

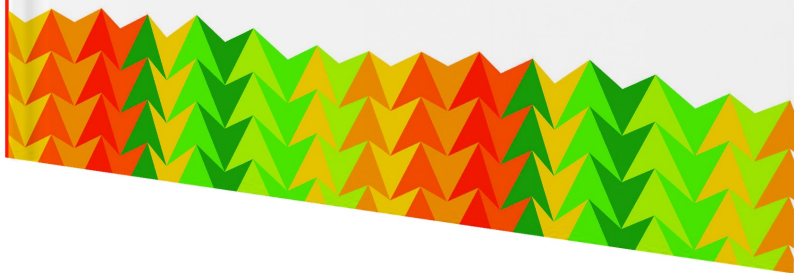
# IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE  
CÉSAR BARROS LEAL

Organizadores



Curso Brasileiro  
Interdisciplinar em  
Direitos Humanos

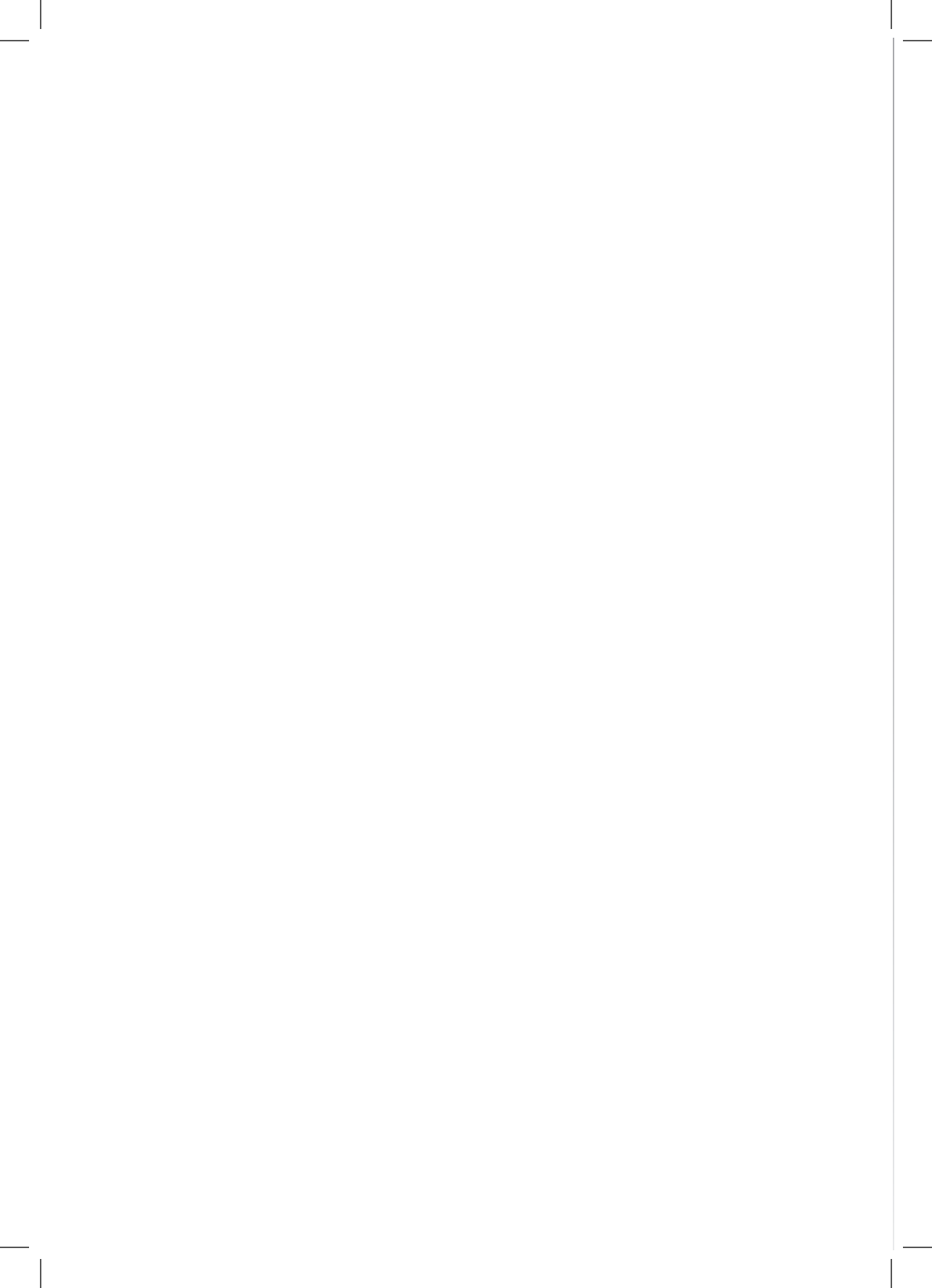




**Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal**  
Organizadores

# **IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Fortaleza  
2014



## Sumário

---

<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>5</b>
<b>O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: É JURIDICAMENTE POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO EXISTIREM LEIS DISCRIMINATÓRIAS?</b>	
Álvaro de Azevedo Gonzaga .....	7
<b>O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO CONTEXTO DA OPINIÃO CONSULTIVA OC – 18/03 – CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</b>	
Antônio Celso Alves Pereira .....	19
<b>A VISITA ÍNTIMA: UM DIREITO DOS PRESOS SOB O SIGNO DA IGUALDADE</b>	
César Barros Leal .....	45
<b>DIREITOS HUMANOS, MODERNIDADE, COLONIALIDADE, E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS NO BRASIL</b>	
Christiane de Holanda Camilo.....	59
<b>COMO EVITAR A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO CONTINENTE AMERICANO?UM ESTUDO A PARTIR DO RELATÓRIO DA CIDH SOBRE A SITUAÇÃO DAS PESSOAS AFRODESCENDENTES NAS AMÉRICAS EM 2011</b>	
Danielle Annoni e Fernanda da Silva Lima .....	89
<b>DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: DA EVOLUÇÃO À SUA CONCREÇÃO!</b>	
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso .....	117
<b>O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO</b>	
Isabel Penido de Campos Machado .....	151

**A BUSCA PELO EMPODERAMENTO FEMININO E PELA IGUALDADE DE GÊNERO – A EXPERIÊNCIA DOS PROJETOS MULHERES DA PAZ E FLORES DO BOM JADIM**

Líliã Maia de Moraes Sales e Mariana Almeida de Sousa..... 175

**O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E OS IMPACTOS DO PETICIONAMENTO INDIVIDUAL NOS TRIBUNAIS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Letícia Soares Peixoto Aleixo..... 195

**O ESTADO BRASILEIRO FRENTE ÀS DISCRIMINAÇÕES CONTRA LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO BRASIL**

Luanna Marley e Rose Marques ..... 227

**O ACESSO DOS POVOS INDÍGENAS À JUSTIÇA: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS**

Luisa Helena Lemos da Cruz ..... 253

**A PROMOÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO**

Luisa Maria S. Merico ..... 273

**A SELETIVIDADE DA VIOLÊNCIA LETAL NO BRASIL: O PROGRAMA DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES AMEAÇADOS DE MORTE E OUTRAS RESPOSTAS POSSÍVEIS**

Maíra dos Santos Moreira, Diego Valadares Vasconcelos Neto e André Henriques Bueno ..... 297

**A DISCRIMINAÇÃO EM SUA FORMA EXTREMA: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

Maitê de Souza Schmitz..... 317

**IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO À LUZ DAS AÇÕES E POLÍTICAS AFIRMATIVAS**

Nelson Joaquim ..... 349

## PREFÁCIO

---

Os quatro livros que estamos dando a público neste ano de 2014, por ocasião do III Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos<sup>1</sup>, versam sobre a temática central do evento: *Igualdade e Não Discriminação*. Os livros são escritos em idiomas distintos (português, espanhol, inglês e francês) e reúnem artigos de estudiosos dos direitos humanos, do Brasil e do exterior, que atenderam à nossa convocação para tomarem parte deste projeto, único em suas características e em sua dimensão, e que tencionamos venha a repetir-se nas versões subsequentes do Curso. Vários dos integrantes desta coletânea participaram das obras publicadas pelos dois Institutos (IBDH e IIDH) sobre os temas dos cursos anteriores<sup>2</sup>.

Confiamos em que os presentes textos haverão de constituir uma importante referência para o estudo e o debate acerca da *Igualdade e Não Discriminação*, indicando caminhos para o enfrentamento dos principais desafios de sua vigência e efetividade, na busca permanente da conjugação harmônica do saber e da ação. A partir do conhecimento teórico e da reflexão crítica, distanciada de qualquer postura negativista ou cética, os autores coincidem em proclamar a necessidade de estimular políticas públicas que garantam a construção de uma sociedade mais solidária e equitativa.

O princípio fundamental da igualdade e não-discriminação tem sido proclamado em declarações e tratados, e norteado a jurisprudência constante dos tribunais nacionais e internacionais, permeando o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No entanto, ainda não foi suficientemente estudado, a despeito de sua importância.

Dito princípio marca presença na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das

---

1 Realizado em Fortaleza, Ceará, pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, através de seu Escritório Regional para a América do Sul em Montevidéu, com o apoio do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e da Universidade de Fortaleza.

2 A saber: *Vitimologia e Direitos Humanos desde a Dimensão da Pobreza* (coord. César Barros Leal e Emilio José García Mercader, 2012) e *Acesso à Justiça e Segurança Cidadã* (coord. César Barros Leal e Soledad García Muñoz, 2013).

Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Desta decorre que o reconhecimento da dignidade inerente às pessoas e de seus direitos iguais e inalienáveis vem a ser o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, todos sendo iguais perante a lei e tendo direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei.

Ao editarmos estes quatro livros, permitimo-nos registrar a contribuição do Vice-Presidente do IBDH, Dr. Paulo Bonavides, e da ex-Presidente do IIDH, Dra. Sonia Picado Sotela, para a promoção e salvaguarda dos direitos humanos em nossa região; a ambos agradecemos por sua dedicação, ao longo dos anos, à disciplina que nos congrega. Expressamos nosso apreço acadêmico, ademais, aos autores dos artigos que compõem os tomos.

Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal  
Haia / Fortaleza, Julho de 2014

# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: É JURIDICAMENTE POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO EXISTIREM LEIS DISCRIMINATÓRIAS?

---

**Álvaro de Azevedo Gonzaga**

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e pela Universidade de Coimbra; Doutor, mestre e graduado em Direito pela PUC-SP; Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo USP; Professor concursado da Faculdade de Direito da PUC-SP, tanto na Graduação como no Pós-Graduação *Strictu Sensu* (Mestrado e Doutorado).

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de respondermos à questão proposta no título deste trabalho, faremos uma apresentação do histórico para a chegada da promulgação da Constituição Cidadã; posteriormente um breve estudo sobre o tratamento jurídico do princípio da igualdade e, logo depois, a exposição do prestígio desse princípio em alguns dispositivos constitucionais.

## 2. REFERENCIAL HISTÓRICO PARA O PRESTÍGIO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o declínio do regime militar no Brasil, a ida do povo às ruas e o movimento das “Diretas Já”, começa o processo de democratização no país. Em 1985, Tancredo Neves, do MDB, concorre às eleições indiretas para Presidente da República contra o candidato do PDS, Paulo Maluf. Em 15 de janeiro do mesmo ano, o Colégio Eleitoral escolheu Tancredo Neves para presidir o país. Entretanto, ele morreu antes de assumir a presidência e, por consequência, assumiu o seu vice, José Sarney<sup>1</sup>.

Impossível seria iniciar um momento democrático no país com a Constituição de 1967, principalmente com a vigência da Emenda Constitucional 17 de 1969, chamada por alguns de nova Constituição, tamanhas as mudanças propostas, e os atos institucionais em

---

1 Sobre esse assunto, cf. DE CICCO, C.; GONZAGA, Alvaro de A. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 28.



pleno desacordo do que se espera de um Estado Democrático de Direito. Assim, era necessário ter em vigor uma Constituição que redemocratizasse de fato nosso país.

Após um longo trabalho legislativo, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. De influência iluminista, nossa Constituição é rígida, por ter processo de modificação mais complexo do que o exigido para a edição da lei ordinária. Embora tivesse sido prestigiado pelas Constituições anteriores, o princípio da igualdade ganha força e destaque na Constituição atual de nosso país.

### 3. TRATAMENTO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Podemos afirmar que, desde a mais remota época, o homem se preocupa com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Nesse contexto, surgiram diversos conceitos de igualdade. Destes, destacamos dois que consideramos os mais abrangentes: a igualdade substancial e a igualdade formal.

A igualdade substancial, nas palavras do professor Celso Ribeiro Bastos, consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (BASTOS, 2001, p. 5). Essa igualdade não se realiza, pois a vaidade dos homens impede que todos sejam iguais. Próximo desse ideal de igualdade substancial, lembramos o pensamento de Jean-Jacques Rousseau.

A igualdade formal, por seu turno, consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.” (BASTOS, 2001, 1995, p. 7).

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro dá mais ênfase ao que dispõe a igualdade formal, ou seja, garante igualdades e algumas desigualdades, desde que positivas com vistas ao bem comum. Para ilustrar o tema, ninguém melhor que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu festejado livro e, de imprescindível leitura para aprofundamento no tema, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (2005)<sup>2</sup>.

2 A esse respeito, sugerimos a leitura do artigo do mesmo autor: Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1/1993, p. 81-83.

Na obra citada, o autor discorre sobre o princípio em apreço, dando especial atenção às discriminações que devem ser aceitas em nosso ordenamento jurídico desde que guardem relação com este. Tais discriminações consistem em atos legitimados pelo legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente. No diapasão de Aristóteles, Rui Barbosa bem sintetiza em sua oração aos moços de 1920 ao dizer que: “A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Basta agora definir quem são os iguais e quem são os desiguais.

Historicamente, diversas são as discriminações que resultam em reflexos até os dias de hoje. Exemplo disso seria o número de pessoas afrodescendentes que se encontram em universidades públicas nos cursos mais concorridos, ou até mesmo o número de mulheres que obtinham o nível superior há 40 anos.

Nesses casos, é preciso legislar, bem como agir com políticas públicas a fim de diminuir tais desigualdades e futuramente, caso seja possível, acabar com esse comando legal, pois a cultura social já abrigou essas pessoas de tal modo que não se faz mais necessário exigir a conduta de paridade. Entretanto, se não for possível igualar a situação entre os atores sociais, deve permanecer o comando legal, para que se garanta o direito e a situação de igualdade.

Nas palavras do professor Bandeira de Mello, para que o discriminem legal seja conveniente com a isonomia, é necessário que concorram 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, nelas 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 em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 41).

Sendo assim, para o professor Bandeira de Mello, a igualdade existe entre muitos, mas, quando há desigualdades, devemos reequilibrar a situação com atos imediatos e mediatos. As discriminações positivas são um típico exemplo de reequilíbrio imediato, pois há uma desequiparação entre as pessoas e é preciso uma atitude instantânea dos governantes.

Discussão constantemente abordada é o caso das desigualdades em oportunidades de acesso a Universidades Públicas de grupos de pessoas de amesquinhada condição socioeconômica, face à formação de alguns mais abastados. O reequilíbrio dessa situação de maneira imediata pode ser a criação de Cotas de vagas nessas Universidades, mas não devemos perder de vista as medidas mediatas, como a melhoria do ensino público no ensino fundamental e médio. Tais medidas mediatas fariam com que as “cotas” fossem suprimidas gradualmente até que todos tivessem igualdade no ponto de partida, como ensina Kant reequilíbrio imediato, pois há uma desequiparação entre as pessoas e é preciso uma atitude instantânea dos governantes.

Discussão constantemente abordada é o caso das desigualdades em oportunidades de acesso a Universidades Públicas de grupos de pessoas de amesquinhada condição socioeconômica, face à formação de alguns mais abastados. O reequilíbrio dessa situação de maneira imediata pode ser a criação de Cotas de vagas nessas Universidades, mas não devemos perder de vista as medidas mediatas, como a melhoria do ensino público no ensino fundamental e médio. Tais medidas mediatas fariam com que as “cotas” fossem suprimidas gradualmente até que todos tivessem igualdade no ponto de partida, como ensina Kant.

#### **4. A IGUALDADE OU A DESIGUALDADE**

Diversas podem ser as formas de equiparação por meio de discriminação; outras são as formas de equiparação sem nenhum tipo de discriminação, muitas delas vieram a existir apenas após a promulgação da Carta Política de 1988. Citaremos, resumidamente, algumas delas:

a) Igualdade sem distinção de trabalho: Não importa se o trabalho é urbano ou rural, intelectual ou braçal, todos os trabalhadores têm iguais direitos à proteção do trabalho, asseguradas à justa remuneração, previdência social e garantia ao ambiente de trabalho

salubre, livre do risco de acidentes e propício para o exercício da profissão em condições de dignidade.

b) Igualdade sem distinção de credo religioso: Dispõe o artigo 5º inciso VI da Constituição Federal que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Vivemos em um Estado laico, não hostil às religiões e, por isso, nada mais isonômico do que aprovar todas as formas de manifestar qualquer crença nos limites da lei.

c) Igualdade sem distinção de convicções filosóficas ou políticas: Dispõe o artigo 5º inciso VIII da Constituição Federal que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Todos nós somos formados por uma série de elementos de convicção que delineiam nossa totalidade como ser. Sendo assim, cada um tem uma convicção política e filosófica, não devendo, portanto, ficar adstrito a um único pensamento.

Assim sendo, no caso do partícipe não se dispor a prestar a obrigação constitucional, deve apresentar escusa de consciência, nos termos do artigo 143 da Constituição Federal, e cumprir prestação alternativa. Um bom exemplo de convicção seria um pacifista não querer servir às forças armadas. Desse modo, alegaria escusa de consciência, pois seu pensamento não autorizaria que este figurasse em uma eventual situação beligerante.

d) Igualdade perante a tributação: O artigo 145, parágrafo 1º, da Lei Maior prestigia o princípio da capacidade contributiva, que nada mais é do que um desdobramento do princípio da igualdade. Nesse sentido, contribui com mais aquele que tem mais, e contribui com menos aqueles que têm menos. Existem ainda casos em que há a isenção, pois a situação financeira do contribuinte é tão minguada que se faz mister tal medida.

e) Igualdade perante a Lei: Dispõe o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e, ainda: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifo nosso).

Diferentemente do direito inquisitivo, é garantido a todos o devido processo legal, que, resumidamente, consiste no direito à prévia citação para conhecimento do teor da acusação; direito de um imparcial; direito de arrolar testemunhas e elaborar perguntas, o contraditório; ampla defesa; defesa técnica; não ser acusado com base em provas ilícitas, privilégio contra a autoincriminação.

f) Igualdade perante a lei penal: A lei penal brasileira e o sistema de sanções devem ser aplicados a todos os partícipes do Contrato com igualdade. Tal não significa que as penas devam ser iguais para o mesmo fato; devem ser diferentes, respeitando as condições individuais, conforme dispõe o artigo 29 do Código Penal.

g) Igualdade nas relações de consumo: Dispõe o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Essa garantia veio com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que nada mais fez do que traçar igualdades entre os consumidores e os fornecedores. O consumidor, aquele que é o destinatário da produção, por sua condição hipossuficiente, não domina os meios e os modos de produção, a ponto de sequer ter condições de evidenciar os danos causados pelo produto ou serviço. A superioridade dos produtores, em geral, sempre causou grandes prejuízos.

h) Igualdade no acesso à justiça: Dispõe o artigo 5º, XXXIV e LXXIV da Constituição Federal que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” e b) “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Vale transcrever os ensinamentos de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

[...] ao fazer observar a igualdade das partes no processo, caberá ao juiz compensar de modo adequado desigualdades econômicas de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo. Tal é a igualdade real e proporcional, isto é, o tratamento desigual deve ser dispensado aos substancialmente desiguais na exata medida da desigualdade. (Apud CRUZ E TUCCI, 1999, p. 111).

Esses dispositivos são de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio, pois faleceria, não só o Estado

Democrático de Direito, como também o princípio da igualdade, se não fosse garantido a todos o acesso à justiça. Note-se que, no caso em comento, há discriminação, mas em favor dos pobres, na acepção legal do termo, a fim de igualá-los e oferecer paridade de armas em demandas judiciais.

## 5. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO *CAPUT* ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO<sup>34</sup>

*Se indagarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens, que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação, chegaremos à conclusão de que ele se reduz a estes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade.*

Jean-Jacques Rousseau (*O Contrato Social*, 2001, p. 62)

A Constituição Federal visa a uma proteção maior não só ao estrangeiro, que aqui é equiparado ao brasileiro, como também garante a igualdade sem distinção de qualquer natureza. Ou seja, o rol elencado nessa Constituição não é mais taxativo, mas sim genérico, abrigando qualquer caso de desigualdade.

Logo em seguida são garantidos alguns direitos, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros. O direito à vida é o primeiro a ser garantido. Em chaves rousseaneanas, tal direito é necessário, pois o partícipe abre mão de sua liberdade natural para garantir sua vida com a liberdade civil.

O direito à liberdade é uma garantia necessária para a configuração de um Estado Democrático de Direito. “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres.” (ROUSSEAU, 2001, p. 15).

Quanto à igualdade, estudaremos mais a frente nos próprios incisos da Constituição.

A Segurança deve ser garantida na Constituição Federal, pois mais uma vez os partícipes do Contrato Social só aceitam a liberdade civil, pois têm a garantia de suas vidas e a segurança de sua existência.

O direito à propriedade deve ser assegurado, pois, para Rousseau, esse foi o motivo da fundação da sociedade civil. Uma vez fundada

3 “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”.

tal sociedade, a mesma deve ser alicerçada em seus propósitos. Sendo assim, nada mais justo que garantir a propriedade no *caput* do artigo.

## 6. IGUALDADE SEM PRECONCEITOS E DISTINÇÕES (ART. 3º INC. IV DA C.F.)

Dispõe o artigo 3º inciso IV da Constituição Federal que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**” (Grifo nosso).

A partir desse dispositivo legal, analisaremos alguns desdobramentos que possíveis de se extraírem dessa leitura.

### 6.1 Igualdade sem distinção de origem, cor e raça

Historicamente, a discriminação aos negros é o tipo de ofensa mais grave e mais forte que temos. Algumas leis apontavam para o fim abolicionista brasileiro, dentre elas destacamos a Lei do Ventre Livre e a Lei Eusébio de Queiroz. Em 1888, a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea, que conferia a liberdade, mas não a igualdade entre negros e brancos.

Com isso, se fez mister regular a situação dos negros e tentar diminuir as desigualdades entre todos. Para tanto, diversos foram os diplomas que, com o passar dos tempos, fizeram isso. O atual sistema jurídico pátrio garante, sem sombra de dúvidas, essa igualdade e pune severamente quem agir de modo a afrontar não só mais a cor, mas sim a raça ou a origem de qualquer pessoa.

Além do artigo 3º da atual Constituição, muitos são os dispositivos e Tratados que repudiam e proíbem esse tipo de distinção. O artigo 4º, inciso VIII da Constituição, vem ratificar tal entendimento.

Vale, também, destacar o que dispõe o artigo 5º inciso XLII da Lei Maior, ao considerar o crime de racismo como inafiançável e imprescritível, nos termos da lei<sup>5</sup>. Algumas são as medidas a fim de diminuir as desigualdades impostas aos negros, ao longo da história. Uma delas, que gera grande discussão, é o sistema de “cotas” em universidades públicas ou em concursos públicos. A justificativa, para essa previsão de discriminação positiva, é justamente a tentativa

imediate de diminuir as desigualdades históricas que existem com os negros.

Essa questão ganha força e os debates são infundáveis. Para responder essa questão à luz do pensamento do Ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello é necessário encontrar relação entre o fator discriminação e a desigualdade entre os negros e não negros, bem como se tal discriminação guarda relação com o sistema jurídico pátrio.

## **6.2 Igualdade sem distinção de sexo (Igualdade de homens e mulheres)**

Dispõe o artigo 5º, inciso I da Constituição Federal que: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Nestes dispositivos (artigos 3º e 5º), o legislador busca a igualdade entre os sexos, pois, historicamente e por muito tempo, havia discriminação, sem justificativa, entre homens e mulheres. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. (SILVA, 2001, p. 220).

Sem imiscuir muito no tema uma discussão hodierna é a respeito da Lei nº 11340, conhecida como Lei Maria da Penha, que prevê a punição mais severa para o agressor.

## **6.3 Igualdade sem distinção de idade**

A história da antiguidade ocidental revela-nos que as pessoas mais importantes e respeitadas na sociedade eram os idosos, assim como, até hoje, ocorre na maioria das civilizações indígenas. Nestas comunidades, habitualmente, os idosos carregam consigo seu notório conhecimento e dividem com a tribo sua vivência e sabedoria.

Entretanto, diferentemente da Antiguidade ou das tribos indígenas, a sociedade na qual estamos inseridos não prestigia, na maioria das vezes, aqueles a quem devemos nosso passado, conferindo-lhe a condição de marginais na sociedade.



Visando a evitar quaisquer desigualdades, além das desigualdades normais da idade, e como um meio de prestigiar os idosos, o legislador pátrio garante alguns direitos que buscam trazer um mínimo de dignidade aos cidadãos com mais de 60 anos. A principal vitória legislativa que podemos destacar é o Estatuto do Idoso (Lei 10741), promulgado em 1º de outubro de 2003. Tal lei, em chaves aristotélicas, dá aos idosos um tratamento desigual dada suas desigualdades.

No mesmo diapasão, a proteção às crianças e aos adolescentes se enquadra neste ideal. Ao dar disciplina específica aos direitos dos jovens de nosso país, foram elevados estes à plena condição de sujeitos de direito, e não mais objetos dos atos de proteção do mundo adulto. Nos exatos termos do artigo 227 da Constituição Federal, têm eles direito à proteção plena e prioritária, em virtude da sua condição peculiar de ser humano em desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. 4. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As Grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir 1999.

DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_; GONZAGA, Álvaro de A. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. *Rousseau*. São Paulo: FTD, 1989.

LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

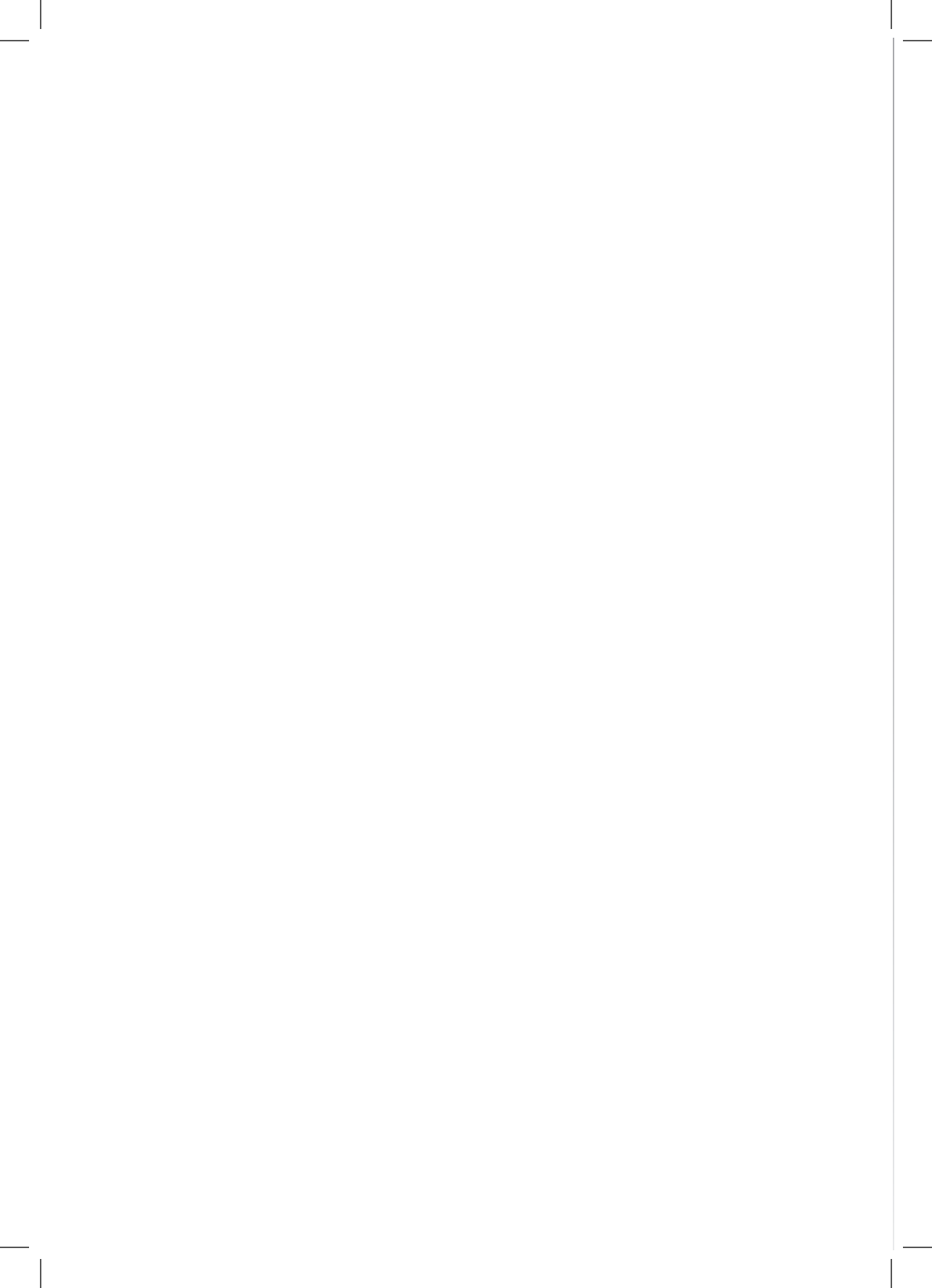
LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.



# O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO CONTEXTO DA OPINIÃO CONSULTIVA OC – 18/03 – CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS <sup>1</sup>

---

**Antônio Celso Alves Pereira**

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais, políticas e econômicas que se operaram no mundo nas últimas décadas no século passado, e que continuam se processando nestes tempos iniciais do Terceiro Milênio, decorrentes dos notáveis progressos científicos e tecnológicos alcançados em todas as áreas da atividade humana, como sabemos, aceleraram a marcha da história, criaram novos paradigmas definidores da sociedade pós-industrial e determinaram a emergência de uma nova fase de globalização da economia mundial.

Assim, no contexto da abertura da economia global, os países ricos do Ocidente enquadraram as economias emergentes – e as pobres em geral – nos ditames do consenso neoliberal, fato que repercutiu na questão do emprego e na ampliação da pobreza nos Estados periféricos. O espetacular progresso alcançado pela Humanidade nos últimos tempos foi distribuído de forma tremendamente desigual, não propiciou o necessário avanço no combate a fome e na melhoria das condições ambientais, educacionais e de saúde do segmento pobre do mundo. Apesar das promessas das lideranças mundiais – 147 Chefes de Estado e de Governo de 191 países – na Cimeira Mundial das Nações Unidas, realizada nos dias 06 a 08 de setembro de 2000, expressas na *Declaração do Milênio*, até agora os *Objetivos*

---

1 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2000 – Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>  
Consulta em 12 de junho de 2014.

de *Desenvolvimento do Milênio (ODM)*, fixados no documento para cumprimento até 2015, não foram totalmente efetivados.<sup>2</sup>

A nova divisão internacional do trabalho, a reestruturação produtiva e a flexibilização das relações do trabalho no âmbito da completa internacionalização das economias nacionais, entre outros fatores, conjugaram-se para agravar as deficiências estruturais históricas, derivadas do passado colonial e, com isso, destruir empregos e estagnar as economias dos países pobres.<sup>3</sup> Confrontado nessa situação, resta ao trabalhador excluído do mercado de trabalho do seu próprio país buscar sua sobrevivência na economia informal ou emigrar. Há, nessa matéria, uma situação que, por seu paradoxo, deve ser destacada, ou seja, na medida em que se amplia a globalização e são eliminadas barreiras à livre circulação de bens e de capitais, aumentam os fluxos migratórios, e, ao mesmo tempo, são criados mecanismos de toda a natureza para conter a livre circulação do trabalho. Como disse Bauman, “a globalização globaliza os ricos, porém, localiza os pobres”.<sup>4</sup>

Dados divulgados pelas Nações Unidas, em 11 de setembro de 2013, apontam que o mundo tem hoje 232 milhões de migrantes internacionais, números que correspondem a 3,2% da população mundial. Indica, também, que 60% deles vivem em regiões

---

2 Consulte-se: *Informe del Secretario General - Una vida digna para todos: acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015 - A/68/202 - 26 de julio de 2013. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/409/35/PDF/N1340935.pdf?OpenElement>. Consulta em 12/06/2014.*

3 STIGLITZ, Prêmio Nobel de Economia de 2001, antigo economista chefe do Banco Mundial e durante sete anos da presidência Clinton chefe da Consultoria Econômica da Casa Branca, com óbvio conhecimento de causa, afirma: (...) Os críticos da globalização, que acusam os países ocidentais de hipocrisia, estão certos. Os países ricos do Ocidente forçaram as nações pobres a eliminar as barreiras comerciais, mas eles próprios mantiveram as suas, impedindo que os países em desenvolvimento exportassem seus produtos agrícolas, privando-os, assim, da renda tão desesperadamente necessária obtida por meio das exportações. STIGLITZ, Joseph, E. *A Globalização e seus malefícios – A Promessa não-cumprida de benefícios globais*. São Paulo, Editora Futura, 2002, pp. 31/ 33.

4 CAMPIONE, Roger. *Globalización y Migración: ¿Retóricas Contradictorias?* In: Justicia, Migración y Derecho. MARTÍN, Laura Miraut – Editora. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 197. Segundo este autor, [...] “la dinámica de los flujos migratorios transnacionales no encuentra un lugar en la tesis recurrente de la globalización como fundición del mundo entero en un uno espacio público cosmopolita”. p.198.

desenvolvidas,<sup>5</sup> portanto, 40% dos migrantes estão localizados nos Estados do Sul. Estes, apesar de pobres, ou emergentes, são mais solidários com “o outro”. A recepção pelo Brasil de imigrantes indocumentados haitianos e de países vizinhos, como a Bolívia, exemplifica essa assertiva.

A imigração, na atualidade, figura entre os principais elementos da pauta política, social e econômica das sociedades receptoras, nas quais, muitas vezes, o tema é tratado de forma etnocêntrica, xenófoba, injusta e altamente discriminatória. Nos principais Estados receptores, especialmente nos Estados Unidos e nos países membros da União Europeia, o tema é recorrente e centraliza o debate socioeconômico cotidiano, assim como nas campanhas políticas, nas quais partidos conservadores, nacionalistas e radicais de direita incluem a imigração entre os fatores responsáveis pelos problemas que assolam seus países.<sup>6</sup> Esquecem, no caso europeu, o papel preponderante desempenhado pelos imigrantes na reconstrução da Europa devastada pela guerra e a contribuição que continuam a dar às economias dos Estados nos quais trabalham. No caso norte-americano destaca-se a campanha do *Tea Party* contra quaisquer políticas de reconhecimento de direitos dos imigrantes.

O deslocamento de contingentes humanos de um país para o outro, em busca de melhores condições de vida, de oportunidades de trabalho, ou para fugir de guerras, perseguições políticas, raciais ou religiosas, bem como de desastres ambientais é um fenômeno social presente na trajetória história da Humanidade, uma vez que tal transferência pode se realizar de forma definitiva ou em caráter temporário, com profundas repercussões na vida dos migrantes, dos seus países de origem e dos Estados receptores. A classificação das

---

5 Dados obtidos em: <http://www.onu.org.br/mundo-tem-232-milhoes-de-migrantes-internacionaiscalcula-onu/> Consulta em 12/06/2014.

6 Na Itália os membros da *Liga do Norte* e, na Áustria, os eleitores do *Partido do Povo Austríaco*, nomeiam os imigrantes como “os novos inimigos simbólicos da pátria”. O mesmo tratamento é dispensado aos imigrantes, na França, pelo *Partido Frente Nacional*; na Grécia, pelos neonazistas do *Aurora Dourada*; no Reino Unido, a discriminação fica por conta dos extremistas do *Partido da Independência do Reino Unido (Ukip)*; na Dinamarca, pelo *Partido Popular Dinamarquês* e, na Suécia, pelo *Partido dos Democratas Suecos*. Os neonazistas do *Jobbik – Movimento por uma Hungria Melhor* – terceira maior força política húngara, tocam o horror contra a presença do imigrante no país

migrações em *voluntárias e forçadas*,<sup>7</sup> ou *compulsórias*, é recorrente; porém, diante das realidades do fenômeno nos tempos atuais, não se pode aceitar o conceito de migrante forçado somente para indicar pessoas que buscam refúgio em outros Estados, para fugir da miséria absoluta, ou em virtude de perseguições políticas, étnicas e religiosas, bem como por questões de nacionalidade. Uma nova categoria de refugiado forçado foi recentemente incorporada, ou seja, o refugiado ambiental, compreendendo aquele que, por absoluta falta de condições para continuar vivendo em espaços ambientalmente degradados, se vê obrigado a emigrar. As populações das Ilhas Carteret, na Papua-Nova Guiné, e das Ilhas de Bhola, em Bangladesh, foram obrigadas a deixar suas terras, em consequência da elevação do nível do mar, catástrofe derivada do aquecimento global. Sob o mesmo risco estão as populações do Tuvalu, Kiribati e Maldivas, e da vila de Shishmaref, no Alasca. Na África 10 milhões de pessoas, que viviam em Estados subsaarianos, migraram nos últimos tempos para a África do Sul, Nigéria e República Democrática do Congo, entre outros destinos, em decorrência de décadas de seca e do processo de desertificação.<sup>8</sup> Todavia, podem também ser incluídos como migrantes compulsórios, aqueles que, vivendo em países que passam por graves dificuldades econômicas e com o desemprego em taxas elevadíssimas, são obrigados a “voluntariamente” emigrar para sobreviver. Diante disso, restaria classificar como migrante voluntário somente aquele que busca “melhorar de vida” em sociedades nacionais com oportunidades de bons empregos, ou o aposentado que emigra para países de custo de vida mais barato, e que oferecem melhores opções culturais e de lazer, bem como aqueles que, dotados de capital, emigram para investir em economias de melhor retorno.<sup>9</sup>

---

7 Dados constantes do citado Informe do Secretário Geral das Nações Unidas – nota 2 do presente trabalho- registram que, atualmente, são 15, 7 milhões o número de refugiados no mundo O atual conflito na Síria deu origem a cerca de 1,5 milhão de refugiados.

8 As Nações Unidas, em esforço para proteger as populações que vivem em espaços áridos, semiáridos e subúmidos secos, em todos os continentes, ou seja, em regiões habitadas pelos segmentos mais pobres do Planeta, patrocinaram a aprovação da Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados por Seca Grave e/ou Desertificação, Particularmente na África. (Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 2.741 de 20 de agosto de 1998.

9 Sobre o tema, ver FARENA, Matitza Natalia Ferreti Cisneiros. *Direitos Humanos dos Migrantes – Ordem Jurídica Internacional e Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31/37

É oportuno ressaltar o fato de que o fenômeno migratório, nos dias atuais, apresenta diferenças marcantes se comparado com o sucedido no passado. Se antes os europeus, pressionados pelos desequilíbrios demográficos e econômicos, que impediam a absorção da mão-de-obra existente em seus Estados, emigravam em massa para suas colônias, hoje se dá o inverso, ou seja, nacionais dos Estados que se emanciparam das antigas metrópoles se vêem obrigados, por razões de sobrevivência, a emigrar para a Europa, além dos fluxos para os Estados Unidos e Canadá e, no caso brasileiro, também para o Japão.

Forçado a emigrar, o trabalhador oriundo das antigas colônias europeias recebe tratamento altamente discriminatório e fica sujeito, nos Estados receptores, a toda a sorte de violação de sua dignidade como ser humano. Não somente se vê discriminado no trabalho, onde, em geral, não recebe tratamento igualitário em relação aos trabalhadores nacionais, como também sofre discriminação de natureza social, cultural e, muitas vezes, religiosa. Em geral, por não dominar a língua, desconhecer as estruturas política, social e jurídica dos países para os quais se transferiu, o trabalhador imigrante ignora quais são seus direitos e, assim, fica sujeito à exploração do empregador.

Na América Latina o tema está na ordem do dia, em razão das imensas dificuldades enfrentadas pelos imigrantes da região nos países receptores, especialmente nos Estados Unidos, sobretudo, depois dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e, da mesma forma, na Europa. Para se ter uma idéia da diáspora latino-americana, nas últimas quatro décadas a taxa anual de emigração no continente americano superou, amplamente, a taxa de crescimento da população. “A América Latina – assinala Gilberto Dupas – entregou-se passivamente à globalização dos mercados e das finanças. As consequências foram o agravamento da exclusão social e a subordinação de nossos Estados nacionais a metas monetárias rígidas que os impediram de praticar políticas anticíclicas e compensatórias. Viramos vice-líderes mundiais em criminalidade – somente atrás do Saara africano – e vexamo-nos com uma população abaixo da linha de pobreza”.<sup>10</sup> Ai está a razão do considerável aumento do fluxo migratório da América Latina para os Estados Unidos e Europa, a partir dos anos 80 do século passado.<sup>11</sup>

10 DUPAS, Gilberto. *União sul-americana: um imperativo*. Artigo publicado na “Folha de São Paulo” edição do dia 10/05/2005. p. A 3.

11 Não se pode ignorar a importância das remessas de divisas pelos emigrantes para as economias dos seus Estados de origem. Em muitos casos, principalmente



O governo do México, preocupado com o sofrimento de seus emigrantes indocumentados, que vivem nos Estados Unidos, cerca de 2.490.000, elegeu o tema como uma das prioridades de sua política externa. Assim, em 2003, solicitou a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – sobre a condição jurídica e os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados nos países em que trabalham. O pedido do México foi motivado pela decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Hoffman Plastics Compounds, Inc. versus National Labor Relations Board – NLRB* – exarada em 27 de março de 2002. A sentença da Corte Suprema declarou ilegal a prática administrativa da *NLRB*, entidade federal competente para dirimir questões derivadas de contratos coletivos de trabalho, de determinar ao empregador o pagamento de indenizações trabalhistas a um trabalhador imigrante indocumentado despedido por apoiar campanha para formar sindicato. Em suas decisões a *NLRB* nunca fez distinção, para o gozo de direitos trabalhistas, entre trabalhadores norte-americanos e imigrantes portadores de visto de permanência ou indocumentados. A Corte Suprema, em decisão discriminatória, determinou que o pagamento de indenizações e de outros direitos laborais a trabalhador imigrante indocumentado não encontrava abrigo na política migratória dos Estados Unidos, salvo

---

nos Estados cuja pauta de exportações está fundada em produtos primários ou na monocultura, tais remessas figuram como segunda fonte de entrada de moeda estrangeira no país. Dados de 2013 apontam que os principais receptores de remessas foram: Índia (63,8 bilhões de dólares), China (40,8 bilhões), México (23,5 bilhões), Filipinas (22,9 bilhões) e Nigéria (20,6 bilhões de dólares). Em 2013, 60 bilhões de dólares foram enviados para seus países de origem pelos emigrantes oriundos da América Latina, que vivem e trabalham nos Estados Unidos. As remessas de brasileiros que emigraram para a Europa, Estados Unidos e Japão compreenderam, em 2012, US\$1,97 bilhão, nível mais baixo desde 2002. A crise do capitalismo global, em 2008, e a melhoria das condições econômicas no Brasil, provocaram uma reversão de expectativas, ou seja, considerável número de brasileiros que emigraram para o Japão, a Europa e os Estados Unidos retornou, a partir de 2008. Estima-se que tenham voltado 20% dos emigrantes, desde o início da crise de 2008. Eles são, hoje, em torno de 1 milhão e duzentos mil. As remessas caíram 60% desde 2008. Do Japão o retorno foi de um quarto dos decasségui, que são atualmente cerca de 230 mil. As remessas caíram em 53%. Para se ter uma ideia mais ampla desta questão, vale registrar que o total das remessas de emigrantes brasileiros, no ano de 2006, oriundo de todo o mundo, foi de US\$ 7,373 bilhões. Em 2006, caiu para US\$ 4,044 bilhões; e, em 2012, para cerca de US\$ 2 bilhões. Por outro lado, não se pode também ignorar a contribuição dos imigrantes para a economia dos países receptores. Eles representam parte substancial da força de trabalho dos Estados para os quais emigraram.

os salários devidos por trabalho efetivamente realizado, que devem ser pagos mesmo depois de decretada a deportação do trabalhador.<sup>12</sup>

Antes de entrar na análise da OC-18/03, julgamos conveniente apresentar uma sintética indicação dos principais instrumentos internacionais que protegem o trabalhador migrante, para, em seguida, discutir a natureza jurídica da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isto feito, passaremos à análise do conteúdo da *Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos do Migrante Indocumentado*, exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 17 de setembro de 2003, em atendimento ao solicitado pelo governo mexicano.

## 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO MIGRANTE

Amigração internacional está protegida por diversos instrumentos internacionais e é também objeto de resoluções da Assembleia Geral da ONU<sup>13</sup>. Os direitos do migrante estão internacionalmente protegidos, entre outros, pelos seguintes instrumentos: *Declaração Universal dos Direitos do Homem*;<sup>14</sup> *Pacto Internacional sobre*

---

<sup>12</sup> Para um estudo sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados e dos Migrantes, consultar: ELIZONDO, Gonzalo e CASAFONT, Paola. *Migración y Dinámica de los Derechos Humanos Hoy*. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Liber Amicorum Canção Trindade*, Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp.279/330 e MÉNDEZ, Juan E. *et alii El Derecho Internacional y los Derechos Laborales de los Trabajadores Migratorios*. Porto Alegre: *Liber Amicorum Canção Trindade*, Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp.331/371.

<sup>13</sup> Resoluções A-RES-54/158, A-RES 55/275 e A-RES -54/180.

<sup>14</sup> "At first, only civil and political rights were guaranteed. In the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries, internal legislation and doctrine primarily mentioned such rights as the ones to deserve protection. Social rights, when mentioned, were understood as a consequence to them. Only at the beginning of the 20<sup>th</sup> century did some constitutions announce the general protection of social rights in express terms, such as Mexican Constitution of 1917, the Declaration of Rights of the People of 1918, later incorporated in the Soviet Constitution, the Germany Constitution of Weimar of 1919, the Spanish Constitution of 1931, the URSS Constitution of 1936, and the Irish Constitution of 1937. As an exception, it should be mentioned that the French Jacobean Constitution in the 18<sup>th</sup> century already mentioned the right to social assistance.

In the international arena, with the creation of the International Labor Organization in 1919 and the adoption of its Constitution, many principles and basic conditions regarding work conditions were settled. Thus, the opposite occurred at international level, to that which happened nationally. Recognition of many social rights took place before civil and political rights were guaranteed, for these started to be protected internationally only after the adoption of the Universal Declaration and

*Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador); Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT– sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, aprovada na 42ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1958; e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (86ª Reunião, Genebra, 1998). Cite-se, ainda, a Resolução A/RES/54/212, de 1º de fevereiro de 2000, Migração Internacional e Desenvolvimento, da Assembleia Geral da ONU. Sobre esse assunto convém mencionar que as Conferências Mundiais das Nações Unidas voltadas à proteção dos grupos vulneráveis contêm dispositivos que se aplicam aos imigrantes indocumentados, pois estes se enquadram perfeitamente nas categorias às quais tais instrumentos de proteção dos direitos humanos se destinam. Assim, aponta-se como parte da normativa de proteção do migrante, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo 1994 – e a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas Intolerância (Durban, 2001).<sup>15</sup>*

A *Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias*, instrumento que resultou de um grupo especial de trabalho criado pelo Secretário Geral da ONU para apresentar sugestões para a elaboração de uma normativa internacional de proteção ao migrante, aprovada em 1993, entrou em vigorem 1º de julho de 2003. Contudo, ainda não são partes nessa Convenção os Estados Unidos e os principais Estados europeus, o que a torna, de fato, inexpressiva. Daí a importância, para os Estados americanos, mesmo para aqueles que não ratificaram a Convenção Americana, da manifestação da CIDH sobre os direitos dos imigrantes

---

*the American Declaration, dated 1948, almost thirty years later".* TIBURCIO, Carmem. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law.* The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 145.

15 CIDH. Ver o parágrafo 22, página 8, do Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na aprovação da Opinião Consultiva OC-18/03. A jurisprudência da CIDH citada no presente trabalho está disponível no *site*: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas> Consulta em 13/06/2014.

indocumentados consagrados nos princípios do Direito Internacional Geral e no quadro normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como nos instrumentos de proteção desses direitos no continente americano, especialmente na *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, na *Carta da OEA* e na *Convenção Americana de Direitos Humanos*. A migração forçada está protegida pelos vários instrumentos internacionais pertinentes e, de forma efetiva, pela competente ação do *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados*. Compondo o *corpus juris* internacional de proteção dos refugiados estão, no âmbito da proteção universal, a *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*, de 1951, o *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967)*, e, na proteção regional, a *Declaração de Cartagena*, (1984), e a *Convenção da Organização da Unidade Africana sobre os Refugiados Africanos (1969)*.<sup>16</sup>

### **3. A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 64, 1., dispõe o seguinte:

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Discutindo a amplitude de sua competência em matéria consultiva oriunda do dispositivo acima, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece, em sua terceira Opinião Consultiva<sup>17</sup>,

<sup>16</sup> No Brasil, ver a Lei 9.474/97. Para melhor conhecimento das questões relativas à proteção internacional dos refugiados, consulte-se CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* volume I, Capítulo VIII, pp. 270/352.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A, nº 3. *Opinión Consultiva OC-03/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2*

editada em 8 de setembro de 1983, sobre *Restrições à Pena de Morte*, que tal competência, “es única en el derecho internacional contemporáneo”.<sup>18</sup> Em outra importante Opinião, a Corte esclarece também que

[...] “la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros. (Parágrafo 15).<sup>19</sup>

Na Opinião Consultiva – OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, a Corte destaca que a sua função consultiva tem por finalidade coadjuvar o cumprimento por parte dos Estados americanos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, assim como o cumprimento das funções que são atribuídas aos distintos órgãos da OEA nessa mesma matéria. Destina-se, dessa forma, a oferecer ao solicitante – Estados membros da Organização dos Estados Americanos, ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA – a interpretação correta de dispositivo da Convenção Americana, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano. A competência consultiva da Corte estende-se a todos os Estados membros da OEA, ao contrário do que acontece com sua competência contenciosa, que somente diz respeito aos Estados que declararam, expressamente, que a aceitam, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

y 4.4 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas> - Consulta em 16/06/2014.

