam a marcar a história dos Tembé.

As violências anotadas são múltiplas: fundiárias, físicas, sociais, ambientais, culturais, étnicas e econômicas. Ação predatória se dá a partir da inércia estatal que permite concretizar no cotidiano dos Tembé fome e miséria, reflexo dos constantes ataques sofridos. Todavia, esse movimento violento recebe sempre uma resposta dos indígenas, a partir do exercício do direito de resistência como forma de buscar a materialização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

A situação vivenciada pelos Temb e é o retrato do cotidiano dos povos indígenas do Brasil, sendo que, em outras realidades, são verificados cenários onde a violência se intensifica². A Anistia Internacional, em seu relatório de 2008, assinala que “povos indígenas, em vários pontos do país, também sofreram ameaças, ataques e, inclusive, homicídios, sobretudo em sua luta pela terra” (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI, 2008, p. 43).

Analisar a luta pela terra e os efeitos reflexos que o não assebhoreamento desse espaço reproduz para aquele povo conduz a percepção de quão longínquo da concretude está o ideal constituinte voltado à garantia da sobrevivência desses cidadãos brasileiros. A efetividade desses direitos formalmente garantidos está vinculada a uma vontade política voltada para a construção – de fato e não mais na retórica vazia – de uma sociedade plural, que reconhece, compreende, respeita e aceita a diferença, entendendo essa diferença como um vigor, e não mais como sin nimo de inferioridade.

A Constituição brasileira de 1988, em seu preâmbulo, assevera:

nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de *uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias sob a proteção de Deus a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

2 O relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil – 2006/2007”, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), noticia o aumento da violência praticada em quase todo o território nacional. Os diversos tipos de agressões e violações foram agrupados em: 1) Violência contra o patrimônio indígena; 2) Violência contra a pessoa praticada por particulares e agentes do Poder Público; 3) Violências provocadas por omissões do Poder Público; 4) Violência contra povos indígenas isolados e de pouco contato. O relatório conclui que a omissão do governo federal em relação   questão fundiária continua sendo a principal causa do quadro caótico verificado. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

O preâmbulo é uma espécie de nota introdutória ao texto articulado da Constituição, sendo seu certificado de origem e legitimidade. As considerações constantes do preâmbulo da Carta de 1988 afirmam seus princípios, revestindo-se da condição de síntese do pensamento norteador do trabalho de elaboração constitucional, bem como expressando ruptura com a Constituição anterior e sinalizando para o surgimento jurídico de um novo Estado (SILVA, J., 2006; 2004).

Em afirmando que o objetivo desse novo Estado é assegurar o exercício de direitos, constata-se não se tratar de simples declaração, dissociada do exercício e de concretude dos direitos. Evidencia-se que o texto constante do preâmbulo constitucional é elemento importante de integração e interpretação dos artigos que lhe seguem, servindo de alicerce para novos rumos que a ação política dos governos estabelecidos sob a vigência do texto constitucional pretender adotar.

Este Estado, que surge com a promulgação da Constituição de 1988, segundo essas diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas, deverá, necessariamente, assegurar a construção de uma sociedade plural, “livre” de preconceitos.

Os elementos contidos no preâmbulo constitucional são a síntese do processo de afirmação dos direitos humanos que atravessa a história da humanidade rompendo paradigmas, concepções, sistemas, por meio de ideias, lutas nos movimentos sociais, tensões políticas e sociais, atos heróicos individuais transformam o que antes era contrário à ordem, criminoso, em direitos essenciais, por definição fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana.

O constitucionalismo europeu surge como reação ao antigo regime, o domínio do feudalismo, socialmente organizado e estruturado. O constitucionalismo brasileiro tem sua gênese sobre as ruínas do colonialismo português e, por via de consequência, sofrendo influência dos vícios de uma sociedade escravagista. Contudo, em que pese tal premissa negativa, a fonte de inspiração doutrinária fora a mesma, o constitucionalismo francês, vazado nas garantias funda-

mentais do número 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (BONAVIDES, 2000).

2 Identidade e igualdade, desigualdade e diferença

O reconhecimento de uma matriz ideológica da igualdade é o primeiro passo na direção de uma compreensão eficaz da diferença. Não se podem reduzir as complexas relações existentes entre identidade e igualdade, entre desigualdade e diferença.

A identidade de um povo é a percepção de continuidade, de processo, de fluxo, em suma, é memória (CUNHA, 1994). Nesse sentido, nenhuma ação ou omissão dentro de sociedade que se pretenda plural e objetiva assegurar tratamento igualitário a todos pode desconsiderar tal percepção.

A observação do universo dos povos indígenas no Brasil demonstra um processo histórico de imposição via discurso “de verdade” fundado em percepção única, hegemônica e universalizante, gerando um tratamento igualitário descaracterizador. Contudo, há que se perceber a existência de diferenças que conduzem de fato a inferiorização e que, quando não combatidas, produzem desigualdade e exclusão.

Adota-se o conceito de identidade étnica utilizado por Barth (2000), segundo o qual identidade está vinculada ao compartilhar de valores culturais fundamentais, compondo um campo de comunicação e interação no grupo de membros que se identifica e é identificado por outros e constitui categoria diferenciada e distinguível de outras da mesma ordem. As identidades étnicas “não dependem de uma ausência de mobilidade, contato e informação” (BARTH, 2000, p. 188), pelo contrário, o autor afirma que a interação entre grupos diferentes pode ser um fator definidor de identidades distintas, ou seja, não causa o seu desaparecimento, mudança ou aculturação.

Nesse sentido, a identidade não é vista de forma estática, ou original, é fluida e admite mudança permanente que depende da natureza das relações sociais estabelecidas entre coletivos indígenas

e outros sujeitos e/ou grupos étnicos. No dizer de Santos (2000), “identificações em curso”, concorrendo velhos e novos processos de recontextualização e particularização de identidades. Portanto, os Tembé, ultrapassando as fronteiras de seu território, jamais deixaram de ser Tembé.

É necessário entender a diferença indispensável à manutenção da identidade geradora da cultura, compreendida não como traços dados, mas como sistema dinâmico e perpetuamente cambiante (CUNHA, 1994), e, de outro lado, a diferença que desiguala e tem sua gênese na ausência de possibilidade de concreção da dignidade humana, excludente e geradora de miséria e injustiça social, demandando um novo metadireito intercultural que assegure aos povos indígenas o direito a serem iguais sempre que a diferença os inferiorize e diferentes sempre que a igualdade os descaracterize (SANTOS, 2006).

No mundo hodierno globalizado, quando se estudam as etnias, remete-se, indubitavelmente, à questão da fronteira étnica. Esta canaliza a vida social. Implica uma organização, na maior parte das vezes, bastante complexa. A identificação de uma outra pessoa como membro de um mesmo grupo étnico implica um compartilhamento de critérios de avaliação e de julgamento (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1976a).

Os dispositivos ideológicos vinculados ao modelo dominante à disposição para gerenciar o fenômeno socioeconômico da desigualdade e a exclusão – fenômeno cultural e social – é o universalismo, materializando-se em duas possibilidades: o antidiferencialista e o diferencialista; este se estabelece por meio da absolutização das diferenças, aquele, pela negação destas (SANTOS, 2006).

A teoria política liberal presente no Estado brasileiro fez opção pelo universalismo antidiferencialista, acionado mediante sua política assimilacionista que veiculava uma ideologia colonial impositiva aos povos indígenas de uma cultura pretensamente superior e única possibilidade para aqueles povos de superação do atraso em relação ao colonizador. O Brasil, enquanto país periférico, confron-

tou a desigualdade via políticas desenvolvimentistas que visavam a assimilar a diferença desconsiderando as culturas e etnias presentes.

No contexto, há peças centrais localizadas no sistema educativo nacional, no Direito e nas Forças Armadas, via serviço militar obrigatório. Todos os subsistemas, de forma coordenada, voltados à construção do universalismo antidiferencialista, estabeleceram uma realidade em que a identidade nacional, compreendida como um só povo, se sobrepujasse sobre todas as demais identidades. A política da homogeneidade cultural impôs o direito à indiferença (SANTOS, 2006).

Por outro lado, as manifestações da diversidade cultural nunca foram impedidas, tão somente relegadas a guetos de exclusão ou ambientes familiares, no sentido de regular e identificar grupos capazes de ameaçar a suposta coesão da comunidade política nacional.

O modelo de regulação social produz exclusão e desigualdade, sendo contraditoriamente calcado no reconhecimento dos indivíduos autônomos e formalmente iguais. Necessário, portanto, que, a partir do reconhecimento da presença desse modelo em nossa sociedade, voltemo-nos à construção de políticas públicas que de fato permitam a participação dos povos indígenas nesse processo e definam diretrizes voltadas à erradicação da diferença que descaracteriza e inferioriza.

Impende perceber os povos indígenas a partir de uma visão mais cidadã, iluminada pela Constituição de 1988; resgatar a cidadania subtraída de quem historicamente foi socialmente marginalizado, a cidadania indígena compreendendo os povos indígenas como sujeitos de direito. Todavia, essa cidadania não é comum, única e genérica, mas lastreada em direitos específicos, ou seja, uma cidadania diferenciada, ou melhor, plural (LUCIANO, 2006).

Direitos específicos e cidadania plural são aportes teóricos que apontam no entender dos povos indígenas como tendo direito a um tratamento jurídico diferenciado, como o direito a terra coletiva suficiente para a sua reprodução física, cultural e espiritual e à educação escolar diferenciada, baseada nos seus próprios processos de ensino-aprendizagem e produção, reprodução e distribuição de

conhecimentos, além de atendimento à saúde que contemple e respeite seus usos e costumes (LUCIANO, 2006).

Tal panorama deverá ter como norte a concretude da dignidade da pessoa humana para esses povos, todavia, há que se perguntar: qual o significado da dignidade para os indígenas?

3 Dignidade da pessoa humana: por conceitos nativos

Há um consenso teórico universal acerca da ideia de dignidade da pessoa humana que reúne pensadores das mais diversas áreas do conhecimento. Todavia, a natureza polissêmica do conceito permite uma relação particular e subjetiva quanto ao observador, no que tange a sua aplicação prática, legitimando, nesse sentido, comportamentos localizados considerados reprováveis e indignos por outros contextos sociais.

As múltiplas visões seriam como as muitas facetas de um diamante, e, isolando algumas dessas formas de pensar, como se compusessem uma sinfonia, poder-se-iam analisar suas notas. Ressalta-se que as posições extremadas devem ser rejeitadas, uma vez que não se pode, de um lado, atribuir um caráter exclusivamente subjetivo, tampouco aferir dessas concepções teóricas a objetividade plena, construindo uma definição clara e determinada da dignidade em si (MAURER, 2005).

Na busca por essa compreensão, é necessário abstrair dessas “facetas” uma definição que, mesmo permanecendo aberta, permita um certo nível de objetividade. Nesse sentido, o conceito não poderá ser absoluto, pois: definir em si a dignidade é impor-lhe limites e subtrair do conceito, dessa forma, um aspecto essencial de sua riqueza, na medida em que a dignidade e a liberdade são inseparáveis (MAURER, 2005).

A maioria dos filósofos entende que a dignidade da pessoa humana é real e não uma ilusão, sendo, portanto, esse caráter polissêmico ou polifônico, antes de um limite à noção de dignidade da

pessoa humana, rico instrumento na construção de um concerto harmônico e afinado.

Na concepção de Kant (1980), a dignidade é entendida como um valor de que se reveste tudo aquilo que é imensurável, que não tem uma cotação específica, um preço, isto é, não está sujeito a ser suprido por algo análogo. Destarte, considera-se a dignidade atributo intrínseco ao homem enquanto ser moral: à medida que desempenham de modo independente o seu juízo prático, os seres humanos erigem diferentes personalidades humanas, cada uma delas categoricamente individual e insubstituível. Por conseguinte, a dignidade passa a ser completamente indissociável da autonomia para o exercício de seu juízo prático, e é, por esta razão, com base neste preceito, que somente atribui-se dignidade aos seres humanos.

Recortando Hegel desse universo filosófico, utilizam-se as ideias descritas em a *Fenomenologia do Espírito* (1999), quando o autor diferencia a noção “para si” e a ideia “em si”, concluindo que a consciência somente alcança o conhecimento absoluto a partir da interpenetração das noções.

A dignidade “para si” seria a concepção particular e pessoal que cada indivíduo teria acerca do conteúdo do conceito, condicionada por vários fatores, como a educação recebida, o contexto social no qual inserido, entre outros. Todavia, conceber dessa forma, a partir de uma valorização extremada do indivíduo, seria por demais temerário, abrindo margem ao totalitarismo do indivíduo. A concepção deverá, portanto, evoluir no sentido de se aproximar da dignidade “em si” (HEGEL, 1999).

Como forma de limitação ao império da individualidade, os vários atores sociais estabeleceriam o que seria dignidade “para nós”, sendo essa missão em especial direcionada ao Judiciário e ao Legislativo. Tal concepção expressaria, portanto, o produto do consenso social. Esse caráter evolutivo do “para nós” pode, em algumas circunstâncias, estar basicamente ligado à norma posta, mas também, de forma surpreendente, emergir como valor natural e espontâneo.

Perceptível a diferença de concepções em “para si” e “para nós”, o que se justifica pelo fato de ainda não sabermos exatamente o que é dignidade, fato esse que se traduz na necessidade de as normas postas tentarem coibir condutas em desalinho com a dignidade em vez de tentar definir exatamente o seu significado. A ideia de dignidade “para nós” não pode se confundir com a “para mim”, e ambas devem progredir na direção da concepção de dignidade “em si”.

O objetivo de qualquer indagação filosófica é alcançar o conhecimento do “em si”. A conclusão estabelecida é que a dignidade é ao mesmo tempo fonte e finalidade da pessoa humana, sendo impossível delimitá-la. Desde os romanos, a ideia de incompatibilidade entre pessoa e objeto consolidou-se, transformando-se em consenso na grande maioria dos autores, nesse sentido, a realidade da dignidade pode ser ensinada, abordada, mas ela não pode ser apropriada, adquirida definitivamente. Por fim, destacam-se dois elementos fundamentais à abordagem jurídica: liberdade e respeito.

Mesmo partindo de premissas diferentes, várias correntes filosóficas associam os conceitos dignidade e liberdade, todavia, durante muito tempo, vigeu para o Direito a ideia de que, ao garantir as liberdades, a dignidade seria uma consequência lógica. Os ideais das revoluções do século XVIII tinham como escopo a defesa das liberdades, fazendo da propriedade o fundamento dessa liberdade perseguida.

Atualmente, os direitos humanos buscam uma nova dimensão, exigindo não mais obrigações negativas, mas sim positivas do Poder Público e da sociedade, visto que é plenamente factível haver o respeito à liberdade numa perspectiva negativa e uma afronta à dignidade convivendo no mesmo ato.

Surge nesse contexto um conflito de normas: liberdade x dignidade. Da mesma forma que os clássicos, não seria possível distingui-las, e, ao mesmo tempo, uma tentativa de oposição dos conceitos seria uma visão fragmentada do homem, já que intimamente ligados não há como compreendê-los isoladamente. Reconhece-se,

porém, que o conceito de dignidade é mais amplo e poderia ser o motor à interpretação do Direito.

Nesse sentido, não há medida para a dignidade, é um valor absoluto, fundamental, inamissível, não pode ser destruída, retirada. Tal reflexão leva a considerar pessoas relegadas a tratamentos degradantes e desumanos, nos quais possivelmente haveria uma perda de dignidade, todavia, há de considerá-la em suas duas dimensões: fundamental e da ação. Na situação aqui exposta, não há perda da dignidade fundamental, por impossível que seja, já que inerente e inamissível, mas sim uma limitação de sua ação, a perda aqui seria de uma dignidade atuada (MAURER, 2005).

Tal raciocínio leva ao pensamento kantiano de que “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”, o que nos remete à conclusão de que a dignidade necessita não apenas de realização pelos atos humanos, mas de condições materiais, externas, que permitam a sua atuação em todas as circunstâncias: afetivas, sociais, econômicas, entre outras.

Impossível, portanto, tentar enclausurar a reflexão sobre dignidade tentando estabelecer uma definição ou considerá-la numa ótica exclusivamente subjetivista, sob pena de estabelecer-se a ideia abusiva de propriedade da dignidade.

A identidade humana, nas lições de Paul Ricouer, Emmanuel Levinas e Charles Taylor, apud Rabenhorst (2001), somente teria sentido considerada como elo de reciprocidade, de mútuo reconhecimento, ou seja, não sou eu quem confirma a minha identidade humana, mas sim o meu semelhante, semelhança aqui estabelecida não no sentido de igualdade simétrica, mas justamente a constatação e o respeito à diferença, visto que, sem o respeito mútuo, não haveria possibilidade de diálogo (RABENHORST, 2001).

A moralidade democrática seria a melhor tradução desse princípio de reciprocidade, sendo a solução para o reconhecimento da pluralidade e a concretização do ideal de alteridade. A democracia

é muito mais que um sistema político, mas o próprio contorno do Estado de Direito, e este não é apenas o garante dos princípios formais consignados em uma constituição, mas, acima de tudo, um ente que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades.

A tradição marxista, questionadora da democracia enquanto sistema alienante e explorador das classes menos favorecidas, hoje, reavalia esse posicionamento, entendendo a conjunção entre democracia e direitos do homem como fundamental, a partir de uma nova visão de espaço público, embasado na neutralidade valorativa e num constante questionar sobre o sentido das instituições e da representatividade (RABENHORST, 2001).

A democracia teria sua pedra angular na ausência de fundamentos religiosos e metafísicos, sendo o reconhecimento da dignidade humana o seu fundamento, dignidade aqui entendida como princípio prudencial, cláusula aberta sem conteúdo pré-fixado, assecuratória a todos do Direito, a partir de seus julgamentos, às variadas manifestações da autonomia humana.

É nesse espaço democrático que a dignidade para os indígenas deve ser reconhecida, não mais a partir de gavetas ocidentais embasadas numa moralidade cristã, mas sim nesse conjunto de crenças morais objetivas, estabelecidas, construídas em cada sociedade indígena.

Não é possível pensar em dignidade para os povos indígenas sem levar em consideração qual a compreensão que cada povo tem acerca do conceito, o qual, necessariamente, deve ser recepcionado pelo ordenamento jurídico que se pretende plural, como cláusula aberta, sem conteúdo pré-fixado, sob pena de se atingir objetivo diametralmente oposto ao pretendido, ou seja, materializar violência cultural que retira a possibilidade de autonomia, liberdade e autodeterminação dos povos – violentar e subtrair a própria dignidade.

A dignidade indígena, portanto, deve ter suas bases em processo que parta da premissa de uma identificação profunda dos postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização (SANTOS, 2003).

Nesse sentido, indispensável trazer a voz das lideranças Tembé, ao longo de décadas de luta por ver a dignidade efetivada e concreta, num pleno exercício de fruição, entendida como limite e tarefa do poder estatal, bem como da comunidade, a partir de uma dimensão dúplice: protetiva ou assistencial (Estado e comunidade) e autonômica (decisão de escolha sobre a própria vida).

Em vários registros do Procedimento Administrativo n. 1.23.000.000339/2005-79³, há manifestações dos Tembé que nos levam a compreender o que pensam como dignidade.

Piná Tembé, em reunião que discutia a implementação de projetos de sustentabilidade na terra indígena Alto Rio Guamá versa que

Nós queremos ver a floresta de volta, poder caçar como meu avô me contava que fazia, quando os Tembé circulavam livremente pela terra e a caça era abundante, cuidar da terra que tudo pode dar para nós, se ver livre dos invasores que só destruição trouxeram (Fls. 334, v. XI).

De acordo com o que fala o indígena, entende-se que a dignidade está em ser livre para produzir a vida, ou seja, viver dignamente significa viver de acordo com suas crenças, com sua cultura, com os quais reconhece enquanto grupo e o que lhe fez reconhecer enquanto indivíduo.

Naldo Tembé, em reunião na sede da Associação do Grupo Indígena Tembé das Aldeias-Sede e Ituaçu (AGTASI), que objetivava prestar contas acerca do processo de desintrusão da terra indígena:

Nosso povo não aguenta mais ouvir promessa, promessa e mais promessa, já estamos nessa luta tem muito tempo, nós não quer mais saber o que vai acontecer, queremos saber o que já foi feito pelos órgão envolvente. Entra ano e sai ano e a lenga-lenga é a mesma, o que é que eu vou dizer pras nossas crianças que tão com fome? E os nossos velhos sem remédio, sem assistência? Vou dizer que tamo dependendo do INCRA resolver com a FUNAI quantos índios vão morrer? Será que precisa ter derramamento de sangue? (Fls. 221, v. XII).

3 Instaurado na Procuradoria da República no Estado do Pará, objetivando atuação na solução dos conflitos relacionados à ocupação ilegal da terra indígena.

Na fala registrada, é perceptível a insatisfação de Naldo sobre a ausência de soluções para os conflitos. O indígena reclama das infinitas promessas que são feitas a seu povo, sem que elas signifiquem solução. A ausência de solução faz com que vivam em constante conflito, o que gera desgastes, pois compromete o cotidiano a que estavam acostumados, bem como faz com que vivam sobre permanente ameaça da violação de seus direitos, ferindo, portanto, a dignidade Tembé.

Neto Tembé, em entrevista realizada em 3 de maio de 2007:

Queremos nossa cultura de volta, é muito triste ver que nossos jovens não falam mais a língua, que cada vez mais somos engolidos pelos brancos, que entram em nossa terra, tiram a riqueza e deixam a miséria, nós só que ficar em paz na nossa terra, poder cuidar do que é nosso.

Assim, percebe-se que, para os Tembé, viver dignamente significa, sobretudo, viver da maneira que aprenderam ser correto viver, ou seja, de acordo com seus usos e costumes, com seu modo de vida específico, enfim, viver da maneira que os identifica enquanto povo Tembé.

Da análise das manifestações Tembé, fica evidente a noção de vida digna a partir do processo de assenhoreamento da terra, ou seja, sem essa relação com a terra, que é vida para os Tembé, espaço de efetivação da dignidade indígena, todo e qualquer discurso ou ação governamental fica esvaziado, como demonstra a indignação da liderança em relação à ação (ou inação) dos órgãos responsáveis pela desintrusão da terra indígena.

A dignidade Tembé, entre outras possibilidades para aquela cultura, passa pela possibilidade de retomar o modo de vida de seus antepassados, poder caçar, pescar, circular livremente por sua terra, vivenciando dessa forma a compreensão indígena de território, e não mais de terra indígena formalmente demarcada, buscando nessa relação os frutos físicos e imateriais necessários à existência de uma dignidade indígena, possibilidade essa vedada a partir das múltiplas violências verificadas naquele espaço.

Tal compreensão, do que venha a ser dignidade para os indígenas, depende, também, de um fazer etnográfico que não se atenha a registros fragmentados, fundamentado na existência no papel e na ausência de uma terceira dimensão: a da vida (MALINOWSKI, 2003).

O estudo da realidade social dos povos indígenas no Brasil, quando realizados nos termos em que foi concebida a obra *Crime e Costume na sociedade selvagem* (MALINOWSKI, 2003), permitirá a produção de conhecimento científico, que, constituído pela observação direta e participante, conseguirá compreender como funcionam as estruturas na vida real dessas sociedades.

A partir de uma antropologia interpretativa (GEERTZ, 1998), que destaca uma teoria hermenêutica dos significados que as instituições, ações, imagens, locuções, eventos, costumes têm para as sociedades que os produzem e reproduzem e suas inter-relações simbólicas, como se a vida social fosse lida como um texto dentro de um contexto determinado num tempo e espaço, será possível a sedimentação, com troca de saberes, de um conceito nativo de dignidade.

4 Sensibilidades jurídicas diferenciadas: o valor dos saberes locais

Cada povo possui uma cultura revestida de especificidades e peculiaridades que a torna única. A percepção de seus múltiplos símbolos e significados somente será possível a partir de um mergulho profundo nesse universo e do exercício de apreender esse plexo simbólico e de significados a partir da visão do outro. Todavia, essa capacidade de dialogar com outras culturas, numa relação de coordenação, encontra barreira na tendência não indígena de considerar as categorias, normas e valores da própria sociedade ou cultura como parâmetro aplicável às demais, o etnocentrismo.

Geertz (1998), por inspiração diltheiana⁴, formula proposta de interpretação antropológica centrada no significado que as insti-

4 No final do século XIX, Wilhelm Dilthey foi um dos primeiros a fazer críticas sobre a continuidade das pesquisas numa perspectiva positivista de conhecimento

tuições, ações, imagens, elocuições, eventos, costumes e todos os demais elementos presentes no contexto cultural têm para os seus integrantes, construtores desse complexo universo de significados.

Tal formulação se constituiria em autêntico antídoto aos processos etnocêntricos que buscam “explicar” realidades a partir de uma visão hegemônica e impositiva de fatos e valores.

A cultura está na mente e no coração dos homens e, mais ainda, a cultura de uma sociedade consiste no que quer que seja que alguém tem que saber ou acreditar a fim de agir de uma forma aceita pelos seus membros (GOODENOUGH apud GEERTZ, 1998).

Portanto, adentrar nesse universo simbólico é exercício interpretativo do fluxo do discurso social, que se dará não pelas regras do método, mas pela leitura dos textos culturais. As formas de organização de determinada cultura, relações de parentesco, calendários, normas, punições, hábitos ou costumes, tradições e tudo mais ali existente, podem ser lidos, na busca dos significados, pensando a cultura como texto socialmente construído e como contexto no interior do qual as ações sociais podem ser descritas e compreendidas.

Para Geertz (1998, p. 29):

A vocação essencial da Antropologia interpretativa não é responder às nossas questões mais profundas, mas colocar à disposição respostas que outros deram – apascentando outros cerneiros em outros vales – e assim incluí-las no registro de consultas sobre o que o homem falou.

Isso se faz necessário porque a história ressurgue com a cobrança, posto que, indubitavelmente, em um dado momento, torna-se necessário prestar conta das dívidas históricas. E é nesse contexto de tomadas de quitar injustiças contra os índios que, em âmbito jurídico

dos fenômenos humanos e sociais. O seu argumento e o de tantos outros pesquisadores era o de que se deveria buscar uma metodologia diferente para as ciências sociais. A sugestão era que a investigação dos problemas sociais utiliza como abordagem metodológica a hermenêutica, que se preocupa com a interpretação dos significados, levando em conta cada mensagem e suas inter-relações. Cf. DILTHEY, 1984.

e filosófico, deu-se origem a um debate sobre os direitos dos povos indígenas e de como se apresentaria a solidificação desses direitos.

O multiculturalismo e o pluralismo, respaldados por documentos legislativos importantes, colaboram para o reconhecimento de fato da cultura e organização dos povos indígenas, mesmo que o próprio Judiciário não perceba tais contribuições.

Pelas diretrizes norteadoras do multiculturalismo e do pluralismo jurídico e axiológico, com apoio das disposições constitucionais e da Convenção n. 169 da OIT, vem-se buscando conferir aos povos indígenas não só o reconhecimento de sua autonomia, mas também, mesmo que de maneira ainda modesta, a solução dos problemas existentes.

Buscar a leitura dos múltiplos textos, a partir do contexto, é empreendimento hermenêutico voltado a aceitar a diversidade, as variadas formas de organização humana, compreender que os seres humanos têm muitas maneiras de construir suas vidas no processo de vivê-las (GEERTZ, 1998).

Nessa perspectiva de compreensão, será possível ler as instituições jurídicas existentes. Contudo, tal leitura, vocacionada a um diálogo intercultural efetivo, somente possibilitará a apreensão da carga simbólica e o sentido da regulação social ali existente se o intérprete, de fato, estiver disposto a buscar o olhar nativo, sem a tentativa de engavetar o texto lido num contexto alienígena àquela realidade vivenciada.

Considerando o Direito como uma forma de ver o mundo, semelhante à ciência, à religião, à ideologia ou à arte, esse processo hermenêutico conceberá qualquer sistema jurídico como forma particular de imaginar a realidade no conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam.

Segundo Geertz (1998), o Direito seria um saber local; local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e à variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica.

Ao analisar a estrutura lógico-normativa de um sistema, confrontando-se o *é* com o *dever ser*, a constatação da realidade concreta com a previsão legal, teremos múltiplas respostas, formas diferentes de solução para a turbacão da ordem jurídica, alinhadas à tradiçãõ em que verificadas. Tais respostas, de tal sorte variadas e diferentes, exigem reformulaçãõ total da questãõ posta.

A perspectiva comparativa e hermenêutica estabelecerá uma relaçãõ entre o intérprete e os diversos sistemas jurídicos, voltada, necessariamente, à revisãõ das concepções correntes do Direito que tendem a aprisionar as análises nas *taxinomias institucionais*.

A revisãõ ou libertaçãõ das amarras taxinômicas acontece a partir de um diálogo entre Direito e Antropologia, cuja análise central será a busca do equilíbrio entre: o Direito como uma estrutura de ideias normativas e o Direito como um conjunto de procedimentos para tomar decisões; entre sensibilidades latentes e casos imediatos; entre tradições legais como sistemas autônomos e tradições legais como ideologias rivais; e, finalmente, entre o imaginar limitado do saber local e o imaginar gigantesco com intenções cosmopolitas (GEERTZ, 1998).

Desse movimento dialético, será possível constatar a existênciã de mundos morais diferentes, com sensibilidades jurídicas diferenciadas, nos quais os fatos, por meio de representações, sãõ estruturados em formas mais amplas de significações e sustentados por um saber local.

O despertar dessas sensibilidades jurídicas diferenciadas deve acontecer sob o influxo de um olhar, além de nativo, pós-positivista, direcionado à ruptura definitiva com um paradigma positivista, voltado ao enquadramento dos fatos a uma moldura geral, que desconhece a realidade concreta e se recusa a conceber o Direito, também, como imaginaçãõ social.