18 CIDH – Opinião Consultiva OC-3/83, parágrafo 43.

19 *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por el Perú, parágrafo 15, p. 4.*

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos a competência consultiva atribuída à Corte Europeia pelo artigo 1º do Protocolo II à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tem a amplitude da competência consultiva que a Convenção Americana confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Europeia e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Europeia e dos seus Protocolos. Estes pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão Europeia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (art.1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar apresentar sua opinião. Na Opinião Consultiva 01/82 podemos ler:

De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva. (Parágrafo 31).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, desde a sua entrada em vigor, duas dezenas de opiniões consultivas, todas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente para o sistema interamericano de proteção. Aponte-se, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, “*Direito a informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*”, instrumento jurídico, sob todos os aspectos, da maior importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Internacional Geral, pelo seu pioneirismo e por sua repercussão na jurisprudência internacional. Constitui o primeiro pronunciamento de um Tribunal internacional sobre o descumprimento do artigo 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*, celebrada em 1993.<sup>20</sup> Cançado Trindade registra que esse Parecer 16/99 “é um dos mais importantes de toda a história da manifestação consultiva da Corte Interamericana”.<sup>21</sup> Vale ressaltar que nessa Opinião Consultiva a Corte Interamericana adotou a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida da atualidade. Em seu magnífico voto concordante na aprovação da OC-16/99 Cançado Trindade expõe o seguinte:

Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente

20 “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de emitir la opinión consultiva más interesante de su historia (...) ofreciendo elementos novedoso y creativos para entender el presente del derecho internacional. Posteriormente la Corte Internacional de Justicia dictó su sentencia del Caso Logrando. De modo insólito, este último Tribunal omitió referir-se a la OC-16 de la Corte Interamericana, aunque indudablemente la conoció y la aplicó*”. Ver ELIONDO e CASAFONT, op. cit. pp. 326/327.

21 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 203, p. 64.



a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo. (Parágrafo 3)<sup>22</sup>

Nesse pronunciamento a CIDH esclareceu também que o artigo 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares* reconhece, aos estrangeiros sob detenção, direitos individuais, dentre os quais o direito à informação sobre a assistência consular.<sup>23</sup> A OC-16/99 repercute na questão dos direitos do imigrante indocumentado, quando afirma que os direitos de acesso à justiça e às garantias do devido processo legal devem ser asseguradas ao estrangeiro. Em seu voto na aprovação da OC/16 o juiz Sergio García Ramírez afirmou:

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal - en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad - deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

Importante também para se fixar os direitos do imigrante no sistema interamericano, principalmente em relação aos Estados do continente que não ratificaram a Convenção Americana, é o

22 Para conhecimento do inteiro teor da OC-16/99 consulta *site* <http://www.corteidh.or.cr/>

23 "Em seu décimo sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso de imposição e execução de pena de morte acarreta uma privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, com toda a consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero". CANÇADO TRIDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, p. 64



que explicita a *Opinião Consultiva OC-10/89 – Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – de 14 de julho de 1989*. A CIDH sustenta o seguinte:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Parágrafo 45).<sup>24</sup>

As opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são fontes jurisprudenciais de suma importância para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus mecanismos de proteção no continente americano. Como já foi mencionado anteriormente, na decisão do *Caso LaGrand – Alemanha versus Estados Unidos*, a Corte Internacional de Justiça inspirou-se na OC-16/99. Vale salientar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recorrido aos seus pareceres consultivos para decidir numerosos casos contenciosos consequentes da violação de dispositivos da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, o que se pode comprovar consultando os parágrafos 165 e 174 da sentença exarada, em 20 de janeiro de 1989, no *Caso Godínez Cruz*, centrados na *Opinião Consultiva OC-6-86, de 9/05/86*; da mesma forma, o parágrafo 40 da sentença de 29 de janeiro de 1995 no *Caso Genie Lacayo*, reportando à *Opinião Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993*; e o parágrafo 50 da sentença de 17 de setembro de 1997 no *Caso Loayza Tamayo*, inspirado na *Opinião Consultiva 14/94, de 9 de dezembro de 1994*.

Quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce sua competência consultiva nos termos do artigo 64. 1 da *Convenção Americana* – afirma Pedro Nikken – “ela opera como uma espécie de

---

24 Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*. Disponível no site <http://www.corteidh.or.cr/> Consulta em 17 de junho de 2014;

tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”.<sup>25</sup>

#### 4. CONTEÚDO DA PETIÇÃO DO GOVERNO DO MÉXICO À CIDH

Em 10 de maio de 2002, o governo do México, apreensivo com situação dos 5.998.500 mexicanos que ganham a vida fora do território nacional – destes, 2.490.000 indocumentados – e, principalmente, com a incompatibilidade das interpretações, das práticas e da promulgação de leis, por parte de alguns Estados do continente americano, com a normativa de proteção dos direitos humanos no quadro da Organização dos Estados Americanos, com fundamento no artigo 64.1 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos um Parecer sobre os direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes indocumentados. Ao lado disso, pediu também a CIDH esclarecimentos sobre a obrigação dos Estados americanos de garantir a esses trabalhadores os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como a natureza que tais princípios jurídicos alcançaram no processo de desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e de sua codificação. Em sua petição, estima o governo do México que tais interpretações, práticas ou leis implicam em negar, entre outros, direitos laborais sobre a base de critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados nos países receptores, e constitui, ainda, abuso da condição de vulnerabilidade desses trabalhadores. Entre esses direitos laborais estão destacados o não pagamento de horas extras, de direitos decorrentes do tempo de serviço, salários devidos, indenizações não pagas e licenças maternidade, conformando violações inquestionáveis dos instrumentos que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção.<sup>26</sup>

25 NIKKEN, Pedro. *La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 176.

26 “Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos; el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas que, sinteticamente, conformam o seguinte:

1. Pode um Estado americano, de acordo com sua legislação trabalhista, tratar de forma distinta e discriminatória os trabalhadores migrantes indocumentados, comparativamente aos direitos que são conferidos aos trabalhadores migrantes documentados e aos trabalhadores nacionais desse Estado? É a condição de migrante indocumentado que impede o gozo de tais direitos?

2. Os artigos 2º, parágrafo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, II da *Declaração Americana*, 2º e 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e 1º e 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* devem ser interpretados no sentido de que somente em situação legal no interior de um Estado deve este respeitar e garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições? Ainda à luz dessas disposições, pode-se considerar que a privação de um ou de mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de imigrante indocumentado, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as mencionadas disposições?

3. Considerando o que dispõe o artigo 2º, parágrafos 1º e 2º e, ainda, o que ordena o artigo 5º, parágrafo 2º, do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade ante a lei à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

4. Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial por meio das disposições dos instrumentos internacionais apontados

---

(*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*), y 24 (*Igualdad ante la Ley*) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos". *Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A: Fallos y Opiniones. N° 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos Secretaria de la Corte, San José, Costa Rica, 2004.*

na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não discriminação e, da mesma forma, do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e, nestas circunstâncias, podem tais dispositivos ser considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as consequências jurídicas para os Estados membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, incisos (I) e 17 da *Carta da OEA*?

Referindo-se ainda à sua consulta, o governo mexicano ressalta que a opinião da Corte Interamericana seria de grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais por parte das autoridades dos Estados receptores de imigrantes, na medida em que deixaria bastante claro o alcance de tais obrigações no que se refere à proteção dos direitos laborais dos trabalhadores imigrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade. Vale ainda registrar o fato de que, justificando seu recurso à competência consultiva da Corte, o governo mexicano informa que no período de cinco meses, ou seja, de 1º de janeiro de 2002 a 7 de maio do mesmo ano, viu-se obrigado a intervir, por meio de suas representações consulares, em 383 casos em defesa dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes mexicanos, por discriminação no trabalho, salários não pagos, indenizações por enfermidades adquiridas e acidentes no desempenho do trabalho, entre outros motivos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no parágrafo 55 da Opinião Consultiva 18/03, deixa claro que tem competência para se pronunciar sobre as perguntas formuladas pelo governo mexicano e, no parágrafo 60, destaca que o inteiro teor do referido Parecer se aplica aos Estados membros da OEA, que firmaram indistintamente a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, subscreveram a *Declaração Americana* e a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ou que hajam ratificado o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, independentemente de serem partes da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, ou de algum de seus protocolos facultativos.

## 5. A PARTICIPAÇÃO DE DIVERSOS ESTADOS NO PROCEDIMENTO CONSULTIVO, BEM COMO DE ONGS, UNIVERSIDADES E PARTICULARES NA QUALIDADE DE *AMICI CURIAE* NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA OC-18/03

O artigo 62. 1 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que, “uma vez recebida uma solicitude de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste para todos os Estados membros, à Comissão Interamericana, ao Conselho Permanente da OEA, por intermédio do seu Presidente, ao Secretário Geral da OEA e aos órgãos da mesma a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se pertinente”. Assim, diversos Estados americanos interessados – México, Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá, Costa Rica, Uruguai, Paraguai, República Dominicana, Brasil, Panamá, Argentina e Peru –, além de representantes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das Nações Unidas participaram do procedimento consultivo comparecendo às audiências e apresentando observações escritas sobre a petição mexicana. Os Estados Unidos, em nota enviada à CIDH, em 13 de janeiro de 2003, informaram que não apresentariam observações sobre a solicitação de consulta.

Em razão da importância da consulta para a proteção dos direitos humanos no continente, universidades, indivíduos e diversas organizações não governamentais recorreram ao instituto do *amicus curiae* e, nessa qualidade, participaram dos procedimentos. A assistência do *amicus curiae*, como se sabe, não constitui, tecnicamente, interferência no processo. Sua função é apenas esclarecer o Tribunal sobre direitos e outras matérias que não são do conhecimento da Corte. Deve-se destacar, neste contexto, o papel que as Ongs vêm desempenhando no continente americano em defesa dos direitos humanos. As Ongs,<sup>27</sup> como vanguardas da sociedade civil, atuando no plano internacional, contribuem para os esforços que procuram construir uma comunidade humana alicerçada nos valores da não violência, da justiça social, do equilíbrio ecológico

---

27 Sobre a importância das Ongs no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ver: KRSTICEVIC, Viviana. *El papel de las ONG en el Sistema Americano de protección de los derechos humanos. Trámite de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e da democracia, fundada na consciência de que o que importa é o ser humano em sua dignidade, em seus direitos inalienáveis, que devem ser assegurados e respeitados por particulares e, muito especialmente, pelo Estado.<sup>28</sup>

## **6. A OPINIÃO CONSULTIVA OC-18/03: CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DO IMIGRANTE INDOCUMENTADO. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO IMIGRANTE**

A CIDH, examinando o conteúdo da solicitação mexicana e os diversos documentos apresentados pelos Estados interessados, bem como as observações das pessoas e entidades que participaram dos procedimentos na qualidade de *amici curiae*, expressa sua opinião, aprovada por unanimidade, afirmando, de início, que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição. Segundo a Corte, devem os Estados, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente, evitar ações e suprimir medidas e práticas que

---

28 Participaram dos procedimentos de elaboração da OC-18/03, na qualidade *amici curiae* as entidades e particulares abaixo mencionadas, entre outras: *Law Office of Sayre & Chavez*;

*Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*; *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston*; *College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center*;

*Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México*;

*Center for International Human Rights de la North western University, School of Law*;

*Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*;

*Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law*;

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*;

*Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)*;

*Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos*;

*Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*;

limitem ou violem direitos fundamentais. Nessa linha, a CIDH destaca que o princípio da igualdade e da não discriminação é parte integrante do Direito Internacional Geral e, assim, aplicável pelo Estado, independentemente de que este seja parte ou não de determinado tratado. As normas internacionais relativas ao princípio da igualdade e da não discriminação, destacadas pela consulta mexicana, são as seguintes: artigos 3.1 e 17 da *Carta da OEA*; 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*; II da *Declaração Americana*; 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*; e 2.1 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

Os Estados – destaca a CIDH – têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. O não cumprimento desse compromisso, mediante qualquer tratamento discriminatório, gera responsabilidade internacional. O princípio da igualdade e da não discriminação possui natureza essencial para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no plano interno como na esfera internacional. Essa obrigatoriedade – sustenta ainda a CIDH - remete o princípio da igualdade e da não discriminação para o domínio do *jus cogens*. Sobre esta posição da CIDH, vale registrar a seguinte lição constante do voto concordante do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade:

En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha significativamente reconocido que el referido principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, en la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, “ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”; sobre dicho principio, que “permea todo ordenamiento jurídico”, - ha agregado acertadamente la Corte, - “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” (párr. 101, y cf. puntos resolutivos ns. 2 y 4). La Corte, además, no se ha eximido de referirse a la evolución del concepto de *jus cogens*, trascendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional (párrs. 98-99).

Esse caráter imperativo acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos em relação a terceiros, inclusive particulares. Esta é a afirmação que se pode ver no mesmo voto concordante acima citado (parágrafo 60):



Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos(...) e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario. (...) No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto (...) Me limito, pues, aquí a señalar en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, - al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168), - en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.<sup>29</sup>

Argumentando que, geralmente, os imigrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, comparativamente aos nacionais ou residentes nos países receptores, a CIDH sustenta que tal condição tem uma dimensão ideológica e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros em relação às leis do país) e *de facto* (desigualdades estruturais). Tal circunstância, leva ao estabelecimento de diferenças no acesso de uns e outros aos recursos públicos administrados pelo Estado. (Parágrafo 112). No parágrafo seguinte, a CIDH afirma:

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

No contexto do princípio da igualdade e da não discriminação, a CIDH deixa o entendimento na OC-18/03 segundo o qual, nem sempre, o direito de acesso à justiça, em toda a extensão do conceito, é assegurado ao imigrante, principalmente ao imigrante indocumentado,

---

<sup>29</sup> Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, pp. 76/ 82. Para conhecimento da jurisprudência da Corte Europeia relativa ao princípio da não-discriminação, ver os *Casos Linguístico Belga*, 1968, *East African Asians versus Reino Unido*, 1973 e *Abdulziz, Cabales e Balkandali versus Reino Unido*, 1985, consultando o mesmo autor às páginas 78/79.



quando afirma “que o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independente do seu status migratório” (parágrafo 121). O acesso à Justiça nas esferas nacional e internacional é uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos. A proteção judicial é fundamental nesta matéria e está consagrada em vários documentos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, em seu artigo 25, estabelece que “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.<sup>30</sup>

A CIDH considera que o “amplo alcance da intangibilidade do devido processo legal se aplica não somente *ratione materiae* como também *ratione personae* em discriminação alguma”. (Parágrafo 122). Com referências aos *Casos Ivcher Bronstein, Baena Ricardo e outros* e *Tribunal Constitucional do Peru*, a Corte assinala que o elenco de garantias mínimas do devido processo legal se aplica na determinação de direitos e obrigações de qualquer espécie, não somente sobre o penal. Com referência ao imigrante indocumentado, seu acesso às garantias e à proteção judicial é prejudicado pela vulnerabilidade de sua situação no país em que trabalha, uma vez que, por temer represálias por parte de particulares ou das autoridades locais, como deportação, privação de liberdade e outras medidas coercitivas, o imigrante indocumentado teme buscar a prestação jurisdicional. Além disso, fatores culturais, como desconhecimento do idioma e da legislação que rege as relações de trabalho no país receptor, bem como carência de recursos e a existência de normas e práticas que dificultam o acesso à justiça, acabam impedindo a realização da prestação jurisdicional ao imigrante indocumentado. A CIDH é de opinião que “o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não somente formal, mas, sobretudo, real. Os direitos derivados da relação trabalhista subsistem, apesar das medidas que forem adotadas”. (Parágrafo 126).

---

30 Nessa matéria devem ser citados também os artigos 8º da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*; 8º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*; 6º da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*; 2 (3) e 14 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*; e 14 da *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura*.

As garantias do devido processo legal são fundamentais ao imigrante indocumentado, na medida em que, por sua natureza, estabelecem o equilíbrio processual entre as partes, a “igualdade de armas” no contraditório, considerando a disparidade de recursos entre as partes, ou seja, de um lado o imigrante inseguro, pobre e desprotegido, do outro o empregador “dotado de direitos suficientes e eficientes”.

Com referência aos direitos do trabalhador migrante indocumentado, antes de nomeá-los e discuti-los, a Corte, repetindo o que dispõe o artigo 2. 1 da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares*, define o trabalhador migrante como “toda pessoa que pretende realizar, realize, ou haja realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional”. (Parágrafo 128). A CIDH começa destacando que os direitos dos trabalhadores migrantes não são, em geral, reconhecidos nos países receptores, e, no caso, os que estão indocumentados são, obviamente, os mais prejudicados. Obrigam-se a aceitar condições de trabalho desfavoráveis comparativamente com os trabalhadores nacionais executando as mesmas funções. A CIDH esclarece:

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

A condição em que se encontra o trabalhador no mercado de trabalho do país, para o qual emigrou, não pode constituir, de maneira nenhuma, justificativa para privá-lo do gozo e exercício de seus direitos humanos, entre estes, o direito ao trabalho e, nessa atividade, não sofrer discriminação de qualquer natureza. O trabalhador imigrante,

documentado ou não, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado em que ele trabalha. Tais direitos derivam da relação jurídica laboral. (Parágrafo 146)

Assim, deve-se observar que o Estado tem a obrigação de fazer respeitar e garantir os direitos do trabalhador imigrante indocumentado nas relações deste com os particulares. O Estado não pode permitir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores e, da mesma forma, que a relação contratual possa contrariar os padrões mínimos internacionais de proteção dos direitos humanos. Vejamos o que dispõe a CIDH:

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

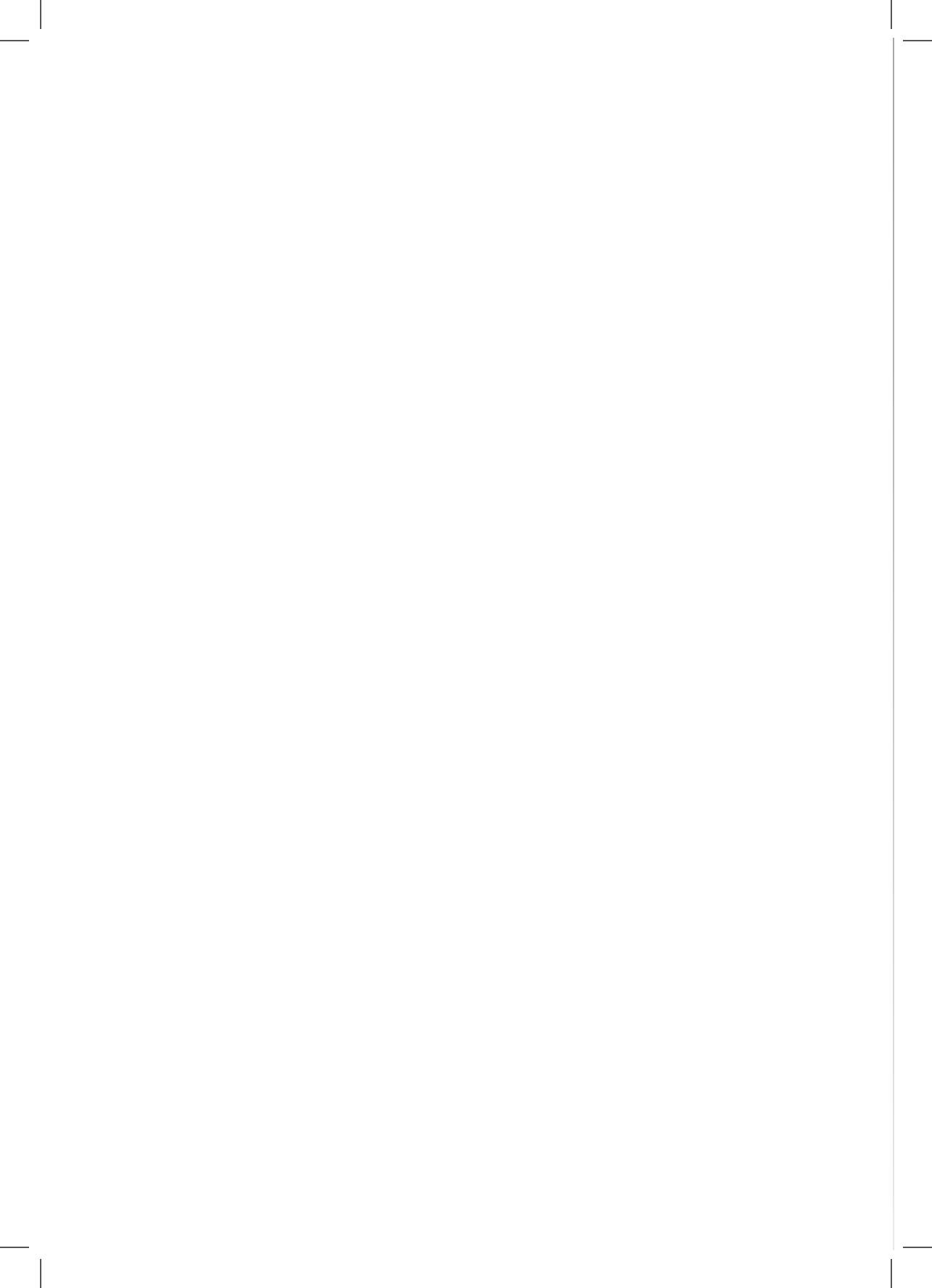
A CIDH esclarece, em relação aos trabalhadores imigrantes, que existem direitos fundamentais que, de forma discriminatória, não lhes são comumente assegurados pelos Estados receptores: a proibição do trabalho forçado ou obrigatório; a proibição do trabalho infantil; as atenções especiais que devem ser conferidas à mulher trabalhadora; e os direitos correspondentes à associação e liberdade sindical, negociação coletiva, salário justo por trabalho realizado, seguro social, garantias judiciais e administrativas, duração da jornada de trabalho, enfim, todos os outros direitos consagrados na legislação nacional e nos tratados ratificados pelo Estado em que trabalham. A salvaguarda desses direitos – diz ainda a CIDH – considerando o princípio da inalienabilidade do qual são titulares todos os trabalhadores, independentemente do status migratório, deve ser plenamente assegurada pelo Estado, assim como o princípio da dignidade humana consagrado no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

## 7. CONCLUSÕES

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, considera que os trabalhadores imigrantes indocumentados, nos países em que trabalham, possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa se traduzir em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não discriminação às suas políticas públicas, “quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório” (parágrafo 172). “O princípio fundamental da igualdade e da não discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não discriminação ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*”.<sup>31</sup>

A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que precisam ser asseguradas a todo imigrante. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. Portanto, não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes indocumentados por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais, e, ainda mais, negando-lhes o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos não sejam violados, não importando em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.

31 Parágrafo 4, capítulo X, conclusões da OC-18-03.



# A VISITA ÍNTIMA: UM DIREITO DOS PRESOS SOB O SIGNO DA IGUALDADE

---

**César Barros Leal**

Procurador do Estado do Ceará; Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Mestre, Doutor e Pós-doutor em Direito.

## 1. A QUESTÃO SEXUAL

A questão sexual, sobre a qual existe uma vasta literatura, é um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões. Apartado de seu ambiente familiar e social, imerso num mundo promíscuo, diferente, cimentado em regras próprias, impostas pelo grupo populacional, o preso tem diferentes opções: poderá reprimir seus impulsos, protagonizar agressões sexuais ou, ainda, voluntariamente ou sob coação, envolver-se em práticas de homossexualidade.

No cárcere, âmbito fechado, o sexo é substancial para a saúde psíquica de seus moradores. No livro *Mulheres Encarceradas*, Maud Frago de Albuquerque Perucci sustenta que a atividade sexual é “uma necessidade natural da pessoa humana”, da mesma forma que “o ato de respirar, alimentar-se ou dormir...”<sup>1</sup>

A privação *extra* de sexo, em grau especial quando se dá por lapsos prolongados (os estudos de Sigmund Freud são conclusivos quanto a isso), engendra, adentro, problemas no plano individual — provocando desequilíbrios psicológicos e estimulando comportamentos reprocháveis — e no plano coletivo, dando curso a um clima de tensão e a consequentes distúrbios.

O rol de condutas anômalas é enorme. Além do homossexualismo e numerosas perversões (como exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, masoquismo, pedofilia, sadismo, travestismo, voyeurismo e zoofilia), inclui o onanismo (masturbação), as violações (estupros) e o lenocínio (rufianismo).

---

1 PERUCCI, Maud Frago de Albuquerque. *Mulheres Encarceradas*. São Paulo: Editora Global, 1983, p. 117.

As violações são correntes e têm muito a ver com o exercício do poder do qual vêm a ser uma das desprezíveis manifestações.

Na lei da bandidagem, o condenado por estupro (especialmente de menores) sofre uma vingança de talião (“an eye for an eye and a tooth for a tooth” ou “like for like”). Está na legislação mosaica: paga-se com a mesma moeda (*par pari refertur*).

Por ocasião de seu ingresso na prisão o jovem, sobretudo o primário, costuma ser assediado por presos que o agridem sexualmente e muitas vezes o transformam, com assentimento dos carcereiros, em mercadoria para o vil comércio carnal. É uma das piores aberrações da clausura.

Quando um dos internos decide proteger o noviço não o faz por razões beneméritas; o intuito é converter-se em seu *padrinho*, o que significa tê-lo como propriedade para uso exclusivo. Sem inclinação homossexual, mas coagido pelas circunstâncias, o preso se submete a seu amo.

Entre os que são violados alguns passam a apreciar as práticas homossexuais; a outros, os *machos provados*, não lhes agradou e por isso as olham com maus olhos.

O rufianismo, por sua vez, prospera por iniciativa de presos e agentes prisionais que vendem as mulheres (filhas, irmãs, esposas, companheiras) num submundo que nutre o caldo de cultivo de sórdidas perversões.

## 2. A VISITA ÍNTIMA

Em harmonia com a asserção de Astor Guimarães Dias de que se efetua “contra o detento uma castração legal, ao privá-lo do outro sexo”<sup>2</sup>, permite-se a visita íntima (ou conjugal)<sup>3</sup> em vários países da América Latina (Brasil, México, Chile, Peru, Nicarágua, Venezuela, Argentina) como forma de dar solução ao problema do “Eros Acorrentado”,<sup>4</sup> de interromper a abstinência, vista como um castigo acessório ou adicional, de manter os nexos afetivos e matrimoniais e de assegurar o cumprimento do princípio da personalidade da pena, já que evita punir o cônjuge ou companheiro(a) inocente.

2 DIAS, Astor Guimarães. *A Questão Sexual das Prisões*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 15.

3 Na Espanha se chamam *vis-à-vis*.

4 A afirmação, de Sergio García Ramírez, consta em CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penitenciario*. México: Editora Porrúa, 2005, p. 499.

Sobre as vantagens comenta Elías Neuman:

“Um grupo considerável de autores como Jiménez de Asúa, Muzquis Blanco, Juan Agustín Martínez, Altmann Smith e Guimarães Dias, Lemos Britto, César Salgado, entre outros, são partidários do sistema de visitas heterossexuais íntimas para o maior número possível de reclusos. As vantagens seriam as seguintes: a) evitar as aberrações e perversões sexuais produzidas no encerro; b) manter a disciplina das prisões, pois, advertem, a maioria das desordens se devem a problemas cuja raiz é de caráter sexual e de ciúmes; c) conceder uma recompensa à boa conduta do apenado no estabelecimento; d) robustecer o laço conjugal, pois evitaria que a mulher que requiera satisfações sexuais as resolva mediante o engano, ao mesmo tempo em que o preso não teria crise de ciúmes. Estas considerações e outras parecidas — talvez se pudesse dizer que evitaria a propagação da Aids em prisão — constituem o suporte dos argumentos que, de ordinário, figuram nos projetos e regulamentações vigentes em diferentes países onde a experiência se efetua ou se tenha efetuado.”<sup>5</sup>

Não obstante suas vantagens, a visita íntima é criticada por autores como Eugenio Cuello Calón<sup>6</sup> e Beltrán e não é admitida em muitos países europeus. No Reino Unido constatamos a proibição.<sup>7</sup>

5 Em NEUMAN, Elías. *El Problema Sexual en las Cárceles*, 3ª ed. Buenos Aires: Editora Universidade, 1997, p. 142.

6 Ao respeito, veja-se: “...Bertrand em suas *Leçons pénitentiaires*, numa alusão direta à questão sexual nas prisões refere que a princípios do século XIX havia na prisão de New Gate (Londres), uma câmara onde os presos podiam receber visitas femininas. Na mesma prisão, refere V. Hentig, por volta de 1724, o carcereiro permitia a entrada de prostitutas na seção destinada a pessoas de posição, *Die Strafe*, II, p. 187. Fishman também relata que Thomas Mott Osborne, quando era diretor de Sing-Sing, introduziu o sistema de visitas femininas.” (CALÓN, Eugenio Cuello. *La Moderna Penología [Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución]*, Tomo I. Barcelona: Bosch, Casa Editora, 1958, p. 503)

7 No Reino Unido (que compreende a ilha de Grã-Bretanha — Inglaterra, Escócia e País de Gales — e Irlanda do Norte, afora algumas ilhas menores), além da Torre de Londres, visitei três prisões no ano 2001:

*Bulwood Hall* – Uma entre as dezesseis prisões femininas do Reino Unido, acolhe 180 mulheres, jovens e adultas, entre as quais estrangeiras e condenadas à pena perpétua. Suas celas são individuais e excepcionalmente duplas (é o caso de presidiárias com tendência suicida, que ficam com companheiras às quais se atribui a missão de observá-las e aconselhá-las). Dispõe de biblioteca (uma extensão da biblioteca da comunidade local, com uma bibliotecária que comparece uma vez por semana); oficinas de trabalho (onde todas laboram e são remuneradas); salas de aula



Ao visitar a maior prisão austríaca, no ano 2000, a menção de que no Brasil é permitida, uma ou duas vezes por semana, foi seguida de uma sonora risada de admiração e mofa de meus anfitriões.<sup>8</sup> Nos EUA, é vedada na maioria dos Estados e nas prisões federais.

e de aprendizagem profissional (pintura, cerâmica, desenhos de moda e barbearia); quadras de esporte; ginásio para musculação e exercício aeróbico; serviço médico e odontológico; cantina; capela ecumênica (decorada com murais feitos por presos do sexo masculino), além de espaços para banho de sol e restaurante. Na prisão, encontramos homens atuando como carcereiros, uma prática comum no Reino Unido, onde as mulheres igualmente trabalham nos estabelecimentos masculinos. As visitas ocorrem uma vez por semana, pelo período máximo de duas horas; os presos se sentam em cadeiras de cor amarela enquanto os visitantes o fazem em cadeiras de cor azul.

*Grendon* – De alta segurança, com uma população de 220 condenados, metade dos quais sentenciados à pena perpétua, alojados em celas unipessoais, trata-se de uma prisão terapêutica (com um departamento de pesquisa, uma biblioteca, oficinas de trabalho e áreas de recreação), para a qual vão voluntariamente os presos com problemas de comportamento e distúrbios psicológicos, que permanecem sob tratamento intensivo (*community therapy*) no máximo por três anos, período no qual têm acesso a um variado programa de orientação e tomam parte em sessões de terapia, em grupos de cinco a oito pessoas, acompanhadas de um assistente, em ambiente de grande tranquilidade. Junto com Alda Miranda Gant, residente em Londres, participamos de um encontro com três presos, quando tivemos a oportunidade de ouvi-los e lhes formular perguntas.

*Belmarsh* – Uma das maiores prisões do Reino Unido, também de máxima segurança, acolhe 800 presos, boa parte cumprindo prisão perpétua. Antes de ingressar, estivemos no *visitor center*, unidade com balcão de informações, cafeteria, telefone etc. Destaque para a diversidade das opções de trabalho e recreação, assim como a limpeza e o clima de absoluta ordem e disciplina. No pavilhão de visita, onde também se destina ao preso uma cadeira de cor diferente da dos visitantes, percebe-se um esquema rigoroso de segurança: as cadeiras são numeradas e um funcionário tem em suas mãos um documento com a foto do preso e o número de seu assento. Desde a inauguração, em 1901, só houve duas fugas, a última em condições peculiares: o fugitivo se fez passar por visitante e conseguiu enganar a todos até alcançar a liberdade.

8 No período de 10 a 17 de abril de 2000, integrei a delegação oficial do Ministério da Justiça, no Décimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes, em Viena. No penúltimo dia, 16, um domingo, em que boa parte das atividades do Congresso haviam sido interrompidas, visitamos, junto com o Prof. Igor Metzeltin e o Dr. Otto Müller, ex-Procurador Geral da República (1987-1994) e Presidente da Seção Austríaca da Associação Internacional de Direito Penal, a maior prisão austríaca, a *Bundesjustizanstalt*, no oitavo distrito de Viena, com 1050 presos, 45% deles estrangeiros, sendo 600 provisórios e 150 mulheres. Fundada em 1987, bem equipada e limpa, localiza-se no centro da cidade e conta com 355 funcionários, entre os quais se incluem 290 agentes penitenciários, assistentes sociais, médicos (práticos, ginecologistas, cirurgiões) e enfermeiros. Recolhidos em celas coletivas (as individuais são reservadas aos de alto risco), os presos exercem atividades laborais (remuneradas), se alimentam nos próprios aposentos, dispõem

Se a propensão é considerá-la um direito, apesar de ser limitado (assim o é na Espanha, um dos países da Europa que a adotam, de conformidade com o art. 53 da Lei Geral Penitenciária), em algumas legislações é vista como uma recompensa, uma regalia (o Código de Execução Penal do Peru dispõe em seu art. 52: A visita íntima é um benefício outorgado ao interno que haja cumprido os requisitos que assinala o Regulamento. Tem por objetivo principal a manutenção das relações do interno com seu cônjuge ou, na falta deste, com a pessoa com quem mantém vida marital permanente).

Os mencionados requisitos são: haver cumprido o período de observação; possuir informe médico que lhe seja favorável; exibir boa conduta reconhecida como tal pela equipe técnica de tratamento; não estar cumprindo nenhuma sanção de caráter disciplinar.

## 2.1. No Brasil

Embora para muitos seja um direito garantido pela Constituição Federal (de acordo com seu art. 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”), o direito à visita íntima (que já se admitia em 1942 na Penitenciária Central do Rio de Janeiro) não está previsto nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil nem na Lei de Execução Penal (art. 41), que se refere somente à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; a qual pode ser suspensa ou restringida mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Numa interpretação mais ampla da lei, tem-se entendido que a visita de que trata o art. 41 abarca a íntima, sobretudo quando se toma em conta que ao condenado e ao internado se asseguram todos os direitos que a sentença de condenação ou o ordenamento jurídico literalmente não alcança, a teor do art. 3º.

No boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Pedro Armando Egidio de Carvalho argumenta:

---

de cantinas onde podem diariamente adquirir produtos alimentícios e têm direito a (1) uma hora de banho de sol. As visitas são semanais, pelo período máximo de meia hora, em parlatórios com vidros que separam os presidiários dos visitantes, sendo proibidos os encontros íntimos. Segundo informação fornecida pelo chefe dos agentes penitenciários, há o registro de uma única fuga, ocorrida durante a construção do estabelecimento penal. Quanto às presas, alojadas num setor isolado dos homens, podem manter consigo seus filhos de até três anos, numa área específica, assistidos por uma equipe especializada.

“A Lei de Execução Penal (LEP), de julho de 1984, afirma em seu art. 2º que o Código de Processo Penal também é regra para o processo de execução. Ora, nesse Código, precisamente no art. 3º, admite-se a interpretação extensiva, segundo a qual, para o nosso caso, um preceito de Direito Penitenciário pode abranger uma situação não explicitamente considerada pelo legislador, desde que a exegese não restrinja os direitos do condenado ou agrave o constrangimento a que já está submetido.

Em síntese, tal interpretação só pode ser invocada em benefício do preso, jamais em seu desfavor.

Pois bem: o art. 41, X, da LEP, dita:

Constituem direitos do preso: visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Vê-se, por aí, que a regra invocada, de estender a uma situação não expressa o que se atribui a uma outra semelhante, permite sem grande esforço estabelecer o direito à visita íntima a partir da faculdade geral que o(a) preso(a) tem de receber visitas de seu cônjuge ou companheiro(a). Realmente, uma vez que a sexualidade é inerente à pessoa, não seria concebível que o direito de receber visitas do ser com quem se compartilha a intimidade se restringisse à liturgia própria do encontro com um parente ou amigo, em que os afetos de corpo e de alma nunca atingem a natureza e o grau de segredo e mistério que enlaçam os cônjuges ou companheiros.

Por outro lado, se o legislador, ao dizer constituir direito do(a) recluso(a) a visita do cônjuge ou companheiro(a), não distinguiu entre visita simples e visita íntima, não cabe ao intérprete limitar essa faculdade à primeira hipótese, rotulando a outra de mera regalia, sob pena de consagrar o princípio, já não mais aceito pela filosofia penitenciária dos Estados Democráticos, de entender as normas que regem a relação presidiário-Estado como propensas à sistemática restrição dos direitos e garantias de quem sofre a execução de uma pena restritiva de liberdade.”<sup>9</sup>

### **2.1.1. Projeto de lei e Resolução do CNPCP**

Em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 107, de 1999, de autoria da Deputada Maria Elvira, altera o art. 41 da

<sup>9</sup> CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Visita Íntima: Direito ou Regalia?, *Boletim IBCCrim*, número 43, jul./96, p. 3.

LEP, inclui o inciso XI (visita íntima) e modifica a numeração dos subsequentes. Na justificação, assevera que dita visita deve ser vista como um direito e não como uma recompensa e aduz que a abstenção sexual, sendo forçada, causa danos e pode gerar um desequilíbrio no indivíduo, aumentar a violência, a belicosidade, as condutas disruptivas e o clima de tensão na unidade.

Em 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou, mediante Resolução, que fosse “assegurado o direito da visita íntima aos indivíduos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos penais.” Depois de considerar que a visita íntima é um “direito constitucionalmente assegurado aos presos”, estabeleceu:

Art. 1°. A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

Art. 2°. O direito de visita íntima é, também, assegurado aos presos casados entre si ou em união estável.

Art. 3°. A direção do estabelecimento prisional deve assegurar ao preso visita íntima, pelo menos, uma vez por mês.

Art. 4°. A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício.

Art. 5°. O preso, ao ser internado no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro para sua visita íntima.

Art. 6°. Para habilitar-se à visita íntima o cônjuge ou outro parceiro indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional.

Art. 7°. Incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização.

Art. 8°. O preso não pode fazer duas indicações concomitantes e só pode nominar o cônjuge ou novo parceiro de sua visita íntima após o cancelamento formal da indicação anterior.

Art. 9°. Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar ao preso, cônjuge ou outro parceiro da visita íntima sobre assuntos

pertinentes à prevenção do uso de drogas, de doenças sexualmente transmissíveis e, particularmente, da Aids.<sup>10</sup>

Note-se que a Resolução versa sobre a visita íntima de presos ou reclusas, intentando-se com isso opor-se a discriminações que, a despeito do princípio da igualdade, ainda podem existir quanto às mulheres. Entretanto, nem todos os Estados brasileiros autorizam a visita íntima nas penitenciárias femininas, já que existe o receio de que as internas possam engravidar. Por outra parte, não é mencionada a opção sexual. Explico-me: não se especifica que o cônjuge ou outro parceiro sejam do sexo oposto, permitindo-se interpretar que a Resolução não veda a visita entre os homossexuais.

Alguns pederastas, ostensivamente femininos, são menosprezados pelos demais presos. Soem prestar serviços de sexo, lavar e engomar roupas, costurar, cozinhar etc. Outros presos, vítimas da violência sexual, se afeminam no cárcere. Há também os que, discretos, muitas vezes casados, com filhos, não se declaram abertamente e os que se deixam abusar por somente um preso (que passa a ser seu *padrinho*) para melhor *puxar cadeia*, ou seja, cumprir sua pena.

Nada impede que o quadro de vitimização institucional se amplie aos submetidos à medida de segurança ou a um tratamento psiquiátrico, mesmo porque constituiria um marco em seu progresso terapêutico e na preservação dos vínculos de afeto e dos núcleos familiares.

### 2.1.2. Os cuidados e riscos

São estabelecidos requisitos para ter acesso às visitas íntimas e se recomenda proporcionar roupas de cama, toalhas, sabonetes e papel higiênico, além de assegurar uma boa ventilação e a ausência de maus odores, umidade e fauna nociva.

São comuns as revistas nos internos e nos visitantes para impedir o ingresso de armas, munições e drogas.

Regularmente, são tomadas iniciativas para alertar sobre os riscos causados pela não adoção de práticas de sexo seguro. Vídeos, exposições e manuais são utilizados para este fim, com informações valiosas sobre uso de preservativos (facilitados pelos centros), métodos anticoncepcionais e doenças sexualmente transmissíveis.

<sup>10</sup> *Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: CNPCP, 2001, pp. 77-78.

Embora geralmente as visitas sejam reservadas a casados ou em união estável (a parceira deve ser previamente registrada), são abertas exceções para solteiros, autorizando-se em alguns locais, quando não têm relação estável, o ingresso de prostitutas.

### 2.1.3. O lugar

Não menos destacável é a questão do lugar onde os encontros íntimos devam ocorrer. Se bem seja preferível em recintos especialmente destinados para tal fim (*casas de visita*), chamados *venustérios*, *motéis* ou *parlatórios* no Brasil, *conyugales* ou *recâmaras* no México (a legislação espanhola assinala que a visita íntima deve ser realizada “em um estabelecimento independente e em boas condições”<sup>11</sup>), muitos desses lugares são as próprias celas (inclusive as de castigo), desprovidas de luz adequada e ventilação.

É ilusório imaginar a possibilidade de construção ou adaptação, em todas as prisões, de unidades especiais (*salões de amor*), que se assemelhem a uma casa normal, de aspecto familiar, como alguns pretendem; nada impede que a visita íntima se verifique no interior das celas, até dos alojamentos coletivos, resguardando-se os valores que devem orientar este procedimento.

Relata o médico cancerologista Dráuzio Varela, em *Estação Carandiru*:

“Num xadrez, caso um único morador receba visita, todo o tempo disponível é dele: se houver vários, o horário é dividido em partes iguais. Não há necessidade de bater na porta; a pontualidade é britânica. Nas celas maiores, com vinte, trinta homens, em que não existe outra possibilidade senão a do uso concomitante, eles improvisam espaços privativos com cobertores pendurados. Para acobertar as manifestações mais exaltadas do arroubo feminino, ligam os rádios bem alto.”<sup>12</sup> E agrega: “Se houver disponibilidade econômica e um pouco de conhecimento, é até possível receber visita em outro pavilhão, expediente utilizado para receber a esposa no xadrez de origem, no sábado, e a namorada em outro pavilhão com visita aos domingos. O número de funcionários é insignificante para coibir a infidelidade.”<sup>13</sup>

11 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 200.

12 VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 61-62.

13 *Ibidem*, p. 62.

Há notícias de internos que pagam a servidores públicos para que possam ter sexo com suas próprias esposas ou companheiras (ou prostitutas) nos escritórios administrativos.

Elías Neuman nos conta que, em algumas prisões da Argentina, presos têm relações sexuais no pátio, no dia de visitas. Uma espécie de biombo humano se forma, detrás do qual o casal faz amor, o que pode ser visto dos andares mais altos.<sup>14</sup> De uma cena semelhante fui testemunha presencial, faz muitos anos, na Casa de Detenção de São Paulo (então não se admitia oficialmente a visita íntima). Uma efígie de degradação que conservo ainda em minha memória.

## 2.2. No México

A visita íntima, no México (o país latino-americano pioneiro em sua implantação), é um benefício (outorgado quando há merecimento, e extensivo a presos de ambos os sexos, sob processo e condenados) e não um direito.

Em muitos centros de reintegração social só se permite a visita de familiares, que ocorre numa área específica ou em parlatórios, não se admitindo neles a visita íntima; esta se prevê no art. 12 das Normas Mínimas sobre Readaptação Social de Sentenciados, das regras 90 a 94 do Regulamento dos Centros Federais de Readaptação Social e no art. 81 do Regulamento de Reclusórios e Centros de Readaptação Social do Distrito Federal, onde existe desde 1924.

Em *Las Mujeres Olvidadas*, publicado pela Comissão Nacional dos Direitos Humanos e pelo Colégio do México, Elena Azaola e Cristina José Yacamán explicam, reiterando os termos do art. 12 da Lei que Estabelece as Normas Mínimas sobre Readaptação Social de Sentenciados, que a visita íntima tem como finalidade manter “as relações maritais do interno de forma sã e moral”, não devendo ser concedida “de forma discricionária senão depois de efetuar estudos médicos e sociais, mediante os quais se descarte a possibilidade de situações que tornem desaconselhável o contato íntimo.”<sup>15</sup> E alertam:

“É preciso fazer notar a diferença de critérios que, com relação à visita íntima, aplicam-se em reclusórios varonis e femininos,

14 NEUMAN, Elías. *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal*. Buenos Aires: Editora Universidad, 1994, p. 269.

15 AZAOLA, Elena e YACAMÁN, Cristina José. *Las Mujeres Olvidadas. Un Estudio sobre la Situación Actual de las Cárceles de Mujeres en la República Mexicana*. México: Editora O Colégio do México, 1996, p. 53.

pois enquanto que nos primeiros se costuma reconhecer este direito, nos segundos tende a se limitar como se, de maneira inconsciente, porém efetiva, a instituição carcerária fizesse as vezes, se assumisse como a depositária da tutela da mulher que amiúde, por ser delinquente, é considerada não somente uma má mãe... senão também incapaz de resolver sua vida afetiva, de atuar neste terreno sem o conselho, a vigilância e a assessoria da instituição."<sup>16</sup>

### 2.2.1. O lugar e outros aspectos

Em muitos poucos centros de readaptação social há instalações próprias para a visita íntima. Por isso ela se realiza ordinariamente nos dormitórios, improvisando-se habitáculos de papelão, latão ou lâmina, quando não se usam mantos para a privacidade desejada.

Jorge Fernández Fonseca nos dá alguns pormenores:

*“A conyugal vinha a ser até certo ponto, como um hotel de passagem, porém de qualidade muito baixa. As habitações consistiam num quarto sem mais móveis do que uma cama de madeira, e em lugar de tambor, tábuas, sem lençóis, colchas nem cobertores nem travesseiros; um cabide para pendurar a roupa, um lavatório e uma privada. Cada preso tinha que levar seu cobertor e seu travesseiro, e se lhes permitia uma permanência de duas horas... Havia disputas por ciúmes ou outras razões, e com certa frequência as mulheres eram espancadas e algumas vezes feridas. Os presos vendiam as esposas, amigas, filhas e até suas mães. No mais das vezes, de comum acordo com elas, pois há presos que nunca recebem visitas ou muito de vez em quando e lhes compram as mulheres aos que, sim, têm... Também estas visitas se apresentavam para lhes passar algumas coisas de contrabando, como drogas, armas e outros artigos proibidos. Eram-lhes passados metidos na vagina ou no reto, ou entre a comida que lhes permitiam passar, ou como às vezes passavam com os filhos menores, deu-se o caso de uma criança de 5 anos que se queixava e chorava insistentemente quando a mãe esperava passar à visita; ao chamar a atenção foi levado à enfermaria descobrindo-se que a criança tinha um cartucho com drogas metido no reto. Também havia intercâmbio de parceiras, um preso lhe cedia sua esposa a outro e este, por sua vez, lhe emprestava a sua. Para todas estas agitações, havia que passar ‘uma curta feira’; ou seja, umas*

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 55.



cédulas aos encarregados de vigiar este lugar. Em algumas ocasiões houve alguns crimes passionais neste lugar..."<sup>17</sup>

Incumbe ao Escritório de Trabalho Social um conjunto de ações relativas à visita íntima como, por exemplo: assistência àqueles que a solicitam; orientação e informação acerca de seu trâmite; elaboração de petições; recepção e revisão dos documentos correspondentes; encaminhamento do peticionário ao setor médico; avaliação do caso; confecção de credenciais; supervisão permanente da lista dos reclusos autorizados e seu encaminhamento às autoridades institucionais; revisão diária das instalações, dos movimentos da população; atualização de expedientes etc.<sup>18</sup>

## 2.2.2. As distorções

Não obstante o disposto nas Normas Mínimas sobre Readaptação Social de Sentenciados, a visita íntima se converteu em muitas prisões num mero comércio.

Restrições são impostas para que se outorgue sua autorização, mas a extorsão é a regra, tendo-se notícia de que se costuma concedê-la a internos a quem lhes "dá a permissão em troca de uma determinada quantidade de dinheiro que oscila entre 50 e 150.000 novos pesos", dessa soma devendo-se entregar ao subdiretor uma cota mensal "que varia segundo o volume de população que albergue o estabelecimento. É o chamado 'coordenador da visita íntima'."<sup>19</sup>

Têm-se constatado também sérios obstáculos na visita entre os reclusórios,<sup>20</sup> o que deu origem à recomendação 10/2002, da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal (CDHDF), enviada ao Secretário de Governo, na qual se registraram diversas queixas de quem não teve acesso à visita íntima com base em "critérios discriminatórios, subjetivos e ilegais".

17 FONSECA, Jorge Fernández. *La Vida en los Reclusorios: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México*. México: Editora Edamex, 1992, pp.51-52.

18 ANDRADE, Irma García. *Sistema Penitenciario Mexicano: Retos y Perspectivas*. México: Editora Sista, 2000, p. 89.

19 BRINGAS, Alejandro H. e QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las Cárceles Mexicanas. Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*. México: Editora Grijalbo, 1998, p. 157.

20 Assim se chama a visita quando os cônjuges estão ambos reclusos. Fala-se também de visitas ordinárias (quando o cônjuge livre comparece ao estabelecimento penal), extraordinárias (quando o benefício é outorgado graças a seu bom comportamento) e forâneas (quando o parceiro vive em outra cidade).

### 2.2.3. A proibição de discriminações e a observância de princípios

Nos presídios da capital, conforme o art. 8º de seu novo Regulamento, proíbe-se a discriminação de qualquer tipo, baseada em raça, religião ou orientação sexual, pelo que se entende seja admissível aos homossexuais requerer o benefício da visita íntima para seu parceiro.

Por entender que sua proibição entre *gays* feria os direitos dos presos e o princípio da não discriminação por preferência sexual, afiançado em lei federal, a Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal a admitiu expressamente em recente recomendação.

Para Antonio Sánchez Galindo, alguns princípios básicos hão de ser acatados:

- a) “Deve-se conceder somente à esposa ou, em sua ausência, à concubina, ou quando muito, à amiga estável;
- b) Deve-se buscar que os cônjuges estejam sãos física e mentalmente;
- c) As habitações serão individuais, amáveis e acolhedoras;
- d) Deve-se dar o maior respeito à parceira e, em especial, à esposa. O vigilante não deve permitir-se a mínima familiaridade com ela;
- e) Sob nenhum pretexto deverão participar deste tipo de visita profissionais do sexo ou amigas ocasionais;
- f) Só se permitirá o acesso à mesma *recámara* de ‘crianças de braços’ que tenham que ser amamentadas pela esposa, porém adequadamente separadas do leito conjugal;
- g) Para crianças maiores deverá existir uma creche ou dormitório separado completamente;
- h) A mulher em prisão terá igual direito, devendo sujeitar-se ao planejamento familiar.”<sup>21</sup>

### 3. UM TESTEMUNHO

A agressividade sexual, a homossexualidade, a prática solitária (ou coletiva) da masturbação, subprodutos da carência da visita íntima, sugerem que esta continue sendo adotada nas prisões masculinas e femininas. Neste sentido eis aqui o testemunho de um preso anônimo:

<sup>21</sup> GALINDO, Antonio Sánchez. *Cuestiones Penitenciarias*. México: Edições Delma, 2005, pp. 78-79.