As influênciãs dessa forma de compreender o Direito se fazem presentes no sistema jurídico nacional. O voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, ao apreciar a Açãõ

Direta de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, revela tal percepção ao afirmar: “o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País”⁵.

A busca pela legitimação de um direito indígena volta-se à não desconsideração do outro como possibilidade de diálogo, ao respeito e à compreensão dos princípios constitucionais, canais de comunicação entre o sistema de valores e o mundo real, que, assegurando aos indígenas a preservação de seus modos viventes, orienta o sistema jurídico nacional a não desconsiderar as formas de regulação existentes nesses contextos culturais, sob pena de relegar ao vazio as garantias constitucionais dos povos indígenas, retirando a eficácia de suas previsões.

5 Direito(s) no plural

5.1 Da “obrigação” de visão plural no Direito; da “necessidade” de visão plural no Direito— usar do pluralismo é imperioso

Um dos pilares do capitalismo ocidental é a observância no monismo jurídico, ou seja, a visão de que cabe somente ao Estado a produção do Direito. Wolkmer (2001), nesse sentido, expõe que o fenômeno jurídico oriundo da cultura ocidental, a partir do século XVII e XVIII, satisfará a visão de mundo majoritária no cerne da formação social burguesa, do modo capitalista, do liberalismo individualista, da centralização política, por meio da figura de um Estado Nacional Soberano.

Desse modo, ao produzir análise sob a perspectiva multicultural, verifica-se que os argumentos que respaldam multiculturalismo, o pluralismo jurídico e axiológico e de resgate de propostas comunitárias e participativas confrontam com a perspectiva monista-liberal-individualista há séculos arraigada na cultura ocidental.

5 Disponível em : <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

Destarte, no que se refere mais designadamente à produção do Direito, constatar um *Estado multinacional* requer uma maior reflexão sobre a questão jurídica, sobremaneira em relação à produção e aplicabilidade deste novo Estado.

Sob o âmbito de negação da alteridade, o projeto de legalidade que acaba se impondo é aquele criado, validado e aplicado pelo próprio Estado, centralizado no exercício de sua soberania nacional, entretanto, esta forma de Estado, fadada ao declínio, acabou por denunciar sua própria ineficiência, tornando essencial acolher os novos sujeitos insertos no plano social. Tal panorama proporciona o surgimento do pluralismo.

A crítica pluralista respalda-se na necessidade de extrair a constituição da normatividade não somente dos processos legislativo e jurisdicional do Estado, mas, essencialmente, extrair conteúdo e forma do fato jurídico diante da informalidade de ações concretas da coletividade, conjecturados pela identidade e autonomia de interesses da comunidade, num dado ambiente político, sem qualquer implicação quanto aos rituais formais de institucionalização.

Dessa forma, o que se evidencia é que, em um âmbito descentralizado, caracterizado por um pluralismo de interesses e pela concretização das necessidades humanas, a juridicidade surgirá das distintas formas de agir das múltiplas comunidades.

O discurso da igualdade e da cidadania, que respaldam o Direito moderno, anula as diferenças étnicas e culturais. Pois, embutida na prática está a tentativa de igualar aqueles que, por sua própria essência, são distintos, gerando, muita das vezes, a perda ou a destruição da identidade de muitos povos, prática que incide no tratamento dispensado aos povos indígenas.

É diante desse contexto que insurge a necessidade de refletir sobre o Direito. Assim, o pluralismo, entendido como a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, que envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos

heterogêneos que não se reduzem entre si, surge como um referencial indispensável para pautar uma análise da dinâmica das *minorias nacionais, como os povos indígenas*, dentro dos chamados *Estados multinacionais*. Em termos mais específicos, o direito dos povos indígenas só pode ser pensado em uma perspectiva pluralista.

6 Direito(s) indígena(s)

Quando o assunto refere-se aos direitos indígenas, a doutrina nacional – carente de produção acerca da temática – ao tratar a questão, por via de regra, faz a abordagem sob a perspectiva de problema, o que traça uma pré-compreensão equivocada, tendente a não recepcionar algo que pode ser perceptível à luz de sensibilidade jurídica diferenciada, necessária à concretização da dignidade e igualdade aos povos indígenas e que verdadeiramente não se trata de problema, mas de solução.

Darcy Ribeiro, no livro *Os Índios e a Civilização*, em várias passagens descreve o tema como problema. Sem dúvida que o objetivo do autor – um clássico da Antropologia – não foi o de estigmatizar os povos indígenas analisando o quadro do contato com a sociedade não indígena e os reflexos da interação com um direito nativo como se fosse um “problema”. Em realidade, o escopo da obra é o de chamar a atenção para as especificidades existentes nesses contextos culturais diferenciados, as quais devem ser levadas em consideração quando da ocorrência das fricções interétnicas (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1976).

De acordo com Cardoso de Oliveira (1976), existem quatro tipos de sistemas interétnicos, tomando-se e combinando-se dois pares de variáveis: a “simetria” e “assimetria” dessas relações e o envolvimento nessas relações de grupos “tribais” entre si e desses grupos com a sociedade global envolvente. Nas simétricas “intertribais” constar-se-ia a existência de relações igualitárias, nas quais as unidades societárias em contato mantêm relações sem qualquer supremacia sistemática de uma em relação a outra, já nas assimétricas “intertribais”, haveria relações de hierarquia, uma vez que os grupos indígenas em contato estariam hierarquicamente justapostos.

Quando do sistema interétnico assimétrico, a ordem se funda numa relação radicalmente diversa da constatada no sistema “intertribal”. Essas relações se dariam entre os povos indígenas e segmentos regionais da sociedade nacional, investidos esses últimos de grande poder de determinação na dinâmica do sistema, por força de seu maior poder bélico e econômico. O sistema é rigorosamente assimétrico, não sendo, porém, explicável por um modelo hierárquico, como nas relações “intertribais”, mas por um modelo de fricção interétnica, termo que serve para enfatizar o caráter conflituoso das relações interétnicas, moldadas por uma estrutura de sujeição–dominação, significando que as unidades étnicas em contato, indígenas e não indígenas, guardam relações de contradição no sentido de que a própria existência de uma unidade nega a existência da outra por inconciliáveis que são suas posições no interior do sistema interétnico (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1976).

Por fim, o autor constata que o sistema interétnico baseado em relações igualitárias, despojado de qualquer fricção interétnica, não se manifesta concretamente, não sendo possível a sua constatação empírica, revestindo-se tão somente de uma possibilidade teórica.

A intenção de Darcy Ribeiro fica clara após descrever a interação das duas sociedades como problema representado pelas abordagens que dele são feitas, quais sejam, a etnocêntrica, a romântica e a absentéista. Ribeiro (2004, p. 67) afirma: “[o] dogmatismo etnocêntrico da primeira corrente e o absentéismo da última levam à concepção de que não existe um problema específico a exigir tratamento especializado”.

Reside, portanto, o cuidado necessário em adentrar no debate acerca do direito indígena, não apreendendo de forma distorcida as lições de Darcy Ribeiro, traduzindo a ideia central de sua obra como se a existência de regulação social nas sociedades indígenas fosse um problema. Tampouco, em se afastando essa perspectiva, negar as mais variadas problemáticas verificadas concretamente no cotidiano dos povos indígenas do Brasil; a abordagem nesse viés pretende que o “problema” passe a ser percebido como conflito, uma vez que inerente às relações humanas, sejam essas relações interétnicas ou não.

7 Os direitos dos povos indígenas

Atualmente, é fato o entendimento de que a fenomenologia jurídica não se exauriu em textos legais. Apesar do contexto que prima pela unicidade, pelo poder estatal, pelo legalismo exacerbado e pelo monismo – todas as características essenciais do Direito moderno –, este modelo passa, indubitavelmente, por um período crítico. Parte da situação crítica é vivida em face do crescente processo de reivindicação de novos sujeitos coletivos, bem como pelo multiculturalismo ter-se tornado fato. É inegável, portanto, que se abriu um terreno à crítica, como também para o reconhecimento do fenômeno pelo Direito estatal.

Não há dúvida, portanto, de que, além de todo arcabouço jurídico do Estado, este não é a única instância legislativa, posto que, paralela e concorrentemente, existem inúmeras instâncias legislativas e jurisdicionais.

Quando vem à baila a questão dos direitos dos povos indígenas, deve-se partir da premissa de que *os povos indígenas possuem direito a ter direitos*. Para tanto, é necessário reconhecer que tais povos são sociedades complexas e autossuficientes, com organizações sociais, culturais, crenças, tradições, princípios éticos, valores e direito próprios.

Apesar disso, o homem ocidental, imerso em uma cultura “branca”, não admite a existência de valores e culturas paralelos, vendo-os sempre como uma “cultura subordinada”, como se coubesse aos índios somente direitos menores. Ter uma compreensão correta acerca dos direitos dos indígenas requer, essencialmente, a derrocada do argumento colonizador e, sob certa ótica, desumano, o que perpassa, incontestavelmente, pela seara do Direito, tendo em vista que é no âmbito do poder regular, seja na esfera legal, seja na práxis social, que se manifesta o direito de um povo à autodeterminação, o que requer o reconhecimento da validade deste direito, mesmo que paralelo ao direito tido como oficial.

Diante disso, entende-se que uma visão pluralista é modal à concepção dos direitos dos indígenas.

A discussão dos direitos indígenas como problema traz consigo uma carga semântica preconceituosa tendente a impedir abordagem do tema como de Direito Constitucional ou infraconstitucional. O tratamento sob o título de “questão indígena” revela de igual sorte a desfocada abordagem, compreendendo-o como problema estrutural do Estado brasileiro a ser ou não resolvido. Os problemas da sociedade moderna, em face do nível de complexidade de suas formas de organização, são insolúveis, a busca deverá ser por mitigar os extremos de relações centradas no paradigma sujeição-dominação por meio de políticas públicas que reconheçam a existência da assimetria e busquem o foco da concretização do que hoje é mera construção teórica: relações simétricas igualitárias.

Portanto, o tratamento a ser dispensado ao tema direitos indígenas, definitivamente, não deverá ser o de um problema, mas tão somente como tema do Direito, e só por isso merece ser objeto de observação do jurista nessa condição, passível de construção teórico-doutrinária e jurisprudencial (SILVA, P., 2006).

Os conflitos cuja gênese é verificada no interior de um sistema normativo indígena são conflitos do Direito nacional, assim como todo o material jurídico construído sobre as bases de todos os temas do Direito. Os direitos indígenas, sendo um desses temas e ao autoconstruir-se, permite, de igual efeito, contribuir para a formação do arcabouço jurídico existente no país e no mundo (SILVA, P., 2006).

Marcelo Osco Fernández, em sua obra *La ley del ayllu: práctica de jach'a y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) em comunidades aymaras* (2000), formula construção teórica que demonstra ser o tema direitos indígenas não circunscrito apenas às tradições e aos costumes⁶, mas à constatação de um sistema jurídico construído historicamente, a funcionar paralelo ao Direito positivo estatal.

6 Em que pese o costume ser reconhecido como fonte do Direito, em nossa tradição civilista, o entendimento da existência tão somente de costumes, transmitida de forma “imprecisa”, tende a fragilizar a constatação de um sistema jurídico próprio e vigente, traduzindo o direito indígena como adequado e necessário às relações e preservação da identidade de determinado contexto cultural diferenciado.

A utilização do método *quip nayara* (ver o passado e o presente como um todo integrado), permite, por meio da busca das origens históricas dos povos indígenas, encontrar a legitimidade do sistema. Nas memórias do *incanato*, Fernández (2000) encontra no século XVI o conhecimento das leis por meio dos dedos das mãos, sendo que à mão direita relacionavam-se os delitos punidos com morte: desobediência, mentira, roubo, preguiça e fornicação. Aos dedos da mão esquerda, as permissões, recomendações de: virtude, instrução, moderação, aconselhamento, verdade e justiça. O Estado Inca, objeto da análise do autor, entendia a maioria dos delitos como sendo de ordem pública, com alto grau de especialização das autoridades incumbidas de aplicar as sanções e um máximo de apelação para casos não resolvidos. Os procedimentos judiciais eram realizados publicamente como forma de busca da verdade.

O corpo legislativo dos incas encontrava-se registrado nos *q'ipus*, nos quais, mediante a coloração de fios e forma de nós era possível apreender a gravidade do delito e a pena a ser aplicada. A filosofia da justiça Inca baseava-se no castigo corporal e moral que compreendia tal tipo de sanção mais eficaz do que penas pecuniárias ou confisco de bens.

Nos julgamentos, havia a aferição da culpa, havendo por parte do autor do delito o reconhecimento de sua culpabilidade. Tal fato era sopesado como atenuante para fins de aplicação da pena. Em casos de maior gravidade, formava-se um tribunal com doze índios que tinham a missão de solucionar o conflito por meio da aplicação dos códigos; se a dificuldade do caso era extrema, consultavam os espíritos dos antepassados através de oferendas a se configurarem como práticas rituais jurídicas. As sanções de maior peso depois da pena de morte eram o desterro e o apedrejamento, bem como a reprimenda pública nos casos de desobediência.

Os crimes sexuais mais graves eram sancionados com a pena de morte extensiva aos seus descendentes, sem chance de apelação ou recurso. Eram considerados também como delitos graves a beberdeira e a utilização de coca, bem como a caça de animais proibidos.

Diferentemente do que ocorre na atualidade, as castas mais altas eram punidas com rigor elevado, pressupondo-se que deveriam dar o exemplo às demais. Durante o *incanato* houve o predomínio do Direito Penal como forma de definir o próprio Estado e manter a ordem social, uma vez que todas as práticas antijurídicas pesquisadas por Marcelo Osco Fernández eram contrárias ao bem jurídico estatal, refletindo o autor que o Direito Civil, provavelmente, era de domínio das unidades familiares.

Com o advento da conquista espanhola, surge um novo tempo para os Incas, sustentado nas ideias do catolicismo e no pensamento europeu que se definia como raça superior, legitimando a violência física e cultural que, mediante uma imposição hegemônica, instituiu sistematicamente e ausente de legitimidade seus modos de regulação social e com isso eclodindo para os povos indígenas toda a sorte de preconceito.

O método *quip nayara* é aplicável a qualquer realidade indígena, visualizar o passado e presente como um todo integrado é a forma adequada para o operador do Direito, indígena ou não, encontrar a fonte legítima de um Direito nativo. Como os contextos culturais são diversos e específicos, os registros, os códigos, a formulação desse sistema normativo será, da mesma forma, específico e aplicável àquela realidade onde construído.

O papel da Antropologia revela-se essencial a uma formulação que reconheça um sistema jurídico indígena, no dizer de Geertz: *estabelecer diálogos, esgarçar fronteiras*, possibilitando a percepção e um estudo comparativo das técnicas antropológicas e jurídicas, num ir e vir hermenêutico que apreenda as questões relevantes para ambos, os pontos de contato, impregnando costumes sociais com significados jurídicos e corrigindo raciocínios jurídicos por meio de descobertas antropológicas.

Não se trata, portanto, de criar ou inovar o Direito, mas apenas reconhecer e dialogar com o que já existe, estruturado e organizado. O mergulho no passado apresentado por Fernández (2000) encontra fontes e sistemas que talvez não sejam válidos para os Tembé ou

outros povos indígenas da Amazônia, mas demonstra essa possibilidade de análise e aferição de fatos e normas que necessitam ser visualizados por meio de uma sensibilidade jurídica diferenciada.

Os laudos antropológicos aparecem nesse cenário como ferramenta passível de utilização na perspectiva de estabelecer esse diálogo. Trazendo a discussão ao contexto amazônico, o Laudo *De vítimas a indiciados, um processo de ponta-cabeça: Suruí Aikewára versus Divino Eterno* (BELTRÃO, MASTOP-LIMA; MOREIRA, 2008) demonstra, alinhado ao método *quip nayara*, a existência de significados próprios que, se não levados em consideração, transformariam vítimas em indiciados.

O conflito descrito no laudo tem como ponto central os reflexos deletérios da construção de uma rodovia atravessando a terra indígena dos Suruí Aikewára, localizados no sudeste do Pará. Como forma de chamar atenção para a ausência do Estado na região e de todas as consequências advindas do quadro, os indígenas utilizam o recurso de *entupedinir* (obstruir) a rodovia. Em uma dessas manifestações, motivada pelo despejo de um cadáver na terra indígena, um caminhoneiro de nome Divino Eterno furou o bloqueio e atirou o veículo sobre os jovens Suruí que guarneciam a obstrução da rodovia à entrada da aldeia. Como consequência do ato e em face da inércia estatal, os Suruí retiveram o agressor e uma mulher que o acompanhava. A partir da intervenção da FUNAI e à revelia dos Suruí, todos foram liberados.

Contudo, ao final do imbróglio, Divino Eterno dirigiu-se a uma delegacia de polícia em São Geraldo do Araguaia e registrou ocorrência contra três Suruí Aikewára, sendo instaurado inquérito policial para apurar os fatos narrados pelo caminhoneiro.

O papel do laudo na situação descrita é essencial à compreensão dos fatos ocorridos na terra indígena, pois um olhar apressado e dissociado daquele contexto cultural poderia concluir de forma diferente dos agentes políticos envolvidos no caso, uma vez que arquivado o inquérito policial. Alguns elementos despontam como

forma de buscar essa sensibilidade jurídica articulada a um saber local: as crença e os valores Aikewára que traduzem o significado que um corpo em decomposição tem para aquela cultura e seus reflexos, inclusive econômicos, somente apreensível pelo conhecimento/entendimento daquela cosmologia:

para os Suruí Aikewára, um corpo em decomposição é algo impuro. Impuros também e impróprios ao consumo ficam os animais que desse corpo se alimentam, pois, se eles consumirem esses animais, ficarão doentes. Procurando evitar as doenças, o lugar onde foi jogado o corpo do kamará, encontrado em 16 de março de 2003, passou a ser interditado para a prática das atividades tradicionais dos Suruí.

Isso é prejudicial para os Suruí tanto cultural como economicamente, uma vez que ali se situam as colocações de castanha de algumas famílias, um dos principais produtos comercializados pelos índios. Além do que, o lugar é uma das referências para a pesca, pois reúne algumas quotas dos escassos recursos hídricos que a eles restou depois da demarcação da Área Indígena Sororó (BELTRÃO; MASTOP-LIMA; MOREIRA, 2008, p. 238).

O passado se apresenta nesse diálogo intercultural como fonte viva de um Direito nativo, perceptível por uma memória que pode e deve orientar o raciocínio jurídico do caso em análise:

a memória Suruí Aikewára serve de guia, oferece rumo, direção aos membros da sociedade, é o lastro da cultura Aikewára. Ao referirem as situações sociais em que se verificam ameaças ao seu modo de vida e morte de seus membros, trazem à cena a degradação dos recursos ambientais que provocam profundas alterações na estrutura das relações sociais estabelecidas dentro da aldeia e na “rua”, fora da aldeia. A construção social de seu passado é uma forma de avaliar e elaborar as novas situações que são obrigados a enfrentar (BELTRÃO; MASTOP-LIMA; MOREIRA, 2008, p. 239).

Por fim, a análise formulada no texto do Laudo Antropológico (BELTRÃO; MASTOP-LIMA; MOREIRA, 2008), no que se refere ao pluralismo jurídico em nossa realidade nacional, dada a eloquência vernacular, merece transcrição literal:

Independente da importância do Direito positivo para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Brasil, o mesmo não contempla as diferenças étnico-culturais existentes no país, e, particularmente, no Estado do Pará, pois, em suas premissas universais, subjazem projeções de uma perspectiva homogeneizante, induzindo-se a imaginar que há no cenário nacional mais homogeneidade do que realmente existe, ao converter diferentes visões de mundo em unidade conceitual. Negligenciando, portanto, o saber local. Admite-se a existência e os direitos de diferentes grupos, mas na prática o pluralismo não se faz presente (BELTRÃO; MASTOP-LIMA; MOREIRA, 2008, p. 242).

Na discussão acerca de um direito indígena, enquanto ramo do Direito, existem termos que são chaves à compreensão. O pluralismo é um desses termos, que, dada a multiplicidade de enfoques, demanda análise e esclarecimento sobre a abordagem adequada ao que se pretende enquanto formulação teórica.

Por vezes, o termo pluralismo é utilizado como antítese ao fundamentalismo. Noutra perspectiva, significa a possibilidade de existência de associações organizadas pelos indivíduos, com independência do Estado e das demais associações e participantes de tomada de decisões políticas, o pluralismo político (MAUÉS, 1999). Há, ainda, o pluralismo de ideias, consignado no texto constitucional (art. 206) determinando a obrigatoriedade de um ensino com base na diversidade cultural.

Por vezes, o pluralismo jurídico é compreendido como a existência simultânea de regras diferentes dentro de uma mesma ordem jurídica (BELLEY, 1999). Todavia, a teoria acerca de um pluralismo jurídico que melhor poderá ser utilizada numa abordagem de direito indígena é a que defende a correspondência de sistemas jurídicos múltiplos compostos à pluralidade dos grupos sociais existentes, sendo o indivíduo um ator do pluralismo jurídico na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas a essas redes sociais jurídicas (ROULAND, 1999).

O pluralismo jurídico significa a existência concomitante de ordens jurídicas distintas, que, por sua própria dinâmica, não podem ser apreendidas por um único código estatal.

8 Conclusões

Concepções pluralistas e multiculturais são fundamentais à compreensão dos direitos dos povos indígenas. Além disso, só é possível compreender os direitos dos povos indígenas ao reconhecimento de suas culturas a partir do instante em que o homem passar a ter uma visão plural e multicultural. Para tanto, pode-se partir da premissa de que, uma sociedade diversa, como é o caso do Brasil, a ela não pode corresponder um único direito.

Dessa maneira, é inegável o entendimento e a certeza de que os Tembé possuem o direito de preservar e manter seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Destarte, a busca pelos direitos dos povos indígenas Tembé se respalda não somente nos próprios dispositivos constitucionais, mas, principalmente, na premissa básica que sustenta o direito de ser diferente: o direito à igualdade no tratamento, o direito a ter direitos, mesmo que estes partam de prismas e concepções distintas. Nesse sentido, entende-se como correto o direito de uma comunidade ser autônoma, ter sua cultura, organização social, crenças, tradições e costumes reconhecidos sem que se garanta conjuntamente o poder de regular suas relações por meio do Direito, pois, se assim for, não há como existir autonomia com imposição de uma concepção valorativa. Estas são, de fato, incongruentes.

É suficiente um olhar para perceber que a legislação ganha ares de insignificância diante dos conflitos frutos dos problemas étnicos. Mas, a partir dos dispositivos legais já existentes, da atuação de órgãos como o Ministério Público Federal, o quadro vem-se alternando, embasado por período de maior progresso nas legisla-

ções nacionais e internacionais no que tange ao reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos indígenas.

Erradicar, portanto, toda e qualquer forma de discriminação contra os povos indígenas significa, no dizer de Marcos Terena (2008), possibilitar, por meio de uma (re)construção do sistema jurídico nacional, que os indígenas sejam iguais sem deixar de ser diferentes.

Referências

ARNAUD, Expedito. O direito indígena e a ocupação territorial: o caso dos índios Tembé do alto Guamá (Pará). *Revista de Antropologia* 27/28, São Paulo, p. 327-342, 1984.

BARTH, Fredrik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.

BELLEY, Jean-Guy. Pluralismo jurídico. In: ARNAUD, André-Jean (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 585-589.

BELTRÃO, Jane Felipe; MASTOP-LIMA, Luiza de Nazaré; MOREIRA, Hélio Luiz Fonseca. De agredidos a indiciados, um processo de ponta-cabeça: Suruí-Aikewára Versus Divino Eterno – Laudo Antropológico. *Espaço Ameríndio*, n. 2, v. 2, p. 194-258, 2008. Disponível em: <<http://www.espaçoamerindio.ufrgs.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *Urbanismo e tribalismo: a integração dos índios terêna numa sociedade de classes*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

_____. *O Índio e o mundo dos brancos*. São Paulo: Pioneira, 1972a.

_____. *A sociologia do Brasil indígena (ensaios)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972b.

_____. *Do índio ao bugre. O processo de assimilação dos Terêna*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976a.

_____. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Pioneira, 1976b.

_____. *Os diários e suas margens*. Brasília: MINC/UnB, 2002.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Violência contra os povos indígenas no Brasil – 2006/2007*. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

CUNHA, Maria Manuela Ligeti Carneiro da. *Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

_____. O futuro da questão indígena. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 8, n. 20, p. 121-136, jan./abr. 1994.

DILTHEY, Wilhelm. *Essência da filosofia*. Lisboa: Presença, 1984.

FERNÁNDEZ, Marcelo O. *La ley del ayllu: prática de jach'a y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) em comunidades aymaras*. La Paz: Fundacion PIEB, 2000.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios de antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1998.

———. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GOMES, Mércio Pereira. *O índio na história: o povo tenetehara em busca da liberdade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos indígenas e a lei dos "brancos": o direito à diferença*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/index.htm>>.

HEGEL, G. *A fenomenologia do espírito*. Petrópolis: Vozes, 1999.

HURLEY, J. *Nos sertões do Gurupí*. Belém: Oficinas Graphicas do Instituto Lauro Sodré, 1928.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Os pensadores – Kant (II)*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LIMA, Roberto Kant (Org.). *Antropologia e direitos humanos*. 2. ed. Niterói: UFF/ABA, 2003.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/index.htm>>.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno do tema central. In: SARLET, Ingo W. (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-87.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/index.htm>>.

POVOS Indígenas. Direitos – Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/mpf.shtm>>. Acesso em: 2 jul. 2008.

RABENHORST, Eduardo R. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

_____. *Diários índios. Os urubus-kaapor*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (Org.). *Povos indígenas no Brasil: 2001/2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

ROULAND, Norbert. Pluralismo jurídico (teoria antropológica). In: ARNAUD, André-Jean (Ed.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 589-590.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. *Revista ANPR on-line*, n. 2, jul./out. 2006. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Pelas mãos de Alice*. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista. *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, n. 84, 1985.

TERENA, Marcos. *Promoção dos direitos indígenas: Brasil – 500 anos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

Racismo ambiental e justiça social¹

Priscila Ferraresi

Advogada e consultora jurídica ambiental. Ex-gerente jurídica da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural da Procuradoria-Geral da República. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e Faculdades Integradas do Brasil (ESMAFE/UniBrasil) e em Ciência Jurídica pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina e Universidade do Contestado (ESMESC/UNC). Bacharel em Direito pela PUC-PR.

Resumo: O artigo descortina fragmentos do ideário da dignidade humana em sua dimensão ecológica, transitando pelas liberdades proporcionadas a reboque mediante a proteção do meio ambiente. O crescimento econômico experimentado nos dias atuais e, bem assim, a melhora das condições de vida e bem-estar ocorreram à custa do meio ambiente, por meio de seu uso muitas vezes indevido e insustentável, causando, por via de consequência, a degradação ambiental e até o empobrecimento de certas populações. O instrumental subjacente à proteção do meio ambiente deita suas raízes na importância capital do direito a condições dignas de existência do ser humano, porquanto a incômoda existência de sociedades privadas de direitos básicos de sobrevivência e qualidade de vida, culminando no fenômeno conhecido como racismo ambiental. O desígnio basal do trabalho é demonstrar como a referida teoria traduz-se em aporte à dignidade mediante o desenvolvimento sustentável, congregando também a governança ambiental para a justiça social e possibilitando, assim, o alcance de um verdadeiro Estado de Direito Socioambiental.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Dignidade humana. Direitos fundamentais. Racismo ambiental. Sociedade contemporânea.

1 Artigo assente na obra de FERRARESI (2012, p.166-174)

Abstract: The present paper reveals fragments of the ideal of human dignity in an environmental perspective, transiting over the freedoms assured when protecting the environment. The economic growth experienced nowadays, as well as the upgrading of living standards and human welfare, occurred at the expense of the environment. It should be emphasized that its use is time and again inappropriate and unsustainable, and it shall cause, consequently, environmental degradation and also, even the impoverishment of certain communities. Therefore, it shall approach the instruments that underlie the protection of the environment that are entrenched in the importance of the right to a decent human existence, and the basic rights of survival and quality of life, culminating in the phenomenon known as environmental racism. Furthermore, the study's baseline is to show how this theory outlines human dignity through sustainable development, also bringing environmental governance together with social justice, and enabling, hence, the possibility of a genuine Social-environmental rule of law.

Keywords: Sustainable development. Human dignity. Fundamental rights. Environmental racism. Contemporary society.

Sumário: 1 Introdução. 2 A governança global para um diálogo com a justiça socioambiental: a ética planetária. 3 A problemática do racismo ambiental: promover a justiça ambiental para realizar a dignidade humana. 4 Notas conclusivas.

1 Introdução

“Longe de ser um fardo, o desenvolvimento sustentável é uma oportunidade excepcional – em termos econômicos, para construir mercados e criar empregos; socialmente, para retirar as pessoas das margens, e politicamente, para dar a cada homem e mulher uma voz e uma escolha, ao decidir seu próprio futuro”² (Kofi Annan, ex-secretário-geral das Nações Unidas, tradução livre).

² No original: “Far from being a burden, sustainable development is an exceptional opportunity – economically, to build markets and create jobs; socially, to bring people in from the margins; and politically, to give every man and woman a voice, and a choice, in deciding their own future”.

Permanecendo na retórica do desenvolvimento sustentável acima delineada, percebe-se o porvir de uma nova ordem jurídica ambiental, em que a dignidade humana é vista através das lentes da nova consciência ecológica.

Arquitetado sobre estruturas holísticas de pensamento, o Estado Socioambiental de Direito, ao romper com o paradigma tradicional individual-utilitarista, revela, entre suas interfaces, a preocupação com a vida de forma sistêmica, e, dessa maneira, atribui importância a cada um dos seres vivos.

Pela conjugação dos traços selecionados, resta evidente o abandono de concepções tradicionais do meio ambiente, superando interpretações estanques do fenômeno da vida e, assim, atribuindo ampla vitalidade ao caminho para o desenvolvimento sustentável.