“É importante que o apenado se sinta à vontade com sua esposa. Por algumas horas, ter uma relação sexual. Ele se sente como um animal enjaulado... assim será capaz de esquecer um montão de coisas que rondam por sua cabeça. Sente-se mais valorado, mais confortado. Uma vida mais normal e humana.”<sup>22</sup>

Inegavelmente é um avanço que, apesar dos desvios invocados por seus antagonistas, deve ser preservado em nome de um ideal perseguido pelos penitenciários, com a obstinação de uma sombra: o respeito aos direitos humanos dos presos.

Nota: Fragmento (preservado em sua forma original) do livro *A Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

---

22 OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. Florianópolis: Editora da UFSC/Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, p. 213.

# DIREITOS HUMANOS, MODERNIDADE, COLONIALIDADE, E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS NO BRASIL

---

**Christiane de Holanda Camilo**

Doutoranda, Mestre em Direitos Humanos – UFG. Bolsista de pesquisa CAPES/CNPQ;  
Professora, pesquisadora no Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa  
em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás; Mediadora de Conflitos  
no Tribunal de Justiça de Goiás.

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos seguem ainda neste século XXI carecendo de fundamentação e defesa. A dinâmica das relações socioculturais, jurídicas e políticas prescinde de discussão e reelaboração constante, isto porque não se esgotam as possibilidades de reinaurá-las. É deste ponto de partida que propomos e justificamos aqui uma nova discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos objetivando fazer essa discussão correlacionando o tema com algumas concepções de modernidade e colonialidade objetivando alcançar maturidade reflexiva e analítica para compreender e problematizar o debate jurídico sobre as relações étnico-raciais conforme são cotidianamente vivenciadas no Brasil.

Um debate do qual não é possível se desvencilhar diz respeito às formas de implantação e aos discursos que explicam e legitimam os direitos humanos. Uma percepção mais imediata favorece a afirmação de que uma legitimação dos direitos humanos é assentada frequentemente sobre uma determinada explicação racionalizada da realidade. Atentas a esta possibilidade, seguiremos perseguindo um debate que colabore para melhor compreender e explicar a complexidade das relações étnico-raciais no Brasil e sua consolidação do direito brasileiro. Lembrando que, essas interações resguardam uma dimensão racionalizada do real que é conjugada com dimensões altamente subjetivas e complexificadas pelas interações multiculturais, que são também humanizadoras do próprio ser humano.

O que foi apresentado nas linhas subsequentes é um exercício de compreensão dos direitos humanos a partir da consideração

de diferentes perspectivas de modernidade, colonialidade e de diversificados olhares e percepções sobre as relações étnico-raciais da forma como foram instauradas e são ainda vivenciadas no Brasil. O intuito é apresentar uma contribuição jurídica interdisciplinar adotando a pesquisa qualitativa bibliográfica para indicar novos avanços na fundamentação dos direitos humanos, o que, por sua vez, poderá conduzir a efetivação cotidiana dos mesmos, sobremaneira no que se refere às garantias fundamentais de igualdade de direitos nas interações étnico-raciais entre os sujeitos sociais e coletividades.<sup>1</sup>

## **1. CIDADANIA E DIREITO À DIFERENÇA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

As ideias sobre soberania e cidadania têm experimentado alterações profundas desde seus momentos fundacionais. No século XX há uma tendência de deslocamento da regulação da soberania para sofrer influência de entidades políticas supranacionais. Já naqueles instantes, agentes econômicos e tecnologias de comunicação instantânea redimensionaram o exercício da soberania a ponto de colocar em risco parcelas de cidadania e de direitos humanos. José Augusto Lindgren Alves (2005) nos lembra de que a demanda que emerge é por encontrar meios de resguardar a cidadania, por meio dos direitos humanos, destacando-se sua indivisibilidade, interdependência e indisponibilidade, mais detalhadamente, flexibilizadamente aplicados à realidade multicultural.

O conceito moderno de cidadania sempre esteve atrelado à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que conferiu aos seres humanos direitos e deveres realizáveis no âmbito de sua cidadania. Esses direitos – tomados como naturais e inalienáveis que asseguram a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão – devem ser exercidos e regulados pelo Estado. Alves (2005, p. 43) destaca que “o Estado, administrado por representantes da própria cidadania assumia o compromisso de assegurar seus direitos”. Merece destaque o fato de que a consequência imediata da proteção da propriedade privada como algo natural e inalienável instaurava juridicamente uma igualdade meramente formal. Neste ínterim, a cidadania política seria um argumento em prol do capital para legitimar a igualdade, visto que nem todos tinham recursos ou

---

<sup>1</sup> *Esse artigo é parte de um capítulo da minha pesquisa sobre Direitos Humanos e Relações Étnico-Raciais.*

direito de adquirir propriedade, ou seja, nesse momento instalava-se a perversa cidadania pela propriedade, o que mais na frente migrou para a cidadania pelo consumo.

T. S. Marshall foi quem classicamente estabeleceu o vínculo entre cidadania e direitos humanos sob três elementos articuladores da cidadania moderna, quais sejam: os direitos civis (XVII), os direitos políticos (XIX) e os direitos sociais (XX). (ALVES, 2005) Os direitos civis e políticos seriam, para Marshall e para a social democracia, instrumentos legais de luta para a conquista dos direitos sociais, e econômicos, sem recurso à revolução. O autor em tela destaca que

[...] os direitos humanos não abolem nem negam a ideia de luta de classes, mas são importantes para se atenuarem os malefícios sociais do capitalismo incontrolado. A atenuação se obtém pela expansão do conceito de direitos fundamentais e inalienáveis, 'liberdades burguesas' ou direitos 'de primeira geração' que exigiriam do Estado apenas 'prestações negativas', a abranger também os direitos econômicos e sociais, ou direitos de 'segunda geração', pelos quais o Estado passa a ter obrigação de realizar 'prestações positivas' para a garantia de trabalho, da remuneração justa e equitativa, da proteção social, da educação inicial gratuita, de condições apropriadas de vida. (ALVES, 2005, p. 43).

É inegável a necessidade de prestações positivas, que sustentem políticas de reconhecimento para promoção da cidadania em lugares como no Brasil que historicamente ser cidadão e se proprietário ou atualmente consumidor, contudo, sem combater desigualdades sociais profundas baseadas em questões que extrapolam a renda ou a inclusão. Se assim o Estado não proceder, a cidadania converte-se apenas em discurso legitimador e naturalizador de injustiças e arbitrariedades. Estas, na concepção de Alves (2005), são agravadas pelo processo globalizador que apresenta resultados polarizados: de um lado, aqueles sujeitos que gozam de todos os direitos que lhes interessam; e, de outro, sujeitos desprovidos do gozo de direitos públicos. Para estes últimos ainda que se assegure uma cidadania política, efetivamente, não lhes são concedidos nem direitos tampouco esperanças.

Em uma análise da situação de escassez de direitos e cidadania de segmentos étnico-raciais, especificamente de negros e indígenas, no Brasil, parece prevalecer a expressão de que, se por um lado "jamais fomos modernos" (LATOUR, 1994), por outro lado,

nunca fomos globais. O Estado brasileiro “globalizador”, que fora arbitrariamente formado, reuniu diferentes identidades em um mesmo território na tentativa de unificação das diversidades étnico-raciais, culturais e linguísticas. Deste movimento emergiram duas situações: uma de anulação/dormência, e outra de resistência (CASTELLS, 2000). A anulação incidiu sobre identidades culturais perseguidas e fragmentadas que não mais tinham espaço para se afirmar. E a de resistência foi marcada pelo acirramento dessas identidades e favorecimento da criação de agrupamentos vinculados por elementos culturais. Esses agrupamentos são constituídos por comunidades de caráter político e simbólico e têm como intuito a defesa das identidades e a luta por seus direitos específicos.

Estas reflexões nos aproximam de uma interpretação coerente do princípio da igualdade. Coerente por pressupor uma quebra do universalismo uniformizador, ao mesmo tempo em que abre espaço para um relativismo necessário à realidade social que é altamente plural, múltipla e diversificada. A afirmação do direito à diferença é necessária quando utilizada em projetos anti-discriminatórios, sobremaneira quando pensamos em minorias étnico-raciais descobertas de direitos mais fundamentais. O princípio da igualdade, desta forma, prescinde do reconhecimento da diferença, situação que Oscar Vilhena Vieira (2000, p. 23) agrega e sintetiza no pensamento de David Lyons, pela afirmação de que “ter um direito é ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado”. Uma inferência possível e necessária é a de que o direito possui um caráter interrelacional inerente à sua manifestação, e, a partir do qual, gera deveres e obrigações, positivas ou negativas, recíprocas entre os vários entes envolvidos, sejam estes indivíduos, instituições ou ambos. Mas essa característica do Direito não é suficiente para operacionalizá-lo nesse contexto, deve-se considerar ainda a realidade histórica construída e também compreender o desequilíbrio de poderes nas relações sociais estabelecidas e nos diversos ambientes onde acontecem.

Vieira (2000) considera os direitos humanos como uma construção da modernidade, destacando que diferentemente de outras épocas, hoje, o direito abriga o conceito de reciprocidade. Na reciprocidade estaria contido o fundamento da igualdade entre os seres humanos. Nessa discussão, Vieira (2000) retoma os estudos sobre a função do direito para Immanuel Kant, que trabalha com as ideias de preservação e realização da autonomia; e para Stuart

Mill, que opera com noções de harmonização de interesses e não de valores intrínsecos. Um enfoque que não pode ser perdido é que o sentido contemporâneo de direitos reside na assunção recíproca de direitos e deveres entre as pessoas, estruturando um sistema de valores (Kant) e interesses (Mill) a serem amplamente assegurados.

Segundo Vieira (2000, p. 29), a relação entre direitos e obrigações deve ser mediada, não existindo, portanto, presunções absolutas. O direito deve ser capaz de conciliar-se com os direitos alheios e compatibilizar-se com os interesses coletivos, com suficiente justificação, que faça com que os outros tenham o dever de respeitá-lo. Desta perspectiva, o direito passa a ser uma razão prioritária, ou um conjunto de razões prioritárias que devem ser ponderadas para se chegar a uma conclusão sobre qual delas terá prioridade frente às demais razões prioritárias.

Há variadas formas de responder ao desafio do processo globalizador, dentre as mais visíveis, são os esforços intergovernamentais visando a constituição de mercados integrados. As comunidades transnacionais existem na linha das comunidades simbólicas (CASTELLS, 2001) que dividem as comunidades nacionais em comunidades de identificação como a de negros, mulheres e homossexuais, etc., assim como em comunidades de objetivos que lutam por causas específicas como o ambientalismo, os feminismos e os direitos humanos, dentre outros. Como recurso retórico fala-se também de uma ‘sociedade civil internacional’ identificada na atuação das organizações não governamentais e das universidades. Contudo, quem dispõe dos instrumentos para a conquista de direitos não são propriamente homens e mulheres, mas empresas e capitais. (ALVES, 2005)

Em contextos como estes, os valores revestem-se de utilitarismos, entretanto, ainda que para legitimar políticas de poder, são eles agora ingredientes necessários aos Estados. O discurso dos direitos humanos tem derrubado ditadores por uma espécie de política do constrangimento. Tendo em vista que a imagem é um elemento importante para sociedade e para os governos, ser considerado como país violador de direitos humanos, por vezes, mesmo que contingencialmente, implica na tomada de decisões e implementação de ações por parte dos Estados. Ou como diz Alves (2005) os direitos humanos têm grande atração aos olhos do público de países desenvolvidos e dispõe de notável permeabilidade transversal no espectro político.



Uma digressão rápida permite destacar que o início da mudança de parâmetros éticos para a atuação estatal nos países que se abriram ao constitucionalismo e à democracia foi a crise de exaltação à soberania durante a Segunda Guerra Mundial por haver possibilitado atrocidades por parte de um único país.

O “inumano” (LYOTARD, 1997) ou a “desumanização do humano” (ALVES, 2005), verificada durante Segunda Guerra Mundial, mas não somente, pode ser classificado como um fenômeno comum às sociedades. Esta desumanização do humano consiste na desclassificação ostensiva ou velada de certas categorias de indivíduos como integrantes verdadeiros da espécie humana. Esta situação apresenta-se paradoxalmente em expansão em regimes democráticos, apesar de não se tratar de um fenômeno recente. Este pode ser verificado em diversas sociedades ao longo dos séculos e tem sido direcionado a diferentes grupos tais como pessoas deficientes, bárbaros, homossexuais, escravos, mulheres, indígenas, negros, dentre outros. Ou seja, a desumanização do humano tem recaído sobre aqueles sujeitos que, em dado momento histórico, não figuram entre o rol dotado de “humanidade”, muito menos de direitos políticos efetivos.

“Desumanização” é uma caracterização de não pertencimento, ou de fronteiras (BARTH, 1998) estabelecidas em determinado local e espaço, em razão de um conjunto de fatores ligados à política, à cultura e as relações de poder em geral, pois a motivação da discriminação tem natureza relacionada à esfera econômica e às relações de poder que ocorrem a qualquer tempo, justificadas não apenas por tempos de crise.

Em uma leitura sociológica dos direitos humanos, percebemos que este construto social é perpassado pela discussão da legitimidade do poder. Após um processo de desencantamento weberiano do mundo, a racionalização levou ao desenvolvimento do positivismo jurídico, com o afastamento do direito natural e a crença de que o Estado detinha o poder de colocar ou retirar direitos, ficando mais evidente a discussão sobre a legitimidade do poder. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estado passa ser contestado em sua soberania absoluta, o efeito é uma visibilização de limitações impostas inclusive por fatores externos ao próprio país. Já a perspectiva de uma pós-modernidade (ALVES, 2005) traz a visão de desconstrução do indivíduo iluminista e das grandes narrativas (LYOTARD, 1979) que o construíram e efetivaram a modernidade.

O pensamento contemporâneo deixa claro que os seres humanos não nascem livres e iguais em nenhuma sociedade, e também desta prerrogativa o desrespeito aos direitos passa a ser uma constante.

Vem daí a necessidade de permanência da Declaração Universal dos Direitos Humanos como parâmetro mínimo capaz de influenciar as várias nações, orientando ações de valorização do humano em um mundo injusto. Como destaca Lyotard (1979) a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a única grande narrativa da pós-modernidade que ainda permanece. Vieira (2000), ao discutir sobre “a gramática dos direitos humanos”, permite tecer uma relação entre o texto e a própria concepção de gramática como um conjunto de regras que rege uma língua. A língua, assim como o direito, é um instrumento de poder, sendo que língua e direito podem ser formas de dominação, seja a dominação pela língua que pode implicar em perda de identidade, ou a dominação pelo Estado, que pode resultar em tirania. Para o autor supracitado, a gramática observa as regras existentes na língua e não necessariamente o seu uso “correto”. Da mesma forma, o direito possui o poder nominador (BOURDIEU, 1989), e por meio da linguagem, é ele que pronuncia quem tem e quem não têm direitos. Ou como aponta Segato “[...] o texto da lei é uma narrativa mestra da nação, e disso deriva a luta para inscrever uma posição na lei e obter legitimidade e audibilidade dentro dessa narrativa”. (SEGATO, 2006, p. 212)

Apesar dos direitos humanos influenciarem o direito interno dos Estados, observa-se, que o jogo de poder e mando existente entre os Estados ainda obedece à velha lógica econômica Norte-Sul, ou ainda, à velha rota colonial que precisa ser superada. Todavia, em contextos de efetivação dos direitos humanos, ainda que esta efetividade seja impulsionada por pressões exercidas por gramáticas historicamente subalternizadas, emergem narrativas polifônicas e garantidoras de uma multiplicidade de vozes e pertencimentos que tem demandado por direitos, identidades e cidadania. Os Estados não têm mais como desconsiderar demandas e garantir audiência apenas alguns a sujeitos sociais e coletividades. Os esquecidos e desumanizados clamam por efetivação de direitos, inclusive à diferença, em um mundo marcado por desigualdades que são responsáveis por hierarquizações e injustiças locais e transnacionais.

## 2. CONCEPÇÕES DE MODERNIDADE E SEUS PROCESSOS DE (DES/RE)CONSTRUÇÃO

Se os direitos humanos são uma construção da modernidade é importante estudar e compreender como a modernidade foi construída, ou seja, analisá-la como construção sociocultural, histórica, política e ideológica de mundo. Preliminarmente é necessário chamar a atenção para o fato de que não existe “uma” história mundial, para que essa história mundial única fosse alcançada seria necessária uma antologia de narrativas das histórias de todos os povos, e que fosse, preferencialmente, contada por seus próprios representantes.

Neste tópico empreendemos um debate com estudiosos que explicam como a história da modernidade foi construída, quem são seus personagens principais e coadjuvantes nessa empreitada de escrever e inscrever “uma” história mundial. A partir desta compreensão mais polifônica, o intuito é provocar instantes de (des/re) construção como forma de ressignificação de algumas discussões pertinentes para a compreensão sobre como os direitos humanos foram construídos, por quem e quais são as possibilidades hermenêuticas para sua efetivação. Pensemos em espécies de matrizes para essas reflexões, que podem ser sintetizadas em três vertentes de análise das relações sociais que permeiam a presente discussão sobre os direitos humanos, quais sejam:

*Uma vertente econômica* amplamente trabalhada por Karl Marx (1973) ao tentar explicar a dinâmica social regida pelo capital, pelo sistema produtivo e pela divisão de classes sociais que não será aqui aprofundada pela sua notória efetividade na explicação da realidade social. Todavia, é válido o destaque para o fato de que, por si só, a vertente econômica não finaliza, ou melhor, não abarca toda a dinâmica social existente e o universo que se quer compreender. Assim, é importante não somente retomar Marx, mas considerar outros estudos, como os de Herbert Marcuse (1982) ao descrever a ideologia da sociedade industrial, já que esta compreende a dinâmica do capital impressa na tecnologia e no sistema produtivo. Indo além, ao descrever um “projeto de sociedade” que passa a se delinear com a expansão do capitalismo, e em certa medida, esse “projeto histórico de sociedade” foi o que de fato se desenvolveu como “projeto de modernidade”, como é apontado também por Habermas (1980, 1983, 1989).

*Uma vertente cultural* permeada pela economia, visto que a questão cultural permite observar que as relações sociais são constituídas a partir de indivíduos ou coletividades, que afirmam suas identidades pelo acionamento de categorias ou elementos de cultura que são passíveis de ressignificação. As identidades afirmadas coletivamente ou arbitrariamente impostas habilitam-se a reivindicar políticas que, por seu turno, redundam em questões de direito. Os estudos culturais são um ambiente profícuo para entender indivíduos, coletividades, tal como operam. Nessa vertente, podemos destacar os estudos de Aníbal Quijano (2005), Edgardo Lander (2005) e Enrique Dussel (2005), além de outros que delineiam a construção de um conhecimento dentro das relações de dominação Europa – América Latina, durante o processo de colonização. Estes pensadores estudam também as formas contemporâneas de interações sociais que são herdeiras daquele processo.

*Uma vertente jurídico-política* que abriga a compreensão de que questões econômicas ou culturais, tendencialmente se convertem em permissões ou restrições, reconhecimentos ou sua ausência, que são posteriormente declaradas pelo Direito. Para tanto, torna-se possível alargar a apreensão da sociedade se consideradas diferentes óticas sobre os fenômenos sociais, sendo possível também conceber outras formas de organização sócio-política do Estado satisfazendo diversos interesses de uma sociedade multicultural nas perspectivas de Anibal Quijano (2005), Walter D. Mignolo (2005), Stuart Hall (2003), Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (1999), Charles Taylor (1993) e Will Kimlicka (2002).

Os fenômenos sociais são estruturados de acordo com projetos específicos de tecnologia e modernidade que conduzem à forma como o conhecimento é concebido e consubstanciado em leis e políticas públicas. Escobar (2005, p. 59) recorda que a economia ocidental pode ser apreendida como apresentando em sua composição sistemas de produção, poder e significação. Desta forma, e não somente como sistema de produção, a economia converte-se em uma forma de produzir sujeitos humanos e determinados ordenamentos sociais.

Começemos essa reflexão pois para melhor compreender a modernidade uma das alternativas é retomar os estudos de Herbert Marcuse (1982, p. 18) sobre a ideologia da sociedade industrial nos quais ele sintetiza o pensamento de formação da modernidade na sociedade ocidental capitalista. Este autor pondera que a formação

da sociedade está pautada na tecnologia, esta, que por sua vez, tem servido para “instituir formas mais eficazes de controle e coesão social”. O autor destaca ainda que o avanço técnico experimentado em contextos de dominação “cria formas de vida (e de poder) que parece reconciliar as forças que se opõem ao sistema e rejeitar ou refutar todo o protesto em nome das perspectivas históricas de liberdade, de labuta e de dominação” (MARCUSE, 1982, p. 15).

Em razão de controlar toda a realidade, regulando suas possibilidades de transformação social por meio da crença de que apenas o progresso técnico garantiria o crescimento e a coesão da sociedade, a tecnologia não deve ser desprezada nas análises. Dessa forma, a sociedade tecnológica moderna torna-se um sistema de dominação da natureza ao criar falsas necessidades transformando as coisas em objetos de consumo, o que conduz a processos de reificação. Toda essa sistemática de dominação compõe um projeto histórico de sociedade, resumido por Marcuse (1982, p. 19) como um “jogo de interesses dominantes” que “projeto molda o universo da palavra, da ação, da cultura intelectual e material” e resulta na organização da sociedade a partir das escolhas que são feitas em um gradiente de opções históricas que são determinadas pelo nível de cultura material e intelectual que “contém o progresso técnico dentro da estrutura de dominação. A racionalidade tecnológica ter-se-á tornado racionalidade política.”

Pouco depois de Marcuse, Habermas (1989), que consolidava sua teoria da ação comunicativa, havia tratado da sociedade moderna como fruto da “Teoria da Modernidade”, o que posteriormente se verifica como a consecução de um projeto de modernidade. Habermas (1989) fixa tanto espacial, quanto temporalmente o início da modernidade na Europa, notadamente a partir de três eventos: a Ilustração, a Reforma Protestante e a Revolução Francesa, abrangendo as transformações ocorridas entre os séculos XVIII, XIX e XX, no Ocidente. Nas palavras do autor:

O projeto de modernidade, formulado pelos filósofos do Iluminismo no século XVIII, consiste em desenvolver, de maneira imperturbável, as ciências objetivas, a base universalista da moral e do direito [...] O que continua sendo exemplar são a democracia e os direitos humanos, que exigem instituições políticas livres. Mas tais instituições serão constantemente desmedidas pelo cotidiano da injustiça social, da repressão e da miséria, se não for possível

instituir uma política da renovação durável, ancorada na cultura política, isto é, nos corações de uma população habituada à liberdade. [...] Uma consciência histórica que rompe com o tradicionalismo das continuidades aceitas de modo cego e fatalístico, uma compreensão da prática política sob o signo da autodeterminação e da auto-realização e finalmente, a confiança em um discurso político racional, capaz de legitimar a dominação política. (Habermas, 1989, p. 453)

Para Jürgen Habermas (1989) o projeto da modernidade é um resgate do projeto do pensamento iluminista, é o conjunto de processos de reorganização das formações societárias, que englobam a racionalização, dissociação, diferenciação e autonomização, os dois primeiros possuindo um caráter negativo enquanto os dois últimos apresentam um caráter positivo. A autonomização é a liberdade dos subsistemas para funcionarem autonomamente segundo princípios que permitem essa funcionalização. A diferenciação é a visão do conjunto, a aprendizagem coletiva, são os processos que auxiliam na solução de conflitos em razão da reprodução material e simbólica da sociedade. A racionalização é entendida como o processo de modificação das instituições a partir da racionalidade instrumental, que compreende uma razão aplicada ao cálculo e à proporção de custo/benefício. O argumento desaparece frente ao cálculo, a eficiência é o fim em si mesmo, não importam os sujeitos envolvidos. A dissociação sintetiza a desconexão dos processos sociais da produção material de bens, suspendendo a interação e a ação comunicativa e permitindo que essa lógica seja naturalizada. (FREITAG, 1995)

Marcuse e Habermas descrevem processos de organização da sociedade altamente modificadores da razão, formadora de conceitos pela sociedade. Marcuse aponta que essa racionalidade é guiada pela lógica da eficiência e Habermas indica que a autonomização e diferenciação são patologias sociais. Relembremos que Marcuse e Habermas têm como ponto de partida de suas análises a Europa e um determinado período histórico. No entanto, suas construções teóricas, ao descreverem o projeto de modernidade, “naturalizam” essa construção histórica baseada no capitalismo e na colonização, como reforçado por Habermas nas palavras de Freitag ao observar que, “a colonização refere-se à penetração da racionalidade instrumental e dos mecanismos de integração do ‘dinheiro’ e do ‘poder’ no interior das instituições culturais”. (FREITAG, 1995, p. 145)

Para além de Marcuse e Habermas, há mais personagens e sujeitos aptos a informar sobre o fenômeno da modernidade, ajudando a entender as contradições e conflitos desse processo. Podemos aqui considerar as importantes contribuições de perspectiva latino-americanas, como as de Enrique Dussel (2005, p. 55) que propõe um “deslizamento semântico” do conceito de Europa, pois observa que a Europa é filha da junção de diferentes povos, culturas e idiomas que foram reunidos sob uma mesma inscrição, “centralizando” a histórica mundial, tanto geográfica quanto discursivamente naquele continente.

O autor latino-americano não coaduna com a ideia de Habermas quando este situa espaço-temporalmente a modernidade, pois a classifica como “eurocêntrica”, onde o despertar para um novo pensamento finca na Europa o seu ponto de partida para a compreensão do mundo. Para Dussel (2005), esta compreensão torna a Europa personagem principal para o desnovelar de toda a história mundial, esquecendo-se de que sempre que se conta uma história, ela é contada a partir de algum lugar. Dussel (2005) propõe uma visão de modernidade em um sentido planetário e culturalmente múltiplo. Pois ao colocar a Europa no “centro” da modernidade e da história mundial, cria também, em sua volta, uma “periferia”, o que nada mais é do que a manifestação etnocêntrica do eurocentrismo.

A Europa, ao se fazer “centro” do pensamento iluminista, com a colonização, torna-se a responsável por “iluminar” todo o restante periférico. Fato que simbólica e efetivamente representa a “justificativa de uma práxis irracional de violência” (DUSSEL, 2005, p. 62) entre sujeitos classificados como desenvolvidos/evoluídos e os bárbaros/primitivos, onde o bárbaro é responsabilizado por sua própria “torpeza” por se “opor” geográfica e ideologicamente ao “centro” do desenvolvimento da civilização, fator pelo qual é naturalizada toda a violência que se empreende contra esse “primitivo”. Para o pensador latino-americano em questão, o caminho para a superação da negação da realidade é o reconhecimento desse mito da modernidade, observando sempre a perspectiva da “outra-face negada e vitimada da Modernidade” (DUSSEL, 2005, p. 63).

No mesmo sentido, Edgardo Lander (2005, p. 21) nota a dificuldade das ciências sociais na apresentação de caminhos alternativos para se pensar a modernidade, além das questões de mercado. Propõe em seus estudos que ademais da teoria econômica,



o neoliberalismo possui a estrutura de “discurso hegemônico de um modelo civilizatório”, capaz de perpetrar a “naturalização das relações sociais” nas quais está inscrita, sob a força hegemônica do pensamento neoliberal, “[...] a noção de acordo com a qual as características da sociedade chamada moderna são a expressão das tendências espontâneas e naturais do desenvolvimento histórico da sociedade”. Assim sendo, a sociedade liberal continua vigorando não somente como ordem social desejável, sobretudo, como a única ordem social possível.

Para Lander (2005, p. 25) a conquista ibérica sobre o continente americano inaugura tanto a organização colonial do mundo, quanto a modernidade. O panorama que é desenhado com o processo de colonização é caracterizado por uma colonialização de saberes, linguagens, memória e imaginário social abrindo-se espaço para a constituição de hierarquizações cronológicas e negação da própria simultaneidade dos eventos sociais. Lander revela que “este é um universalismo não-universal na medida em que nega todo direito diferente do liberal, cuja sustentação está na propriedade privada individual” (LANDER, 2005, p. 26). Desta forma, na relação colonial “A negação do direito do colonizado começa pela afirmação do direito do colonizador; é a negação de um direito coletivo por um direito individual” (CLAVERO, *apud* LANDER, 2005, p. 26). São negadas quaisquer outras formas de organização social, econômica e política que contenha sujeitos que “não reúnem as condições para terem direito algum, nem privado nem público”, assim, o passo primordial para instaurar uma das clássicas contradições desse sistema foi a instauração do universalismo, em que se torna “necessário estabelecer uma ordem de direitos universais de todos os seres humanos, como um passo para exatamente negar o direito à maioria deles” (LANDER, 2005, p. 27) já que a eles não pertence a pena que inscreve a história.

Podemos notar o entrelaçamento de temas que estão além do sistema econômico para a organização da vida social. A cosmovisão moderna está dividida segundo Lander (2005, p. 31) em quatro dimensões: 1. A visão universal da história associada à ideia de progresso; 2. A “naturalização” tanto das relações sociais como da “natureza humana” da sociedade liberal-capitalista; 3. A naturalização, ou ontologização, das múltiplas separações próprias dessa sociedade; 4. A necessária superioridade dos conhecimentos que essa sociedade produz em relação a todos os outros conhecimentos.



A partir deste último ponto, a constituição do saber científico moderno remete aos estudos de Wallerstein, inscritos no Relatório Gulbenkian, que concluiu que as disciplinas das ciências sociais até a metade do século passado “[...] se constituem como tais num contexto espacial e temporal específico: em cinco países liberais industriais (Inglaterra, França, Alemanha, Itália e Estados Unidos)” (LANDER, 2005, p. 31). É no mínimo um exercício limitado e redutor considerar que não havia “iluminação” racional suficiente no restante do mundo, ou melhor, que além da história, o conhecimento também seria único, com isso, é possível a constatação de como as disciplinas científicas modernas se construíram baseadas em dois pressupostos: 1. A existência de uma única história, ou metarrelato universal, que comporta todos os povos e culturas, portanto, a sociedade liberal torna-se o único presente e futuro possível; e também, 2. A existência de um caráter universal da experiência europeia, os seus conceitos, vivências e perspectivas são “um dever ser para todos os povos do planeta” (LANDER, 2005, p. 32). O ato final dessa peça histórica é exatamente esse: tornar “científica” a colonização e a experiência da sociedade liberal, objetiva, universal e “natural”. Ocorre o que é apontado por Bruno Latour (1994) como a diferenciação entre a sociedade detentora da verdade, das outras, que não a têm.

### **3. RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E MULTICULTURALISMO**

Fundado em de todas as discussões elaboradas até o momento, podemos depreender que é na América que forma-se primeiramente a espacialidade e a temporalidade de um padrão de poder de vocação mundial resultante na primeira identidade da modernidade (QUIJANO, 2005, p. 227). Aníbal Quijano (2005, p. 228) lembra ainda que essa identidade constitui-se a partir da congregação de dois eixos fundamentais do novo padrão de poder: 1. A decodificação das diferenças existentes entre conquistadores e conquistados, uma diferença fortemente assentada na ideia de raça. E, 2. A articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, bem como de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

A ideia de “raça”, como produtora de novas identidades sociais e históricas, tais como as de índios, negros ou mestiços, surgiu nas Américas. A inovação trouxe para a dimensão das identidades, além das caracterizações fenotípicas de colonizadores e colonizados que

dividia a população em diferentes grupos, noções de superioridade e inferioridade raciais, o que permitiu hierarquizar pertencimentos. Quijano (2005, p. 228) recorda que “raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população”. A expansão do colonialismo europeu pelo mundo, e pelo Brasil, implicou na utilização do conceito de raça para naturalizar as relações coloniais e as práticas de dominação em termos de superioridade e inferioridade.

As formas de trabalho que conjugam produção, apropriação e distribuição de produtos foram organizadas mediante a escravidão, a servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário. Formas inovadoras de organização do trabalho eram marcadas pela produção de mercadorias voltadas para um mercado mundial e apresentavam uma forte articulação entre capital e mercado (QUIJANO, 2005, p. 229-230). Esse novo padrão de trabalho e de poder incluiu uma relação intrínseca entre raça e trabalho que, juntos, reforçavam-se em uma espécie de “divisão racial do trabalho”. Esta situação pode ser observada ainda hoje no Brasil por meio de categorizações de tipos de pessoas designadas a determinados trabalhos.

Tão séria quanto a situação da divisão racial do trabalho na América, a instituição de um novo padrão de poder mundial pela Europa se deu com “[...] o controle da subjetividade, da cultura, e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento” verdadeiramente a colonialidade do saber. Que contava para tanto com três atuações dos colonizadores: 1. A expropriação da população e dos conhecimentos dessa população; 2. Mediante a repressão de sua cultura; e 3. Aprendizagem e obrigação da reprodução dos padrões e formas de produção do conhecimento do colonizador por parte dos colonizados, do que seria útil para perpetrar o padrão de dominação. (QUIJANO, 2005, p. 235-236) A princípio pelos colonizadores e posteriormente pelos próprios colonizados que alijados de suas identidades culturais passaram a ver o europeu como o padrão cultural desejado e único possível para “evolução”/desenvolvimento.

Neste mesmo direcionamento, os estudos de Walter D. Mignolo (2005) sobre a colonialidade do poder apontam que essas relações coloniais intersubjetivas promoveram modificações inclusive no imaginário da população colonizada e esse imaginário fora formado tanto pelo discurso colonial, quanto pelas respostas dadas pelos colonizados. Implicações deste processo podem ser encontradas na

forma com que uma população colonizada descreve a si mesma, se afirma e determina seu universo de ação frente ao colonizador. No caso das populações étnico-raciais do Brasil, ainda hoje podemos encontrar negros e indígenas reproduzindo discursos e performances que informam sobre uma auto-percepção deteriorada e subalternizada pelos complexos processos de dominação racial.

Mignolo (2005) ressalta que a étnico-racialidade ser entendida como uma “engrenagem da diferença colonial configurada a partir da expulsão dos mouros e dos judeus, pela exploração e silenciamento dos escravos africanos. Foi com – e a partir do – circuito comercial do Atlântico que a escravidão se tornou sinônimo de negritude” (Mignolo, 2005, p. 80).

Este fenômeno intersubjetivo resguarda um potencial explicativo das relações de subjuço de minorias étnico-raciais na contemporaneidade latino-americana especificamente na brasileira, Mignolo (2005) o amplia, retomando o conceito de dupla consciência de Du Bois. A dupla consciência é aquela que admite uma sintetização, no sujeito, das experiências de subjetividades da desigualdade colonial na modernidade. Mignolo (2005, p. 80) ressalta que “[...] a consciência vivida na diferença colonial é dupla porque é subalterna”.

Mignolo, 2005 diz que “A imagem hegemônica não é portanto equivalente à estruturação social, e sim a maneira pela qual um grupo, o que impõe a imagem, concebe a estruturação social” (p. 91) apesar disso, “Se a consciência nativa definiu-se em relação à Europa em termos geopolíticos, em termos raciais é que foi definida sua relação com a população crioula negra e com a população indígena”. (P. 86) “A formação do Estado nação exigia a homogeneidade mais que a dissolução, e portanto ou era necessário ocultar ou era impensável a celebração da heterogeneidade” (p. 86) para os padrões colonizadores de poder. Assim o imaginário passou a reconstruir e reafirmar a ideia de colonialidade do poder sobre os saberes da população como um todo, perdurando por anos após. E mesmo após anos da verificação da construção da modernidade torna-se necessário reconhecer a heterogenia da população, assunto próximo.

Essa espécie de modernidade autóctone admite um reconhecimento da heterogenia de povos e populações latino-americanas, e brasileiras em especial. Antonio Sérgio A. Guimarães (1999) nota que a presença de raças se torna evidente, fazendo-

se necessária sua retomada em termos sociológicos, na sociedade brasileira. Baseada em classificações biológicas de que há espécies humanas diferenciadas, raça ainda hoje provoca polêmicas e desentendimentos. Todavia, ao lembrarmos que raça permite alcançar um caráter específico das práticas discriminatórias, faz-se apropriada e necessária sua retomada para explicar e apresentar soluções para uma ideologia ainda vigorante e eficaz no subjugo de povos e populações, sobretudo negras, no Brasil.

Um conceito sociológico de raça habilita a crítica a uma ordem ideológica racista que fora inaugurada no Brasil a partir da empresa colonial de dominação. Guimarães (1999) pondera que raça é um conceito recente, que no século XVI possuía sentido literário, porém, no século XIX, passou a ser usado em seu sentido biológico para distinguir seres humanos classificados a partir da utilização de critérios físicos e intelectuais. Essa situação perdura e é aceita até a Segunda Guerra Mundial. Após meados do século XX, a utilização de “raça”, ao menos nos congressos científicos, passou a ser substituído por “população” ou “grupo étnico”.

Ainda assim, não houve como desconsiderar que nenhum padrão sistemático de traços humanos pode ser atribuído a diferenças biológicas, pois, de uma perspectiva menos biologicista e mais interdisciplinar, as diferenças decorrem de “construções socioculturais, com uma influência de condicionantes ambientais” (GUIMARÃES, 1999, p. 22).

Neste ponto das discussões, inferimos que uma “essência” racial não reside em aspectos biológicos, se assenta subjetivamente em aspectos culturais. Desta forma, as regras de transmissão são menos biológicas e mais socioculturais, ou seja, o conceito de raça não faz sentido senão no âmbito de uma ideologia e de uma cultura. No seu emprego científico, raça é um conceito que ajuda o pesquisador a compreender certas ações que são subjetivamente intencionadas, ou “o sentido subjetivo que orienta certas ações sociais” (HALL, 2003, p. 29). A discussão situa-se na necessidade de considerar uma ideologia na qual o racismo e as relações raciais têm vigência; e de que modo essa ideologia pode ser utilizada para questionar a subalternização de pessoas e comunidades étnico-raciais.

Além das discussões sobre raça, pensar o multiculturalismo aplicado ao direito auxilia na compreensão mais aprofundada sobre as interações étnico-raciais, da forma como são vivenciadas no Brasil.

Charles Taylor (1993) define o multiculturalismo como um fato social fundamentado mediante o reconhecimento de situações de visibilidade de determinados grupos conhecidos como “minorias”. Reconhecer implica conduzir para a esfera do debate político-jurídico tudo aquilo que é autêntico e necessário em cada grupo, sobremaneira naqueles grupos que são historicamente construídos como minoritários. Essa ação pressupõe apreender o indivíduo como possuidor de identidade pessoal e social, e essas dimensões das identidades, para Taylor (1993), são indissociáveis, pois, legitimam-se mutuamente frente a esfera pública.

No Brasil podemos observar as políticas de reconhecimento linguístico, onde o reconhecimento de determinada língua vincula o reconhecimento de determinado grupo falante daquela língua, bem como de suas práticas e costumes particulares. O reconhecimento desta forma, passa a exigir regulamentação, e esta passa a demandar por implementação de legislações de reconhecimento.

Para Charles Taylor (1985), baseado nos estudos de Hegel, o reconhecimento de si está no desejo de refletir sobre si mesmo e reconhecer-se, refletindo também sobre o outro no sentido de alteridade. Para este autor, a atividade reflexiva torna-se uma forma de revelar os objetos produzidos pelo autoconhecimento.

Segundo Araújo,

A busca pelo reconhecimento não se realiza adequadamente em um modo de relação social em que haja a figura do senhor e do escravo, mesmo que ela seja mediada por leis instituídas que ligam todas as partes da comunidade, cujos membros, necessariamente, devem ser reconhecidos como sujeitos de direito. Assim a relação entre senhor e escravo, que tem como base a apropriação, contradiz a natureza fundamental da lei que deve obrigatoriamente reconhecer o direito de todos. O resultado é que se cria uma confusão nas ações dos indivíduos que pertencem àquela sociedade em termos de reconhecimento pois os direitos perdem a sua determinação expressiva no momento que alguns membros podem ser escravizados. (ARAÚJO, 2004, p. 67)

Taylor (1993) propõe que a superação dessas ações confusas deve conciliar os elementos da teoria e da prática. Assim, para que os agentes possam superar essa condição é necessário que sejam conscientes das determinações presentes. Fundado ainda em

Hegel, no conceito de reconciliação, Taylor transmuta esse conceito aliando a ideia de superação ao conceito de reconhecimento como consciência de si, de sua identidade, pois o agente de conhecimento, o indivíduo, ao buscar o seu reconhecimento almeja realizar a sua expressividade. (ARAÚJO, 2004) Dessa forma, o reconhecimento torna-se uma “necessidade vital” já que as identidades individuais e de grupo, dependem intrinsecamente do reconhecimento. (TAYLOR, 1993, p. 45)

Taylor (1993) observa que princípios jurídicos que não visualizem as diferenças são, na verdade, reflexos da hegemonia. Entre a “política da diferença” e a “política da dignidade universal”, esta última, trata da imposição da cultura hegemônica sobre toda e qualquer minoria, em uma noção falsa de cidadania, igualdade e justiça. De outro ponto, a política da diferença visa à defesa das comunidades culturais. (TAYLOR, 1993)

[...] naquilo que se chama política do multiculturalismo. A exigência de reconhecimento assume nesses casos caráter de urgência dados os supostos vínculos entre reconhecimento e identidade, em que “identidade” designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos. A tese é de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora”. (TAYLOR, 2000, p. 241)

Exemplificando a situação, o autor retoma a questão dos negros “[...] a de que a sociedade branca projetou por gerações uma imagem depreciativa a cuja adoção, alguns negros se mostraram incapazes de resistir”, complementando a ideia sobre a depreciação do negro ao dizer que: “Nesse modo de ver as coisas, sua autodepreciação vem a ser um dos mais fortes instrumentos de sua opressão. Sua primeira tarefa teria de ser purgar a si mesmos dessa identidade imposta e destrutiva”. (TAYLOR, 2000, p.241)

Em situação semelhante está o indígena quando “[...] a partir de 1492, os europeus passaram a projetar nesses povos a imagem de que são um tanto inferiores, ‘incivilizados’ e, pela força da conquista, foram muitas vezes capazes de impor aos conquistados essa imagem”. (TAYLOR, 2000, p. 242)

Percebe-se como foi inferido pelos estudos latino-americanos acima considerados que a depreciação imposta e autorreproduzida pela racionalização do pensamento do colonizado nas figuras do indígena, do negro e de outras minorias está presente até hoje, pois nada mais eficiente, contraditório e perverso do que fazer aquele que é oprimido reproduzir a lógica do opressor.

Taylor considera ainda que a política de reconhecimento não poderia existir antes na sociedade, ela é recente, e dependeu de uma circunstância particular à América Latina, que por não ter passado pelo feudalismo, vivenciou o que Hegel chamou de dialética do senhor e do escravo, situação que proporcionou a discussão sobre identidade e reconhecimento proposta nesse momento e pertinente para trabalhar-se hoje, em favor de quem esteve por muito tempo invisibilizado. (TAYLOR, 2000)

Podemos distinguir duas mudanças que, juntas, tornaram inevitável a preocupação moderna com a identidade e o reconhecimento. A primeira é o colapso das hierarquias sociais, que costumavam ser a base da honra. Emprego honra no sentido do *ancien regime*, em que ela está intrinsecamente ligada a desigualdades. Para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos tenham. É assim que Montesquieu emprega o termo em sua descrição da monarquia. A honra é intrinsecamente uma questão de preferências. É também o sentido em que usamos o termo ao falar de honrar alguém concedendo-lhe um prêmio público, por exemplo, a Ordem do Canadá. Está claro que esse prêmio ficaria sem valor se amanhã decidíssemos dá-lo a todo adulto canadense. (TAYLOR, 2000, p. 242)

Cabe observar que as pessoas e grupos que lutam por identidade e reconhecimento, almejam alcançar do Estado de Direito, igualdade mediante a cidadania efetiva e não apenas formal, como ainda se trata a igualdade no país. A igualdade, tal como a cidadania, que inclui anterior reconhecimento de identidades, não é prêmio nem mérito, é direito do indivíduo assegurado pelo Estado.

Assim, entretanto, o ato de declarar as criações de outra cultura coisas de valor e o ato de se declarar do lado dessa cultura, ainda que suas criações nada tenham de especial, tornam-se indistinguíveis. A diferença está só na embalagem. No entanto, o primeiro é normalmente entendido como genuína expressão de respeito e, o segundo, como insuportavelmente paternalista. Os supostos beneficiários da política do reconhecimento, as pessoas que poderiam de fato beneficiar-se do reconhecimento, fazem uma distinção crucial entre os dois atos. Elas sabem que desejam respeito, e não condescendência. Toda teoria que desfaça a distinção parece, ao menos *prima facie*, distorcer facetas cruciais da realidade de que pretende tratar. (TAYLOR, 2000, p.272)

Taylor atenta ainda para o fato de conclamar-se apenas um ou alguns determinados padrões de expressão cultural para julgar todas as demais sociedades e culturas, porque esse procedimento corresponde à destruição da diferença ao tentar tornar todo o mundo, todos os países, as cidades, as sociedades iguais. (TAYLOR, 2000) Isso é o que propõe as políticas universalistas reprodutoras da colonialidade do saber e do poder.

De outro ponto, cabe perceber as constantes distorções e violações das diferentes culturas, como se a forma de produção de conhecimento nas diferentes sociedades acontecesse da mesma maneira, ou para exemplificar, como se todo instrumento de corda tivesse que ser um violoncelo, perdendo-se as belezas e diversidades advindas do violão, do violino, da cítara, do kora, da pipa, da harpa, da viola, do berimbau ou de uma rabeca. Como se qualquer produção de conhecimento devesse “encaixar-se” ou “inserir-se” em determinados padrões pré-estabelecidos e universais que guiam as noções de direito, de belo, certo, válido, civilizado, adequado ou permitido. Em razão disso, a mesma noção de produção igual não pode ser estabelecida *a priori* e exija-se que todos produzam igualmente mesmo se as condições de produção e realização do conhecimento, da cultura e do direito não são as mesmas. Este raciocínio é alargado para as outras esferas do conhecimento que Taylor especifica da seguinte forma ao propor o multiculturalismo:

Assim formulada, a exigência de reconhecimento igual é inaceitável. Mas a história não termina simplesmente aqui. Os inimigos do multiculturalismo na academia americana perceberam essa fraqueza e a têm usado como desculpa para



dar as costas ao problema. Isso não resolve as coisas. Uma resposta como a atribuída a Saul Bellow, de que gostaremos de ler o Tolstoi zulu quando ele aparecer, mostra a profundidade do etnocentrismo. Em primeiro lugar, há o pressuposto implícito de que a excelência tem de assumir formas com que estamos familiarizados: os zulus deveriam produzir um Tolstoi. Em segundo, supomos que sua contribuição ainda acontecerá (quando os zulus produzirem um Tolstoi). Esses dois pressupostos caminham obviamente juntos. Se os zulus têm de produzir nosso tipo de excelência, então evidentemente sua única esperança está no futuro. (TAYLOR, 2000, p.272)

O exemplo acima somente corrobora a ideia de que o projeto de modernidade e o processo civilizatório e colonizatório referenciados anteriormente, continuam em curso sobre povos considerados incivilizados. Percebe-se que, ainda hoje, os que não produzem conhecimentos sob o padrão hegemônico europeu ou norte-americano não são reconhecidos em sua singularidade, portanto, taxados como bárbaros ou em processo de civilização. Muitas vezes, essa cobrança parte de seus iguais que não se reconhecem nem na identidade hegemônica, nem na subalterna, e mal percebem que ao não discutir identidade não estão fugindo à discussão, estão se submetendo ao padrão racional do colonizador desde 1500 até hoje.

Prescinde a necessária percepção de que: “A civilização não é um dom, é uma realização — uma frágil realização que precisa de constante alimentação e defesa de sitiantes de dentro e fora” (TAYLOR, 2000, p.272-273), portanto, deve ser construída a cada dia, respeitadas as diferentes contribuições.

O reconhecimento implica conduzir para a esfera do debate político tudo aquilo que é autêntico e necessário em cada grupo, sobremaneira naqueles grupos que historicamente tiveram a sua identidade negada. Essa ação pressupõe apreender o indivíduo como possuidor de identidades pessoal e social, e essas dimensões das identidades, para Taylor (1993), são indissociáveis, pois, legitimam-se mutuamente perante a esfera pública.

Will Kymlicka (2002) destaca que as políticas de multiculturalismo enfatizam que as sociedades modernas devem visualizar cada vez mais os diferentes grupos que compõem a sociedade. As vozes que ecoam destes grupos, como os movimentos negros e indígenas, expressam demandas por reconhecimento de identidades, por respeito a diferenças culturais, garantia e efetivação de direitos.

O multiculturalismo, para Kymlicka (2002), sustenta-se na ponderação de que ele conta com dois mecanismos que conduzem à diversidade, ou pluralismo cultural: 1. A incorporação cultural das chamadas minorias nacionais que estão reunidas sob um mesmo Estado; e 2. A imigração individual ou familiar, que, em um processo histórico, formou Estados multinacionais e pluriétnicos. Nos Estados pluriétnicos, é possível a efetivação de direitos que respeitem a particularidade de cada grupo, como os direitos de autogoverno, os direitos pluriétnicos e os direitos especiais de representação. O exercício desses direitos é possível por meio de uma cidadania diferenciada, o que, por sua vez, é aplicável, mesmo na seara dos direitos individuais e coletivos, pois estes são um compromisso das democracias. Uma atuação do Estado, neste sentido, faz com que sejam reconhecidos e respeitados os grupos minoritários, diminuindo, assim, sua vulnerabilidade frente aos sistemas socioculturais, econômicos e políticos. (KYMLICKA, 2002)<sup>2</sup>

Reafirma-se, em outras palavras, que toda essa discussão foi suscitada para lembrar que as democracias liberais possuem responsabilidade ética, política, jurídica e histórica de promover cidadãos de fato e de direito, com um nível razoável de moderação

---

2 Ao tratar de direitos diferenciados cabe ressaltar outro momento do desenvolvimento dessa pesquisa, que como todo processo de conhecimento, não se restringe apenas aos textos em si, pois as experiências adquiridas aprimoram a aprendizagem e a capacidade de interferir qualitativamente na realidade. Assim, retomo o momento de trabalho desenvolvido em docência com a disciplina Patrimônio Cultural a convite da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rosani Moreira Leitão, na Licenciatura Intercultural para a Formação de Professores Indígenas, na graduação da Universidade Federal de Goiás. Ao tratar de patrimônio, durante um exercício proposto aos alunos para que ressaltassem quais elementos de suas respectivas culturas poderiam ser objeto de registro como patrimônio imaterial pelas diferentes etnias indígenas presentes na sala de aula. Um aluno passou a discorrer sobre todo um sistema utilizado por sua etnia. Se pensarmos em possibilidades de aprendizagem em termos sociais e jurídicos interculturais, o aluno descreveu todo um sistema que conhecemos hoje como Resolução Apropriada de Disputas. Sistema esse relativamente recente na utilização do judiciário brasileiro mas que já era conhecimento e utilizado, por essa etnia há décadas. O aluno relatou ainda sobre o desrespeito do Judiciário brasileiro ao proferir decisões contrárias aos seus costumes e o quanto isso ofendeu e prejudicou toda a sua etnia. Garantir direitos diferenciados é uma forma de contemplar as particularidades de cada étnica formadora do país, além do que, aprender com esses povos, é exercer o pensamento descolonizado, observar a perspectiva latino-americana, brasileira e o que ela pode contribuir para promover melhorias inclusive para a própria organização do Poder Judiciário brasileiro.

e solidariedade mútua, garantida tanto pela política e quanto pelo Direito.