Em meio à crise socioambiental do presente tempo, é nesses moldes, portanto, que o conceito de racismo é aqui examinado, perpassando pelas transformações nos parâmetros de bem-estar e qualidade de vida a partir de novas concepções culturais.

Essa verdadeira transformação cultural tomou lugar quando a sociedade deparou-se com um crescimento populacional jamais antes vivenciado, e, ao trabalhar com esta nova realidade, é preciso que alternativas sustentáveis sejam adotadas a fim de permitir a manutenção da vida no planeta.

No quadrante do desenvolvimento sustentável, cinge-se a eloquente função da governança ambiental, compondo as necessidades genuínas das sociedades humanas e permitindo que estas avancem num trabalho conjunto de toda a humanidade.

Contempla-se, nessa toada, o fenômeno do racismo ambiental, quando medidas mínimas de proteção dos ecossistemas e as marchas impressas pelo consumismo polarizado maculam o conteúdo da dignidade humana.

Ao cabo das explanações arrazoadas, veste-se da definição de desenvolvimento como o fenômeno em que o elemento social deve conduzir o progresso, observando os limites impostos pelo ele-

mento ambiental, e enquadrar o elemento econômico como simples meio para o alcance do desenvolvimento.

2 A governança global para um diálogo com a justiça socioambiental: a ética planetária

Assegurar a observância dos direitos fundamentais é concretizar a chamada justiça constitucional. Mormente no campo dos direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente, a atuação do Judiciário tem efetivamente realizado os ideais constitucionais democráticos.

Resta evidente que, ao fazermos alusão à expressão justiça constitucional, quando se busca o seu pleno significado, é comum fazermos também referência à igualdade, sendo esta igualmente a razão pela qual se pretende justificar a existência de diferenças materiais entre os indivíduos.

Nesse contexto, o que se propõe é estabelecer a governança ambiental como instrumento jurídico, além de institucional, como forma de concretizar os direitos fundamentais em face da dinâmica da sociedade. O Judiciário, localizado próximo ao indivíduo, poderia de forma mais efetiva garantir, no caso concreto, a então realização dos direitos constitucionais.

Segundo Barboza (2005, p. 175),

[...] a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais sociais consiste no fato de que só se poderá falar em democracia fundada em igualdade material quando os cidadãos tiverem seus direitos sociais mínimos garantidos, que lhes possibilitem o exercício de seus direitos políticos de forma plena e verdadeiramente democrática. E em uma Constituição democrática como a brasileira, o papel da jurisdição constitucional é o de proteger as minorias, enquanto grupos vulneráveis, e de lhes assegurar a realização de seus direitos fundamentais.

Entende-se que governança compreende a maneira pela qual toda uma sociedade, deve-se dizer, indivíduos e instituições, administram seus dilemas.

É de se ressaltar que, para a proteção aos recursos naturais, é necessário mais que a tutela jurídica e a atuação do Poder Público. São essenciais, indubitavelmente, além da política ambiental, a iniciativa e a cooperação do cidadão para assegurar esta proteção.

A propósito, o envolvimento popular na tutela do ambiente extrapola a mera feição de componente necessário e vem a ostentar a condição de verdadeiro direito dos seres humanos.

Esse direito faz emergir o princípio da participação comunitária, agasalhado pela nova ordem jurídica socioambiental.

Nessa linha de raciocínio, deve-se entender a governança ambiental como um conjugado de normas e procedimentos realizados tanto pelo Estado como por toda a sociedade, realizando políticas ambientais, participando dos processos decisórios, e, parte eloquente desta função, promover a proteção ambiental pela racionalidade ecológica, não estando restritas essas tarefas ao ente estatal.

Compreende-se que o processo decisório surge da soberania popular, e a sua posterior aplicação dar-se-ia pelo Poder Judiciário, tanto pelo controle de constitucionalidade como agindo em casos de omissão do poder legiferante.

Para a concretização dos direitos fundamentais, a realização de uma justiça ambiental constitucional conjugada à governança ambiental cristaliza a democracia participativa quando se refere à sensibilização da coletividade sobre questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

O que se pretende dizer é que a relativização desses direitos fundamentais é necessária até mesmo para que todos possam coexistir, tendo em vista ser comum a ocorrência de conflitos entre eles.

Tomando-se o exemplo do conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvi-

mento econômico, qual deveria ser posto em uma escala preferencial, em uma situação conflitante?

É neste momento que a intervenção do Poder Judiciário³ mostra-se absolutamente necessária, imediatamente quando, em face do caso concreto, a busca pela plenitude dos direitos fundamentais dos cidadãos é o que se intenciona alcançar, e, ainda, sem relativizar as características democráticas no processo, visto que o próprio indivíduo julga importante recorrer ao Judiciário para que este defina, realizando a justiça constitucional, o modo a se garantir o bem da vida, que, neste caso, é o bem ambiental.

Diante da situação posta, a flexibilização de direitos fundamentais possibilitará o exercício destes em harmonia visando ao bem maior, a vida humana.

Assim, a preservação do meio ambiente será resposta da ação humana e, conseqüentemente, será o próprio homem o beneficiário direto por suas atitudes, garantindo seu bem-estar ao preservar a capacidade funcional da natureza, não obstante a inteligência do valor intrínseco do meio ambiente.

Veja-se, seria uma solução justa impedir que as populações que vivem da exploração dos recursos naturais experimentassem o desenvolvimento econômico, impondo a elas a obrigação de conservar intocáveis esses recursos? Nada mais coerente que preparar essas populações para um desenvolvimento de caráter sustentável, obtido por meio de técnicas corretas de exploração e manejo dos recursos naturais, tendo em vista que o entendimento da dignidade humana remete a padrões mínimos de conforto.

3 No que tange à legitimidade constitucional da governança ambiental na esfera judicial: “a atribuição legal de tarefas à Administração, de competências aos seus órgãos, de uma discricionariedade para agir e definir no concreto uma política ambiental, permite ao Estado exercer juridicamente a sua função de governança, nos limites e sob a orientação dos direitos fundamentais e no quadro dos princípios jurídicos, sujeita ao controle dos tribunais. Com o que a governança se assume como realização do direito, reinventando o Estado e o seu poder” (GARCIA, 2007, p. 494, apud SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 98).

É fundamental a conscientização da humanidade quanto às consequências do mau uso dos recursos naturais e do agravamento das questões sociais. Para a preservação do bem-estar humano, proporcionada pelo uso dos recursos naturais, torna-se imprescindível a aplicação conjunta de medidas que contribuam para a busca de atividades extrativistas sustentáveis.

Beck (2002) faz o alerta sobre a possibilidade de destruição de toda a vida no planeta pelo modo como as decisões são tomadas. Sintetiza, pois, afirmando que a sociedade do risco residual converteu-se em uma sociedade não segura, tendo em vista que a proteção torna-se delgada à medida que aumenta o perigo. Consoante entendimento do autor,

a transformação das consequências não desejadas da produção industrial em fonte de problemas ecológicos globais não é, em absoluto, pois, um problema do mundo que nos rodeia, [...] sim uma crise institucional transcendental da própria sociedade industrial (BECK, 2002, p. 122).

Os princípios que fortalecem a premissa da sustentabilidade devem ser implementados de acordo com os objetivos e políticas estabelecidos pela ordem jurídica ambiental internacional, mas guardando compatibilidade com a Lei Maior de seu Estado e com o ordenamento jurídico infraconstitucional pátrio. O planejamento de políticas deve ter como objetivo principal a adequação das atividades humanas e meio ambiente, que visem não só ao homem em si mesmo, ou mesmo à natureza de forma isolada, mas a manutenção da dignidade e da qualidade de vida e dos ecossistemas.

As alternativas para redirecionar o atual paradigma vigente, no sentido de uma consciência ecológica global, são, substancialmente, resgatar e aplicar de forma efetiva e eficaz os direitos fundamentais.

Para tanto, realizar a justiça constitucional implementando a governança ambiental corresponde à construção de um Estado de Direito Socioambiental, realmente necessário em face das exigências da complexa crise ambiental por que passa nosso planeta, enfa-

tizando que a conservação da qualidade ambiental seja reconhecida e praticada por esta se tratar de condição essencial à existência digna de todos os seres vivos, no presente e no futuro.

Mais que isso, incorporar práticas de governança, dentro das esferas nacionais, permite que cada Estado, conhecendo suas particularidades, circunstâncias e prioridades, estabeleça uma trajetória capaz de alcançar níveis de sustentabilidade internos iluminados pela dignidade.

Tendo em vista esse argumentos, aliados à transnacionalidade das questões ambientais, sugere-se a cooperação entre diferentes nações para compor uma sustentabilidade global, envolvendo diferentes atores políticos neste desiderato.

O que se pretende demonstrar é que desenvolver políticas sustentáveis no âmbito doméstico proporciona, em termos de complexidade e unificação de objetivos, um alcance mais rápido de qualidade ambiental para uma vida digna. Considerando as peculiaridades regionais, os problemas detectados podem ser remediados de maneira mais efetiva e em um espaço de tempo menor. Nesse espeque, afirma-se que “[...] a dimensão ecológica só poderá ser respeitada num quadro institucional em que as decisões sejam consideradas de uma perspectiva global e a longo prazo” (SACHS; FREIRE, 2007, p. 83).

Ainda assim, não se está diminuindo a importância de uma cooperação mundial em favor da sustentabilidade, ao revés, enfatiza-se a eloquente missão de nações mais desenvolvidas em atuarem junto aos países em desenvolvimento para evitar a degradação dos ecossistemas e solucionar problemas socioambientais já existentes.

Ademais, é essencial que as nações desenvolvidas tomem parte nos problemas localizados em países pobres, emprestando exemplos de bons resultados para isso, contudo, não significa transplantar, milimetricamente, seus modelos, hábitos e costumes. Deve-se permitir, e proteger, a existência do multiculturalismo. No entanto, baseados em experiências superadas, os países mais desenvolvidos podem, além de ajudar populações marginalizadas, evitar que

também suas populações sofram com os danos causados, com a sua participação, em regiões periféricas.

Cabíveis aqui os ensinamentos de Rodrigues (2008, p. 36) na direção que

[...] os componentes ambientais não existem apenas para servir ao homem. Pelo contrário, o homem faz parte dessa cadeia, mas, pelo seu papel central, tem o dever de proteger a salubridade desses elementos que se integram e interagem, justamente para assegurar a manutenção do equilíbrio do ecossistema, até porque, se assim não o fizer, será diretamente afetado por isso.

Essa relação entre o ser humano e o meio ambiente configura foco de tormentosas discussões políticas, e também jurídicas, no plano nacional, assim como vem adquirindo destaque, há certo tempo, frise-se, no cenário externo (FERRARESI; FREITAS, 2010, p. 92). Por essa razão, a necessidade de uma governança ambiental global é eminente.

Em decorrência dessa constatação, a questão foi lançada como uma das Metas do Milênio⁴, delineada no objetivo número 8, que defende uma parceria global para o desenvolvimento. Essa parceria global, além de necessária para o bem-estar da humanidade, revela o caráter de dever, das nações mais industrializadas, perante países em desenvolvimento, uma vez que são estes que ainda dispõem de recursos para serem utilizados em prol da comunidade global. É nesse exato contexto que surge o tormentoso debate entre a dívida social das nações ricas perante nações periféricas e direito destas últimas de conquistarem, mediante o uso dos recursos encontrados em sua extensão territorial, os mesmos padrões de vida e consumo que nações desenvolvidas já atingiram. Este embate frontal está longe de receber solução, em face dos interesses e prioridades vislumbrados por cada Estado individualmente. Não se pretende impor uma solução ao conflito de interesses, o que se deseja imple-

4 As Metas do Milênio decorrem da Declaração do Milênio. *United Nations Millennium Declaration*. United Nations. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 21. fev. 2011.

mentar, em verdade, é a inteligência do cuidado dos ecossistemas vivos para a própria manutenção da vida.

A desigualdade na distribuição de renda acentua a problemática do acesso não igualitário dos recursos naturais. Os problemas que aqui foram expostos constroem uma cadeia que se repete, confundindo causas e resultados da crise ambiental.

A justiça ambiental, entrelaçada à justiça social, vem para corrigir esses desvios da sociedade contemporânea e implantar o princípio da equidade.

Com a intenção de finalizar essa etapa, reproduzem-se os coerentes questionamentos idealizados por Kässmayer (2009, p. 135):

Afinal, “concebe-se a justiça ambiental a quem? Espécies, Ecossistemas, Humanidade – geração atual e futuras gerações?”; “justiça ambiental: a que custo e sob quais condições?”; “há distribuição justa do uso do ambiente e acesso a todos ao uso do bem ambiental?”; “há possíveis compensações quando verificada a desigualdade ambiental?”; “quais as prerrogativas para o Estado realizar a justiça ambiental como tarefa essencial?”; e, por fim, “a demarcação e organização territorial tal como a existente, pode vir a alcançar a justiça ambiental?”.

Em face das incógnitas levantadas, cumpre lembrar que há um considerável arcabouço jurídico ambiental no plano internacional. Efetivá-los incorporando-os aos ordenamentos regionais possibilitaria uma governança global ambiental de fato. Princípios já foram delineados, objetivos determinados, o diagnóstico dos problemas atuais também já está traçado. Firmou-se uma consciência a respeito dos riscos causados pelas atividades industriais e a evidente necessidade de evitá-los, mas há, ainda, uma fragilidade em transplantar para a prática todas as já estabelecidas recomendações a favor do meio ambiente. Para tanto, chama-se a sociedade civil, para que ela, destinatária direta do bem-estar almejado, junto às instituições e governos, promova efetivamente uma governança global para a sustentabilidade planetária.

Ao cabo das considerações precedidas, portanto, entende-se que a justiça ambiental consiste, articuladamente, na proteção ambiental igualitária, possibilitando aos indivíduos o acesso equitativo aos recursos provenientes da natureza e todas as benesses supervenientes de um justo aproveitamento. É nesse espaço, portanto, que a atuação do Judiciário mostra-se essencial, tendo em vista que as forças do mercado nem sempre permitem que a equidade seja aplicada.

Ao cotejar o equilíbrio nas relações humanas com, e perante, o meio ambiente, o Poder Judiciário fertiliza o ideário da governança ambiental, concretizando uma proteção plena dos ecossistemas e de toda sociedade.

A governança ambiental que aqui se trata exige a participação, conforme necessário frisar, de todos os membros da sociedade, de todos os órgãos e instâncias do Poder Público, de todos os Estados e integrantes da comunidade internacional, a fim de assegurar e concretizar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

3 A problemática do racismo ambiental: promover a justiça ambiental para realizar a dignidade humana

Emoldurar o dilema do racismo ambiental consiste em aglomerar situações suportadas por diferentes grupos, comumente minorias, em decorrência de disparidades nas políticas de proteção ambiental, bem como, e antes ainda, do verdadeiro acesso aos recursos naturais.

Fenômeno que perpassa as esferas da saúde, alimentação, habitação, atingindo também a seara laboral, macula intimamente o mínimo existencial ecológico que deve ser, aprioristicamente, indisponível para consolidar uma existência digna aos seres humanos. Sob este prisma, portanto, revela-se aqui a proposta de estudo das interfaces do racismo ambiental, apontando as direções para que a justiça ambiental possa promover a dignidade humana.

Arquétipo indefectível do fenômeno que se pretende examinar, o racismo ambiental, sem embargo, resta polarizado em determinados estratos sociais vulneráveis a toda gama de flagelos. A pobreza percebida nessas populações é, simultaneamente, causa e origem de problemas ambientais, tendo em vista a insustentável valoração econômica dos recursos disponíveis na natureza.

A origem da expressão em apreço remonta à década de 1980, quando movimentos sociais nos Estados Unidos da América reagiram contra o abismo entre a qualidade ambiental proporcionada pelo crescimento econômico e as injustiças invariavelmente refletidas nas camadas mais pobres da população. Cumpre enfatizar, no entanto, que o movimento contra o racismo ambiental foi iniciado pelos “grupos de cor” da sociedade americana, tendo em vista que o racismo ambiental era realizado conjuntamente ao preconceito racial vivido pelas comunidades afro-americanas.

No que pertine aos interesses econômicos que determinam decisões:

As decisões ambientais muitas vezes refletem os acordos de poder da sociedade predominante e das suas instituições. Isto prejudica as pessoas de cor, enquanto oferece vantagens ou privilégios para as empresas e indivíduos nos escalões superiores da sociedade. A questão de quem paga e quem se beneficia das políticas ambientais e industriais é fundamental na análise do racismo ambiental” (BULLARD, 2004, tradução livre)⁵.

Percebe-se, então, que não raras vezes o racismo ambiental pode ocorrer em conjunto com outras formas de discriminação. No emblemático caso norte-americano, as comunidades formadas por integrantes descendentes de africanos ocupavam áreas urbanas dotadas dos mais variados problemas e onde políticas públicas eram pouco observadas. Os negros habitantes de *ghettos* eram marginali-

⁵ No original: “Environmental decision making often mirrors the power arrangements of the dominant society and its institutions. It disadvantages people of colour while providing advantages or privileges for corporations and individuals in the upper echelons of society. The question of who pays and who benefits from environmental and industrial policies is central to this analysis of environmental racism”.

zados e excluídos de toda sorte de melhorias na qualidade de vida. Ainda, especialmente nos Estados Unidos, cidades inteiras onde a predominância da população era de origem *african-american*, e não apenas os bairros periféricos de grandes cidades, eram escolhidas, na exata amplitude do termo, para servirem como depósito de substâncias tóxicas altamente perigosas⁶.

Do fato narrado denota-se que interesses políticos e econômicos costumam nortear até mesmo para quem deve ser direcionada a proteção ambiental e a qualidade de vida.

No entanto, não obstante a gravidade de qualquer forma de racismo, é infeliz a constatação de que esta discriminação ecológica tenha extravasado as fronteiras do preconceito racial, sendo, agora, mais que uma questão de cor da pele, origem ou etnia, uma crônica problemática para países periféricos, ainda em processo de desenvolvimento, atingindo populações inteiras.

Outro ponto que se verifica quando há ocorrência do racismo ambiental são as fortes raízes colonialistas, fruto de um processo histórico de desenvolvimento das nações, que estabeleceram condições de subserviência a determinados povos, motivo pelo qual não conseguem estes obter um grau satisfatório e digno de desenvolvimento.

6 Neste espaço, trazemos à baila os paradigmáticos casos de racismo ambiental nos EUA, os moradores da cidade de Chester, na Filadélfia, protagonizaram um dos mais polêmicos exemplos ocorridos recentemente. A cidade, cuja maioria da população era de cor negra, foi “contemplada” com o maior incinerador de resíduos tóxicos do Estado, recebendo esse lixo de vários outros estados. O resultado da implantação desse incinerador foi catastrófico: visível poluição atmosférica, graves problemas de saúde, incluindo, aí, a origem de males oncológicos e outros. E novas *polluter plants* têm sido instaladas na cidade de Chester, não obstante os apelos da população. É interessante, neste caso, remeter ao conteúdo de vídeo enfocando este cenário. O material de *Chester Environmental Justice* encontra-se disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=5Opr-uzet7Q&feature=geosearch>>. Acesso em: 27. jul. 2010. Fora da extensão das fronteiras norte-americanas, o exemplo que se traz tem como palco a Índia e é intitulado “a Tragédia de Bhopal”, onde, no ano de 1984, milhares de pessoas morreram vítimas de um acidente industrial. No mesmo intento, indica-se conferir o conteúdo elaborado com base neste desastre. *The Bhopal Chemical Disaster: twenty years without justice* pode ser encontrado em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0csW97x8d24>>. Acesso em: 27. jul. 2010.

É nessa perspectiva que surge a polarização do globo, determinando as periferias mundiais que provavelmente vão mais sofrer com os problemas ambientais e todas as consequências da crise ecológica.

Inevitável que se considere a questão da divisão do planeta entre os países do norte e os países do sul. Distante de compreender uma análise geográfica dos dois hemisférios terrestres, o conteúdo desta diferenciação reside justamente nas desigualdades percebidas pelos países localizados em cada uma dessas regiões. É notório que os países do sul experimentam condições de vida muito inferiores quando comparados às nações ricas, localizadas na parte norte do globo. A distância entre os níveis de desenvolvimento continuam a expandir, mesmo que os países do sul tenham sido lançados à categoria de países em desenvolvimento. Isso porque, com o avanço tecnológico, o crescimento populacional, o avanço da produção de alimentos sobre a cobertura vegetal nativa continuam causando enormes impactos no meio ambiente, de forma mais acentuada nos países do sul, que são, em geral, exportadores de matéria-prima.

Ao cabo desses argumentos, mostra-se importante destacar que:

Direitos de propriedade altamente desiguais estimulam a exploração destrutiva dos solos, florestas, água, minérios, petróleo e outros recursos para o lucro, o poder político e *status* social das elites relativamente pequenas. Estas, por sua vez, dependem do apoio de clientes e aliados, que também se beneficiam de alguma forma. A polarização social aumenta, muitas vezes acompanhada por aumento da pobreza de alguns grupos de baixa renda, juntamente com os ganhos de outros grupos. Ao mesmo tempo, a concentração de riqueza e poder em nível nacional e internacional continuam. O mesmo acontece com os processos globais de degradação ambiental, juntamente com a propagação do desperdício e padrões não sustentáveis de produção-consumo (BARRACLOUGH, 2005, p. 54, tradução livre)⁷.

7 No original: “Highly inequitable property rights stimulate the destructive exploitation of soils, forests, water, mines, petroleum and other resources for the profits, political power and social status of relatively small elites. These in turn depend on support by clienteles and allies who also benefit to some extent. Social polarization increases, often accompanied by deepening poverty by some low-income groups

Dentro dessas nações, verificam-se populações ainda mais discriminadas e privadas das benesses do desenvolvimento. Populações tradicionais, grupos indígenas, migrantes, pessoas de diferentes raças e etnias, mulheres e idosos, para mencionar alguns grupos marginalizados.

Relativamente à degradação e à poluição ambiental, e aos efeitos por elas ocasionados, são esses grupos que mais sofrem as consequências, porque, em primeiro lugar, já não possuem acesso digno aos recursos ambientais. Segundo, porque, em decorrência desse primeiro fator, não têm recursos para evitar ou escapar desses problemas ambientais, geralmente causados por populações mais abastadas que, pelo consumismo elevado dos padrões de vida, geram uma quantidade infundável de resíduos.

Nesse ínterim, sublinhe-se que:

Uma boa parte dos problemas ecológicos com os quais nos defrontamos resulta da “má-distribuição” dos recursos. A desigualdade social engendra o desperdício de recursos por parte dos ricos e a superexploração da terra por parte dos pobres. Quanto à poluição, ela é fruto da abundância, mas também da miséria; das fábricas e dos automóveis, mas também dos barracos sem água potável nem esgoto (SACHS, 2007, p. 95).

Destarte, o irrefragável valor do meio ambiente aporta seu íntimo significado na dimensão social da trindade aqui abordada. Apontamentos dessa tonalidade, elaborados por Sachs (2007, p. 45), ilustram sobremaneira tal entendimento:

Não basta encontrar soluções para os problemas ambientais que sejam factíveis do ponto de vista técnico e aceitáveis do ponto de vista financeiro. Seu impacto provável sobre o ambiente social deve ser também levado em conta. Muitos projetos tecnicamente acei-

together with at least marginal gains by others. At the same time, the concentration of wealth and power at national and international levels continues. So too do global processes of environmental degradation together with the spread of wasteful non-sustainable production-consumption patterns”.

táveis são, todavia, prejudiciais às populações diretamente afetadas, ou considerados por elas nestes termos. Outros projetos colidem com sistemas estabelecidos de valores, crenças, costumes e modos de vida, defrontando-se com uma hostilidade considerável desde o início. As populações obrigadas a mudar seus padrões de vida ou a abandonar seu *habitat* original freqüentemente entregam-se à exploração predatória do ambiente do que aquela existente antes do início do projeto, mesmo que algum interesse particular esteja sendo por ele atendido.

É nesse contexto que se encontram os maiores exemplos de racismo ambiental no cenário brasileiro. A notável expansão de terras agrícolas tem expulsado famílias inteiras, fixadas em suas propriedades por gerações, mas que, em virtude de avanço de culturas típicas do agronegócio, têm deixado o campo em direção às cidades, por vários motivos. A impossibilidade de competir com grandes grupos do setor, quando são altos os custos de produção, e, como em vários dos casos verificados, em razão de especulação financeira, famílias tradicionalmente rurais migram para as grandes cidades com a promessa de melhores oportunidades, aglomerando-se nas favelas. Estas, que crescem em ritmo acelerado, constituem palco de novas faces do racismo ambiental.

Nesses locais, a ausência de saneamento, moradias insalubres e, muitas das vezes, localizadas nas proximidades de lixões (ou aterros sanitários, nos termos institucionais), as vítimas do racismo ambiental, na forma de negligência ambiental, encontram ali oportunidade de trabalho e até mesmo fonte de abastecimento de rejeitos alimentares para consumo.

Questionamento natural a respeito da aceitação dessas condições pelas populações pobres recebe como resposta o fato de que esses grupos são forçados a aceitar e conviver com estes riscos, em face da ausência de oportunidades.

A problemática do racismo ambiental, avaliada pelas lentes de interesses estritamente econômicos, evidencia a ausência de preceitos de moralidade nos casos de racismo ambiental. É de acordo com o poder econômico, e, também, conforme o peso

político que determinado assunto revela, que as decisões são tomadas em desfavor do pêndulo das maiorias pobres. Esses grupos são ignorados e simplesmente excluídos tanto no momento da decisão como também ao se negligenciarem os aspectos positivos advindos de determinado empreendimento.

A questão do consumismo também merece grande preocupação. Fruto do sistema capitalista vigente, o estímulo e apelo aos hábitos de consumo são mais que tentadores, irresistíveis. O estilo de vida das sociedades ricas ocasiona mais degradação ambiental, que afetará as comunidades pobres, culminando no exaustivamente enfatizado círculo vicioso do consumo-poluição-pobreza⁸.

Em todas as suas manifestações, o fenômeno do racismo ambiental espelha, além da inexistência de moralidade, uma verdadeira injustiça ambiental. O paradigma da proteção ambiental deveria ser realizado em todas as esferas, alcançando a todos, indistintamente.

Para tanto, fala-se na justiça ambiental, que deve ser aplicada por meio da regulamentação das atividades, sabendo-se de seus riscos e conseqüências, e devem-se definir parâmetros de coercibilidade para que tais políticas sejam efetivamente realizadas.

Materializar a justiça ambiental consiste, assim, em aplicar políticas não discriminatórias, realizadas de maneira uniforme, considerando interesses de grupos não favorecidos economicamente, apenas pelo fato de que também dispõem do direito ao meio ambiente equilibrado, e, frise-se, do direito à vida.

Sintetizando o conceito de justiça ambiental e de que maneira ela ganha efetividade, assinala Bullard (2002):

O paradigma da justiça ambiental adota uma abordagem holística para a formulação de políticas públicas e regulamentações ambientais, desenvolvendo estratégias de redução de riscos múltiplos, cumulativos e sinérgicos, garantindo a saúde pública, reforçando

⁸ A degradação ambiental ocorre em ambas as extremidades do espectro: a minoria abastada com seu atual estilo de vida entrega-se ao consumo excessivo de recursos escassos não renováveis, e a maioria espoliada, para sobreviver, exige demais dos sistemas de suporte da vida – ante os quais não se dispõe de acesso suficiente (SACHS, 2007, p. 321).

a participação pública na tomada de decisões ambientais, promovendo o empoderamento da comunidade, a construção de infraestrutura para a realização da justiça ambiental e a sustentabilidade das comunidades, garantindo a cooperação e coordenação, desenvolvimento de tecnologias inovadoras de parcerias público/privadas, e colaborativas, aumentando estratégias comunitárias de prevenção de poluição, garantindo desenvolvimento econômico sustentável e desenvolvimento geograficamente orientado em nível da comunidade (tradução livre)⁹.

O que se infere de todo o exposto é que a justiça ambiental é corolário ao alcance da sustentabilidade e que o alcance de uma vida digna constitui caminho para o desenvolvimento. Todas as formas de racismo devem ser condenadas e, assim, partindo-se da premissa de que o racismo ambiental, além de constituir discriminação, é atentado contra o direito à vida, deve ser fortemente combatido.

4 Notas conclusivas

Que o nosso tempo seja lembrado pelo despertar de uma nova reverência face à vida, pelo compromisso firme de alcançar a sustentabilidade, a intensificação dos esforços pela justiça e pela paz e a alegre celebração da vida¹⁰.

Com as palavras acima transcritas, pretende-se finalizar este trabalho advogando seja efetivamente transplantada para o terreno

9 No original: “The environment justice paradigm embraces a holistic approach to formulating environmental health policies and regulations, developing risks reduction strategies for multiple, cumulative and synergistic risks, ensuring public health, enhancing public participation in environmental decision-making, promoting community empowerment, building infrastructure for achieving environmental justice and sustainable communities, ensuring interagency cooperation and coordination, developing innovative public/private partnerships, and collaboratives, enhancing community-based pollution prevention strategies, ensuring community-based sustainable economic development, and developing geographically-oriented community-wide programming”.

10 Extrato final da Carta da Terra, documento elaborado pela Unesco, visando a estabelecer comunhão entre desenvolvimento e meio ambiente. *The Earth Charter*. A íntegra do documento pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.earthcharterinaction.org>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

da prática a liturgia socioambiental, para, assim, diminuir ou extirpar o abismo entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento, perpassando, de modo óbvio, pela dignidade humana. Se as tonalidades apresentadas em linhas passadas puderam, de alguma forma, atribuir um colorido diferente à tendência ambiental-humanista, por vezes submersa por inclinações econômicas instrumentalmente capitalistas, este trabalho, então, satisfaz seu desígnio.

Há que se ter em mente que, ao reconhecer o meio ambiente equilibrado como direito fundamental, promove-se, a reboque, a possibilidade da existência da vida em si, posto que configura corolário capital à garantia de condições saudáveis para o pleno desenvolvimento das capacidades humanas e, bem assim, o alcance integral da dignidade. Perseguindo tal expectativa, não é admissível, nem justificável, seja imposta qualquer forma de regressão das conquistas sociais até o momento obtidas, em razão da complementaridade e indivisibilidade dos direitos fundamentais, distanciando-se, pelo máximo, da distorcida ideia de superação de direitos.

Abandonando-se o ideal democrático clássico, este realizado de maneira indireta mediante representantes legitimados, passa-se a adotar o entendimento de que o Poder Judiciário pode configurar instância detentora de legitimidade para a defesa ambiental, esta inclusive atribuída pela própria Constituição para compor os conflitos que envolvam direitos fundamentais, tutelando-os, sobremaneira, com a crescente busca dos cidadãos pela prestação judicial.

Esta maior procura do cidadão pela proteção judicial de seus interesses representa, como é possível observar, a cristalização da plena democracia de forma direta.

Devido à importante constitucionalização da questão ambiental, então elevada à categoria de direito fundamental, é evidente o aumento na quantidade de intervenções do Judiciário, em que pese a tutela desses direitos socioambientais.

Sob a perspectiva do alcance da justiça constitucional e a correlata incorporação da governança ambiental, permite-se a realização da democracia, de modo que a participação popular neste

processo afaste qualquer possibilidade de existência de tensões ou conflitos entre o constitucionalismo e a democracia.

Referências

AGENDA 21. *United Nations Department of Economic and Social Affairs*. Division for Sustainable Development. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/dsd/agenda21>>. Acesso em: 20. jan. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ASSADOURIAN, Erik (Org.). *Estado do mundo: transformando culturas, do consumismo à sustentabilidade*. Tradução de Claudia Strauch. Salvador: Uma, 2010, p. 154. Disponível em: <<http://www.worldwatch.org.br>>. Acesso em: 5 jan. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYALA, Patryck de Araujo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 15., 2010, São Paulo. *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos. Anais...* São Paulo: IMESP, 2010. v. 1. p. 261-294.

_____. Mínimo existencial e proibição de retrocesso em matéria ambiental: o Código Ambiental do Estado de SC (Parecer – ADIN 4252/SC). In. *Revista de Direito Ambiental*, v. 60, p. 280-298, 2010.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. 184. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCPR, Curitiba.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRACLOUGH, Solon L. In quest of sustainable development. *United Nations Research Institute for Social Development*. Overarching concerns. Paper number 4. September 2005. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/5BA838E26007676EC12570A1002EE441/\\$file/barracough.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/5BA838E26007676EC12570A1002EE441/$file/barracough.pdf)>. Acesso em 18. out. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Espanha: Siglo Veintiuno, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia. (Org.). *Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v. I e II.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. Os limites do capital são os limites da terra. *Agência Carta Maior – Economia*, São Paulo, 15 jan. 2009.

BOSELTMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In. SARLET, Ingo. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRUNDTLAND REPORT. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

BULLARD, Robert D. Poverty, pollution and environmental racism: strategies for building healthy and sustainable communities. A discussion paper prepared for the National Black Environmental Justice Network (NBEJN). ENVIRONMENTAL RACISM FORUM WORLD SUMMIT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WSSD). Global Forum Johannesburg, South Africa, July 2, 2002, p. 5. Disponível em: <<http://www.ejrc.cau.edu/PovpolEj.html>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

———. Environment and morality: confronting environmental racism in the United States. *United Nations Research Institute for Social Development. Identities, Conflict and Cohesion Programme*. Paper Number 8. October 2004. p. iii. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpPublications\)/543B2B250E64745280256B6D005788F7?OpenDocument](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpPublications)/543B2B250E64745280256B6D005788F7?OpenDocument)>. Acesso em: 27 jul. 2010.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2004.

CARSON, Rachel. *Silent spring*. Fortieth Anniversary Edition. Boston/New York: Mariner Book, 2002.

CHESTER ENVIRONMENTAL JUSTICE. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=5Opr-uzet7Q&feature=geosearch>>. Acesso em 27 jul. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRARESI, Priscila; FREITAS, Vladimir Passos de. Dano moral ambiental coletivo: comentários ao acórdão na apelação cível n. 2001.001.14586, da 2ª Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Julgamentos históricos do direito ambiental*. Campinas: Millennium, 2010.

FERRARESI, Priscila. *Proibição do retrocesso e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Fiuza, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. (Coord.). *Julgamentos históricos do direito ambiental*. Campinas: Millennium, 2010.

GROSSMAN, Gene M.; KRUEGER, Alan B. Economic growth and the environment. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 2, p. 353-377, maio 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2118443>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer

de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons: the population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality. In. *Science Magazine*, v. 162, Issue 3859, p. 1221-1312. 13 dez. 1968. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAEKKE, Durwood. *International environmental law and policy*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2006.

INDICATORS of sustainable development: guidelines and methodologies. *Department of Economic and Social Affairs. United Nations Commission on Sustainable Development*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/sustdev/natlinfo/indicators/guidelines.pdf>> Acesso em: 1º dez. 2010.

ÍNDICE de sustentabilidade ambiental. Disponível em: <<http://www.yale.edu/esi/>>. Acesso em: 1º dez. 2010.

JOHANNESBURG declaration on sustainable development. Disponível em: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm>. Acesso em. 21 fev. 2011.

KÄSSMAYER, Karin. Apontamentos sobre a ética ambiental como fundamento do direito ambiental. *EOS. Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*. v. 1, n. 4, ano 3, p. 135. Disponível em: <http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009.pdf>. Acesso em: 21. nov. 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; BELLO FILHO, Ney de Barros (Orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.

LUZZATI, Tommaso. El desarrollo ecocompatible: la actualidad de la contribución de Karl William Kapp (1910-1976). *Revista Ecología Política*, Barcelona, n. 30, p. 64, 2005. p. 64. Disponível em: <<http://www.ecologiapolitica.info/ep/30.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

MILLENNIUM development goals. United Nations. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

MILLENNIUM ecosystem assessment. Food and Agriculture Organization. United Nations. Disponível em: <<http://www.fao.org/nr/nr-home/en/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 67-80, out. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRIEUR, Michel. A visão humanista do direito ambiental. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/index.php/michel-prieur-a-visao-humanista-do-direito-ambiental/>>. Acesso em: 1º dez. 2010.

RIO declaration on environment and development. United Nations Environment Programme. United Nations. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=en>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SACHS, Ignacy; FREIRE, Paulo (Org.). *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHELTON, Dinah. Human rights, environmental rights, and the right to environment. *Stanford Journal of International Law*. [s.l], [s.d].

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: SAFE, 1993.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Senac, 2007.

_____. Indicadores de sustentabilidade. *Estudos avançados*, v. 24, n. 68, p. 39-52, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n68/06.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

Discriminação ou medida de segurança pública? Uma breve análise da juridicidade de critério de seleção para trabalho em obras de penitenciárias

Renata Coelho Vieira

Procuradora do Trabalho na Procuradoria da 15^a Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Amatra12 e pela Univali-SC. Pós-graduanda em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela UNICAMP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo: Ensaio que traça análise de caso concreto ocorrido no Estado de São Paulo, em que se travou o debate acerca de igualdade no acesso ao emprego X garantia de segurança pública. Na situação em espécie, optou o Estado por vedar o acesso de parentes de presidiários, ex-presidiários ou de pessoas com antecedentes criminais à vaga de emprego para obra em penitenciária. Proposta ação civil pública, entendeu a Justiça do Trabalho em primeiro grau por privilegiar a segurança pública e considerar esse direito social como justificativa para o *discrímen* imposto. Após recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho, a sentença foi mantida pelo e. Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15^a Região, o que foi objeto de recurso de revista pendente de julgamento no c. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Seguem no ensaio os principais fundamentos desse órgão ministerial para concluir pela ilegalidade da discriminação perpetrada, em questão, que se sabe, no mínimo intrigante e tormentosa, num país em que o combate à violência é uma luta cotidiana e a sensação de insegurança companheira constante de nossas famílias. Mas até que ponto pode ir o Estado sob o manto de defender a segurança pública?

Palavras-chave: Discriminação. Admissão no emprego. Igualdade no trabalho. Segurança pública.

Abstract: This essay is an analysis of a real case that took place in the State of São Paulo and arose strong debate about equal access to employment X public safety guarantee. In this case, the State chose to forbid the access of inmates' relatives, ex-inmates or people with criminal records for a job position for penitentiary work. Once a public civil action was proposed the Labor Justice understood the lower courts to privilege public safety and consider this social right as a justification for the discrimination imposed. After an appeal to the Labor Prosecutor's Office, the sentence was maintained by the Regional Court of Labor (TRT) of the 15th Region, which was object to appeal to the higher courts pending a decision at the Superior Labor Court (TST). In this essay it is possible to follow the main basis of this ministerial agent to conclude for the illegality of the discrimination perpetrated, which is known to be at least intriguing and tormenting in a country where the fight against violence is a daily routine and the insecurity feeling is a constant companion to our families. But up to what degree can the State go under the mantle of defending public safety?

Keywords: Discrimination. Job admission. Job equality. Public safety.

Sumário: 1 Introdução. 2 Análise jurídica e social. Conclusão de prática discriminatória ilegal.

1 Introdução

Como o ensaio aqui proposto decorreu da análise de um caso concreto ocorrido, interessa-nos transcrever o acórdão proferido pelo e. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que permitirá conhecer uma pequena exposição da situação fática apresentada, bem como das questões jurídicas em debate:

O Ministério Público do Trabalho¹ ajuizou Ação Civil Pública em face de CIMA Engenharia e Empreendimentos Ltda. e Fazenda Pública do Estado de São Paulo aduzindo que ocorreram atos discriminatórios na seleção de pessoal para trabalhar na reforma da penitenciária Dr. Sebastião Martins Siqueira, uma vez que a primeira requerida não teria contratado trabalhadores que possuíssem parentes com antecedentes criminais. Argumentou que o ato dis-

1 Por intermédio, na época, do exmo. procurador doutor Cássio C. Dalla-Déa.

criminatório desrespeitou interesses transindividuais trabalhistas, tratando-se de lesões que se amoldam na definição do art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990. Assim, postulou a concessão de liminar, para que a primeira requerida seja condenada a se abster de qualquer ato discriminatório, sob pena de incidir em multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador, bem como ao pagamento da quantia de R\$ 200.000,00 a título de reparação pelos danos sociais causados; e concessão de liminar em relação à segunda requerida, para condená-la a se abster de exigir, solicitar ou influenciar a prática de qualquer ato discriminatório, sob pena de incidir em multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador, bem como à condenação solidária ao pagamento da quantia a título de reparação por danos causados.

Em contestação (fls. 117/137), a segunda reclamada aduziu, em síntese, que em julho de 2006, após rebelião orquestrada em vários locais do Estado de São Paulo, ligada à facção criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC), os detentos destruíram as celas da unidade penal de Araraquara, impondo a reforma em caráter de emergência do referido complexo penitenciário. Salientou que durante o tempo de duração da obra por ela executada os funcionários, gestores e prepostos foram intermitentemente agredidos e ameaçados pelos detentos que permaneceram no local, que “xingavam e ‘juravam’ de morte a todos, fortalecidos que estavam com o êxito que a desestabilização em cadeia patrocinada pelo PCC em todo o Estado de São Paulo fomentava”. Nesse sentido, argumentou que a postura adotada pelo Diretor da Penitenciária visou a preservar a segurança pública, “uma vez que a reforma do presídio – de caráter emergencial – ocorreu, todo o tempo, com detentos encarcerados no mesmo espaço físico, com contato direto com os trabalhadores contratados para a reforma”, requerendo ações excepcionais afirmativas por parte do Estado. Sustentou que o interesse público, no caso, suplantou o interesse individual dos aspirantes ao emprego.

A primeira reclamada alegou em sua contestação (fls. 180/194) que a situação que levou à necessidade de reforma da penitenciária de Araraquara justificou a restrição de contratação dos empregados, a fim de se evitar que parentes dos detentos trabalhassem na obra. Nesse sentido, asseverou: “as circunstâncias especiais que permeiam uma penitenciária de segurança máxima não são as mesmas que cercam um estabelecimento comercial ou outro estabelecimento

equivalente. Nos parece razoável o fato de que, para a reforma de uma unidade prisional, não se preferisse a contratação de pessoas que pudessem, de alguma forma, ter interesse em sua vulnerabilidade. Não se trata de discriminação ou preconceito, trata-se, apenas, de precaução plenamente justificada”. Sustentou que o interesse da sociedade em ter garantida a segurança pública se sobressai ao interesse individual dos aspirantes ao emprego para trabalhar no interior do maior presídio de segurança máxima masculino do interior do Estado de São Paulo, restando justificada a seleção que preferisse empregados sem antecedentes criminais e que não possuíssem parentes na condição de presidiários.

Julgadas improcedentes as pretensões deduzidas, o Ministério Público do Trabalho interpôs recurso ordinário, renovando os argumentos lançados em sua primígena.

Sem razão o inconformismo lançado.

Com efeito, a alegada discriminação visou à proteção do interesse maior da sociedade, qual seja, o de contar com medidas concretas levadas a cabo pelo Estado para garantia da segurança pública. Nesse sentido, pede-se vênia para transcrever os fundamentos da bem lançada sentença proferida, que analisou com propriedade as questões debatidas no feito:

“Em segundo lugar, mister trazer-se ao foco desejável o entendimento sobre a igualdade formal como um dos princípios que norteiam as relações jurídicas.

Nessa esteira, o princípio da igualdade ‘só pode ser entendido racionalmente, no sentido de promover, tanto quanto possível, uma igualização formal das desigualdades humanas e sociais e tratar desigualmente os seres desiguais, na proporção em que se desigalam, para igualizá-los no plano jurídico’ (in Teoria Geral do Estado, Sahid Maluf, 14. ed., 1983, p. 296).

Não se podem olvidar as peculiaridades aninhadas ao redor do caso presente. Não se tratava de uma obra comum em que os interesses conjugados encontravam-se no mesmo patamar ainda que não no mesmo grau de valores, ou seja, o interesse econômico da iniciativa privada de um lado, confrontando com o interesse social na busca de emprego e subsistência.

A obra foi realizada num presídio de segurança máxima situado nesta cidade e comarca de Araraquara, motivada pela necessidade (urgente) de reformas

em decorrência da destruição causada pela última grande rebelião dos detentos, amplamente divulgada pela mídia.

Ora, o mesmo Estado que tem a responsabilidade de coibir e não praticar atos discriminatórios também tem a responsabilidade de adotar todas as medidas concretas e plausíveis para garantir a segurança da coletividade.

As responsabilidades não são antagônicas, em que pese num dado momento a exigência da superposição de uma em relação à outra.

Vale dizer que um mesmo ato poderá, numa determinada situação, configurar-se como discriminatórios enquanto que noutra, em que os interesses opostos ganham supremacia e relevância, não”.

E, destacou o magistrado, “ninguém deve descon siderar, até porque amplamente difundido, a incrível capacidade criativa na eleição de meios para possibilitar fugas ou rebeliões dentro dos presídios de todo o sistema penitenciário brasileiro, atos estes que não raro acabam por ceifar vidas, no mais das vezes, inocentes”. Para ilustrar, no depoimento do diretor da Penitenciária, tomado no inquérito civil instaurado pelo Ministério Público do Trabalho (fl. 37), foi mencionado que “tem notícia de que na reforma da penitenciária de Avaré um trabalhador cujo parente possuía passagem pela polícia deixou pedaços de serra embutidos nas paredes de uma das celas”.

Assim, o procedimento de não contratar trabalhadores que tivessem parentes com antecedentes crimina is teve por intuito precaver a ocorrência de eventuais tentativas que pusessem em risco a segurança pública, interesse maior da sociedade.

Logo, mantenho a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos (Processo n. 200-44.2008.5.15.0079).

Os fatos não eram controvertidos e candidatos à vaga de emprego em obra de penitenciária estadual realmente já haviam sido vetados por parentesco com presidiários ou pessoas com antecedentes crimina is.

Essa era a situação que se apresentava na época em que o feito foi distribuído para atuação em segundo grau desta procuradora, o que demandou um estudo minucioso dos fatos e fundamentos envolvidos.

A questão é bastante delicada. Colocados em jogo direitos fundamentais e um aparente conflito entre igualdade e segurança, entre busca do pleno emprego e restrições ao emprego pautadas em critério social. Além disso, na nossa atual conjuntura social, em que a todo o momento brutalidades são noticiadas e a devida punição dos responsáveis ainda está longe do ideal, o argumento “segurança” acaba por estimular medidas por vezes extremas e que permeiam uma zona limítrofe entre direito e abuso do direito.

Destacam-se a seguir a posição adotada e os argumentos jurídicos, históricos e sociais apresentados nos autos, que aguardam julgamento pelo c. Tribunal Superior do Trabalho.

2 Análise jurídica e social. Conclusão de prática discriminatória ilegal

Entende-se infundada a atitude do Estado e da empresa construtora no caso em questão. Ainda mais se considerarmos possuir nosso país uma “Constituição Cidadã”. A prática discriminatória implementada afronta nosso ordenamento jurídico, merecendo reprovação judicial e social.

Ademais, pior do que no julgamento de Tiradentes², a prática do Estado alcança, sem limite, todos os ascendentes e descendentes,

2 Trechos da sentença de Tiradentes foram reproduzidos nas peças ministeriais. Assinada no Rio de Janeiro em 19 de abril de 1792, a sentença do Tribunal de Alçada relativo ao alferes José Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes, conclui: “[...] Portanto condenam o réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da capitania de Minas, a que com barço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca, e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, aonde em o lugar mais público dela será pregada em um poste alto até que o tempo a consuma; o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e de Cebolas, aonde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma. Declaram ao réu infame, e infames seus filhos e netos, tendo-os, e seus bens aplicam para o fisco e câmara real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, e que nunca mais no chão se edifique [...]” A sentença é hoje de domínio público e encontra-se na Biblioteca Nacional, *Autos-crime*, 1792, p. 59-75.

bem como todos os parentes em linha colateral, consanguíneos ou afins que um candidato à vaga de emprego possuía.

Diante de tal postura, nunca demais lembrar os dizeres da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Artigo II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

[...]

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito à igual proteção da lei. Todos têm direito à proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo XII. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio e na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.

Já nossa Lei Maior prevê:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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:

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer;

[...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII – busca do pleno emprego;

Também a legislação ordinária evoluiu no mesmo sentido. A Lei n. 9.029/1995, que “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”, dispõe:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nessa esteira flagrante é que a rejeição de trabalhadores, pela simples circunstância de possuírem parentes que tenham cometido delitos, configura ato discriminatório repudiado legal e constitucionalmente. Adotou o Estado critério que, além de ilegal, mostra-se injusto e desarrazoado, degredando, ainda, o princípio da presunção de inocência.

Em verdade, o Estado acabou por estender os efeitos punitivos de delitos para além dos condenados, atingindo a família – célula da estrutura social – e rotulando cidadãos de forma preconceituosa – na literalidade da palavra –, como prováveis autores de crime futuro relacionado à facilitação de fuga de presos.

Pertinente a lição de Márcio Tulio Viana (2000, p. 357-359):

Somos livres para decidir *se*, *quando*, *como* e *quem* contratar. Mas é uma liberdade, digamos assim, *vigiada*, e em boa parte *flexionada* pelo legislador. Valendo-nos de uma imagem que Couture usou com outros propósitos, poderíamos talvez comparar o empregador a um prisioneiro no cárcere: pode dar alguns passos, e *nisso é livre*, mas as grades lhe impõem limites ao seu ir e vir. [...]

Tratando-se do contrato de trabalho, a liberdade no “*se*” e no “*quando*” é a mais ampla de todas, mas ainda assim não chega a ser absoluta. [...] Mas é a liberdade no “*quem*” contratar que nos interessa mais de perto. É dela que cuida a Lei n. 9029. O empregador pode escolher entre João e Pedro, ainda que não explique os motivos, e mesmo que não tenha motivos. Mas não pode preferir Pedro, por exemplo, em razão de sua cor.

À primeira vista, parece uma incoerência: quem pode o *mais* (agir até sem causa objetiva) não pode o *menos* (ser impelido por uma determinada causa). Como se explicaria isso?

Talvez se possa dizer que, na raiz de tudo, está a função social do Direito. Como ensina Savigny, nenhum direito tem um fim em si mesmo. Ele não *termina* ali, nas palavras da lei; de certo modo, *escapa* delas, em busca de seu destino. O direito sempre *quer* alguma coisa *a mais* do que o seu verbo diz. Tem uma alma, um espírito, um sentido que vai além dos desejos de seu titular.

Por isso, se alguém usa as palavras em desacordo com o seu destino, não está, na verdade, obedecendo a lei; está seguindo apenas uma parte dela, a sua parte *visível* que é também a menos importante, pois a rigor serve apenas de *veículo* para transportar a *idéia*. O uso se torna abuso, e o abuso fere tanto o direito quanto a sua violação literal.

E, se assim é, pior ainda será quando o agente se valer da norma para fins não apenas *estranhos* a ela, mas *proibidos* por outra. Nesse caso, o abuso se torna até *mais grave* do que a violação literal, pois é como se alguém se utilizasse do próprio ordenamento jurídico para feri-lo.

É o que se dá com a discriminação. Se a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão de seu fim social, tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o emprega-

dor se vale daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, está não apenas traindo o destino *daquela* norma, mas ferindo a literalidade de *outra* norma, exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí a necessidade (ou até, sob certo aspecto, a *desnecessidade*) do artigo em questão, que surge como uma *terceira* norma, fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei e se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolheu A ou B com propósitos discriminatórios age ilicitamente.

A advogada Aparecida Tokumi Hashimoto (2006) estudou a situação familiar como fator de critério para seleção de emprego, em artigo com trecho abaixo retratado:

Para fins laborais, o que interessa é a qualificação profissional e a capacidade produtiva do trabalhador. O parentesco (situação familiar) com algum empregado que trabalha na empresa não pode servir de critério legítimo para não contratar o candidato que atende a todos os requisitos exigidos para ocupar um determinado cargo disponível. Da mesma forma, o trabalhador não pode ser impedido de concorrer a um posto vago de trabalho só porque a sua família ou alguns de seus integrantes gozam de má-fama na sociedade (irmão preso por homicídio, por exemplo). Os méritos ou deméritos de cada indivíduo são sempre pessoais, não podendo haver preferência ou desfavorecimento do trabalhador em razão da sua situação familiar.

A atitude do Estado de São Paulo, convalidada até o momento por decisão do Judiciário Trabalhista, malferiu, portanto, o princípio constitucional da igualdade e os dispositivos constitucionais e legais supracitados.

Vale destacar a sempre valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 45), segundo o qual,

para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, [...] impende que ocorram quatro elementos:

a) *que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;*

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nele residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. [g.n.]

Num país em que o desemprego é ainda enorme, retirar uma vaga de trabalho braçal do trabalhador que possui parente preso no local da obra ou parente com maus antecedentes criminais não se mostra razoável.

A desequiparação aqui atinge pessoas específicas que não apresentam traço distinto das consideradas qualificadas para o emprego.

Não há no trabalhador discriminado nenhum traço nele residente que o torne incapaz ou menos habilitado para o emprego e não pode um laço familiar com um ex-presidiário ou com alguém com a “ficha suja” ser considerado fator determinante para o emprego de pedreiro em obra de penitenciária.

Não há correlação lógica entre o fator da discriminação e o suposto objetivo de segurança.

Não há razão valiosa comprovada para a discriminação, mas sim uma suposição extremamente cruel de que parente de presidiário também deve ser desonesto e criminoso. E, ao deixar de obter emprego honesto e acreditar que a pecha de parente de presidiário lhe impedirá de exercer sua função, talvez realmente opte por forma ilícita de sustentar sua família, passando a ser o que o Estado já o considera, um incapaz para o trabalho e um criminoso.

Enquanto as normas nacionais e internacionais procuram obstar a discriminação ao preso, ao ex-presidiário e valorizar seu trabalho, seja como interno, seja após o cumprimento da pena, temos aqui um

caso em que um parente de ex-presidiário não consegue o mínimo direito ao trabalho. Perceba-se que sequer se trata de ocupar função diferenciada na obra, cargo de chefia ou de mando, nem função intelectual, mas, sim, funções braçais – de pedreiro, por exemplo. E até mesmo para isso os trabalhadores parentes de detento ou ex-detento eram, de pronto, considerados inaptos.

Por certo, é obrigação do Estado procurar garantir a segurança da população de todas as formas, o que, por óbvio, também é o desejo do Ministério Público. Contudo, para tanto, deve valer-se de procedimentos jurídicos e sociais aceitáveis, não de discriminação, que não é plausível nem razoável e, portanto, inconstitucional.

Verifica-se que impedir tal discriminação no acesso à vaga de emprego, mais especificamente, impedir que o parentesco com um presidiário ou mesmo com quem já cumpriu uma sanção penal possa obstar o acesso a emprego em obra nas penitenciárias – o que efetivamente ocorreu no caso relatado – faz parte do papel do Ministério Público do Trabalho.

Para melhor avaliarmos a situação posta, sua injustiça e sua antijuridicidade, vale pensar numa hipótese: um cidadão, casado, pai de família honrado, que paga seus impostos religiosamente, jamais acusado de crime, que jamais sequer pisara numa delegacia, quanto mais num presídio; um trabalhador competente, experiente e respeitado que, todavia, é cunhado de presidiário, ou neto de presidiário ou sogro de presidiário, por exemplo, e, por isso, unicamente por isso, tem negada uma vaga na obra da penitenciária estatal. Seu ofício é pedreiro, e dos bons, ficha limpa e com recomendação de ex-empregadores. A vaga seria certa, não tivesse o infortúnio de ter na família um presidiário ou alguém com antecedentes. Continua, por isso, desempregado e sem meios de sustentar seus filhos. A vaga pode ser preenchida por alguém menos honrado, menos experiente e menos competente, mas que não ostenta parentesco com criminoso algum.

Será justa a conduta do Estado com esse cidadão? Será jurídica tal imposição? Deve a sociedade suportar tal forma de seleção? Ou

estariamos diante de discriminação vedada legal e constitucionalmente? A resposta já está nos argumentos explicitados.

Certo é que alega o Estado somente afastar a vaga em obra dos presídios de quem tem parente presidiário ou com antecedentes criminais em prol da segurança pública, ou seja, o cidadão acima descrito é um risco iminente à segurança pública, é um criminoso em potencial: parente de bandido, bandido é ou será. Essa a conclusão a que podemos chegar. Ora, como contratar aquele cidadão, se ele é cunhado de preso, irmão de preso, vai na obra procurar meios de facilitar uma fuga, quiçá um motim? Vai esconder uma arma em meio às paredes que construir? Esse chega a ser o argumento utilizado. Tudo é feito em nome da segurança.

Entretanto, está o Estado punindo um cidadão por ter um parente preso, responsabilizando-o por ato de terceiro, estendendo a penalidade por um crime que não cometeu e que tem talvez tantas chances quanto qualquer um de nós de cometer. Seu crime: ser parente de presidiário, o que, para um desempregado de baixa renda no Brasil, não chega a ser um fato raro, já que grande parte da população carcerária é de baixa renda mesmo, mas nem por isso seus parentes podem ser tratados pelo Estado como presumíveis violadores da lei e atentadores à segurança pública.

Lombroso diria que determinadas feições fariam de alguém um potencial criminoso³. Há quem defenda até que a genética – o gene da violência – seria determinante no comportamento criminoso. Contudo, o Estado aqui foi além para nos fazer crer que o nome, o parentesco – consanguíneo ou afim – é que, por si só, é capaz de levar alguém a ser mais suscetível ao crime.

Por certo, foi-se o tempo em nossa sociedade em que o nome, o sobrenome, a estirpe, a linhagem eram capazes de ser tão determinantes na vida de uma pessoa. No século que estamos e com o desenvolvimento social conquistado, o que deve prevalecer é a

3 Referência a Cesare Lombroso, médico e cientista italiano autor de “O Homem Delinquente” (1876), defensor de ideias relativas ao “criminoso nato”, segundo as quais certas características somáticas determinam quais indivíduos seriam criminosos em potencial.

capacidade de cada um, suas habilidades, seu modo de vida, sua conduta, não o nome que ostenta.

O argumento da segurança pública não guarda pertinência alguma com a imposição feita na seleção do emprego nesse caso. Não há, como já exposto, correlação lógica entre a discriminação feita e o objetivo que se afirmou querer alcançar. Ademais, existem meios muito mais eficazes de se garantir a segurança nos presídios do que obstar uma vaga de pedreiro a parentes de presos: aumentar o efetivo de policiais e profissionais que laboram no presídio; qualificá-los; treiná-los; garantir-lhes um salário condigno; municiá-los com equipamentos mais eficazes de combate ao crime dentro dos presídios; melhorar a estrutura dos presídios e os métodos de reeducação e ressocialização dos presos; tornar mais rígida a fiscalização nas obras, essas sim, formas de garantir a segurança pública.

Chega a ser ingenuidade achar que facções criminosas precisam valer-se do emprego de parentes de presos para facilitar ou organizar motins. Se quiserem “plantar” alguém numa obra de penitenciária, têm tais facções dinheiro suficiente para “comprar” ou outros meios de obrigar alguém de ficha limpa e sem parentesco algum com presidiários a compactuar com seus objetivos e burlar qualquer fiscalização imposta.