Assim, com a ressalva de toda sorte de interpretações e prolixidade dos interesses envolvidos, os Direitos Humanos surgiram no contexto de lutas por direitos, lutas pelo diálogo, lutas pela transformação do discurso buscando a sua consolidação em letra de lei, bem como em prática efetiva social.

Zygmunt Bauman destaca a importância dessa discussão para a consolidação dos Direitos Humanos ao dizer que,

[...] embora se destinem ao gozo em separado (significam, afinal, o direito a ter a diferença reconhecida e a continuar diferente sem temor a reprimendas ou punição), tenham que ser obtidos através de uma luta coletiva, e só possam ser garantidos coletivamente. Daí o zelo pelo traçado das fronteiras e pela construção de postos de fronteira estritamente vigiados. Para tornar-se um 'direito', a diferença tem que ser compartilhada por um grupo ou categoria de indivíduos suficientemente numeroso e determinado para merecer consideração: precisa tornar-se um cacife numa reivindicação coletiva. (BAUMAN, 2003, p. 71)

Dessa forma, mesmo filho do direito natural universal, desenvolvido como direito positivo particular, atualmente, os Direitos Humanos vivem como direito positivo universal (BOBBIO, 2004), assim o é, naquelas nações que os reconheceram como Direitos Humanos ou fundamentais em suas respectivas constituições nacionais ou mediante a ratificação dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Vale a observação de Cançado Trindade pela lucidez da colocação ao afirmar que

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de

dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. XXXI-XXXII)

Por isso, não tarda avaliar e determinar no Brasil quem são os “ostensivamente mais fracos” que carecem de proteção. Neste sentido, é inegável a necessidade de prestações positivas, que sustentem políticas de reconhecimento para promoção da cidadania.

O que podemos chamar aqui de direitos específicos e diferenciados asseguram o desenvolvimento de proteções necessárias a grupos minoritários em estruturas societárias marcadas por práticas discriminatórias e racistas. O alcance legítimo pode ser mais ou menos amplo de acordo com a vulnerabilidade do grupo a ser protegido e podem ser exercidos por meio de restrições ou concessões prioritárias às maiorias subalternizadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao discutirmos sobre os fundamentos e efetividade dos direitos humanos, deparamos com uma necessidade crescente de que uma justiça multicultural seja inaugurada. Para tanto há que se reconhecer a legitimidade de novos sujeitos sociais e coletividades que pautam, em suas reivindicações, tanto uma implantação de sistemas de efetivação de direitos, quanto uma consolidação de processos que conduzam a uma racionalidade autóctone. Neste sentido, os direitos humanos precisam ser diuturnamente discutidos e fundamentados para sua efetivação. A cada dia aumenta o reconhecimento da necessidade da criação de sistemas políticos que implementem a justiça aos sujeitos, reconhecendo e respeitando a forma com que cada organização ou coletividade reproduz cotidianamente a própria vida.

Assim sendo, o multiculturalismo manifesto por meio do pluralismo jurídico surge como uma forma de manutenção do respeito à diversidade. Posturas e discursos caracterizados pela resistência têm exigido que aquilo que desiguala e segrega os sujeitos subalternizados seja eliminado, sobressaindo-se o reconhecimento por meio de ações estatais afirmativas. São ações que não coadunam com um discurso legitimador da igualdade formal, mas que propõem uma ruptura com processos de desumanização do humano. Os discursos dos direitos humanos têm conseguido constranger, incomodar e promover mudanças. Mediante a constituição da cidadania não pelo consumo

em busca de ocupar mais uma parcela do mercado, não se reduz a isso, e sim uma cidadania reconhecida pelo conhecimento valorizado da forma que é produzido, aliado ao exercício indissociável de direitos civis, políticos, sociais e culturais respeitando organizações que se pautem não apenas dos sistemas dos colonizadores, abrindo espaço para as outras perspectivas políticas, econômicas, jurídicas, de organização da vida social dos povos colonizados.

Discutir o Direito principalmente na seara dos direitos humanos está além de discutir as leis é necessário discutir a racionalidade inscrita tanto na sua criação como em sua implementação. Racionalidades que expressam política e juridicamente as regras do poder na sociedade. Daí é imprescindível considerar que a aplicação da lei é a parte mais importante de sua elaboração por reconhecer o jogo de interesses inscritos nas relações de dominação que irão garantir a igualdade e a cidadania efetiva na sociedade.

A contribuição de estudiosos latino-americanos tem ajudado a pensar a América Latina a partir dela mesma e permitido ainda a ruptura com concepções de uma única história, ou metarrelato universal que confere a apenas um ente a razão de descrever e determinar o que seja ou não de direito e a quem. O que podemos visualizar hoje é uma problematização de caráter universal da experiência europeia. Ora, se a América Latina pode enunciar sua própria trajetória, destacando inclusive a simultaneidade de fenômenos sociais e políticos, o Brasil também é capaz de construir e contar uma história e um direito mais autônomo, assegurando as múltiplas vozes e as vivências diversas, ainda que para isso tenha que construir bases epistemológicas inovadoras e liberadas de um saber colonizado.

A diversidade de culturas humanas encoraja pensamentos descolonizados a se elevarem na defesa de uma ética da alteridade, e respeito multicultural no direito. Em uma sociedade como a brasileira não há mais como desconsiderar a necessidade, e obrigação estatal, da efetivação de direitos específicos e diferenciados, calcados nos direitos humanos das populações historicamente discriminadas pelo seu pertencimento étnico-racial, pois estas são uma exigência inconteste e por terem direito ao reconhecimento de sua diferença e afirmação de suas identidades dentro do exercício efetivo da cidadania.

Que sejam realizadas as adaptações necessárias – seja nos princípios do liberalismo democrático, nos ordenamentos jurídicos, na concepção de igualdade, na mentalidade/racionalidade generalizada,

nas ideologias racistas, misóginas ou sexistas vigorantes, no inconsciente coletivo forjado pelo colonialismo persistente até hoje, para que de fato, haja a efetivação de sujeitos de direitos humanos, cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, P. *Teorias da etnicidade: Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth, Philippe Poutignat, Jocelyne Streiff-Fenard*. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: UNESP, 1998.

BAUMAN, Zigmund. *Comunidade: a busca de segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina: CLACSO, 2005.

ESCOBAR, Arturo. O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina: CLACSO, 2005.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: FAPESP: Editora 34, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e ação comunicativa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HALL, Stuart. *Da Diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: UNESCO, 2003.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2002.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de Antropologia Simétrica*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina: CLACSO, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MARX, K. *El capital. Crítica de una economía política*. Tradução de Floreal Mazía. Buenos Aires: Cartago, 1973. 3 V.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rebo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina: CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina: CLACSO, 2005.

SEGATO, Rita. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Mana vol.12 no.1 Rio de Janeiro Apr. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext)> Acessado em: 17.01.2013.

SILVA, Tomaz Tadeu da. *Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. / Tomaz Tadeu da Silva (org); Stuart Hall; Kathryn Woodward. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

TAYLOR, Charles. Hegel's philosophy of mind. In: *Human agency and language. Philosophical Papers Volume 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000. Disponível em: <<http://www.ead.unb.br/aprender2013/>>

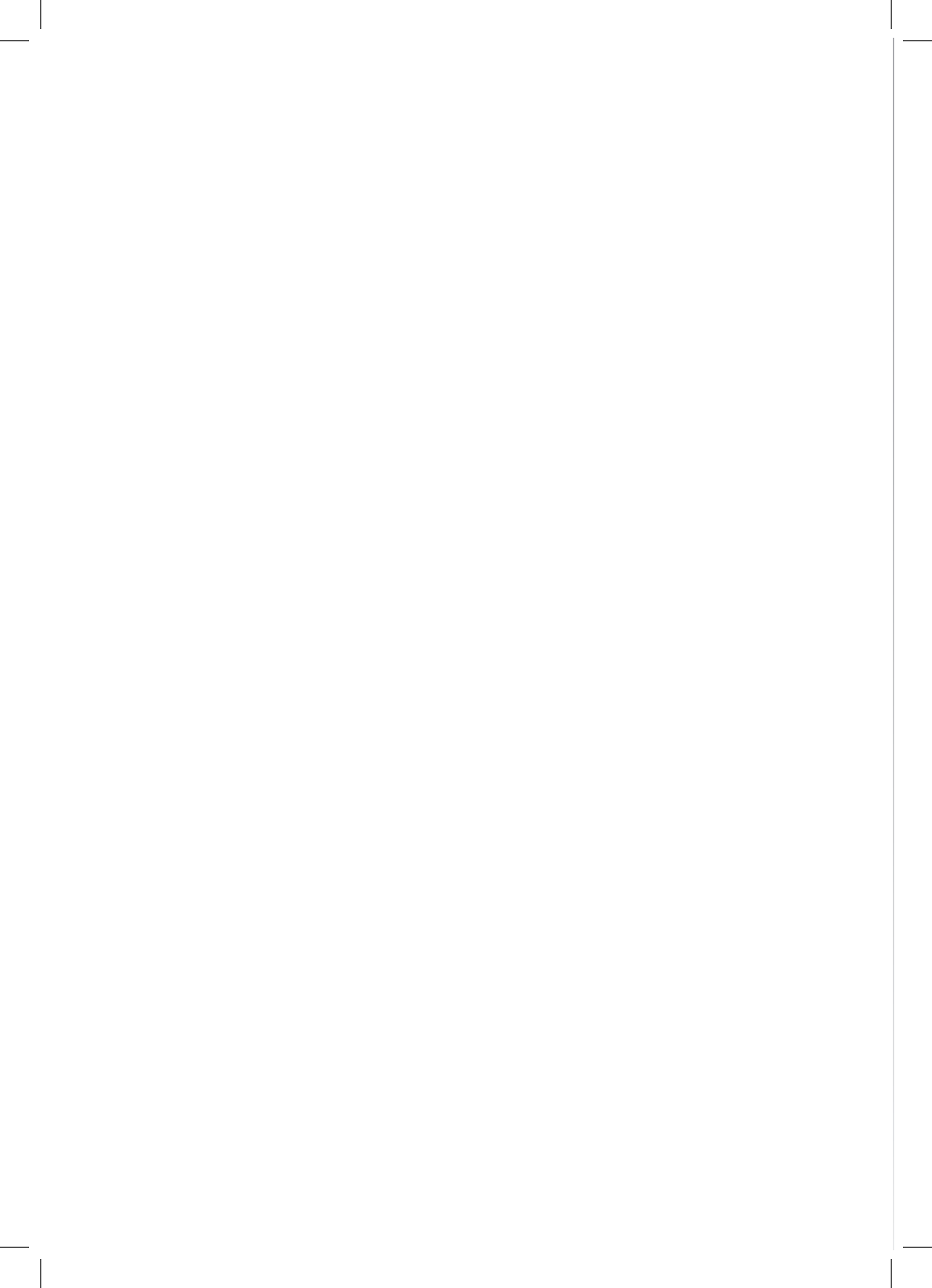
pluginfile.php/3327/mod\_resource/content/1/TAYLOR-Argumentos-Filosoficos.pdf>. Acesso em: 13 dez 2014.

TAYLOR, Charles. Invocar a sociedade civil. In: *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000. Disponível em: <[http://www.ead.unb.br/aprender2013/pluginfile.php/3327/mod\\_resource/content/1/TAYLOR-Argumentos-Filosoficos.pdf](http://www.ead.unb.br/aprender2013/pluginfile.php/3327/mod_resource/content/1/TAYLOR-Argumentos-Filosoficos.pdf)>. Acesso em: 13 dez 2014.

TAYLOR, Charles. La política del reconocimiento. In: TAYLOR, C. *El multiculturalismo y a política del reconocimiento*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 43-107.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. *Revista do ILANUD*, nº 17, São Paulo, 2000.





# COMO EVITAR A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO CONTINENTE AMERICANO?

## UM ESTUDO A PARTIR DO RELATÓRIO DA CIDH SOBRE A SITUAÇÃO DAS PESSOAS AFRODESCENDENTES NAS AMÉRICAS EM 2011

---

**Danielle Annoni**

Doutora em Direito Internacional pela UFSC; Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da UFSC; Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC e do Curso de Mestrado em Relações Internacionais da UFSC; Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC.

**Fernanda da Silva Lima**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010); Integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente; Pesquisadora na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito da Criança e do Adolescente.

### 1. PREMISSAS INTRODUTÓRIAS

Do que se trata falar em discriminação racial no Brasil do século XXI? O tema aqui proposto para reflexão está longe de conferir uma resposta satisfatória a esta pergunta e também à provocação disposta em seu título. Com efeito, o Brasil está longe de produzir respostas satisfatórias a um problema que é tão antigo quanto a existência do próprio Estado brasileiro.

Falar em ações afirmativas não é tarefa fácil e o tempo não se mostrou aliado dos seus defensores, embora munidos de todas as pesquisas e gráficos de que comprovem mudanças significativas nos Estados que a adotaram. Sim ações afirmativas funcionam. Sim seus resultados de integração social e acesso aos serviços e espaços públicos trazem infinitos benefícios à população atendida e a sociedade como um todo. Mas porque falar disso no Brasil? “O Brasil não é um país racista”, ainda repetem muitos intelectuais e

acadêmicos influenciados por Gilberto Freire e sua *Casa Grande e Senzala*.

“Falar em discriminação no Brasil é falar diferenças socioeconômicas, é falar em carência de acesso a bens e direitos públicos à população pobre, seja ela branca ou negra. Não se pode falar em discriminação racial, ou apoiar ações afirmativas de natureza racial, porque isso seria o mesmo que discriminar ao contrário, garantindo privilégios a população negra, quando não existe preconceito no Brasil.” Este é, pois, o discurso oficial, dentro e fora das Universidades.

Neste sentido, o que se pretende com este ensaio é provocar uma mudança de percepção, tendo por fundamento de análise a pesquisa publicada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2011 sobre a situação dos afrodescendentes nas Américas. Trazendo os dados para realidade brasileira, busca-se, portanto, desmistificar a ideia de que não há discriminação racial no Brasil, na expectativa de sim, num futuro não muito distante, poder-se construir efetivamente uma nação diversa, mas igual.

## **2. SITUANDO O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS GRUPOS SOCIAIS NEGROS OU AFRODESCENDENTES<sup>1</sup>**

O século XIX foi responsável pela disseminação das teorias raciais deterministas em que o ser humano de cor negra foi percebido como ser inferior perante os demais grupos sociais, principalmente em relação aos grupos sociais brancos. No Brasil<sup>2</sup>, por exemplo, o projeto de branqueamento foi implementado através do investimento no imigracionismo, antes mesmo do fim da escravidão. A troca do regime

1 Os documentos oficiais das Nações Unidas e do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos referem-se ao termo afrodescendente para definir a população negra, neste texto entendidos como grupos sociais negros, também reconhecidos como “minorias”, pelos quais os Estados devem proteger de qualquer forma de discriminação.

2 Fernandes (1978 e 2007) defende a ideia de que os fenômenos: racismo, preconceito racial e discriminação racial são decorrentes da instituição escravista implementada no país por quase quatro séculos, mas ao estudar as teorias raciais – evolucionismo social e o darwinismo social – é possível perceber que a inferiorização atribuída aos negros não é decorrente da sua condição de escravo, mas antes de tudo da sua condição de negro. No entanto, não se pode deixar de registrar que ao estudar as relações raciais, a escravidão representa um importante momento histórico e que traz sim consequências para os grupos sociais negros até os dias atuais.

político em 1889 não trouxe quaisquer mudanças para a população negra do país. Aos negros só restou a marginalização social sob a vigilância constante do Estado que criou mecanismos jurídicos capazes de exercer maior controle social sobre os pobres e consequentemente para os grupos sociais negros, que representavam a classe social mais empobrecida da hierarquia socioeconômica da sociedade.

Foi somente após a Segunda Guerra Mundial, com o desmonte dos projetos políticos baseados em concepções raciais “[...] que a comunidade acadêmica internacional fez um esforço para desqualificar o conceito de raça como critério único de definição e explicação das diferenças humanas.” (HOFBAUER, 2006, p. 219) E nesse contexto, foi imprescindível ceifar a tensão existente entre a universalidade dos direitos e o pluralismo – seja ele cultural, de gênero e de classe, como agentes geradores da diversidade.

Jelin (2006, p.161) aponta que

De acordo com alguns teóricos, o desafio da época era entrar em uma era de pluralismo cultural para demonstrar cientificamente a falsidade das pretensões de superioridade da raça branca, e descobrir a complexidade das culturas ‘primitivas’. O reconhecimento do pluralismo acabou por se tornar um antídoto para a recorrência de crimes maciços, genocídios e aniquilação cultural, cometidos com base em ideologias e interesses que implícita ou explicitamente negavam às vítimas o *status* de ‘seres humanos com direitos’. A ideologia dos direitos humanos universais serviria, portanto, para proteger as vítimas tanto reais como potenciais.

A partir da década de 1940 a Fundação UNESCO ingressou numa campanha contra o chamado “ódio racial” e custeou diversas pesquisas com a finalidade de evitar o surgimento de regimes autoritários consubstanciado em relações de segregação racial.

Na mesma década, foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que confere a todos os seres humanos a condição de que nascem livres e iguais em dignidade e direitos, devendo agir uns com os outros com espírito de fraternidade (Artigo I), que todos os seres humanos têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na 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 II, 1).

A Declaração de 1948 confere o direito à igualdade no sentido de assegurar a todos igual proteção aos seus direitos, livres de qualquer forma de discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação, incluindo a discriminação por condições étnico-raciais (Artigo VII).

Percebe-se que a Declaração Universal de 1948 é base para outros documentos, incluindo aqueles que fazem parte de um sistema especial de proteção, definidos por matéria e pela especificação do sujeito que se pretende proteger, como é o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1965, que visa proteger, entre outros grupos, os negros ou afrodescendentes.

Para efeitos da Convenção de 1965, em seu Artigo I considera-se discriminação racial:

1. [...] qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

[...]

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Viu-se, portanto, a preocupação internacional em normatizar dentro do sistema global uma convenção atenta em elevar como princípios basilares a dignidade e a igualdade (material) inerentes a todo ser humano. De acordo com a Convenção todos os Estados-partes comprometem-se em conjunto ou separadamente a atuar em prol da não-discriminação e promover o respeito universal pelos direitos humanos independentemente de raça, cor, sexo, idioma ou religião.

Importante destacar que a ideia de “raça” ganhou uma ressignificação conceitual. A noção de raça deve ser compreendida como uma construção social e que, somente no mundo social pode ter realidade plena, como elemento identificatório e diferenciador dos diversos grupos sociais que compõem a sociedade brasileira. (GUIMARÃES, 2002)

Para Hall (2003, p. 69) raça é uma categoria não científica, assim como compreende em torno do seu conceito “[...] uma construção política e social. É a categoria discursiva em torno da qual se organiza um sistema de poder socioeconômico, de exploração e exclusão – ou seja, o racismo”.

Assim como o termo “raça”, outros surgem para dar conta de explicar a complexidade das relações raciais. Por isso é extremamente importante trazer a conceituação de racismo, preconceito e discriminação racial, eis que possuem significação diversa.

O racismo é a expressão de um sentimento negativo que uma pessoa pode ter em relação à outra, ou em relação a um grupo de pessoas, sempre levando em comparação o grupo social em que está inserida. Para isso há alguns sinais que são sempre observáveis nas práticas racistas, tais como a cor da pele, tipo de cabelo, formato do nariz, etc. Esses sinais formam um conjunto de imagens e ideias referentes aos grupos humanos na sociedade e são capazes, conforme o olhar individual de cada um, de categorizar hierarquicamente os grupos como inferiores e superiores. Portanto o racismo é uma atitude que, do olhar do racista, adota uma postura contrária a certos grupos sociais devido aos seus aspectos físicos levando em comparação o padrão do seu próprio grupo social. (GOMES, 2005)

De acordo Gomes (2005, p. 53) “o preconceito é um julgamento negativo e prévio dos membros de um grupo racial de pertença, de uma etnia ou de uma religião ou de pessoas que ocupam outro papel social significativo.” Esse julgamento prévio tem como característica central, conforme aponta a autora, a sua inflexibilidade, ou seja, a opinião preconceituosa formada é algo praticamente incontestável, sem prévia análise dos fatos. O sujeito que tem preconceito racial percebe em um/ ou em vários grupos sociais, características que lhe desaprovem porque têm como parâmetro ou padrão as características do grupo social em que está acomodado.

Já a discriminação racial é a manifestação dessas atitudes preconceituosas e racistas. Quando a ação ou manifestação desses

pensamentos vier “[...] a prejudicar alguém é que se diz que houve discriminação. Enfim, quando o racista ou preconceituoso externaliza sua atitude, agora transformada em manifestação ocorre a discriminação”. (SANTOS, 2001, p. 110)

De igual modo, Santos (2001, p. 108-110) indica que o racismo e o preconceito racial se projetam apenas no imaginário simbólico das pessoas, enquanto a discriminação racial é a projeção e práticas sociais dessa manifestação preconceituosa ou racista. A discriminação racial acontece, portanto, quando o preconceito e o racismo são projetados em condutas que venham a prejudicar uma pessoa, ou grupo de pessoas, levando em consideração seus atributos físicos e culturais.

Os estudos de Jaccoud e Begin (2002) indicam uma classificação da discriminação racial. Para as autoras há um desdobramento em discriminação direta e indireta. A primeira está relacionada aos atos concretos que levam uma pessoa a ser discriminada em função da sua cor, seja através de gestos, de ações ou até mesmo verbalmente. Já a discriminação indireta, que é mais difícil de perceber, não é provocada por uma pessoa específica ou um grupo de pessoas de forma expressa, mas se materializa em ações diretamente relacionada as atividades administrativas, empresariais ou incutidas nas políticas públicas que aparentemente neutras têm alto teor discriminatório.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 reconhece que não há hierarquia entre os diferentes grupos sociais (raças), assim como reconhece como falsas todas as doutrinas raciais fundamentadas na superioridade e inferioridade racial. Não há, portanto, justificativa para a prática de discriminação racial e combate igualmente a segregação racial e o regime de *apartheid*.

O artigo II da Convenção impõe aos Estados-partes que criem medidas específicas, principalmente no campo das políticas públicas, para o combate à discriminação racial e que essas ações devem se materializar sem demora com intuito de alcançar a equidade e justiça social. Reafirma a necessidade de criar políticas específicas, no campo social, econômico, cultural e outros, aos grupos marginalizados ou as minorias com o propósito de proporcionar igualdade de condições, como os demais grupos conforme a disposição do artigo II.

Artigo II. 2. Os Estados Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico e outros,

medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos.

Assim, se as políticas sociais universais não conseguirem alcançar efetivamente a coletividade, e diante dessas políticas as minorias étnico-raciais se encontrarem em situação desfavorecida ou, se simplesmente essas políticas não as alcançarem, é imprescindível que se criem políticas específicas a esses grupos marginalizados e excluídos socialmente. Estas ações têm sido conhecidas como ações afirmativas ou discriminação positiva. Ressalta-se ainda, que uma vez alcançada a igualdade racial, as medidas de ações afirmativas devem cessar, pois são políticas emergenciais e não permanentes.

No Brasil, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial foi ratificada e promulgada, fazendo parte do sistema jurídico interno através do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. No entanto, as políticas de ação afirmativa para os grupos sociais negros só começaram a ser implementadas tardiamente no início do século XXI, embora a legislação seja da segunda metade do século passado.

Cumprе ressaltar que a validade da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial não se limita a sua ratificação pelo Brasil, mas está recepcionada no sistema jurídico vigente, pois a própria Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo 5º, § 2º que os direitos que estão “expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988)

É, portanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Brasil assume com mais rigor o respeito e a proteção aos direitos humanos, em atenção ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana e a uma série de direitos fundamentais inscritos na Constituição para esta finalidade, sendo imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 407-408)



## 2.2 A proteção jurídica aos grupos sociais negros ou afrodescendentes no sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos

A Convenção de São José da Costa Rica aborda a temática que envolve o direito a igualdade (art. 24) e a não discriminação racial (art. 1º). Destaca-se que a Convenção de 1969 reforça o que já foi constituído no âmbito dos demais documentos internacionais de proteção no sistema global e nos sistemas regionais.

Importante descrever que o artigo 24 da Convenção de 1969 da OEA é taxativo ao compreender o princípio da igualdade da seguinte forma: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.”

O artigo 9 da Carta Democrática Interamericana afirma:

A eliminação de todas as formas de discriminação, especialmente a discriminação sexo, formas étnicas e raciais, e vários de intolerância e promovendo e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e dos migrantes e respeito à diversidade étnica, cultural e religiosa nas Américas contribuem para o fortalecimento da democracia e participação cidadã.

O artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres na presente Declaração, sem distinção de raça, sexo, idioma, credo ou qualquer outro.”