Atualmente, cumpre repisar, há normas nacionais e internacionais vedando a discriminação ao presidiário e aos ex-presidiários, garantindo a valorização do trabalho do preso, ou seja, resguardando a pessoa e o trabalho do preso. Não se pode, por no mínimo coerência, discriminar então os *parentes* dos presos, negar-lhes acesso a qualquer emprego que seja por essa circunstância única: ser parente de preso ou pessoa com maus antecedentes. Do contrário, ser preso será melhor do que ser parente de preso, ser criminoso será melhor do que não ser, e mesmo assim ser tratado como se fosse.

Essa discriminação pode ser o prenúncio de tantas outras: por exemplo, parentes de presidiários não poderão fazer concurso para

delegado, para policial, para juiz? Ora, se presumirmos, preconcebermos, que parentes de quem comete delitos sejam criminosos em potencial, facilitadores de fuga e articuladores de motins, por consequência, não podem ocupar tais vagas nesses cargos...

Estão os familiares dos apenados para sempre segredados no mundo do trabalho, não bastasse a segregação social que em muitos casos já lhes é imposta? Não vale a pena ser cidadão honesto, ter bom currículo, ser profissional competente, se, em sua família, houver membro que tenha cometido ilícito penal?

Concluindo: a regra noticiada, no caso em apreço imposta pelo Estado de São Paulo – e possivelmente por outros estados no mesmo trilhar – para triagem de vagas em obras de seus presídios, nada mais é do que uma suposição cruel. Faz de um laço familiar elemento preponderante na busca por um emprego. Impõe uma sanção a quem nenhuma conduta ilícita pode ser atribuída.

Dessa forma, a conclusão aqui defendida é a de que há, nessa chamada precaução do Estado, uma prática discriminatória ilegal a ser combatida.

Referências

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. *Discriminação no trabalho em razão da situação familiar*. 2006. Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br/boletim-nov06/N14-061106.php>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIANA, Márcio Tulio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Tulio (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

Direitos humanos, gênero e políticas internacionais de combate à não discriminação da mulher no mundo globalizado

Renata Maria Barbosa

Pós-graduada em História do Século XX pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduada em licenciatura plena em História pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduanda em Direito Público pela Wpos-AVM Faculdade Integrada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Euroamericano (UNIEURO).

Resumo: O presente artigo propõe realizar uma discussão a respeito da inserção da mulher como sujeito de direitos humanos ao longo da história, preocupando-se com a análise contextual do quadro sociocultural surgido após a Segunda Guerra mundial e com as ações hodiernamente desenvolvidas por organismos internacionais que têm por objetivo eliminar, ou ao menos diminuir, as diferenças e os preconceitos com relação às conquistas sociais adquiridas pelas mulheres no decorrer da história.

Palavras-chave: Direitos humanos. Gênero. Ações internacionais. Mulheres.

Abstract: This article proposes to conduct a discussion about the inclusion of women as subjects of human rights throughout history, caring for the contextual analysis of socio-cultural framework emerged after the second world war and the actions undertaken by international organizations in our times that aim to eliminate or at least reduce the differences and prejudices regarding social achievements acquired by women throughout history.

Keywords: Human rights. Gender. International actions. Women.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de gênero e sua evolução histórica. 3 Ética, relações de gênero e direitos humanos: análise das declarações internacionais sobre o direito das mulheres. 4 Discriminação, gênero e as formas de combate ao preconceito contra a mulher: ações internacionais. 5 Conclusões.

1 Introdução

Ao longo da história da humanidade, pode-se identificar a distinção social entre homens e mulheres estabelecida entre as diversas culturas de diferentes sociedades. Desse modo, construiu-se, no decorrer dos tempos, um conceito de gênero que estabelecia as diferenças entre homens e mulheres. Cientificamente, este conceito começou a ser formulado ao longo do século XX, em que foram construídos três conceitos de gênero: a teoria unidimensional da determinação biológica do gênero, a teoria bidimensional e a teoria pluridimensional.

No desenvolvimento desses conceitos, a ideia de gênero evoluiu de uma concepção biológica de diferenciação dos sexos para uma análise mais complexa das distinções entre homens e mulheres, tendo como referências para esta distinção os aspectos culturais, políticos, biológicos, econômicos, psicológicos, entre outros.

Com o estabelecimento, após a Segunda Guerra mundial, da ideia de valorização dos direitos humanos como ponto norteador de políticas internacionais de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, as mulheres, que até este período possuíam tratamento jurídico desigual em relação ao gênero masculino, podem alcançar direitos de igualdade de gênero, pois passaram a ser reconhecidas como sujeitos possuidores de direitos fundamentais.

Documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José (1969) foram exemplos de acordos e declarações internacionais e continentais que estabeleceram o res-

peito à dignidade da pessoa humana, em que as mulheres, obviamente, estavam inseridas.

Convenções específicas relacionadas às mulheres foram emitidas após a década de 50 do século XX, como a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres (1953) e a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979). Essas convenções surgiram como parâmetro jurídico internacional para combater e proteger juridicamente possíveis discriminações contra o gênero feminino, possibilitando às mulheres garantias sociojurídicas de seus direitos fundamentais¹.

Atualmente, órgãos de atuação internacional e continental como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) promovem ações em âmbito internacional e regional de conscientização da não discriminação de gênero, elaborando estudos acadêmicos sobre as condições sociais, políticas, culturais e econômicas em que a mulher está inserida na sociedade global para levantar um diagnóstico social dessa condição e auxiliar as estruturas jurídicas dos Estados soberanos, organizando uma estrutura jurídica internacional que possa estabelecer princípios e parâmetros jurídicos para a padronização da universalização da igualdade de gênero.

2 Conceito de gênero e sua evolução histórica

O termo gênero tem origem no vocabulário inglês, em que descende da palavra inglesa *gender*, que significa um conjunto de pessoas pertencentes a um ou outro sexo. Sendo assim, gênero é um recurso utilizado para se referir à construção social desigual baseada na existência de hierarquia entre os sexos e as consequências que daí se originam. Essa diferença não é só conceitual; tem efeitos políticos, sociais e culturais (CORTÉS apud BARROS, 2005, p. 1).

¹ A respeito do tema sobre a proteção internacional específica dos direitos humanos elaborada após a Declaração de 1948, consultar o texto “Presente e futuro dos direitos do homem” (BOBBIO, 2004).

A teorização do conceito de gênero possui uma história que se inicia no começo do século XX, com a promoção da teoria conceitual unidimensional da determinação biológica de gênero, que diz:

[...] a natureza dos homens é diferente da natureza das mulheres, logo, a harmonia entre os distintos componentes do gênero, como traços de personalidade, atitudes, valores, preferências de comportamento, induz a conclusão de que o homem tem inclinações naturais para funções viris, e a mulher possui inclinações naturais para a esfera doméstica e privada, como evidencia a sua capacidade de ser mãe. Ocorre que a natureza não é a única responsável por esses componentes do gênero (BARROS, 2005, p. 1).

A partir do ano de 1960, constituiu-se a teoria bidimensional sobre o gênero, que se utilizou de uma ideologia de liberação, na qual as categorias tradicionais de masculino e feminino, com suas qualidades opostas e mutuamente excludentes, não constituem algo imposto de modo arbitrário à pessoa humana, pois reduz o seu potencial. Esta teoria defende a visão dualista de conceituação de gênero baseada na análise biológica e cultural entre os gêneros.

Nos anos 1980, com o aparecimento da teoria pluridimensional, a ideia de gênero foi associada à análise da dinâmica integral das ordens sociais relacionadas à categoria da sexualidade, envolvendo questões culturais, econômicas, políticas e psicológicas para análise das diferenças de gênero. No entanto, o desenvolvimento histórico-conceitual das ideias sobre gênero, produzido em um novo contexto sociocultural característico do período pós-Segunda Guerra mundial, atingiu socialmente as mulheres, contribuindo para mudanças em seus papéis sociais, como bem relata o trecho a seguir:

[...] o que mudou na revolução social não foi apenas a natureza das atividades da mulher na sociedade, mas também os papéis desempenhados por elas ou as expectativas convencionais do que devem ser esses papéis, e em particular as suposições sobre os papéis público das mulheres e sua proeminência pública (HOBBSAWM, 1995, p. 306-307).

A partir desse período específico da história mundial, a ideia da universalização dos direitos humanos ganhou grande repercussão, em que esses direitos fundamentais atingiram e englobaram as mulheres como sujeitos desses direitos, além de ter contribuído para a manifestação das mulheres em movimentos sociais de emancipação, reivindicando igualdades em relação à figura masculina em vários aspectos da vida social.

Assim, é nesse contexto de surgimento de novos direitos que atingiram o ser humano como um todo, sem distinção de sexo, cor, etnia e cultura, que foram nascendo as declarações e convenções, elaboradas em âmbito nacional, continental e internacional, que reconheceram a mulher como um ser humano possuidor de direitos fundamentais.

3 Ética, relações de gênero e direitos humanos: análise das declarações internacionais sobre o direito das mulheres

A partir do final da década de 40 do século XX, princípios ético-morais de reprovação autoritária dominaram a opinião pública internacional que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro do ano citado, determinou diretrizes principiológicas e jurídicas de promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, tendo seus ideais sido antecipados pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em nível continental, em abril de 1948.

Os documentos acima foram resultantes de uma política internacional de reconhecimento e proteção à pessoa humana. Antes, essa percepção possuía apenas uma dimensão nacional, estando sujeita aos princípios e aos objetivos de cada Estado-Nação sem a interferência de outros países.

A finalidade dessas declarações foi a de unir forças dos Estados soberanos que compartilhavam as mesmas ideias de reconheci-

mento da dignidade da pessoa humana fundamentadas na liberdade, na justiça e na paz mundial sob uma proteção política e jurídica em âmbito internacional como modo de garantir, efetivar e fiscalizar a normatização e a praticidade desses direitos fundamentais pertencentes a homens e mulheres.

Portanto, foi nesse contexto de proteção e valorização da pessoa humana que as mulheres foram sendo alvos de políticas internacionais específicas de promoção e garantia de direitos antes pertencentes ao gênero masculino, como o direito ao voto, por exemplo.

Então, com o surgimento de uma nova mentalidade favorável ao gênero feminino, foram concretizados em âmbito jurídico-político acordos internacionais que garantiram às mulheres o direito político e sua igualdade jurídica perante a hegemonia da figura masculina, em razão do reconhecimento da importância de seu papel sociocultural e econômico como sujeito ativo integrante da ordem social em nível nacional, continental e mundial. Essa ideia foi valorizada por meio da proclamação da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953, e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, como exemplos específicos da preocupação internacional e regional-continental com a afirmação dos direitos fundamentais ligados à figura feminina.

Sendo assim, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher surgiu com o propósito de executar o princípio que estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres descendente da Carta das Nações Unidas proclamada em dezembro de 1948, regulamentando, em seus arts. 1º, 2º e 3º, respectivamente, os direitos ao voto, às eleições e à ocupação de cargos públicos por mulheres², e os demais dispositivos regulamentam os procedimentos de adesão desta convenção pelos países membros.

2 Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher, “Artigo 1º: As mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição. Artigo 2º: As mulheres serão, em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleições, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição. Artigo 3º: As mulheres

Com o passar do tempo, em 1969, a comunidade continental americana promulgou um novo pacto de direitos humanos, a Convenção sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), visando ao fortalecimento da fiscalização e da defesa dos direitos fundamentais e estabelecendo a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sua Corte Interamericana. Essas instituições possuem a competência de conhecer sobre os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes dessa convenção, constituídos como órgãos fiscalizadores e julgadores dos Estados-Membros que, possivelmente, venham a infringir alguma regra estabelecida. Portanto, torna-se necessário ressaltar a importância da Comissão de Direitos Humanos para a fiscalização e a promoção dos direitos fundamentais, como declara o artigo 41 da Convenção Americana de 1969:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcione informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender as consultas que, por meio da Secretária Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º

terão, em condições de igualdade, o mesmo direito que os homens de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas estabelecidas em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição”.

desta Convenção e; g) apresentar um relatório anual a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Esses mecanismos de proteção e fiscalização dos direitos humanos no continente americano promovidos pela Comissão e a Corte Interamericana em relação aos Estados membros funcionam em benefício da garantia e da proteção jurídica dos direitos fundamentais de homens e mulheres.

No entanto, a verificação de constantes atos de discriminação, principalmente contra as mulheres, fez surgir, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esta convenção foi cercada por princípios de valoração da contribuição da mulher para o bem-estar da família e o progresso da sociedade, a importância social da maternidade e o papel desempenhado por ambos os pais na família e na educação dos filhos e da consciência de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação, desejando-se modificar o papel social tradicional exercido por homens e mulheres, alcançando a execução de igualdade entre estes. Dessa maneira, esta convenção estabelece, em seu artigo 1º, que:

[...] a expressão discriminação contra as mulheres significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Definido o conceito de discriminação contra a mulher, seguem nesta convenção dispositivos que tratam da adoção de medidas apropriadas atribuídas aos Estados-Partes de inibição a qualquer tipo de discriminação, garantindo juridicamente às mulheres os seus direitos civis, educacionais, sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, políticos, matrimoniais, familiares, como também os direitos à representação pública internacional, à nacionalidade, à saúde, entre outros.

Dessa forma, destaca-se a preocupação desta convenção, em seu artigo 6º, em tratar sobre medidas de combate ao tráfico e à exploração de mulheres³ e, no artigo 14º, acerca dos direitos da mulher da zona rural⁴, destacando a sua importância para a sociedade como um todo.

Para proteger e fiscalizar, como também para promover políticas de combate à não discriminação contra a mulher, a convenção criou em seu corpo de normas o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Este órgão institucional é um exemplo de ações internacionais de combate a todas as formas de discriminação contra a figura feminina no mundo. Outros órgãos internacionais, como a OIT, também promovem políticas semelhantes, contribuindo para a

3 Artigo 6º: “Os Estados-Partes tomarão todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres”.

4 Artigo 14: “1. Os Estados-Partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pelas mulheres do campo e o importante papel que elas desempenham na subsistência econômica de suas famílias, principalmente pelo seu trabalho em setores não-monetários da economia, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção às mulheres das zonas rurais. 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, a sua participação no desenvolvimento rural e seus benefícios, e em particular assegurar-lhe-ão o direito de: a) participar plenamente da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis; b) ter acesso aos serviços médicos adequados, incluindo informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar; c) beneficiar-se diretamente dos programas de previdência social; d) receber todos os tipos de educação e de formação, acadêmica e não acadêmica, inclusive os relacionados a alfabetização funcional, e de poder beneficiar-se de todos os serviços comunitários de extensão, a fim de aprimorar a sua competência técnica; e) organizar grupos de auto-ajuda e cooperativas a fim de obter igualdade de acesso as oportunidades econômicas através de trabalho assalariado ou independente; f) participar de todas as atividades comunitárias; g) ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, assim como os serviços de comercialização e as tecnologias apropriadas, e de receber um tratamento igual nos projetos de reforma agrária e de reassentamento; h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente no que diz respeito à habitação, saneamento, fornecimento de eletricidade e abastecimento de água, transporte e comunicação”.

universalização da valorização da mulher como sujeito de direitos humanos na atividade laboral.

4 Discriminação, gênero e as formas de combate ao preconceito contra a mulher: ações internacionais

Em razão da criação de novas necessidades socioculturais que atingiram as mulheres ao longo do tempo, com o desenvolvimento da sociedade global, surgiram, conseqüentemente, políticas nacionais, regionais e internacionais de combate à não discriminação do gênero feminino.

Dessa maneira, tomaremos como referência para o estudo deste artigo as políticas de cunho regional e internacional implementadas pelo IIDH, em conjunto com o Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL), e pela OIT, concernentes ao combate sobre todas as formas de preconceito contra a mulher.

Logo, surgiu um projeto no final da década de 90 do século XX denominado “Os Direitos Humanos das Mulheres: fortalecimento de sua promoção e proteção internacional”. Esse projeto, formulado pelo IIDH em parceria com o CEJIL, implementou um processo específico de capacitação de advogadas de organizações dedicadas à defesa dos direitos das mulheres na América Latina e no Caribe, dirigido com base no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essa ideia surgiu com o intuito de promover a aliança entre os estudos acadêmicos sobre os direitos da mulher com o propósito de instruir os profissionais da área jurídica para que possam defender e promover na prática social os direitos humanos pertencentes às mulheres. Então, o objetivo principal do projeto é:

Esta publicación recoge la sistematización de un proceso teórico-práctico de educación continua con profesionales en Derecho, emprendido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), en conjunto con otros organismos de derechos humanos, durante aproximadamente cuatro años (IIDH, 2004, p. 3).

O CEJIL auxilia o IIDH dando-lhe assistência jurídica em decorrência de sua vasta experiência prática em litígios de casos referentes à defesa dos direitos do gênero feminino, contribuindo para facilitar a assistência técnica à instituição acadêmica na preparação de estudos de caso que versem sobre conflitos sociojurídicos que envolvam mulheres.

Entendemos que os sistemas jurídicos nacionais e internacionais são os principais espaços de combate da discriminação contra a mulher e de reivindicação de qualquer forma de violência e segregação por motivos de gênero. O IIDH e o CEJIL elaboraram uma estratégia inovadora e original de inibição ao desrespeito dos direitos fundamentais femininos, como revelam alguns aspectos que constituem a originalidade dessa experiência e seus propósitos de atuação:

a) Fue concebida como un proceso de formación continua dirigida a profesionales en Derecho cuya área general de acción son los os derechos humanos em Latinoamérica. Su naturaleza procesal tompe y enriquece el concepto de “capacitación” que ha privado en los organismos de derechos humanos, que por lo general busca transmitir información que posteriormente será aplicada en el desarrollo de actividades y tareas. Los procesos formativo-educativos llevados a cabo en esta experiencia tienen como propósito y método, además, la incidencia política en los sistemas de protección de los derechos humanos o en espacios donde se imparte justicia o se aprueban políticas públicas y legislación. La formación para la defensa y para la incidencia en la búsqueda y promoción de cambios sociales no se logra mediante acciones aisladas y esporádicas. Debe tratarse, más bien, de un proceso amplio y continuado que articule la transmisión de conocimientos, junto con una reflexión teórica y crítica acerca de la capacidad que los mismos tienen para ser transformados en acciones estratégicas para incidir em situaciones de violación de los derechos humanos, así como en las instancias responsables de protegerlos; b) El proceso formativo estuvo sustentado em dos componentes claramente diferenciados que responden al enfoque procesal que tuvo la experiencia: b.1) La apropiación crítica por parte de las participantes, en su mayoría activistas de los derechos humanos de las mujeres, de conocimientos sobre doctrina

y procedimientos de documentación para la presentación de casos por discriminación de género ante el Sistema Interamericano y; b.2) La incidencia del proceso formativo, a través de SUS participantes, en el propio Sistema para impulsar cambios significativos a favor de las mujeres y contribuir a la generación de jurisprudencia interamericana con perspectiva de género; c) La estrategia de trabajo se apoyó en una alianza con el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), organismo regional con larga trayectoria en el litigio de casos y la promoción de los derechos humanos ante el Sistema Interamericano; e igualmente con organizaciones feministas y organizaciones de derechos humanos nacionales, interesadas en la formación de cuadros profesionales para la defensa de los derechos humanos de las mujeres. De esta manera, el IIDH propició el esfuerzo conjunto de diversos organismos en áreas donde la institución no puede intervenir (v.g la defensa), así como la creación de nuevos espacios donde influir y apoyar con la formación de cuadros especializados de denuncia y la documentación de casos (IIDH, 2004, p. 4-5).

Portanto, o IIDH, em ações conjuntas com o CEJIL, tem-se esforçado em promover políticas educacionais com alcance internacional para fortalecer o respeito e a prática social dos direitos humanos da mulher:

Uma parte significativa de estos esfuerzos se ha dirigido a fortalecer procesos educativos que coadyuven a acrecentar la obervancia de los derechos humanos de las mujeres por parte de los organismos de derechos humanos y de Sistema Interamericano, permitiendo al mismo tiempo validar y difundir diversas propuestas metodológicas innovadoras. Dichas propuestas incorporan nuevas maneras de concebir y practicar los derechos humanos, bajo una concepción globalizadora e integral que se propone educar para la autonomía; para que mujeres y hombres incorporen formas nuevas relación en su vida cotidiana que promuevan la justicia, la tolerancia, la dignidad, la igualdad y la equidad (IIDH, 2004, p. 6).

Então, para que esses esforços fossem alcançados na prática, fez-se necessária a união entre organismos internacionais, regio-

nais e nacionais públicos e privados, em que estes puderam trocar informações e experiências mediante organização de conferências em nível nacional, regional e internacional a fim de programar e regulamentar ações internacionais de proteção e promoção dos direitos fundamentais das mulheres.

No entanto, a OIT também promove ações internacionais de proteção aos direitos fundamentais das mulheres, mas este órgão internacional concentra essas ações na área trabalhista, tendo como finalidade principal o combate à desigualdade de gênero como pressuposto para o trabalho decente.

Assim, a OIT desenvolve, com a Organização das Nações Unidas (ONU), ações de cunho internacional favoráveis à igualdade de gênero, recebendo apoio de instituições financeiras como o Banco Mundial, entre outras:

La OIT ha sido precursora entre los organismos de las Naciones Unidas em reconocer que, aunque el fin último de dedicar esfuerzos a La igualdad de género es la justicia social, también hay sólidas razones de orden económico que lo justifican. Aparte del Banco Mundial, la OIT fue uno de los primeros organismos de las Naciones Unidas en utilizar el argumento del estudio de viabilidad comercial junto con el argumento basado em los derechos. Este enfoque se promueve ahora en foros como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), así como en recientes políticas, estrategias y planes de acción sobre cuestiones de género de organismos de las Naciones Unidas como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Pnud), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)” (OIT, 2009, p. 21).

Portanto, a OIT, em parceria com as instituições supracitadas das Nações Unidas, é exemplo de política internacional que auxilia a sociedade global a buscar e a entender que se deve promover e respeitar a proteção jurídico-social da igualdade de gênero.

Logo, o plano de ação da OIT sobre a igualdade de gênero se reflete na seguinte mentalidade:

El Plan de acción de la OIT sobre la igualdad de género pide que en todas las políticas, estrategias y programas se lleve a cabo un análisis explícito y sistemático de las distintas necesidades de las mujeres y los hombres. Para ello se ha de efectuar un análisis comparativo de la situación de las mujeres e los hombres en el mundo del trabajo y en mercado laboral. Al mismo tiempo, en el Plan se reconoce la necesidad de realizar intervenciones selectivas cuando uno u outro sexo se enfrenten a desventajas sociales, políticas o económicas. En el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la situación de la mujer en el Sistema das Naciones Unidas, presentado AL sexagésimo tercer período sesiones de la Asamblea General, se reconoce que el Plan, mediante el cual se refuerzan los mecanismos de rendición de cuentas y de supervisión, es una buena práctica (OIT, 2009, p. 22).

Dessa forma, esse plano de ação procura entender quais são as necessidades distintas de homens e mulheres, comparando analiticamente as situações dos gêneros no mundo do trabalho e no mercado global. É por meio da Auditoria Participativa do Gênero que a OIT obtém experiência de aprendizagem sobre quais são as situações em que se encontram os países integrantes das Nações Unidas em matéria de gênero. Sendo assim, a auditoria aconselha as instituições desses países como orientar suas políticas de igualdade de gênero para que estes possam traduzi-las em aplicações diretas sobre a sociedade para a igualdade entre homens e mulheres na área do trabalho:

En el decenio pasado la propia OIT experimentó una transformación institucional en lo que concierne a la incorporación de la igualdad de Género en todos los aspectos de su mandato. La OIT está cumpliendo con éxito su compromiso de prestar asistencia a sus propios mandantes y funcionarios para que lleven a cabo una nueva evaluación de las dimensiones de género de su trabajo, esfuerzo en el que desempeña un papel central la auditoría de género participativa de la OIT, que es una herramienta única para evaluar

y supervisar el logro de la igualdad de género tanto dentro de la Organización como en el mundo del trabajo (OIT, 2009, p. 22).

Entretanto, as ações internacionais de igualdade de gênero promovidas por instituições ligadas ou não às Nações Unidas e à OIT necessitam de apoio social e jurídico para que suas políticas e ações sejam concretizadas no mundo real.

Assim, possuímos o entendimento de que perduram na sociedade global interesses econômicos e sociais que privilegiam o capital, ou seja, valoriza-se o lucro em detrimento de melhorias das condições sociais, principalmente no que diz respeito às mulheres que sofrem a todo o momento diversos tipos de violência e discriminação, especialmente no mercado de trabalho.

Em contrapartida, a OIT tem por finalidade o compromisso de combater a violência contra mulheres e crianças, como revela o parágrafo abaixo:

El compromiso de la OIT para combatir la violencia contra las mujeres y las niñas, se basa, en primer lugar, en el principio de gobernanza del respeto de las normas jurídicas y morales imperantes, y en segundo lugar, en la toma de conciencia de que toda política eficaz en este ámbito debe incluir una dimensión laboral. El carácter tripartito de violencia: el mundo del trabajo. Los trabajadores de los sectores donde predominan las mujeres, como los servicios de salud, los servicios sociales y el trabajo doméstico, se quejan de sufrir altas tasas de violencia. Únicamente en los servicios de salud, un sector en el que el 80 por ciento de los trabajadores son mujeres, los incidentes violentos representan el 25 por ciento de toda la violencia en el lugar de trabajo. En el sector del comercio minorista, las lesiones mortales ocasionadas por actos de violencia están aumentando en muchos países, y representan un alto porcentaje de las víctimas mortales femeninas (OIT, 2009, p. 42).

Então, com esta proposta de ação em favor da promoção da igualdade de gênero, a OIT entende que a eliminação da discriminação por motivos de sexo, a liberdade de associação sindical, a seguridade social, melhor remuneração e a efetiva relação entre trabalho e família, como elementos-base da promoção da digni-

dade da pessoa humana entre homens e mulheres, devem ser tidos como metas principais dos países que adotam a democracia como exercício de governo social-igualitário.

5 Conclusões

A trajetória histórica da inclusão da mulher como detentora de direitos humanos teve como ponto inicial e crucial a constituição de novos valores ético-morais construídos após a derrota dos Estados totalitários (Alemanha e Itália) na Segunda Guerra mundial, dando surgimento à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração de 1948 reconheceu a toda a pessoa humana os direitos à vida, à igualdade, à dignidade humana, bem como os direitos de primeira geração, os chamados direitos civis e políticos, e os direitos de segunda geração, os conhecidos direitos sociais, aos indivíduos que até então não tinham esses tipos de direitos reconhecidos ou, pelo menos, não tinham garantida a sua eficácia social e/ou jurídica.

Logo, a partir da década de 1950, foram criadas convenções específicas para a proteção dos direitos humanos referentes à figura feminina, como as já mencionadas Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953, e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

Essas convenções surgiram em decorrência da manutenção de uma mentalidade sociocultural baseada na não discriminação de gênero, em que, ainda na sociedade global, ou mais especificamente nas sociedades da América Latina, mantinha-se o pensamento de que as mulheres deveriam ocupar determinadas funções sociais que foram dedicadas a elas, como as funções domésticas, por exemplo.

Assim, políticas públicas internacionais de combate à não discriminação da mulher foram sendo desenvolvidas por organismos internacionais e regionais-continentais, como a OIT e o IIDH, em conjunto com o CEJIL, desenvolvendo estes mecanismos de ação direta para a inclusão da mulher no mercado de trabalho, no caso dos trabalhos da OIT, e de respaldo jurídico e de conhecimento para os operadores do Direito, como os advogados, no caso do IIDH e do

CEJIL, para que estes estejam preparados para contribuir para a efetivação social dos direitos humanos específicos dedicados as mulheres.

Então, o IIDH e o CEJIL promovem políticas de promoção e proteção dos direitos das mulheres, dando ênfase a estudos acadêmicos sobre a situação sociocultural e jurídica em que estão inseridas, bem como cursos de especialização na área jurídica para os operadores do Direito que trabalham especificamente ou não na defesa dos direitos das mulheres, em que o CEJIL presta assistência jurídica tanto ao IIDH como também a mulheres que desejem se informar sobre os direitos a que a elas pertencem.

Na área trabalhista, a OIT elabora políticas de inclusão da mulher no mercado de trabalho tendo em vista a diminuição das desigualdades de gênero, marcadamente acentuada na área laboral. Dessa forma, a Organização Internacional do Trabalho organiza conferências nacionais e internacionais de divulgação e discussões acerca do tema relativo às relações de gênero no trabalho com o intuito de estabelecer acordos internacionais de elaboração de políticas não discriminatórias contra a mulher, fazendo com que os países incorporem em seus respectivos ordenamentos jurídicos ideais que promovam a proteção e o exercício das ideias de igualdade de gênero na prática social.

Portanto, entende-se que a evolução do conceito de gênero ao longo do tempo sofreu a influência direta de transformações socioculturais que ocorreram, principalmente, como reação aos horrores da Segunda Guerra mundial, permitindo a consolidação da ideia de direitos humanos como referência para a reformulação dos ordenamentos jurídicos dos países que sofreram neste período a ação do autoritarismo estatal.

Nesse contexto, o ser humano, de modo geral, e, em particular, a mulher, passou a ser visto como sujeito dos direitos fundamentais sem qualquer distinção, em que a política de gênero tomou grande importância como meio de garantir a igualdade jurídica e social entre homens e mulheres conquistada ao longo da história e materializada por instrumentos jurídicos internacionais, nascidos do pós-guerra.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho*. Palestra proferida no 1º Congresso Internacional sobre Mulher, Gênero e Relações de Trabalho. Goiânia, 5 a 7 de maio de 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CONFERENCIA Internacional del Trabajo, 98. 2009. La igualdad de género como eje del trabajo decente. *Informe VI*, Ginebra, 2009.

DHNET. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/>>.

HOBBSBAWM, Eric. *A era dos extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO Interamericano de Derechos Humanos. *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Las organizaciones de empleadores lideran la acción sobre la igualdad de género: estudios monográficos de 10 países*. Ginebra, 2008.

Sistema de cotas para acesso à universidade pública: uma análise acerca da constitucionalidade do Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Karla Alessandra Jezini

Servidora do Ministério Público da União (MPU) na Procuradoria de Justiça Militar em Manaus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

Resumo: O Sistema de Cotas para acesso à universidade pública consiste na reserva de vagas em instituições de ensino superior (IES) para grupos desfavorecidos, frutos dos problemas de ordem social, econômica, racial e cultural enfrentados em nosso país. Visando a atenuar às desigualdades entre classes sociais, a adoção deste mecanismo como medida de política pública tornou-se frequente entre as universidades públicas brasileiras, porém, sua implementação foi recebida com resistência pela sociedade em geral, o que tornou o assunto bastante polêmico. A controvérsia do tema gira em torno da aplicação do princípio da igualdade, o qual apresenta duas facetas: a acepção formal e a acepção material. A primeira baseia-se na igualdade pregada literalmente na lei, portanto, defende que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A segunda fundamenta-se na promoção efetiva da igualdade e por isso busca considerar as peculiaridades de cada caso concreto, visando atingir, dessa forma, o conceito concreto de igualdade concebido por Aristóteles: “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. O presente artigo aborda a dialética que envolve esta problemática, delimitando-se a tratar especificamente sobre a constitucionalidade do Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas.

Palavras-chave: Direito à educação. Sistema de Cotas. Princípio da igualdade. Constitucionalidade. Discriminação positiva.

Abstract: The Quota System for access to public university is the reservation of seats in institutions of higher education for disadvantaged groups due to the problems of social, economic, racial and cultural problems faced in our country. To minimize the gap between social classes, the adoption of this mechanism as a measure of public policy has become common among the Brazilian public universities, but its implementation was met with resistance by society in general, which made the issue more controversial. The controversy revolves around the theme of applying the principle of equality, which has two facets: the meaning formal and material sense. The first is based on literally preached equality in law, therefore argues that all are equal before the law, without distinction of any kind. The second is based on the effective promotion of equality, and therefore seeks to consider the peculiarities of each case, to achieve in this way, the concrete concept of equality given by Aristotle: “We must deal also with equal and unequals unequally, in measure of its inequities”. This article addresses the dialectic surrounding this issue, limiting itself to specifically address the constitutionality of the quota system adopted by the State University of Amazonas.

Keywords: Right to education. Quota System. Principle of equality. Constitutionality. Positive discrimination.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistema de Cotas: ação afirmativa adotada como medida de política pública para combater as desigualdades. 3 Sistema de Cotas para acesso à universidade pública à luz dos princípios e dispositivos constitucionais. 4 Reserva de vagas na Universidade do Estado do Amazonas e seu amparo legal. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Sistema de Cotas é uma ação afirmativa adotada pelo Poder Público que cria reserva de vagas em instituições públicas e privadas para determinados segmentos sociais, visando atenuar desigualdades e acelerar o processo de inclusão social de grupos à margem da sociedade.

Tendo em vista que a implementação do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública foi recebida com muita resistência e obje-

ções pela sociedade brasileira, faz-se necessário um estudo analítico acerca dos pontos controversos que giram em torno do assunto, para que posteriormente possamos concluir sobre sua constitucionalidade.

Considerado como uma via de mão-dupla, o processo de inclusão social de grupos desfavorecidos utilizado pelo Sistema de Cotas pode culminar num efeito de discriminação reversa, pois, a partir do momento em que se reservam vagas para incluir os desfavorecidos, excluem-se os favorecidos. Diante desse argumento, conclui-se que o Sistema de Cotas é um mecanismo falho, uma vez que tenta combater as desigualdades por meio do tratamento desigual, incluindo uns e excluindo outros. Visualizando a situação por este ângulo, é provável que formemos uma opinião contra o Sistema de Cotas. No entanto, o conhecimento aprofundado sobre o assunto nos mostra que a mesma situação pode ser percebida sob outra ótica, pois o tratamento desigual aqui questionado deve ser proporcional às condições de desigualdades existentes entre os dois grupos (favorecidos e desfavorecidos). Para chegar a uma conclusão, prosseguiremos analisando os aspectos jurídicos que envolvem o tema.

A República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito que se fundamenta em princípios, objetivos e direitos fundamentais, conforme determina a Constituição Federal (CF) brasileira.

Entre os princípios fundamentais, encontramos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que são essenciais para que o país concretize seus principais fundamentos.

Destacam-se entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 3º da CF:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao versar sobre os direitos fundamentais no art. 5º, *caput*, a Constituição do Brasil garante a todos os brasileiros, entre outros, o direito à igualdade. E, no rol dos direitos sociais, em seu art. 6º, encontramos o direito à educação, também assegurado no art. 205, que versa sobre a Ordem Social, sendo relacionado como um dos elementos essenciais para garantir bem-estar e justiça social ao povo brasileiro.

Ao tratar teoricamente sobre a instituição do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública, percebe-se, visivelmente, num primeiro momento, que o assunto pode ser fundamentado juridicamente nos dispositivos constitucionais supracitados, visto que o tema em tela está intimamente relacionado ao que a Constituição Federal prega: cidadania, dignidade humana, direito à educação, direito à igualdade, justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, redução das desigualdades e combate a qualquer tipo de discriminação. No entanto, sua implementação tornou o assunto bastante polêmico e com grande repercussão social.

O cerne da questão pauta-se na aplicação do princípio da igualdade. A igualdade na sua acepção formal prega o previsto na Constituição Federal, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Já a igualdade na sua acepção material defende tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e estabelecer um tratamento desigual para pessoas que estejam em situações desiguais. A controvérsia encontra-se na concepção de igualdade que cada um adota, enquanto uns são a favor da igualdade “estática” de todos perante a lei, outros apoiam a ideia de igualdade efetiva e justa, questionando o tratamento igual para pessoas em condições desiguais.

A falta de igualdade no acesso à educação superior viola dois dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente: o direito à educação e o direito à igualdade. O Estado brasileiro, ao deixar de garantir o direito de educação a todos os cidadãos e ao propiciar um ensino básico de qualidade inferior aos menos favorecidos, sente-se na obrigação de adotar medidas que amenizem essa situação precária. O acesso restrito à educação e o ensino de qualidade inferior oferecido nas escolas da rede pública resultam no grande abismo socioeconômico e cultural entre as classes sociais de nosso país, visto que os cidadãos de posse tendem a pagar por um ensino de melhor qualidade, enquanto os cidadãos menos favorecidos não possuem condições financeiras para isso. Além disso, é sabido que ainda hoje existe uma parcela da população à margem do acesso à educação: os analfabetos.

A negligência com uma educação básica de qualidade tem como resultado cidadãos despreparados para cursar o ensino superior e, ainda, profissionais desqualificados para o mercado de trabalho. Isso traz à tona uma crítica muito válida para o Estado, pois reservar vagas nas instituições de ensino superior para os desfavorecidos socialmente não é o suficiente para resolver o problema em questão. Essa medida é apenas corretiva e, por isso, insuficiente para solucionar um problema social desta dimensão, posto que não atinge a causa do problema. A solução mais eficaz neste caso é garantir o direito constitucionalmente previsto, uma educação básica de qualidade a todos os brasileiros, o que conseqüentemente acarretará no acesso à universidade pública sem que haja necessidade de reserva de vagas.

O Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), igualmente a todos os outros programas de reserva de vagas para acesso à universidade pública no Brasil, já foi e ainda continua alvo de discussões judiciais acerca de sua constitucionalidade. Até mesmo tramitou pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Ministério Público Estadual do Amazonas questio-

nando a constitucionalidade da Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, que instituiu o Sistema de Cotas na Universidade do Estado do Amazonas. Essa lei estadual visou a atender às necessidades regionais, trazendo como grande diferencial a tutela do direito à igualdade de condições para acesso à educação de nível superior a um grupo de desfavorecidos peculiar da região: o *caboclo* habitante do interior do Estado.

O presente artigo apresenta um panorama geral acerca do tema Sistema de Cotas, aponta os aspectos jurídicos inerentes ao assunto, aborda os pontos controversos geradores de polêmica, destaca a implementação do Sistema de Cotas na Universidade do Estado do Amazonas e finaliza confrontando argumentos contra e a favor desta medida, no intuito de contribuir para que ela seja aplicada de forma eficaz e, com isso, atinja seu objetivo maior: a igualdade efetiva e justa.

2 Sistema de Cotas: ação afirmativa adotada como medida de política pública para combater as desigualdades

Ação afirmativa é a medida adotada tanto por particulares quanto por entidades públicas para combater desigualdades de qualquer natureza – social, econômica, racial ou cultural – sofridas por grupos desfavorecidos em decorrência do processo histórico-cultural vivido no período colonial. Esta medida é chamada também de discriminação positiva, uma vez que defende a aplicação do tratamento diferenciado para suprir as desigualdades existentes entre grupos em situações desiguais. Nesse caso, o tratamento é desigual visando a promover ao grupo o direito que é seu e está sendo lesado. Bem diferente da discriminação negativa, que deixa o cidadão à margem da sociedade e com seus direitos lesados.

Como bem define Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 40), grande estudioso acerca do tema, ação afirmativa é:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à

discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Na conceituação de Ellis Cashmore (2000, p. 31), as ações afirmativas:

são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos.

Para a ilustre professora Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), a ação afirmativa é a tentativa mais avançada de concretização do princípio jurídico da igualdade:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Para Eurípedes de Oliveira Emiliano (2008, p. 1):

As políticas de ação afirmativa são iniciativas que visam favorecer grupos ou segmentos socialmente inferiorizados, mediante a adoção de planos e programas que ofereçam oportunidades de acesso a empregos, cargos e espaços sociais, políticos e econômicos.

Segundo Dayse Coelho de Almeida (2004, p. 1):

Ações afirmativas significam a implementação ou incremento de políticas de discriminação positiva, tendo por objetivo central revisar o conteúdo sociológico e jurídico, vislumbrando colocá-lo num patamar de aplicabilidade real. Ação afirmativa é um gênero da qual a política de cotas faz parte.

Conforme Gomes (2001, p. 131), a ação afirmativa nada mais é do que um meio para alcançar a concretização da igualdade material:

Na busca da efetividade da justiça social, surgem em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Direito Internacional, a previsão de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”.

A legislação brasileira adota atualmente ações afirmativas como medida de políticas públicas para combater a discriminação negativa, tratando de forma diferenciada alguns grupos em situações desfavoráveis, como, por exemplo: Decreto-Lei n. 5.452/1943 (Consolidação das Leis de Trabalho – CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas e estabelece, em seu art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres; Lei n. 8.112/1990, que prescreve, em seu art. 5º, § 2º, cotas de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união; Lei n. 8.213/1991, que fixou, em seu art. 93, cotas para os portadores de deficiência no setor privado; Lei n. 8.666/1993, que preceitua, em seu art. 24, XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência; Lei n. 9.504/1997, que preconiza, em seu art. 10, § 2º, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias.

Verifica-se que as ações afirmativas surgiram a partir do momento em que se notou que não bastava ao Estado apenas com-

bater a discriminação, mas este deveria atuar positivamente no sentido de reduzir as desigualdades sociais, promovendo desta forma uma transformação no comportamento da sociedade.

Para Emiliano (2008, p. 1): “As políticas de ação afirmativa surgiram nos Estados Unidos a partir da década de 1960, constituindo uma forma de resultado da luta pelos direitos civis, especialmente destinado a promover a igualdade racial na sociedade norte-americana”.

Segundo Menezes (2001, p. 87):

o termo ação afirmativa foi utilizado pela primeira vez em 1961, pelo presidente John F. Kennedy, dois meses após assumir a presidência dos Estados Unidos, ao expedir a Executive Order n. 10.925. Esse ato normativo obrigava os empregadores a adotar a ação afirmativa para assegurar que os empregados fossem contratados sem consideração de raça, credo, cor ou nacionalidade.

Conforme Rocha (1996, p. 285), ação afirmativa:

passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desiguados social e, por extensão, juridicamente.

O objetivo da ação afirmativa é combater a discriminação negativa, ou seja, a desigualdade arbitrária de qualquer natureza, valendo-se de uma conduta de discriminação positiva, para alcançar a concretização efetiva da igualdade material.

Acerca dos objetivos das ações afirmativas, Gomes (2001, p. 136), faz as seguintes observações:

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até agora ousaram negar.

Por meio da ação afirmativa, o desfavorecido em determinada situação alcançará a igualdade de oportunidade para ter acesso aos seus direitos fundamentais de cidadão.

Vale esclarecer a confusão conceitual existente entre Sistema de Cotas e ação afirmativa. O Sistema de Cotas é uma das formas de ação afirmativa que o Estado pode adotar. Sobre o assunto, Emiliano afirma (2008, p. 1):

É importante salientar que as ações afirmativas não devem ser confundidas e nem se limitam às quotas. A rigor, a ação afirmativa é um gênero da qual a política de quotas faz parte. Nesse sentido, Gomes (2001a, p. 40) assinala:

“A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se a ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa”.

As cotas se constituem na forma mais usual de ação afirmativa e, também, na mais polêmica, na medida em que excluem direitos de pessoas privilegiadas para favorecer os oprimidos. Por meio das cotas, incluem-se as minorias em espaços a que antes não tinham acesso.

No Brasil, as propostas de implementação de cotas em vestibulares surgiram em razão de consideráveis desníveis nos indicadores da educação, sendo a Universidade do Estado do Rio de Janeiro

(UERJ) a instituição pioneira na aplicação dessa política, posteriormente adotada em instituições como a Universidade de Brasília (UnB), a Universidade de Campinas (UNICAMP), entre outras.

3 Sistema de Cotas para acesso à universidade pública à luz dos princípios e dispositivos constitucionais

O texto constitucional apresenta em seus dispositivos princípios e direitos que servem de embasamento para a adoção de ações afirmativas tanto por parte do Estado quanto por parte dos particulares.

Nesse sentido, Menezes (2001, p. 153) assinala:

No caso particular do ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional, como visto, é pródigo em previsões que favorecem a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações racistas e discriminatórias, tornando viável a implementação de políticas de ação afirmativa. Da mesma forma, os princípios jurídicos que foram incorporados à Carta de 1988 permitem uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade jurídica, afastando-o significativamente da mera igualdade formal perante a lei, apesar de o caput do art. 5º, se analisado isoladamente, sugerir uma orientação restritiva.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 1º, constituiu a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito e contempla entre seus princípios fundamentais: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, os quais só poderão ser exercidos plenamente por cada brasileiro por meio do acesso à educação. É importante observar que cada princípio deste tem relação estreita com o tema proposto.

Estado Democrático de Direito é aquele que submete seus mandatários políticos às leis promulgadas, limitando o exercício do Poder Estatal ao ordenamento jurídico vigente no país. Além da submissão à lei, o Estado deve submeter-se à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Este princípio fundamental é um

dos motivos pelos quais a constitucionalidade do Sistema de Cotas está sendo questionada, uma vez que nosso Estado submete-se a um ordenamento jurídico do qual a Constituição Federal é a Lei Maior e por isso deve ser respeitada.

Quanto à democracia no Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva (2009, p. 119) aponta:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos; participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o pleno exercício.

A cidadania está relacionada aos direitos políticos do homem, este princípio é de fundamental importância para nosso Estado, pois é por meio dele que se exerce a democracia acima mencionada. Vale ressaltar que a cidadania tem duas facetas: a ativa e a passiva. A ativa consiste no poder de escolher o governante; já a passiva é estar apto a ser escolhido. Portanto, para exercer a plena cidadania, o indivíduo tem de ter o poder de escolha e também tem de estar apto a ser escolhido. Ressalva-se que nem sempre o cidadão ativo pode ser passivo também, uma vez que a própria Constituição prevê que o analfabeto inscrito como eleitor é um cidadão ativo, porém, por ser sujeito inelegível, não tem a cidadania passiva. Então, podemos concluir que a educação básica, além de ser dever do Estado, é condição crucial para o exercício pleno

da cidadania. E, quanto maior o grau de escolaridade e instrução do eleitor, melhor ela será exercida.

Segundo Silva (2009, p. 104), a cidadania prevista no art. 1º da CF apresenta um sentido mais abrangente que o exercício dos direitos políticos:

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conecta-se com o conceito de soberania popular, com os direitos políticos e com o conceito de dignidade da pessoa humana, com objetivos da educação, como base e meta essencial do regime democrático.

A dignidade da pessoa humana é o maior direito fundamental regulamentado pela Carta Magna, pois ele engloba todos os outros direitos fundamentais, inclusive a igualdade e a educação, que se encontram em destaque na discussão do Sistema de Cotas.

De acordo com Silva (2009, p. 105), a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Como já mencionado, destacam-se entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos em seu art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sobre este dispositivo e sua relação com a temática em questão, vale destacar o comentário de Rocha (1996, p. 85):

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente nos três incisos acima transcritos, do art. 3º, da Lei Fundamental da República, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade.

Com base nesse entendimento, pode-se dizer que a Constituição Federal propõe uma transformação social para a República Federativa do Brasil, visando, mediante essas ações, a alcançar uma sociedade igualitária, o que também é objetivo do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública. Segundo Silva (2009, p. 105-106):

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais têm origem em textos constitucionais liberais, sendo estes positivados após a Revolução Francesa, movimento que tinha como lema a igualdade, a liberdade e a fraternidade.

De acordo com o professor Vicente de Paulo (apud MAIA, 2006, p. 101), os direitos fundamentais foram criados para servir de mecanismo de proteção do indivíduo contra o abuso de poder do Estado:

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais surgiram como uma proteção ao indivíduo

frente ao Estado. As normas consagradoras dos direitos fundamentais eram normas de cunho negativo, que exigem uma atuação negativa, um não-agir por parte do Estado em favor da liberdade do indivíduo. Esta, portanto, a feição dos primeiros direitos fundamentais reconhecidos ao homem: normas de natureza negativa, de exigência de um não-agir por parte do Estado, em favor da liberdade do indivíduo.

O direito fundamental alvo da problemática do presente trabalho é a educação. Conforme conceitua Silva (2009, p. 839):

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado.

O direito à educação elencado no art. 6º da Constituição, como direito social, encontrado também no rol dos direitos fundamentais e totalmente relacionado ao tema em questão, é assegurado novamente no art. 205 da Carta Magna, entre os elementos essenciais de Ordem Social que garantem o bem-estar e a justiça social ao povo brasileiro. Conforme Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 773), “de acordo com a Lei Maior, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Outro destaque para este direito social pode ser encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual determinou que todos os povos e todas as nações devem utilizar a educação e o ensino como meio para alcançar os direitos e liberdades dispostos em seu texto:

A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente “Declaração Universal dos Direitos do Homem” como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e inter-

nacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

A Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe: “Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II – educação superior”.

A mesma legislação enumera, em seu art. 3º, II, como princípio do ensino: a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, o que também é estabelecido pelo art. 206, I, da Constituição Federal do Brasil. Vale lembrar que o Sistema de Cotas para acesso à universidade pública tem como objetivo principal alcançar este princípio.

Tal Sistema de Cotas pode ser amparado constitucionalmente também pelo princípio da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, disposto no art. 207 da Constituição brasileira.

Nesse sentido, Bastos (2002, p. 774) assinala: “As universidades são entes autônomos, gozando de uma liberdade de atuação, tanto no campo didático-científico como na da administração e gestão financeira e patrimonial”.

Portanto, as instituições de ensino superior podem atuar com liberdade na implementação do Sistema de Cotas, tendo em vista que são possuidoras de autonomia para isto, não podendo contrariar o que prega o dispositivo constitucional.

Ao versar sobre os direitos fundamentais em seu art. 5º, *caput*, a Constituição do Brasil garante a todos os brasileiros, entre outros, o direito à igualdade – ponto polêmico quando se trata do Sistema de Cotas.

Ao ser instituída como princípio jurídico-filosófico no texto constitucional, a igualdade, num primeiro momento, era aplicada

na sua acepção formal, ou seja, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Apesar de estar formalizado no texto constitucional como princípio jurídico-filosófico, e ainda ser elevado à categoria de direito fundamental, sua aplicabilidade passou a ser questionada, pois na prática não se verificavam medidas de sua promoção que fossem efetivas. Nesse sentido é o entendimento do jurista português Dray (apud GOMES, 2001, p. 130-131), que afirma:

Paulatinamente a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Assim, a concepção clássica de igualdade revela-se insuficiente, o que culminou na falência da visão liberal do princípio isonômico. Com isso, houve o surgimento de uma outra faceta deste princípio, a igualdade material. Acerca da igualdade material, cabe transcrever o entendimento de Gomes (2001, p. 131):

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelos menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Quanto ao princípio da igualdade, Emiliano (2008, p. 1) afirma:

O princípio da igualdade foi acolhido pela Constituição Federal de 1988 na sua máxima acepção, em sintonia com os movimentos a favor da diminuição das injustiças sociais e combate às desigualdades. A noção moderna do princípio da igualdade revela que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover

a igualdade de oportunidades, o que pode ser efetivado mediante a adoção de políticas de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados.

A igualdade, na sua acepção material, prega que, em determinadas situações, o tratamento isonômico deve considerar as condições que envolvem o caso concreto, assim, fundamenta-se na máxima: tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e, da mesma forma, estabelecer um tratamento desigual para pessoas que estejam em situações diferentes.

Tratando sobre a igualdade na sua acepção material, Antônio Leandro da Silva Filho (2005) dispõe que:

Dessa maneira, para cada situação encontrada na sociedade como injusta e discriminatória, deve o Direito, por meio da lei, promover a equiparação dos desiguais atendendo dessa forma o princípio constitucional da igualdade. Percebe-se, portanto, a dinamicidade com que atua o princípio da isonomia para a concretização do preceito de igualdade, não mais se limitando à forma estática de outrora. Sendo que agora é aplicado e elaborado para transformar a sociedade, para promover o bem de todos visando à consecução dos ideais de justiça que permeiam a sociedade.

Portanto, conclui-se que o foco das controvérsias no caso do Sistema de Cotas é a aplicação do princípio da igualdade. A igualdade na sua acepção formal prega o previsto na Constituição Federal, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Fundamentando-se nessa acepção, a adoção do Sistema de Cotas pode ser considerada inconstitucional, pois, partindo desse princípio, não é permitido tratamento diferenciado de qualquer espécie entre os indivíduos, não sendo cabível, portanto, reserva de vagas para o pobre, o negro ou o índio. A igualdade, na sua acepção material, defende tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e, da mesma forma, estabelecer um tratamento desigual para pessoas que estejam em situações diferentes.

Com base nessa acepção do princípio da igualdade, foi criado o Sistema de Cotas, o qual permite um tratamento diferenciado

entre as pessoas, tendo em vista uma particularidade que a coloque em situação desfavorável quando comparada aos demais. Vale ressaltar que o que gera a exaustiva discussão acerca do tema é a dificuldade em definir quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade, para que seja justa qualquer forma de tratamento diferenciado. Nesse sentido, o doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 275) afirma:

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.

O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto no texto constitucional vigente em nosso país, trata-se, portanto de princípio constitucional implícito.

A doutrina aborda o princípio da proporcionalidade subdividido em três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação prega que qualquer medida restritiva de direito deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada. Portanto, o meio escolhido para restringir o direito tem de ser apto a atingir o objetivo pretendido.

O subprincípio da necessidade visa a examinar se a medida restritiva de direito é indispensável para a manutenção do próprio direito ou de outro direito, e, ainda, sua aplicação é importante para averiguar se a medida que está sendo adotada é a menos gravosa e a mais eficaz.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito busca verificar se os resultados positivos obtidos com a aplicação da medida restritiva superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito.

Quanto à relevância do princípio da proporcionalidade, o Professor Vicente de Paulo (apud MAIA, 2006, p. 124), conclui:

Portanto, a essência do princípio da razoabilidade consiste em que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista estes critérios: o fim a que ela se destina e os meios necessários e adequados para atingi-los. Significa dizer que os meios devem ser, simultaneamente, adequados à finalidade visada na norma e necessários para seu atingimento. Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar cerceamento de direitos num grau maior que o necessário, devem ser tidos por ilegítimos, por violação ao requisito proporcionalidade, e o dispositivo de lei em que se encontram inseridos deve ser invalidado por ofensa a Constituição.

A adoção do Sistema de Cotas para acesso a universidade pública traz à baila o conflito na aplicação das duas acepções do princípio da igualdade no caso concreto, que pode ser resolvido com a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois o tratamento diferenciado pode existir quando houver uma justificativa objetiva e razoável. Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 32):

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

É importante observar que a adoção do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública deve ser realizada de forma crite-

riosa, sendo necessário demonstrar que a discriminação contra o grupo alvo desta ação afirmativa atua de maneira poderosa e decisiva, impedindo ou dificultando visivelmente seu acesso aos direitos fundamentais do cidadão, definidos no texto constitucional. É indispensável agir de modo cauteloso na sua execução, pois só assim será combatido seu foco principal de críticas, a temida discriminação reversa, uma vez que tal mecanismo de inclusão da minoria desfavorecida pode acarretar a exclusão de membros pertencentes a grupos não minoritários. Deve-se, portanto, ao implementar o Sistema de Cotas, constatar sua eficácia, verificando se as medidas tomadas para atenuar a discriminação em questão são necessárias e se estão realmente alcançando resultados positivos.

Vale ressaltar ainda que, no caso das cotas, outros fatores merecem atenção, como a temporalidade e a comprovação da raça. A temporalidade refere-se ao prazo em que a adoção da medida será suficiente para beneficiar os desfavorecidos a ponto de atenuar as desigualdades alvo da ação sem culminar em discriminação reversa. A comprovação de que o sujeito beneficiado pertence à raça desfavorecida também deve obedecer a critérios objetivos, para que a reserva de vagas seja destinada a quem realmente sofre discriminação.

Concluiu-se que o Sistema de Cotas, assim como qualquer ação afirmativa, encontra abrigo no ordenamento constitucional brasileiro, sendo que, na implementação de suas políticas, deverão ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de qualquer excesso configurar violação à ordem constitucional.

4 Reserva de vagas na Universidade do Estado do Amazonas e seu amparo legal

A Universidade do Estado do Amazonas, instituída pela Lei n. 2.637, de 12 de janeiro de 2001, sob forma de fundação, com finalidade de promover a educação desenvolvendo o conhecimento científico, particularmente, sobre a Amazônia, conjuntamente com os valores éticos capazes de integrar o homem à sociedade e de

aprimorar a qualidade dos recursos humanos existentes na região, conforme art. 1º, inciso I, da referida Lei, adotou Sistema de Cotas criado pela Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004.

Conforme a legislação supracitada, a distribuição das vagas é feita, inicialmente, reservando-se 80% das vagas ao estudante que cursou o nível médio em instituição privada ou pública no Estado do Amazonas, destinando-se os 20% restantes aos candidatos que concluíram o ensino médio em outro estado da federação ou no Distrito Federal, isso visando a impedir que estudantes de outros estados, com a educação básica de melhor qualidade, disputassem as vagas da universidade estadual e levassem vantagem sobre os estudantes amazonenses. Destaca-se que 60% das vagas do primeiro grupo são destinadas aos estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escola pública e 40% são para candidatos que tenham concluído o ensino médio em instituição privada.

Esta distribuição de vagas está prevista na Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, conforme dispõe seu art. 1º:

Art. 1º As vagas em cursos e turnos oferecidas anualmente pela Universidade do Estado do Amazonas em concursos vestibulares terão a distribuição seguinte:

I – 80% (oitenta por cento) para candidatos que:

- a) comprovem haver cursado as três séries do ensino médio em instituições públicas ou privadas no Estado do Amazonas; e,
- b) não possuam curso superior completo ou não o estejam cursando em instituição pública de ensino.

II – 20% (vinte por cento), para candidatos que comprovem haver concluído o ensino médio ou equivalente em qualquer Estado da Federação ou no Distrito Federal.

§ 1º – Sessenta por cento (60%) das vagas a que se refere o inciso I, dos cursos ministrados em Manaus, serão destinadas a alunos que tenham cursado as três séries do ensino médio em escola pública no Estado do Amazonas.

§ 2º – Tratando-se de candidato aprovado em exame supletivo, a Universidade exigirá, do candidato que disputar as vagas do inciso I, a comprovação, na forma do edital respectivo, de residência no Estado do Amazonas por pelo menos 3 (três) anos.

§ 3º – O candidato indicará, no ato da inscrição, o conjunto a que pertence a vaga que deseja disputar, responsabilizando-se pelas declarações que prestar.

§ 4º – Na hipótese de não ser suficiente a quantidade de candidatos classificados em um dos conjuntos de vagas, a Universidade convocará os do outro conjunto, respeitada a ordem de classificação.

Das vagas da Escola Superior de Ciências da Saúde, 50% são reservadas aos candidatos que comprovarem haver cursado pelo menos 8 (oito) séries do ensino básico em município do interior do estado, sendo o número de vagas distribuído de forma diretamente proporcional à população que integra cada polo geográfico, priorizando sucessivamente nesta divisão vagas para os cursos de Medicina, Odontologia e Enfermagem. Dos outros 50%, são destinadas 80% das vagas ao grupo de estudantes que cursaram o nível médio em instituição privada ou pública no Estado do Amazonas e os 20% das vagas restantes são destinadas aos candidatos que concluíram o ensino médio em qualquer outro estado da federação. Vale ressaltar que, das vagas destinadas (80%) ao grupo de estudantes que cursaram o nível médio no Estado do Amazonas, 60% são dos estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escola pública e 40% são dos candidatos que tenham concluído o ensino médio em instituição privada.

Essa reserva de vagas específica para os cursos da área de saúde está estabelecida pela Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, que dispõe:

Art. 2º O disposto no artigo anterior aplica-se à metade das vagas dos cursos da Escola Superior de Ciências da Saúde, reservadas as demais integralmente para candidatos que comprovem haver cursado pelo menos 8 (oito) séries do Ensino Básico em Município do Interior do Estado, respeitada a distribuição por pólos geográficos constante do Edital do respectivo concurso.

Além dos critérios utilizados para a distribuição de vagas, os quais disponibilizam um maior número de vagas para candidatos que cursaram o ensino médio ou fundamental no interior do Estado do Amazonas, vale destacar também outros pontos relevantes dessa legislação estadual que:

- Beneficia candidatos que não têm nível superior ou que não o estejam cursando em instituição pública, conforme dispõe o art. 1º, I, *b*, da Lei n. 2.894/2004:

Art. 1º As vagas em cursos e turnos oferecidas anualmente pela Universidade do Estado do Amazonas em concursos vestibulares terão a distribuição seguinte:

I – 80% (oitenta por cento) para candidatos que:

- a) comprovem haver cursado as três séries do ensino médio em instituições públicas ou privadas no Estado do Amazonas; e,
- b) *não possuam curso superior completo ou não o estejam cursando em instituição pública de ensino. [g.n]*

- Exige que o candidato aprovado em exame supletivo comprove residência no Estado por pelo menos 3 (três) anos, conforme dispõe o art. 1º, II, § 2º, da Lei n. 2.894/2004:

§ 2º – Tratando-se de candidato aprovado em exame supletivo, a Universidade exigirá, do candidato que disputar as vagas do inciso I, a comprovação, na forma do edital respectivo, de residência no Estado do Amazonas por pelo menos 3 (três) anos.

- Determina que o candidato escolha no ato da inscrição o grupo ao qual pertence, sendo responsabilizado posteriormente pelas declarações que prestar, conforme dispõe o art. 1º, II, § 3º, da Lei n. 2.894/2004:

§ 3º – O candidato indicará, no ato da inscrição, o conjunto a que pertence a vaga que deseja disputar, responsabilizando-se pelas declarações que prestar.

- Caso constatada falsidade de informações ou documentos, o candidato será penalizado com a sua eliminação do concurso ou, caso já tenha ingressado na universidade, terá sua matrícula cassada, conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 2.894/2004:

Art. 3º Constatada, a qualquer tempo, a falsidade de informações ou de documentos relativos às situações de que trata esta Lei o candidato será eliminado do concurso, convocado o que o seguir na ordem de classificação, ou terá cassada a sua matrícula na Universidade.

- Estabelece que o percentual de vagas destinadas à população indígena será proporcional ao seu percentual na composição da população amazonense, sendo que, num prazo de 10 anos, este percentual deverá ser no mínimo o dobro, conforme dispõe o art. 5º da Lei n. 2.894/2004:

Art. 5º Sem prejuízo do disposto no inciso III do art. 4º, a Universidade do Estado do Amazonas reservará, a partir do vestibular de 2005, um percentual de vagas, por curso, no mínimo igual ao percentual da população indígena na composição da população amazonense, para serem preenchidas exclusivamente por candidatos pertencentes às etnias indígenas localizadas no Estado do Amazonas.

§ 1º – Pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, o percentual referido no *caput* deste artigo será igual, no mínimo, ao dobro do percentual de índios na composição da população amazonense, para o oferecimento de vagas nos cursos de Medicina, Odontologia, Enfermagem, Direito, Administração Pública, Turismo, Engenharia Florestal e Licenciatura Plena em Informática.

- Impõe que a comprovação da raça seja feita por meio de certidão do registro administrativo reconhecida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), conforme dispõe o art. 5º, § 3º, da Lei n. 2.894/2004:

§ 3º – Para os fins do disposto nesta Lei é considerado índio aquele assim reconhecido pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, através de certidão do registro administrativo a que se refere o art. 13 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1.973 (Estatuto do Índio).

Após extenso estudo e explanação sobre o assunto relacionado à problemática trazida pelo presente trabalho, é chegada a hora de desenvolver um raciocínio analítico acerca da temática e sinalizar uma posição quanto ao questionamento sobre a constitucionalidade do Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas.

Com base nos argumentos expostos e ainda no voto da relatora da ADI n. 2005.000255-9, a qual questiona a constitucionalidade da Lei n. 2.894/2004, que instituiu o Sistema de Cotas adotado pela UEA, conclui-se que tal ação afirmativa utilizada como medida de política pública no Estado do Amazonas, para atenuar os problemas de ordem social, cultural, econômica e racial, atende ao que pregam os princípios e dispositivos constitucionais.

No Estado do Amazonas, a adoção do Sistema de Cotas na Universidade Estadual foi bastante discutida, o Ministério Público Estadual, representado pelo procurador-geral de justiça do Estado do Amazonas, até ajuizou ADI n. 2005.000255-9 requerendo a inconstitucionalidade das normas de cunho material e formal, respectivamente apresentadas pela Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, e pelo Edital do Concurso Público Vestibular da Universidade do Estado do Amazonas do primeiro semestre de 2004. Com base no voto da relatora desembargadora Maria das Graças Pessoa Figueiredo, o Tribunal Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas decidiu:

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, reunidos em sessão plenária, por unanimidade de votos, julgar parcialmente procedente a ação, para declarar inconstitucionais, com eficácia *ex nunc*, as expressões “exclusivamente por atestado passado por Juiz de Direito ou Promotor de Justiça do Município de que se

tratar” e as expressões “exclusivamente passado por Juiz de Direito ou por Promotor de Justiça da Comarca”, dos itens 3.3. e 3.7, respectivamente, do Edital do Concurso Vestibular para o primeiro semestre de 2004, aprovado pela Portaria UEA/GR n. 101, de 25 de maio de 2004, por expressa ofensa aos arts. 37, § 1º, inciso I, 64, *caput*, e 86, *caput*, todos da Constituição amazonense.

Rejeito o pedido de inconstitucionalidade da Lei n. 2.894/2004, que estabelece o sistema de cotas para os cursos superiores da Universidade do Estado do Amazonas, ressaltando que as situações já consolidadas não sejam atingidas por esta decisão, assim como aquelas alcançadas pela coisa julgada.

Além disso, com relação aos processos judiciais ainda pendentes, tenho que a Universidade do Estado do Amazonas deve aguardar o desfecho de cada uma das causas, podendo ingressar com as medidas judiciais cabíveis para, em cada processo, fazer valer o conteúdo decisório desta ADI, sendo-lhe, no entanto, vedada a usurpação da função jurisdicional com a finalidade de aplicar, administrativamente, esta decisão (TJAM, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.000255-9, rel. des. Maria das Graças Figueiredo, j. em 15.12.2005).

Tal Ação Direta de Inconstitucionalidade questiona os vícios formais e materiais do caso em tela, no entanto, nos concentraremos em analisar somente as normas de ordem material para não desviar o foco do tema proposto no presente trabalho.

Criado por meio de lei infraconstitucional e calcado no princípio constitucional da igualdade, o Sistema de Cotas para acesso à universidade pública atualmente vem sendo adotado por vários estados brasileiros e, como já foi dito anteriormente, é alvo de discussões calorosas sobre sua constitucionalidade.

Sabe-se que, no Direito brasileiro, existe uma hierarquia entre as leis e que a Constituição é considerada a Lei Maior, estando, portanto acima de todas as outras leis. Por ocupar essa posição suprema em nosso ordenamento jurídico, todas as demais normas encontram-se subordinadas a ela. Conforme afirma Bastos (2002,

p. 64) sobre a posição superior das normas constitucionais em relação às normas infraconstitucionais:

Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior e qualquer caso em que com ela se conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada. Vê-se, assim, pois, que a um regime especial para a sua produção corresponde, de outro lado, uma posição hierárquica superior das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais.

De acordo com a hierarquia das leis, toda lei infraconstitucional deve estar de acordo com o que prega a Constituição Federal em seus dispositivos, que podem conter dois tipos de espécies normativas: regras e princípios. As regras apresentam comandos relacionados a uma determinada situação, caracteriza-se por ter conteúdo concreto. Os princípios são tidos como vigas mestras do Texto Constitucional e estão relacionados a situações abstratas por possuírem comandos a serem aplicados em situações indeterminadas. Como retrata bem o doutrinador Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 74):

O Texto Constitucional nem sempre oferece soluções prontas para uma determinada situação, limitando-se no mais das vezes a fornecer direções gerais. Com efeito, a norma constitucional apresenta-se, muito freqüentemente, com uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática, sem conteúdo preciso ou delimitado.

Logo, pode-se concluir que a lei infraconstitucional que cria o Sistema de Cotas deve estar em consonância com o texto constitucional, sendo compatível tanto com suas regras como, principalmente, com os seus princípios, tendo em vista que estes abrangem uma gama enorme de situações por constituírem ideias gerais e abstratas.

O requerente da ADI em questão destaca a lesão aos seguintes artigos da Constituição do Estado do Amazonas:

Art. 1º O Estado do Amazonas, constituído de Municípios, integra com autonomia político-administrativa a República Federativa do Brasil, fundado:

[..]

II – no reconhecimento e respeito aos fundamentos da Nação Brasileira e do Estado Democrático de Direito, estabelecidos na Constituição da República.

[..]

Art. 3º O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República.

[..]

Art. 4º O Estado e os Municípios assegurarão o pleno exercício dos direitos sociais contemplados na Constituição da República, inclusive os concernentes aos trabalhadores urbanos e rurais, mediante:

I – a garantia do livre acesso à educação.

[..]

Art. 198. A educação, baseada nos princípios da democracia, da liberdade de expressão, da sabedoria nacional e dos respeitos aos direitos humanos, é direito de todos e dever do Estado e da família.

Parágrafo único. Como agente do desenvolvimento, a educação será promovida com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa para a elaboração e reflexão crítica da realidade, a preparação para o trabalho e para o exercício da cidadania.

Art. 199. O Sistema Estadual de Educação, integrado por órgãos e estabelecimentos de ensino estaduais e municipais e por escolas particulares, observará, além dos princípios e garantias previstos na Constituição da República, os seguintes preceitos:

I – de observância obrigatória por todos os integrantes do Sistema:

a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

Vale destacar que esses dispositivos da Constituição Estadual do Amazonas foram reproduzidos obrigatoriamente com observância ao que pregam as normas da Constituição da República. Portanto, não há de se falar em lesão ao texto constitucional.

O requerente alega na ADI n. 2005.000255-9 que o tratamento diferenciado entre candidatos originários do Estado do Amazonas e os provenientes dos demais estados da federação fere o princípio da isonomia, o qual garante a todos os brasileiros, em igualdade de condições, o amplo acesso à educação. E, da mesma forma, tal Sistema de Cotas diferencia os alunos egressos do ensino público dos provenientes do ensino privado.

Inicialmente, a relatora explicitou em seu voto que a adoção do Sistema de Cotas está intimamente ligada à política de ação afirmativa. Nesse sentido, apontou:

A questão da adoção desse sistema pela Universidade do Estado do Amazonas, portanto, está intimamente ligada à política de ações afirmativas.

É necessário, no entanto, fazer uma adequação desse tipo de política à nossa realidade sociocultural. É que a população marginalizada aqui, socialmente excluída, não é negra, mesmo porque notoriamente a população afrodescendente no Amazonas é bastante diminuta.

Logo em seguida, a relatora apresenta seu entendimento quanto à lesão ao princípio da igualdade, uma vez que o Sistema de Cotas proporciona um tratamento diferenciado aos candidatos originários do Estado do Amazonas, destacando:

Dessa forma, entendo que antes de desrespeitar a isonomia e o livre acesso à educação em igualdade de condições, a instituição de cotas pela Lei Estadual n. 2.894/2004 confirma esses princípios, assim como também concretiza a vontade do constituinte estadual.

O voto da relatora desembargadora Maria das Graças Pessoa Figueiredo defende o Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas, fundamentando-se na seguinte justificativa:

Em nosso Estado, o que se observa é que há um grande abismo entre a população residente na capital do Estado e a restante, que vive no interior. Sabidamente, os municípios interioranos estão completamente fora da esfera de atuação da administração pública, certamente não por vontade daqueles que nos governam, mas sim porque historicamente nunca houve valorização da cidadania dessas pessoas.

Todos que aqui estamos decidindo esta ação direta de inconstitucionalidade sabemos disso. Fomos todos exercer a judicatura no interior e certamente lembramos como era difícil proporcionar aos habitantes locais o direito de acesso à justiça.

O direito de acesso ao Judiciário, aliás, era o de menor relevância, se me permitem falar assim, ao compararmos com a falta de alimentação, de saúde, de educação, de saneamento básico, de energia elétrica, água encanada etc. E o pior é que até se notam melhoras, mas ainda são poucas, se comparadas com o progresso que sofreu a capital.

A nossa população marginalizada é substancialmente a interiorana, que não tem acesso a quase nenhum serviço público essencial e que, por conta disso, não tem perspectiva nenhuma de mobilidade social, de progresso cultural e educacional. Nessa situação, embora vigente, não podemos dizer que o princípio da isonomia é efetivo.

São todos cidadãos amazonenses, contribuintes de impostos, mas as benesses da administração pública estadual somente são usufruídas por aqueles que têm acesso a elas, e certamente essa população não é a do interior.

Quando a Lei Estadual n. 2.894/2004 separa um percentual de vagas dos cursos do interior para aqueles municípios que efetivamente residem lá, que concretamente participam da atividade da comunidade, almeja, na verdade, fortalecer a cidadania dos habitantes locais, dando-lhes perspectiva de mudança, projetando a longa manus do Estado a todos os administrados.

[...]

Ora, se há uma universidade pública e gratuita, fomentada pelo tesouro estadual, nada mais justo que se utilizar dela para reduzir o contingente populacional que não tem acesso à educação.

Uma vez que esse contingente localiza-se primordialmente no interior, é perfeitamente válido destinar um percentual das vagas dos cursos

superiores ministrados nesses municípios para aqueles que efetivamente podem contribuir para a diminuição dessas mazelas (TJAM, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.000255-9, rel. des. Maria das Graças Figueiredo, j. em 15.12.2005).

A relatora rejeita o pedido de inconstitucionalidade da Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, concluindo que:

Assim, quando a Universidade do Estado do Amazonas destina um percentual de vagas para os que efetivamente habitam nos municípios do interior, almeja, antes de tudo, a melhoria da qualidade de vida da população interiorana, a fim de reduzir as desigualdades existentes entre os polos regionais de nosso Estado.

Pela mesma via, concretiza o princípio constitucional da isonomia, pois embora estabeleça um *discrímen* entre quem vive no interior e quem vive na capital, na verdade planeja dotar aqueles de qualidades para que possuam as condições sociais destes.

[...]

É claro que o debate leva ao entendimento e, portanto, a política de cotas deve ser repensada sazonalmente, sob pena de perpetuar-se uma discriminação que, embora hoje seja aceita, possa assim não ser futuramente, na medida em que a marginalização que se procura combater esmorece, não mais se justificando a desequiparação (TJAM, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.000255-9, rel. des. Maria das Graças Figueiredo, j. em 15.12.2005.)

Enfim, o Sistema de Cotas para acesso à universidade pública é uma ação afirmativa criada pelo Estado por meio de lei infraconstitucional e funciona como uma medida de política pública para reduzir as desigualdades sociais, econômicas e raciais, considerando as peculiaridades do grupo alvo da ação e com vistas na concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

5 Conclusão

Ao longo deste trabalho, buscou-se discorrer sobre: a ação afirmativa, seu conceito, origem, objetivo, fundamentos constitucionais; o Sistema de Cotas para acesso à universidade pública de forma geral e os dispositivos e princípios constitucionais relacionados ao tema; a Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, e sua compatibilidade com o que prega a Constituição Federal do Brasil; e o conteúdo do voto da relatora da ADI n. 2005.000255-9, a qual questiona a constitucionalidade do Sistema de Cotas adotado pela UEA.

Ao realizar o estudo analítico acerca da constitucionalidade do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública, em especial daquele adotado pela Universidade do Estado do Amazonas, constatou-se que a implementação desse tipo de reserva de vagas foi recebida com muita resistência e objeções pela sociedade brasileira, em todo o território nacional, o que é de se estranhar, uma vez que outras ações afirmativas implementadas no país não tiveram repercussão tão polêmica.

É fato que a implementação deste tipo de ação afirmativa em nosso país decorre das desigualdades sociais e raciais oriundas do processo histórico-cultural vivido pela sociedade brasileira durante o período colonial, portanto, é lógico que essa resistência é fruto de uma sociedade preconceituosa que ainda não superou a discriminação negativa contra negros, índios e pobres, e que, ao se deparar com tal medida de política pública para reduzir as desigualdades existentes ainda hoje, teme o efeito da discriminação reversa, uma vez que este mecanismo, ao mesmo tempo em que inclui os desfavorecidos, pode excluir os favorecidos.

Restou comprovado que, ao tratar do tema teoricamente, existem fundamentos jurídicos para amparar a implementação da reserva de vagas destinadas a grupos desfavorecidos em prol de oferecer-lhes acesso a uma educação de nível superior. No entanto, ao colocar em prática este tratamento diferenciado, buscando reparar os danos causados aos desfavorecidos pela discriminação sofrida no passado e

visando à oportunidade de lhes proporcionar igualdade de condições para acesso à educação de nível superior, encontramos controvérsias na aplicação do princípio da igualdade que devem ser analisadas de forma rigorosa para que, ao implementar o Sistema de Cotas, não se causem danos para o grupo social não beneficiado com a ação.

Em síntese, a instituição do Sistema de Cotas para acesso à universidade pública traz à tona um conflito na aplicação do princípio da igualdade. De um lado, a aceção formal consagra um tratamento absolutamente igual entre as pessoas, não permitindo qualquer distinção. Por outro lado, a aceção material garante aos desfavorecidos tratamento diferenciado, levando-se em conta a situação desfavorável em que se encontram.

Vale lembrar que a igualdade na sua aceção formal prega o previsto na Constituição Federal, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Fundamentando-se nessa aceção, a adoção do Sistema de Cotas pode ser considerada inconstitucional, pois, partindo deste princípio, não é permitido tratamento diferenciado de qualquer espécie entre os indivíduos, não sendo cabível, portanto, reserva de vagas para o pobre, o negro ou o índio. No entanto, a igualdade, na sua aceção material, defende este tratamento diferenciado aos desfavorecidos, incentivando tratamento igual para pessoas que estejam nas mesmas condições, e estabelece o tratamento desigual para pessoas que estejam em situações adversas, que é o caso do Sistema de Cotas.

Conforme dito anteriormente, o Sistema de Cotas adotado pela Universidade do Estado do Amazonas, igualmente a todos os outros programas de reserva de vagas para acesso à universidade pública, já foi e ainda continua alvo de discussões judiciais acerca de sua constitucionalidade. Até mesmo tramitou pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Ministério Público Estadual do Amazonas, questionando a constitucionalidade da Lei n. 2.894, de 31 de maio de 2004, que instituiu o Sistema de Cotas na

Universidade do Estado do Amazonas. Essa ADI foi julgada pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e, por unanimidade, a Lei n. 2.894/2004 foi considerada constitucional. Cabe frisar que tal Ação Direta de Inconstitucionalidade foi remetida para o Supremo Tribunal Federal, para julgamento de Recurso Extraordinário contra a decisão do TJAM.

Além de amparar-se no princípio da igualdade em sua acepção material, o Sistema de Cotas para acesso à universidade pública deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade para atingir seu objetivo, devendo ser implementado de forma criteriosa, pois a reserva de vagas deve ser proporcional à discriminação sofrida pelo grupo alvo. Para isso, é necessário verificar se a discriminação existente contra o grupo alvo da ação afirmativa o coloca à margem da sociedade, impedindo ou dificultando seu acesso aos direitos fundamentais de cidadão, definidos no texto constitucional.

A aplicação do princípio da proporcionalidade na implementação do Sistema de Cotas é indispensável, pois combate seu foco principal de críticas, a temida discriminação reversa. Ressalta-se, conforme dito, que este mecanismo de inclusão da minoria desfavorecida pode acarretar na exclusão do grupo favorecido.

Deve-se, também, ao implementar o Sistema de Cotas, examinar três aspectos essenciais para excelência na sua execução: a temporalidade, ou seja, qual o prazo em que a adoção da medida será suficiente para beneficiar os desfavorecidos a ponto de atenuar as desigualdades alvo da ação sem culminar em discriminação reversa; a comprovação da raça ou de outros elementos que sirvam como critérios objetivos para identificar que o indivíduo faz parte do grupo discriminado; e a eficácia da medida, verificando se sua aplicação é necessária e se está realmente alcançando resultados positivos.

Posicionando-se a favor da implementação de um Sistema de Cotas baseado na soma da aplicação do princípio da igualdade

material e do princípio da proporcionalidade, em prol de uma discriminação positiva, que não cause danos a nenhum dos grupos sociais envolvidos e que seja executada de forma criteriosa, concluímos que a falta de igualdade no acesso à educação de nível superior é resultado da negligência com uma educação básica de qualidade, o que traz à tona uma crítica muito válida para o Estado, que tenta resolver o problema reservando vagas nas instituições de ensino superior para os desfavorecidos socialmente. É notório que tal medida não é suficiente para resolver o problema em questão. Esta medida é apenas corretiva e, por isso, insuficiente para solucionar um problema social desta dimensão, posto que não atinge a causa do problema. A solução mais eficaz neste caso é garantir o direito constitucionalmente previsto, uma educação básica de qualidade a todos os brasileiros, o que conseqüentemente acarretará no acesso à universidade pública sem que haja necessidade de reserva de vagas.

Referências

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Ações afirmativas e políticas de cotas são expressões sinônimas? *Jus Navigandi*. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol/doutrina/texto.asp?id=6238>>. Acesso em: 2 abr. de 2010.

ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

CASHMORE, Ellis et. al. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Tradução de Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.

EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. As ações afirmativas e a concretização do valor constitucional da igualdade. *Jus Navigandi*. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11296>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de informação legislativa*: Brasília: Senado, a. 38, n. 151, jul./set. 2001.

_____. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

MAIA, Juliana (Org.). *Aulas de direito constitucional de Vicente de Paulo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA FILHO, Antônio Leandro da. As ações afirmativas no Brasil: sistema de cotas, amplitude e constitucionalidade. *Jus Navigandi*. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7497/acoes-afirmativas-no-brasil>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

O não reconhecimento da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de discriminação contra a criança e o adolescente

Rozangela Valéria Cardozo

Servidora do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

Resumo: Este artigo apresenta a questão da possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de tutelar os direitos da criança e do adolescente. Será demonstrado que, nos casos em que o adotado é criado por casal do mesmo sexo, o não reconhecimento jurídico dessa situação trará discriminação em relação ao tratamento que é dado aos adotados por pais heterossexuais. Tal discriminação é inaceitável, pois fere, de forma gritante, o texto constitucional, bem como é contrária às mais elementares normas de proteção à dignidade humana.

Palavras-chave: Adoção conjunta. Homoafetivos. Proteção. Criança e adolescente.

Abstract: This essay presents the question of the possibility of joint adoption by homosexual couples as a way to protect the rights of children and teenagers. Will be shown that in cases where the adoptee is created by a homosexual couple, the absence of legal recognition of this situation will bring discrimination if we compare the treatment that is given to those adopted by parents heterosexuals. Such discrimination is unacceptable, it goes completely against Constitution and the basic human right protection of dignity.

Keywords: Adoption. Homoffective. Protection. Children and teenager.

Sumário: 1 Introdução. 2 Noções gerais acerca da adoção. 3 Adoção “à brasileira” feita por casais homoafetivos. 4 Direitos garantidos a crianças e adolescentes adotados por pais heterossexuais, mas que não são usufruídos pelos adotados por pais homoafetivos. 5 A impossibilidade da adoção conjunta por casais do mesmo sexo como forma de discriminação contra a criança e o adolescente. 6 Princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. 7 A não permissão da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de violação ao princípio da prioridade absoluta. 8 Considerações finais.

1 Introdução

Sempre que a possibilidade do reconhecimento da adoção conjunta por pais homoafetivos vem à baila, o tema é analisado levando-se em conta apenas o direito que os homossexuais têm de receber tratamento igualitário, podendo desfrutar dos mesmos direitos que os heterossexuais.

Acaba-se, assim, por se esquecer dos que são mais prejudicados na situação: as crianças e os adolescentes.

Neste artigo, será demonstrado que o não reconhecimento da adoção conjunta criará uma situação de discriminação para o próprio adotado, que será privado de direitos que de pronto seriam dados caso os adotantes fossem de sexos diferentes.

Como no Brasil não há, e nem poderia haver, nenhuma norma que proíba a adoção por pessoa homossexual, é muito comum que apenas um do casal se habilite à adoção e acabe sendo juridicamente o único adotante, quando, na prática, ambos exercem os papéis parentais.

Por não haver o reconhecimento jurídico dessa situação, o adotado ficará privado de direitos em relação ao que exerce de fato o papel parental, mas não é juridicamente reconhecido como tal.

Também será demonstrado que, independentemente das opiniões pessoais acerca da homossexualidade, torna-se mister resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, já que a própria Constituição a eles garantiu prioridade absoluta.

2 Noções gerais acerca da adoção

A adoção é uma espécie de ficção jurídica que permite a duas pessoas ter uma relação de filiação, independentemente dos laços biológicos. Maria Berenice Dias (2009) conceitua o instituto como

um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial, criando um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que existe na filiação biológica, tendo os filhos adotivos os mesmos direitos e deveres que qualquer filho.

Não obstante o conceito de adoção manter-se constante ao longo do tempo, é certo que a forma como foi vista pelo ordenamento pátrio sofreu significativas modificações. Prova disso é que o instituto começou a ser usado no Brasil nos moldes clássicos, ou seja, o objetivo era dar um filho para um casal que não poderia tê-lo pelas vias naturais, portanto, a preocupação principal era dar um filho a um casal, e não uma família a uma criança.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou-se a ter o bem-estar destes como o principal foco. Assim, o objetivo da adoção passou a ser dar uma família para um órfão, e não o contrário, como ocorria.

Atualmente, impera em todos os campos, o que obviamente inclui a adoção, o princípio do melhor interesse para a criança e o adolescente, bem como o princípio da prioridade absoluta, o que faz concluir que a adoção sempre deverá levar em consideração o que for melhor para o adotado.

3 Adoção “à brasileira” feita por casais homoafetivos

Não há, no ordenamento brasileiro, nenhuma norma que proíba a adoção feita por pessoas homoafetivas. Isso não é de se estranhar, pois qualquer lei que assim o dispusesse estaria claramente afrontando o princípio da igualdade, constitucionalmente

tutelado. Contudo, fatores culturais ainda geram na sociedade muita dificuldade de aceitação das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, e esta dificuldade é bem visível na aplicação do Direito, especialmente quando se fala na possibilidade de adoção conjunta por esses casais.

Apesar de não haver nenhuma norma proibindo a adoção conjunta, também não há norma alguma que a permita abertamente, o que transfere aos tribunais a incumbência de decidir, no caso concreto, qual a melhor solução.

Sabendo que muitos magistrados ainda não estão abertos para aceitar esse novo modelo de organização familiar, muitos homossexuais, em vez de pleitear em juízo a possibilidade de adotarem conjuntamente, já que o risco de não conseguirem é imenso, optam por fazer o que denominamos de “adoção à brasileira” por casais homoafetivos.

Essa “adoção à brasileira” consiste nos frequentes casos em que apenas um dos dois se habilita para a adoção, declarando-se solteiro e muitas vezes escondendo sua orientação sexual, com medo de que isso dificulte o processo.

Caso a adoção seja deferida, apenas aquele que se inscreveu é que será considerado pai ou mãe da criança ou adolescente, não obstante, na prática, os dois exercerem juntos tal papel. Tem-se, por óbvio, que, nesses casos, o Estado estaria ignorando uma situação que existe de fato.

Uma demonstração da existência de tais relações é o Processo n. 243/2006, julgado pela exma. juíza de direito Sueli Juarez Alonso, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Catanduva-SP. No referido processo, o senhor Dorival de Carvalho Junior ajuizou pedido de adoção da menor T. R. G. (então com 12 anos de idade e que contava com 4 anos e 5 meses na data da adoção), já que a criança foi adotada por seu companheiro, o senhor Vasco Pedro da Gama, com o qual vivia relacionamento afetivo há 14 anos.

Na prática, a família era constituída pelo senhor Dorival, o senhor Vasco e a criança T., o que significa que tanto Dorival

quanto Vasco assumiam as funções de pai, contudo, apenas o segundo era juridicamente considerado como tal. No referido processo, o Ministério Público manifestou-se contrário à adoção conjunta, usando como fundamento o art. 1.622 do Código Civil, que preceitua: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem *marido* e *mulher*, ou se viverem em união estável” [g.n.]. Como o casal é do mesmo sexo, entendeu o *Parquet* que não haveria tal possibilidade. No entanto, a magistrada, alegando a prevalência dos direitos da criança, deferiu o pedido de adoção conjunta, constando até mesmo na certidão da criança o nome dos dois pais.

Assim como a douta magistrada, nesse caso, reconheceu a possibilidade da adoção conjunta, muitos foram os juízes que em outros julgados a indeferiram.

Após a decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que garantiu o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem mais fácil será o deferimento de pedidos como o acima narrado, contudo, o ideal seria que o legislador regulasse a questão, reconhecendo legalmente o que já existe de fato.

4 Direitos garantidos a crianças e adolescentes adotados por pais heterossexuais, mas que não são usufruídos pelos adotados por pais homoafetivos

O grande problema de não se regularizar juridicamente a adoção conjunta por pais e mães homoafetivos é a privação de alguns direitos essenciais para a criança e o adolescente, bem como o surgimento de tratamento desigual entre os que são adotados por pais homoafetivos e os que são adotados por pais heterossexuais.

Inicialmente, quem for adotado “à brasileira” por um casal do mesmo sexo, por só constar um dos dois como adotante, não poderá escolher, em caso de separação, com qual quer ficar, já que necessariamente terá de permanecer com o adotante, mesmo que prefira morar com o outro.

Além de não poder escolher com qual irá viver, também não terá assegurado o direito de visitas, já que, juridicamente, não há nenhuma relação com o companheiro do adotante, mesmo que afetivamente o vínculo seja fortíssimo.

Igualmente, não será possível pedir pensão alimentícia.

Em caso de falecimento do “não adotante”, a criança ou o adolescente não terá nenhum direito à herança, diferentemente do que aconteceria caso a adoção fosse juridicamente reconhecida, já que, neste caso, herdaria como se fosse filho natural.

E, principalmente, caso o adotante faleça, o adotado será considerado órfão, podendo, até mesmo, ser retirado do convívio de sua família e novamente encaminhado para um abrigo, voltando a estar desamparado.

Além desses, muitos são os outros direitos dos quais uma criança ou adolescente pode ser privado caso a adoção conjunta não seja reconhecida pelo Estado.

Os transtornos acima citados não ocorrem quando um casal heterossexual pretende adotar, já que, neste caso, a adoção conjunta é reconhecida pela lei, ficando o adotado plenamente amparado desde o início.

5 A impossibilidade da adoção conjunta por casais do mesmo sexo como forma de discriminação contra a criança e o adolescente

Comumente, quando vem à baila o tema da adoção por casais homoafetivos, o assunto costuma ser analisado apenas pela ótica da proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais, já que impedi-los de adotar conjuntamente cria um tratamento discriminatório com relação aos heterossexuais.

Não obstante tal argumento estar correto e discriminações infundadas serem contrárias ao Estado Democrático de Direito, é preciso perceber que o principal prejudicado com a impossibilidade

da adoção conjunta será o próprio adotado, que, como demonstrado no tópico anterior, será privado de vários direitos, além de receber um tratamento diferenciado do que é dado aos adotados por casais de sexos diferentes.

Independentemente das opiniões pessoais acerca da homossexualidade, impedir o reconhecimento da adoção conjunta punirá o adotado, o que é inaceitável, além do mais, por via de regra, os adotados já passaram por várias situações de infortúnio, tendo vivido em famílias desestruturadas, sofrendo os mais diversos tipos de abuso e agressão. Puni-los novamente seria da mais brutal crueldade!

Portanto, o que se deve discutir não é se a homossexualidade é ou não algo natural, moral ou recomendável, já que a decisão sobre as práticas sexuais e afetivas é de âmbito pessoal, não devendo o Estado nela interferir. O que se deve discutir, então, é a realidade fática, e essa realidade mostra que inúmeras crianças e adolescentes são criados conjuntamente por pais homoafetivos; negar essa realidade seria tão absurdo quanto negar que há corrupção no Brasil!

O que existe, existe independentemente de concordarmos ou não, de acharmos certo ou errado. Mesmo quem ache absurdo uma criança ser educada por um casal do mesmo sexo é forçado a admitir que isso acontece na prática, e qualquer pessoa que tenha as mínimas noções sobre nosso texto constitucional sabe que uma norma proibindo adoção por homossexuais estará maculada de gritante inconstitucionalidade, sendo inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Sabendo que esse tipo de adoção é uma realidade, o foco das discussões e decisões deve-se voltar para a parte mais frágil e mais prejudicada: o adotado. Como demonstrado, muitos serão os direitos dos quais se privarão a criança e o adolescente caso a adoção conjunta não seja reconhecida, além disso, haverá tratamento discriminatório em relação aos que forem adotados por pais heterossexuais.

Qualquer modalidade de discriminação é proibida no Brasil, e discriminações cometidas contra crianças e adolescente são ainda mais inadmissíveis. Não faz sentido privar uma criança adotada por

pais homoafetivos de direitos que de pronto são garantidos para as adotadas por casal heterossexual.

6 Princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente

Em seu art. 227, *caput*, nossa Carta Magna estabelece a primazia dos direitos da criança e do adolescente ao dizer:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, *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. [g.n.]

Depreende-se da norma constitucional acima transcrita que o ordenamento jurídico pátrio dá “absoluta prioridade” aos direitos e interesses da criança e do adolescente, de tal forma que todas as decisões, tanto legislativas quanto judiciais, e mesmo administrativas, deverão levar em consideração qual o melhor interesse desses seres em formação, não podendo tomar decisões que contrariem esses interesses.

É, então, inadmissível que, no ordenamento brasileiro, existam normas prejudiciais aos acima tutelados, da mesma forma, não se pode permitir que normas existentes sejam aplicadas de maneira a ferir o princípio da primazia absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes.

7 A não permissão da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de violação ao princípio da prioridade absoluta

Como dito, nossa Constituição determina que seja dada primazia absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes, sendo então inconstitucional qualquer norma ou julgado que contrarie tal princípio.

Pelo que até agora fora exposto, é possível perceber o quão prejudicial é, para os interesses dos adotados, o não reconhecimento da adoção conjunta feita por pais homoafetivos. Os maiores prejudicados nessas situações são exatamente aqueles a quem a Carta Magna determina prioridade absoluta.

Privar crianças e adolescentes de direitos, por si só, já é um ato reprovável, sendo ainda pior quando contraria norma expressa da Constituição e completamente inadmissível quando é fundamentada apenas pelo preconceito.

Qualquer inconstitucionalidade deve ser rebatida e expurgada do ordenamento jurídico, mas quando a inconstitucionalidade versa sobre proteção da criança e do adolescente, a necessidade de eliminá-la torna-se ainda mais gritante.

É necessário que a questão da adoção conjunta por pais homoafetivos pare de ser analisada apenas pela ótica dos direitos de igualdade dos homossexuais e passe a ser vista como um direito fundamental do adotado.

É direito fundamental da criança e do adolescente, pois, sem ele, estes ficarão privados de inúmeros direitos, que, em contrapartida, são garantidos aos adotados por pais heterossexuais.

A discriminação, em qualquer hipótese, é contrária ao Estado Democrático de Direito, mas é ainda pior quando as vítimas são seres ainda em formação, cujo único erro cometido foi ter nascido em uma família que não possuía as condições necessárias para criá-los, forçando-os a buscar o amparo de famílias adotivas.

8 Considerações finais

A decisão recente do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo certamente facilitará que julgados defiram a adoção conjunta por casais homoafetivos. Contudo, o ideal seria que o legislativo tomasse para si a responsabilidade e legislasse a respeito.

Porém, para que o legislativo saia de sua inércia, é deveras importante que a questão deixe de ser analisada apenas como mais um item do grupo dos direitos que os homoafetivos pleiteiam e comece a ser encarada como forma de salvaguardar direitos de crianças e adolescentes.

Assim, apartados da posição religiosa, filosófica ou moral, todos hão de convir que os interesses que devem ser tratados com a mais absoluta prioridade são os relacionados à tutela das crianças e dos adolescentes, até porque foi assim que a Constituição definiu.

Então, independentemente da opinião que se tenha acerca da homossexualidade, é certo que não se poderá dar um tratamento discriminatório e privar de direitos os adotados apenas em função da orientação sexual dos adotantes.

É fato que casais homoafetivos adotam no Brasil. Também é fato que não será possível criar nenhuma lei que proíba um homossexual de adotar, já que tal norma seria completamente inconstitucional por ferir o princípio da isonomia. Dessa forma, não adianta fingir que o fato não existe ou marginalizá-lo, é preciso que haja uma discussão séria, sem hipocrisia, analisando a questão como realmente é, caso contrário, crianças e adolescentes continuarão sendo despojados de direitos fundamentais, apenas porque a sociedade não consegue analisar um fato como ele realmente é, livre de preconceitos.

Referências

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Brenda Guimarães. *Adoção por casais homoafetivos*. 2009. 44 f. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá, 2009.

Desigualdade entre gêneros no universo do trabalho: um hiato entre a Constituição e a realidade

Tatiana Francio Salvador

Servidora do MPU lotada no Ministério Público do Trabalho (MPT). Especialista em Direito do Trabalho pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Resumo: O presente artigo visa a, por meio de um apanhado doutrinário, legislativo e da leitura dos dados estatísticos obtidos no *site* do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), fazer uma análise sobre a discriminação de gênero no mercado de trabalho. Ao cabo do trabalho, conseguiu-se demonstrar que, a despeito da determinação legal de igualdade entre homens e mulheres, na realidade, percebe-se que as trabalhadoras são tratadas de forma desigual, relegadas a funções de menor escalão ou, quando em uma mesma função, recebendo salário inferior¹. Essa desigualdade reflete, de modo geral, a discriminação imposta às mulheres ao longo de toda a história da humanidade.

Palavras-chave: Igualdade. Discriminação. Discriminação contra a mulher.

Abstract: This article aims, through a doctrinal overview, legislative and reading the statistics obtained from the website of Dieese, analyzing the gender discrimination in the labor market. At the

1 Segundo Pesquisa Mensal de Emprego (PME), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em março de 2010, em comemoração ao Dia Internacional da Mulher, o rendimento de trabalho das mulheres, estimado em R\$ 1.097,93, continua sendo inferior ao dos homens (R\$ 1.518,31). Em 2009, verificou-se que, em média, as mulheres ganham em torno de 72,3% do rendimento recebido pelos homens, embora esse número tenha crescido em relação ao ano de 2003, quando esse percentual era 70,8%.

end, it is possible to demonstrate that, despite the legal requirement of equality between men and women, in reality, it is perceived that workers are treated unequally, relegated to lower-level functions, and when the function is the same, they end up receiving lower salaries. This inequality reflects, in general, the discrimination imposed on women throughout the history of mankind.

Keywords: Equality. Discrimination. Discrimination against women.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da igualdade. 2.1 Conceito de igualdade. 2.2 Evolução social do direito à igualdade. 3 Sobre desigualdade e discriminação. 3.1 Dispositivos legais antidiscriminatórios. 3.2 Análise estatística da desigualdade entre gêneros no trabalho. 4 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição Federal (CF) brasileira de 1988 consagra a igualdade como um direito fundamental, o que se reflete tanto no preâmbulo quanto no *caput* do art. 5º. De outra banda, o valor do trabalho também está consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, inciso IV, do Título I, logo abaixo de dignidade da pessoa humana, inciso III do mesmo artigo.

Este trabalho busca mostrar que, embora dispostos em nossa Lei Maior, esses fundamentos são por diversas vezes desrespeitados no mundo do trabalho, quando verificamos que existem cargos e funções que não são acessíveis às mulheres ou que, quando elas trabalham nas mesmas funções que os homens, embora muitas vezes mais bem qualificadas, recebem salário inferior. A mulher é lesada em direitos constitucionais de igualdade, seu trabalho é desvalorizado e, por conseguinte, sua dignidade é posta diariamente à prova.

2 O princípio da igualdade

2.1 Conceito de igualdade

A igualdade é a base de todas as garantias e prerrogativas que a legislação brasileira nos oferece. Para entendê-la, no entanto, é

mister ir além de sua interpretação literal. Igualdade no ordenamento pátrio não significa tratar todos igualmente, mas sim tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, conforme o filósofo Aristóteles defendia.

Para melhor entendermos a igualdade aristotélica, precisamos antes distinguir a igualdade material da igualdade formal. Sob a ótica da igualdade formal, somos todos iguais na lei e perante a lei, ou seja, a lei é a mesma para todos e é aplicada para todos da mesma forma. Como, mesmo com essa igualdade legal, novas desigualdades de natureza social e econômica surgiram, o conceito de igualdade material se impôs necessário ao determinar que a lei deve, sim, conforme a referência aristotélica, tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Ao Direito, compete promover a igualação dos desiguais e tratar de forma diferenciada os que se diferenciam, a fim de que o princípio da igualdade não se torne apenas uma letra morta (PIMENTA, 2000, p. 169-170). A igualdade material busca implantação da igualdade fática.

Humberto Ávila (2008, p. 49) conceitua igualdade como a relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade, geralmente uma comparação. Para haver essa comparação, mister que seja definida a mesma medida. Logo, para auferir a capacidade laborativa de um indivíduo, critérios objetivos devem ser levados em consideração. Fazer uma avaliação baseada em seu sexo, sua raça, sua religião, ou determinada característica pessoal, trata-se de uma “correlação espúria”.

Referida comparação, no entanto, não pode ser aleatória. Há de se relacionar diretamente com a finalidade a qual se justifica. De outro lado, se a comparação deve ser motivada, a diferenciação também há de ser embasada (critério e finalidade), sob pena de ser considerada inconstitucional justamente por ferir o princípio da igualdade (ÁVILA, 2008, p. 63-65).

A igualdade formal fundamenta-se em fatos jurídicos e, a partir disso, surge a obrigatoriedade do tratamento igual, sem levar em conta as características pessoais, como cultura, religião etc., ou

físicas, como o sexo. Contudo, a igualdade formal, entenda-se a legal, não garante por si só o tratamento justo, motivo pelo qual buscamos, também, a formatação de um conceito de igualdade material. Isso pode gerar uma diferenciação, mas esta deverá ser fundamentada por requisitos legais.

Como exemplo dessa igualdade material, é citado o direito ao voto, previsto no art. 14 da Constituição Federal. Neste artigo, prevê-se a necessidade, para o voto, dos requisitos (características) de nacionalidade e idade. Características como sexo, etnia, condição econômica são consideradas não essenciais para o exercício desse direito. Logo, seria arbitrário o impedimento a algum cidadão de exercer seu direito ao voto baseado em quaisquer características que não sejam previstas em lei (nacionalidade e idade). É considerada arbitrária e inconstitucional a diferenciação que toma por base uma característica não essencial, ou seja, não prevista pela lei como essencial para o exercício de um determinado direito (HESSE, 1998, p. 332-333).

Levando-se em conta o mercado de trabalho, não podemos fazer diferenciação entre homens e mulheres para a execução de uma tarefa que ambos são capazes de realizar. Muito menos poderá ser valorado o produto do trabalho de forma desigual quando ambos o exercem de semelhante maneira. Toda e qualquer diferenciação injustificada fere o nosso ordenamento jurídico.

2.2 Evolução social do direito à igualdade

A primeira vez em que foram normatizados os direitos fundamentais² do homem, a saber, igualdade, liberdade e fraternidade, foi na Revolução Francesa. A partir da crise de mercado de 1929, que mostrou a ineficácia do Estado Liberal, o Estado percebeu que não poderia mais se omitir diante dos problemas sociais, razão pela

2 Luciane Barzotto (2007, p. 18) afirma que os direitos humanos são de difícil conceituação, mas encontram-se em um ponto médio entre os valores jurídicos e os direitos fundamentais. Direitos humanos seriam diretrizes éticas para o reconhecimento jurídico e, quando positivados, tornar-se-iam, então, direitos fundamentais.

qual uma série de direitos humanos foi materializada por instrumentos legais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 51).

Inicialmente, os direitos fundamentais representavam os direitos civis e políticos (denominados direitos fundamentais de primeira geração). Com o passar do tempo, passaram a incluir os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração), que observavam, além da proteção individual dos indivíduos, os direitos sociais, culturais e econômicos, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência (HUMENHUK, 2004).

Nas constituições das sociedades modernas, surgem novos direitos, entendidos como direitos coletivos (denominados de direitos fundamentais de terceira geração), que compreendem o direito ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente (HUMENHUK, 2004). Os direitos de liberdade e igualdade dos trabalhadores não se dão, a partir de então, apenas em face do Estado, mas também em relação aos demais poderes sociais (SARLET, 2009, p. 101).

Se, num primeiro momento, entendia-se que o direito à liberdade excluía o Estado de intervir na vida do indivíduo, com a terceira geração de direitos surge o entendimento de que o Estado deverá intervir para assegurar a efetiva implementação dos direitos fundamentais. Entre estes, figura o direito de todos à igualdade. Do princípio da igualdade vem a ideia do Estado Democrático de Direito, que coordena um sistema de princípios e regras a fim de assegurar que todos tenham tratamento digno (GOMES, 2005, p. 42-66).

Por tal razão, o trabalhador, hipossuficiente que é, carece de ser protegido pelo Estado quando seus direitos fundamentais são lesados por comportamentos do empregador, uma vez que são direitos dos quais não pode dispor (SOUZA, 2009). Da mesma forma, podemos entender que a mulher, que ao longo do desenvolvimento da humanidade permaneceu à margem e relegada a papéis menos valorizados em todas as searas da vida social, necessita da proteção do Estado Social de Direito para ser alçada à igualdade de

direitos em relação ao homem. Trazendo essa ideia para a realidade da mulher no mercado de trabalho, verifica-se que há previsão constitucional e infraconstitucional de ações afirmativas³ no mercado de trabalho da mulher.

De forma geral, a diferenciação legal entre trabalhadoras e trabalhadores aparece nas medidas de proteção à maternidade (arts. 7º, XVIII, 226 e 227 da CF) e nas medidas que visam a coibir práticas discriminatórias, como a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos.

Um exemplo de ação afirmativa é o direito à licença-maternidade⁴ ser maior do que o direito à licença-paternidade. Licença maternidade (ou licença-gestante) é benefício de caráter previdenciário, introduzido pela CF de 1998 (art. 7º, XVII), que consiste em conceder, à mulher que deu à luz, licença remunerada de 120 ou, dependendo do caso, de 180 dias. Já a licença-paternidade de cinco dias está prevista no art. 7º, inciso XIX, da CF/1988 c/c o art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988. Como a amamentação é realizada pela mulher e embora seja inegável que a figura masculina seja importante para o desenvolvimento da criança, é na sua ligação com a mãe que o bebê se desenvolve social e emocionalmente. Ter a mãe próxima nesse período é um suporte físico e emocional para o bebê. Logo, ter a licença-maternidade um período maior que a licença-paternidade

3 Por ações afirmativas, ou discriminações positivas, devemos entender o tratamento diferenciado de grupos ou segmentos sociais que historicamente vêm sendo tratados de forma desfavorável na sociedade.

4 Antes, de 120 dias, de acordo com a Constituição; após a sanção da Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, a licença-maternidade poderá se estender pelo período de 180 dias, prevendo incentivos fiscais para as empresas do setor privado que aderirem à prorrogação da licença-maternidade de 120 dias para 180 dias. Entretanto, está em vias de se tornar obrigatoriedade a licença-maternidade de 180 dias. O Senado Federal já aprovou, em segundo turno, em 3.8.2010 a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 64/2007, que garante a ampliação da licença à gestante de 120 para 180 dias. A PEC recebeu 62 votos favoráveis e nenhum voto contrário. A matéria está agora na Câmara dos Deputados, segundo notícia do *site* da Agência Senado, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=103697&codAplicativo=2>>.

não se trata de ferir o direito de igualdade, e sim de questão de ordem pública, pois tal diferenciação se justifica porque visa ao desenvolvimento saudável da criança, o que é importante para a sociedade como um todo.

3 Sobre desigualdade e discriminação

3.1 Dispositivos legais antidiscriminatórios

A igualdade entre todos os cidadãos é garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já no seu preâmbulo. É considerada como um valor supremo e necessário para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Além disso, a Constituição estabelece como objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV).

Antes de a Constituição de 1988 igualar expressamente homens e mulheres em direitos e deveres, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previa que pudesse haver interferência marital ou paterna no contrato de trabalho da mulher adulta, como “Proteção ao Trabalho da Mulher”, além de exigir da trabalhadora atestados médicos especiais e lhe restringir alguns tipos de trabalho (CANTELI, 2010, p. 160).

O principal respaldo da igualdade na legislação pátria está na CF, que, já em seu preâmbulo, diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. [g.n.]

Na CLT, um dos melhores exemplos do direito de igualdade tem resguardo no art. 461, que versa exatamente sobre isonomia salarial quando da mesma função desempenhada.

Nas palavras de Otávio Brito Lopes⁵, “a discriminação é a antítese da igualdade, ou seja, a negação do princípio de que todos são iguais perante a lei” (LOPES, 2000). Continua o membro do *Parquet* laboral dizendo que o princípio da igualdade é primordial para um Estado de Direito democrático e justo. Discriminar é aplicar regras diferentes a situações semelhantes, ou aplicar as mesmas regras a duas situações distintas.

No âmbito legislativo, há diversas tentativas de formalização do conceito de discriminação, como o art. 1º da Convenção n. 111 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150, de 19.1.1968, que traz o seguinte conceito de “discriminação”:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão [...].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, traz em seu art. 1º o fundamento jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No art. 2º, afirma que as pessoas devem exercer seus direitos sem sofrer nenhuma distinção. Note-se que a dignidade da pessoa humana está diretamente vinculada ao princípio da não discriminação⁶.

5 Otávio de Brito Lopes é subprocurador-geral do Trabalho e, além de professor de Direito do Trabalho, foi o procurador-geral do Trabalho no biênio 2007-2009.

6 De acordo com o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2009), o princípio da igualdade liga-se diretamente à dignidade da pessoa humana e, por isso, a Declaração Universal da

A Constituição brasileira de 1988, no mesmo diapasão, elencou o princípio da não discriminação como sendo fundamental para a constituição do Estado Democrático de Direito. Em seu art. 1º, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, reza: “III – a dignidade da pessoa humana; IV – o valor social do trabalho”. Elenca, ainda, entre os objetivos fundamentais da República (art. 3º, I, III e IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. [g.n.]

Já o *caput* do art. 5º da Lei Maior, por sua vez, determina que todos devem ser iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”, e aponta como garantia fundamental o princípio da igualdade. Em seu inciso XLI, prevê que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Adiante, no art. 7º, os incisos XXX, XXXI e XXXII proíbem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos.

A legislação infraconstitucional também garante ao trabalhador que não haja restrições para o seu acesso ao trabalho, a menos que estas sejam apenas de requisitos específicos para o desenvolvimento da função. Na CLT, o art. 373-A (inserido pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999) trata da proibição à publicação de anúncios discriminatórios para emprego, os quais façam referência a sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; à motivação discriminatória para a recusa de emprego, promoção ou dispensa e à utilização de variável discriminatória para fins de remuneração, formação e ascensão profissional. Se não observado o dispositivo, é prevista aplicação de multa administrativa (LIMA, 2009).

ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. A dignidade da pessoa humana passa pela garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário.

Podemos inferir que a evolução da legislação pátria relativa ao trabalho feminino possui três fases distintas: a primeira destaca-se pela ausência total de proteção; na segunda, havia um grande número de normas tuitivas que, em realidade, geravam discriminação e deixavam a mulher com mais dificuldade de ingressar no mercado de trabalho; na terceira fase, pós-constitucional, nota-se a retirada desse tratamento um tanto paternalista em relação à mulher, incentivando-a à conquista da igualdade e ao seu fortalecimento gradual em direção ao mercado (CANTELI, 2010, p. 162), ainda que subsista a necessidade de implantação de medidas afirmativas, a fim de minorar a diferença que persiste entre os trabalhadores e as trabalhadoras, conforme veremos a seguir.

3.2 Análise estatística da desigualdade entre gêneros no trabalho

A fim de demonstrar estatisticamente o alegado acima, fez-se uma busca nos *sites* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁷, da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁸ e do DIEESE⁹¹⁰. Para a análise pretendida no presente estudo, os dados mais completos foram obtidos no Anuário dos Trabalhadores de 2008 (DIEESE, 2008).

Nessa pesquisa, verifica-se que a maioria da população brasileira encontra-se na faixa dos 20 aos 39 anos, seguida da faixa dos 40 aos 59 anos, ou seja, 54,55% da população brasileira possui de 20 a 59 anos, idade economicamente ativa. Os homens estão em maior número do que as mulheres até os 19 anos, e, a partir dos 20

7 IBGE. *Mulher no mercado de trabalho: perguntas e respostas*. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttestudos.shtm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

8 Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/>>. Acesso em: 7 ago. 2010.

9 DIEESE. *Indicadores do mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?tipoBusca=tema&valorBusca=mercado+de+trabalho>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

10 DIEESE. *Anuário 2008*. Disponível em: <http://www.mtb.gov.br/dados_estatisticos/anuario_2008/arquivos/pdf/anuario_trabalhadores_2008.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

anos de idade, existem mais mulheres do que homens. Ora, poder-se-ia supor que essa maioria, embora sutil, se revelasse também no mercado de trabalho. No entanto, não é esta a conclusão que se verifica da leitura dos dados.

Analisando-se a tabela 4 do referido anuário (DIEESE, 2008), quanto à população economicamente ativa por sexo (relativa aos anos de 1998 a 2010, das regiões metropolitanas de Belo Horizonte, Porto Alegre, São Paulo, Recife, Salvador e Distrito Federal), observa-se que o número de homens empregados é sempre consideravelmente maior do que o de mulheres empregadas. A menor diferença encontrada foi no Distrito Federal – coincidentemente ou não, o local em que há o maior número de servidores públicos concursados no país e, por força legal, o concurso público não pode fazer distinção por sexo. Na capital gaúcha, verificou-se a maior queda no percentual da diferença entre homens e mulheres empregados, mas, ainda assim, é uma desigualdade significativa. Essa queda também foi encontrada em Recife e em São Paulo. Em Salvador e em Belo Horizonte, a diferença no número entre mulheres e homens empregados se manteve relativamente estável ao longo desse período.

O desemprego, de forma geral (conforme tabela 61 do anuário – DIEESE, 2008), diminuiu nos anos de 2004 a 2007 em todas as regiões citadas e para ambos os sexos, exceto para Porto Alegre, que, em 2006, teve uma pequena elevação de 0,1% para os homens. Quando o dado a ser analisado é quanto à procura por nova colocação, novamente percebemos que as mulheres possuem mais dificuldade. Na média, elas ficam um ou dois meses a mais na busca de emprego do que os homens (tabela 7 do anuário – DIEESE, 2008). Em Salvador, cuja busca pelo emprego demora mais tempo, a diferença entre homens e mulheres também é maior. Na capital soterropolitana, a mulher costuma ficar até quatro meses a mais sem emprego do que o homem.

Em relação ao rendimento por sexo, verificamos que os homens possuem sempre maior salário, muito embora as mulheres

apresentem um grau de instrução maior – menor taxa de analfabetismo e maior número de anos na escola. Independentemente da graduação da mulher, o rendimento do seu trabalho continua sendo inferior ao dos homens. Em 2008, a mulher ganhava, em média, 72,3% do salário masculino. Em 2003, esse percentual era de 70,8% (IBGE, 2010).

A tabela 70 do anuário de 2008 é uma das que mais chama a atenção quando a analisamos. Tal tabela refere-se à separação dos trabalhadores por ocupação, levando-se em conta seu trabalho principal. Os trabalhadores foram separados pelas seguintes categorias: assalariados do setor privado (com ou sem carteira assinada), autônomos, empregador, empregado doméstico ou empregado familiar sem remuneração. Percebe-se que o número de homens em praticamente todos os grupos é bem maior do que o das mulheres em quase todas as categorias, exceto ao se tratar de empregados domésticos e empregados familiares sem remuneração. Ainda em relação às regiões supracitadas, o percentual de homens nessa categoria vai de um percentual que não chega a ser contabilizado (ou seja, praticamente zero) até 1,3% ou 1,7% em Recife em relação ao empregado doméstico ou familiar, respectivamente. Entretanto, para o percentual feminino de empregadas domésticas, a taxa vai de 14,7% em Porto Alegre até 19,5% no Distrito Federal. Quando observamos a mulher empregadora, verifica-se que a porcentagem varia de 1,8% a 3,1% e o percentual do homem empregador é de 3,2% a 5,9%, ou seja, quase o dobro. Esse quadro demonstra muito bem que às mulheres ainda são relegadas as funções mais humildes e subalternas, enquanto, aos homens, os trabalhos de maior comando e autonomia.

4 Conclusão

A igualdade é buscada desde a Grécia, com Aristóteles, e seu conceito vem evoluindo ao longo do tempo. É tão importante na legislação pátria que há inúmeros dispositivos legais garantindo-a,

e o tema é objeto de estudo de doutrinadores das mais diversas áreas do Direito.

Apesar disso e de, a cada ano, aumentar o número de mulheres no mercado de trabalho, verificamos que tal aumento não representa um benefício real para elas. Ou esses empregos não são formais, ou as funções desempenhadas pelas trabalhadoras são de menor complexidade e valorização. A maioria da população em idade economicamente ativa é composta de mulheres, mas o maior número de empregados é de homens, demonstrando que as vagas de trabalho são preferencialmente preenchidas por estes. Em situação de desemprego, a mulher demora cerca de dois meses a mais que o homem para conseguir nova colocação no mercado de trabalho.

Acontece ainda de o salário médio da mulher ser menor que o do homem, e essa diferença não se restringe à média: quando analisamos dois trabalhadores de sexo diferentes que realizam uma mesma tarefa, ainda assim a mulher pode receber menos que o homem, muito embora, em média, ela tenha mais anos de estudo do que ele. O único índice no qual a mulher apresenta maiores taxas do que os homens diz respeito ao número de empregadas domésticas, que é infinitamente maior do que o de empregados domésticos. Nas demais categorias, o número de trabalhadores homens é sempre maior do que o de trabalhadoras mulheres.

Conclui-se que a igualdade entre homens e mulheres referida na Constituição, infelizmente, ainda não foi verificada na prática, pois, ao observarmos os dados estatísticos analisados, percebemos que ainda existe um hiato entre o que fala a Constituição e o que existe de fato na sociedade brasileira.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANTELI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.

DIEESE. *Indicadores do mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?tipoBusca=tema&valorBusca=mercado+de+trabalho>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

_____. *Anuário 2008*. Disponível em: <http://www.mtb.gov.br/dados_estatisticos/anuario_2008/arquivos/pdf/anuario_trabalhadores_2008.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito ao trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 24 maio 2010.

IBGE. *Mulher no mercado de trabalho: perguntas e respostas*. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaultestudos.shtm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

LIMA, Maria Rosângela Rezende de. Efetivação da cidadania para a pessoa com deficiência no mercado de trabalho: discriminação, desafios e conquistas. In: *Poliarquia: Revista de Estudos Políticos e Sociais do Centro Universitário Unieuro, Brasília*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009.

LOPES, Otávio Brito. A questão da discriminação no trabalho. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 8 ago. 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. Limites aos poderes do empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2230, 9 ago. 2009. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13296>>. Acesso em: 3 maio 2010.