Na compreensão do princípio da igualdade é imprescindível alcançar o postulado da “igualdade formal” e da “igualdade material”. O primeiro está implícito na mera legalidade formal, típica do liberalismo, que reconhece a igualdade aplicável a todos, sem nenhuma forma de discriminação. Já o segundo só é alcançável a partir da percepção para quem/ ou para quais grupos esta igualdade é conferida, pois em muitas situações em que se observam uma verdadeira desigualdade entre grupos e pessoas, conferir igualdade significa proporcionar a estes grupos ou pessoas, tratamento desigual, ou até mesmo, políticas de discriminação positiva. (BENINCÁ, 2010)

Nesse sentido, interpretar o dispositivo 24 da Convenção de 1969 da OEA apenas no seu aspecto formal, para casos em que há verdadeira desigualdade material, é promover ou manter o *status quo* de grupos e pessoas que vivem marginalizados ou socialmente em posições sociais desiguais. Em sociedades desiguais como são as

sociedades americanas, principalmente nos países latinos, o que se pretende é alcançar a igualdade material e não meramente formal. Numa sociedade pluriétnica e multicultural o Direito tem o dever de amparar as adversidades jurídicas e contribuir para a resolução efetiva das distorções sociais existentes.

De acordo com Alexy (2008, p. 397)

[...] o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre estes dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente [...].

Segundo Rios (2002, p. 48-49): [...] a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções." É por existirem desigualdades que se anseia à igualdade real ou material, uma vez que se a lei genérica e abstrata é incapaz de proporcionar o alcance da igualdade meramente formal, deve ser oportunizado pelos Estados Partes da Convenção a aspiração da "igualização das condições desiguais", ou seja, é conferir igualdade a grupos e pessoas na exata medida das suas desigualdades.

Os grupos afrodescendentes no Brasil e nos demais países que integram a América Latina ainda ocupam posição desigual em relação aos demais grupos sociais e, como se viu, um dos fatores que contribui significativamente para essa desigualdade é o processo de discriminação racial.

Nesse sentido, Lopes (2005, p. 188-189) argumenta que "a discriminação supervaloriza determinadas culturas, dá ao dominador a ideia de que é melhor e desenvolve no discriminado o sentimento de menos-valia. Permite que a sociedade seja considerada sob duas óticas distintas e divergentes [...]" a do discriminador e do discriminado. De acordo com Sousa (2005, p. 117) a discriminação racial reflete profundamente na autoestima dos indivíduos que a sofrem abalando a sua própria identidade.

No caso de muitos negros e negras que se encontram em constante conflito com a autoimagem, oscilando entre o ser real estigmatizado (negro) e o socialmente valorizado (branco), as representações sobre si e seu grupo étnico racial tendem a ser inferiorizantes, o que se reflete em uma autoestima também negativizada. (SOUSA, 2005, p. 117)

Reconhecer-se numa identidade tem inúmeras implicações e é no âmbito da cultura e da história que se constrói a identidade social. A identidade pressupõe que o indivíduo estabeleça uma relação ou um pertencimento a determinado grupo social de referência, e isso implica estar acomodado também na cultura do grupo que está inserido.

O indivíduo não nasce com uma identidade, ele a adquire no decorrer da sua trajetória de vida. A identidade negra é, portanto, uma construção social, histórica, cultural e plural. Se referindo ao contexto brasileiro, Gomes (2005a, p. 42-44) afirma que “construir uma identidade negra positiva em uma sociedade que, historicamente, ensina aos negros, desde muito cedo, que para ser aceito é preciso negar-se a si mesmo é um desafio enfrentado [...]” pelos grupos sociais negros. E nesse contexto de discriminações raciais Segato (2006, p. 218) diz que

[...] ser negro significa exibir os traços que lembram e remetem à derrota histórica dos povos africanos perante os exércitos coloniais e sua posterior escravização. De modo que alguém pode ser negro e não fazer diretamente parte dessa história – isto é, não ser descendentes de ancestrais apreendidos e escravizados –, mas o significante negro que exhibe será sumariamente lido no contexto dessa história.

Por isso, o investimento em políticas de ações afirmativas para os grupos sociais negros deve ter o pleno respaldo legal, pois serve como medida para alcançar a igualdade material dos mesmos na sociedade. De acordo com Gomes (2003, p. 21) “as ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”.

O surgimento de propostas de ação afirmativa assenta-se em uma crítica ao ideal de igualdade de direitos como instrumento eficaz para a promoção da igualdade. O reconhecimento de que a igualdade formal não garante aos que são socialmente

desfavorecidos o acesso às mesmas oportunidades que têm aqueles que são socialmente privilegiados promoveu um esforço de ampliação não apenas do conteúdo jurídico e moral da ideia de igualdade, mas das próprias possibilidades jurídicas de concretizá-las. (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 45)

O investimento em políticas de ações afirmativas em diversas áreas: como saúde, educação, cultura, esporte, lazer, e outras é fundamental para que se oportunize aos negros uma melhora na sua condição de vida. A situação social dos negros atualmente nos países americanos, como se verá, é decorrente ainda do preconceito e da discriminação que sofrem e não apenas reflexo da hierarquização das classes sociais.

O investimento em ações afirmativas permite que haja verdadeira valorização da identidade e da cultura de afrodescendentes, a partir do momento em que permita ao negro a sua valorização enquanto tal. As ações afirmativas são imprescindíveis porque atuam diretamente como instrumento na luta antirracista.

### **3. O RELATÓRIO DA CIDH SOBRE A SITUAÇÃO DE PESSOAS AFRODESCENDENTES NOS PAÍSES AMERICANOS E NO BRASIL: ANÁLISE E PERSPECTIVAS FUTURAS**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem estabelecido que o princípio da não discriminação é um dos pilares de qualquer sistema democrático no qual está amparado o sistema de proteção aos direitos humanos. A não discriminação envolve a proteção aos grupos sociais negros, ou seja, aos afrodescendentes das Américas. Já restou comprovado que os grupos sociais negros sofreram e ainda sofrem processo de exclusão social em razão de sua raça/etnia. São grupos que ainda sofrem com os fenômenos do racismo, do preconceito racial e da discriminação racial, ainda que em alguns Estados os grupos negros constituam a maioria da população, são marginalizados e invisibilizados nas políticas sociais dos Estados.

Em 5 de dezembro de 2011 a CIDH publicou um relatório intitulado: *“La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”*, cujo objetivo foi o de estabelecer um documento que desse conta de reconhecer as dificuldades de efetivação dos direitos humanos aos grupos sociais negros nos países americanos. Embora, haja no âmbito internacional e no âmbito interno dos Estados uma legislação propícia a garantir o direito de igualdade (material) e de não

discriminação, a condição de vida desses grupos informa que ainda não foi possível fazer-se cumprir as promessas jurídicas consagradas nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos (sistema global e sistema regional).

A CIDH afirma a necessidade de enfrentar a temática étnico-racial como um tema transversal, tendo o relatório apresentado os seguintes objetivos:

A lo largo del informe, la Comisión analiza las cuestiones vinculadas con la autoidentificación racial y las condiciones de vida de la población afrodescendiente. Posteriormente, y a partir del diagnóstico efectuado, la CIDH estudia la situación de discriminación estructural que padece la población afrodescendiente, en el marco de las obligaciones estatales de garantizar la igualdad y no discriminación. Adicionalmente, la Comisión examina la dinámica que se verifica entre la población afrodescendiente y la obligación de proveer garantías judiciales adecuadas, en sus dos vertientes: por un lado, los obstáculos que enfrenta la población afrodescendiente en el acceso y obtención de justicia, y por otro lado, el establecimiento de perfiles raciales y el sesgo racial en los sistemas de justicia criminal. En este informe, la Comisión Interamericana también da cuenta de las diferentes medidas que los Estados de la región han adoptado para cumplir con sus obligaciones de garantía y protección. En este sentido, se consideran los marcos legislativos en relación con la prohibición de discriminación racial y se profundiza sobre las medidas positivas y medidas de acción afirmativa implementadas por los Estados. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011)

A CIDH apontou que a América conta com uma população de cerca de 30% de afrodescendentes, no entanto este número pode ser maior, pois foram encontradas dificuldades de operacionalizar os censos dos Estados. Pode-se afirmar que de uma maneira geral, os institutos de pesquisa que se dedicam a investigar a questão racial encontram alguns desafios a serem superados, principalmente no que se refere a metodologia empregada na coleta dos dados. Há ainda muitos dilemas e controvérsias envolvendo as definições de classificação por raça/ cor nos instrumentos de pesquisa.

A CIDH apontou a necessidade de ser incluída a categoria afrodescendente nos instrumentos de pesquisa e coleta de dados. Reforça a necessidade de que o instrumento de pesquisa seja

respondido através da autotransclassificação, ou seja, a auto-percepção que o entrevistado tem de si mesmo no momento da entrevista. “[...] es necesario que los Estados lleven adelante campañas de concientización y capacitación sobre las categorías de autoidentificación, que incentiven a la población afrodescendiente a autoidentificarse y sensibilicen a los encuestadores.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. IX)

O relatório também destaca que os grupos de afrodescendentes sofrem de duplo processo de segregação social, seja porque são negros, seja porque são pobres. Há de se enfrentar esta dicotomia entre raça e classe social, pois um é consequência do outro e vice-versa.

Jaccoud (2008, p. 60) se referindo ao contexto brasileiro, argumenta que a pobreza é associada a negritude, longe de fazer uma defesa de que o problema do país é decorrente apenas da hierarquização das classes sociais, a autora vai além, e enfatiza que os pobres não são portadores de direitos independente de qual seja a sua cor. Mas que esse fenômeno é fator determinante para legitimar o discurso de que o preconceito se assenta apenas na pobreza e não exclusivamente seja racial. E é nesse sentido que “[...] o racismo, o preconceito e a discriminação operariam integrados a um importante processo de naturalização da pobreza. Ao mesmo tempo a pobreza opera sobre a naturalização do racismo [...]” e essa naturalização das desigualdades é responsável por influenciar a permanência marginal dos negros na sociedade atual.

De acordo com Henriques (2001) o estudo da desigualdade perpassa exclusivamente pelo marco conceitual da pobreza, responsável por florescer os principais problemas econômicos e que a desigualdade advém da condição de pobreza. E desse modo, entende o autor que “[...] a agenda de pesquisa e de definição de políticas públicas que prioriza a questão da desigualdade tem como implicação necessária a compreensão da questão da desigualdade racial. Desnaturalizar a desigualdade econômica e social [...]” passa, portanto, de forma prioritária, por desnaturalizar a desigualdade racial. (2001, p. 5)

Assim, desnaturalizar a desigualdade racial significa em primeiro lugar reconhecer que a existência do racismo, do preconceito e da discriminação racial ainda está impregnada nas sociedades contemporâneas e são causas impeditivas para o verdadeiro progresso e a uma melhora na condição de vida de milhares de pessoas negras.

É a partir da desnaturalização das desigualdades raciais que será possível construir-se ações democráticas de combate a essas desigualdades e criar-se a oportunidade de construção de Estados socialmente mais justos e igualitários.

Outro elemento de destaque no relatório está associado à falta de acesso a justiça dos grupos sociais negros, fator que impede acesso a mecanismos de denúncias sobre violação de seus direitos – seja racial ou não – tanto no âmbito interno, como na esfera internacional. A falta de acesso à justiça aos grupos negros perpetua padrões de segregação e exclusão. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. X)

O relatório da CIDH está dividido em 5 capítulos. No primeiro constam as informações relativas as atividades desenvolvidas em razão do Ano Internacional dos Afrodescendentes, estabelecido ano de 2005<sup>3</sup>. O segundo aborda as condições de vida da população afrodescendente a partir de questões que se relacionam com a autodeterminação racial das pessoas. O terceiro capítulo elabora um diagnóstico do segundo e examina que a discriminação racial é um fator determinante para a condição de violação/ negação de direitos às populações negras. Este capítulo será analisado preferencialmente, pois nele se discutem as responsabilidades dos Estados em garantir o direito de igualdade e de não discriminação aos grupos sociais negros. O quarto capítulo compreende a análise das medidas que são tomadas pelos Estados membros da OEA para garantir efetivar os direitos à população de afrodescendentes e as medidas adotadas para coibir as práticas de discriminação racial e intolerância racial. E o quinto capítulo apresenta uma análise conclusiva e propositiva que a CIDH apresenta aos Estados no enfrentamento da discriminação racial.

Este estudo objetiva fazer uma análise da realidade social vivida pelos grupos negros nos países americanos marcados pela exclusão e marginalização social em função da sua raça, de sua cor e de sua

---

3 Durante su 122º período ordinario de sesiones (23 de febrero al 11 de marzo de 2005), la Comisión Interamericana creó la Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (en adelante “la Relatoría”), con el objetivo de promover el conocimiento sobre las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos de los afrodescendientes y la eliminación de todas las formas de discriminación racial, como así también ampliar en la región el conocimiento sobre las garantías y mecanismos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrece para la protección de los derechos de los afrodescendientes. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 4)

cultura. O relatório é importante porque além da análise descritiva e quantitativa que elucida, informa nos seus três últimos capítulos, a busca por soluções efetivas pelos Estados, seja no campo jurídico, com a criação de uma legislação internacional e nacional (para os Estados) compatível com a luta antirracista, seja através de políticas públicas que devem ser desenvolvidas em regime de cooperação internacional, seja no âmbito interno dos Estados.

Conforme já mencionado os países americanos contam com uma população de 150 milhões de afrodescendentes, o que corresponde a cerca de 30% da população total. O relatório aponta que são estes grupos os mais pobres do continente e que de acordo com estudos levantados pelo Banco Mundial a raça e a condição étnica desses grupos são determinantes para a sua condição de pobreza e conseqüente exclusão social. Indicam que há uma forte relação entre raça/etnicidade e a dificuldade de acesso aos serviços sociais vitais, como educação, saúde e assistência social. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 6)

De acordo com o relatório a situação de vida dos grupos negros no Brasil é atroz:

En efecto, la Comisión ha advertido que, en Brasil, el 50% de las personas afrodescendientes tienen una renta mensual menor de dos salarios mínimos, e inversamente, en los ingresos altos, mientras 16% de blancos reciben más de diez salarios mínimos, esa proporción baja entre los afrodescendientes al 6%. Adicionalmente, la CIDH ha indicado que, en Colombia, la tasa de mortalidad infantil (niñas y niños menores de un año fallecidos por cada mil nacidos vivos) de los niños y niñas afrodescendientes es aproximadamente el doble de la registrada para los niños y niñas a nivel nacional y que en cuanto a la esperanza de vida al nacer, para los hombres afrodescendientes es de 64,6 años, frente a 70,3 años para el total de la población. En el caso de las mujeres afrodescendientes es de 66,7 años, frente a 77,5 años para las mujeres a nivel nacional. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 7)

Em dados a população negra nos estados americanos representa: 0,1% no Chile, 0,45% no México, 1,9% na Costa Rica, 2,5% no Canadá, 9,1% no Uruguai, 10,62% na Colômbia, 13,6% nos Estados Unidos, 30,2% na Guiana, e 50% no Brasil. Os dados foram coletados a partir dos censos realizados pelos próprios países e enviados à CIDH. O relatório aponta uma estimativa de 80% a 92%



do total da população de alguns países em que não há informações sistemáticas e confiáveis sobre a autoidentificação e condições de vida dos afrodescendentes.

Uma das justificativas para a falta de informação de alguns países se deve ao fato de que os mesmos não incluíram a categoria negro ou afrodescendente em seus instrumentos de pesquisa, o que dificulta o processamento e coleta de dados mais precisos. A CIDH apontou que isto pode ser respondido através da ideia enraizada nas sociedades americanas de uma suposta “democracia racial”.

O termo “democracia racial” sugere que não haja conflitos ou discriminação fundada na cor da pele, traz a reflexão de que não existe uma diversidade racial, não existe conflito, o que é na realidade um equívoco, como aponta o relatório:

Asimismo, esta falta de información ha sido relacionada con la persistencia de la concepción de las “democracias raciales” en la región. Así, se ha sostenido que es importante identificar y solucionar el mito de la democracia racial que consiste en “la idea según la cual [...] no hay racismo porque [...] todas las razas y culturas se fundieron para siempre en una síntesis feliz” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 9)

A democracia racial aparece como um subterfúgio para dar conta de explicar a inexistência de preconceitos de raça, e o emprego, muitas vezes da mestiçagem como sinônimo de harmonia social entre os diversos grupos étnicos dos países.

Atrelado ao contexto brasileiro<sup>4</sup>, Chauí (2000, p. 27) esclarece que

Na ideologia da ‘identidade nacional’, o negro é visto como classe social, a dos escravos, e sob a perspectiva da escravidão como instituição violenta que coisifica o negro, cuja consciência fica alienada e só escapa fugazmente da alienação nos momentos de grandes revoltas.

---

4 “Em certo sentido, o Brasil criou o melhor dos mundos. Ao mesmo tempo que mantém a estrutura de privilégio branco e subordinação da população de cor, evita que a raça se constitua em princípio de identidade coletiva e ação política. A eficácia da ideologia racial imperante se traduz no esvaziamento do conflito racial aberto e da articulação política da população de cor, fazendo com que os componentes racistas do sistema permaneçam incontestados, sem necessidade de apelo a um alto grau de coerção.” (HASENBALG, 1988, p. 116)

A autora afirma que a “identidade nacional” do povo brasileiro foi basicamente formada pela mistura de três raças – índios, negros e brancos – e a sociedade mestiça desconhece o preconceito racial. A mestiçagem serviu, portanto, como elemento ideológico que embasou o discurso da democracia racial e conseqüentemente a negação do racismo escamoteado nas práticas sociais.

A ideia de construção da identidade nacional baseada na miscigenação das três raças exclui a possibilidade de afirmar-se a diversidade na sociedade brasileira, pois a miscigenação e mais especificamente o branqueamento fazem parte de projetos hegemônicos de controle, dominação e exploração sob os grupos subalternos, incluindo os grupos negros. Para Ortiz (1985, p. 43-44) “a construção de uma identidade nacional mestiça deixa ainda mais difícil o discernimento entre as fronteiras da cor”. E ainda descreve que “o mito das três raças é neste sentido exemplar, ele não somente encobre os conflitos raciais como possibilita a todos se reconhecerem como nacionais”.

Cabe frisar que nos estados americanos a ausência de conflitos explícitos, ou até mesmo a ausência de conflitos armados motivados por “ódio racial” não pode jamais ser compreendida como ausência de racismo, de preconceito e de discriminação, pois estes podem se materializar inclusive como formas de desprezo e exclusão.

A ideia de que a miscigenação apaga os estigmas da cor pressupõe que o contato e a intimidade entre os grupos étnicos levam necessariamente à superação do preconceito. Contudo, se esse contato se dá de forma exageradamente assimétrica ele pode reproduzir, mesmo na intimidade e na proximidade, a mesma estrutura de dominação de um grupo sobre outro. Ainda que isso possa amortecer as relações sociais, isso não significa a eliminação do racismo, na medida em que perduram os sentimentos interiorizados de inferioridade e superioridade. (AZEVEDO, 2007, p. 35)

Essa falsa cordialidade esconde, por assim, dizer um racismo que ainda tem raízes nas teorias raciais deterministas do século XIX, e são comprováveis, como já se destacou, pela condição marginal que os negros ocupam nas sociedades latino-americanas. Como demonstra o relatório da CIDH a população de afrodescendentes está concentrada de forma desproporcional nos territórios, residindo nas áreas mais pobres, com falta ou nenhuma condição de vida digna,

com pouco acesso a serviços essenciais como saúde, transporte, trabalho<sup>5</sup> e educação, e mais, sofrem, em decorrência disso, maior exposição ao crime e a violência. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 17).

O relatório da CIDH pontuou que o diagnóstico e o levantamento de dados realizados nos países americanos comprovam a existência de discriminação racial e racismo, propiciando ainda que em seguimentos majoritários ou minoritários da população, os grupos negros vivem propensos a uma discriminação estrutural, que os impede inclusive, em todos os níveis de governo, de gozar e exercer os seus direitos humanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 24)

La Comisión observa con preocupación que los principios de igualdad y no discriminación aún no se encuentran completamente garantizados para las personas afrodescendientes de las Américas. Más aún, las personas afrodescendientes se ven afectadas profundamente por la persistencia del racismo, que les impide estratégicamente el goce y ejercicio de sus derechos humanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 24)

A falta de denúncias de casos de discriminação racial nos países americanos não significa ausência de processos discriminatórios. As sociedades só recentemente começaram a debater e a enfrentar o tema das relações raciais. A luta antirracista ganhou força nos países americanos e no Brasil os movimentos sociais negros tiveram maior expressão no final do século XX.

Embora a luta dos movimentos sociais tenha fortalecido a luta antirracista no Brasil e em outros Estados, é perceptível que a falta de acesso à justiça ainda é um dos maiores empecilhos à efetivação dos direitos humanos dos grupos sociais negros. Para o relatório da CIDH

---

5 De acordo com o relatório da CIDH: "En relación con el derecho al trabajo, las estadísticas indican que la población afrodescendiente ocupa los puestos más bajos de la escala laboral<sup>96</sup> y mayoritariamente realiza tareas informales y de baja calificación<sup>97</sup> o con una remuneración menor<sup>98</sup> -- incluso si se comparan los salarios de personas no afrodescendientes que realizan las mismas tareas<sup>99</sup> -- carecen de los beneficios de la seguridad social y la tasa de desempleo de este colectivo es mayor que la del conjunto total de la población. Asimismo, la Comisión ha recibido información sobre la subrepresentación de la población afrodescendiente en el servicio público, comparada con su disponibilidad de fuerza laboral." (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 19.)

de 2011 à falta de acesso à justiça pode ser explicada por uma gama de fatores, dentre os quais se destaca a falta de denúncias das próprias vítimas de racismo. E isto é explicável por vezes pelo desconhecimento das vítimas acerca dos seus direitos, pela desconfiança nas instâncias estatais ou até mesmo pelo temor de sofrerem novo processo de vitimização e discriminação. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 45)<sup>6</sup>

A CIDH tem sustentado em seu relatório que a população afrodescendente nos países americanos é mais suscetível de ser suspeita, perseguida, processada e condenada pelos aparatos policiais e judiciais. Há um mecanismo seletivo e discriminatório das instâncias estatais que recaem sobre a população negra, principalmente em procedimentos policiais que utilizam o uso da força, tanto é que a CIDH reforça:

[...] que constituye una obligación específica de los Estados Miembros brindar la formación y el entrenamiento permanente a los efectivos de sus cuerpos policiales para que en sus operaciones utilicen la fuerza letal estrictamente dentro de los parámetros internacionalmente aceptados. Asimismo, los Estados tienen la obligación de proporcionar a sus efectivos policiales los medios, armamento y equipo que permitan la aplicación de medidas de fuerza no letal en sus procedimientos de disuasión y represión legítima de la violencia y el delito. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 60)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana têm estabelecido que a proteção aos direitos dos humanos de grupos afrodescendentes deve obedecer aos princípios da igualdade e da não discriminação e isto implica em que os Estados devem assumir a obrigação de: a) não introduzir em seus ordenamentos jurídicos regulações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios em diferentes grupos sociais; b) excluir e revogar leis e dispositivos normativos de caráter discriminatório;

---

6 "Las respuestas al cuestionario indicaron como obstáculos la burocratización del sistema de justicia, la falta de un servicio de información inmediata, el lenguaje utilizado en el sistema judicial, la mala organización y gestión de las instancias judiciales, la falta de capacitación de los operadores de justicia, la falta de defensores públicos, los altos costos de contratar un abogado y llevar adelante un proceso judicial, la falta de conocimiento sobre las acciones y las instancias a las cuales recurrir, y los mecanismos de ejercicio, y la inexistencia de recursos judiciales." (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 46)

c) combater as práticas discriminatórias, e; d) estabelecer normas e adotar as medidas necessárias para reconhecer e assegurar uma efetiva igualdade (material) de todas as pessoas perante a lei. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 64)

A maioria dos países, assim como o Brasil já vêm adotando estes objetivos, tanto que do ponto de vista normativo, a Constituição Brasileira já consagra no seu rol de direitos fundamentais o princípio da não discriminação e o princípio da igualdade de todos perante a lei.

#### **4. À GUIA DE CONCLUSÃO: A NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS**

Neste texto ficou evidente, pelo conjunto de informações coletadas, que os sistemas de proteção aos direitos humanos, seja no plano global como no sistema regional no âmbito da OEA visam proteger a população negra contra a discriminação racial ou quaisquer outros motivos violadores dos seus direitos humanos em razão de sua raça/etnia.

A CIDH recomenda como estratégica principal para a luta antirracista e para a promoção de uma igualdade racial nos países americanos o investimento em políticas de ações afirmativas, proteção aos grupos sociais negros em sua legislação e maior mobilização dos Estados e da sociedade civil.

De acordo com o relatório:

La noción de medidas de acción afirmativa se refiere a la legislación general o específica, planes, programas y cualquier otra iniciativa diseñados para asegurar el completo y equitativo goce de derechos humanos y libertades fundamentales de los grupos desaventajados<sup>383</sup>. De este modo, las medidas de acción afirmativa constituyen instrumentos legítimos para reducir las desigualdades históricas producidas por preconceptos y patrones de discriminación y exclusión. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 80)

No ano passado, no dia 05 de junho de 2013, mais dois documentos internacionais integraram o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, são eles: A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Convenção contra Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância.

Os documentos internacionais e a legislação interna na maioria dos países americanos, incluindo o Brasil, também conferem proteção aos grupos sociais negros ao adotarem os princípios da “não discriminação” e da “igualdade material”.

No Brasil a agenda política já definiu formas de combater a discriminação racial, principalmente no âmbito das políticas públicas e a partir da criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) no ano de 2003, que representou o alavancamento de um processo de mobilização social para a promoção da igualdade racial e da não discriminação.

A SEPPIR tem como um de suas missões: “promover a igualdade e a proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos afetados pela discriminação e demais formas de intolerância, com ênfase na população negra”. (BORGES, 2005, p. 28)

É possível vislumbrar no cenário social e político do país mudanças significativas em relação a temática das relações raciais. Após quase sete anos desde a criação da SEPPIR constata-se que a pauta da igualdade racial realmente entrou na agenda política do país. No campo da educação tem-se cada vez mais aumentado a participação de estudantes negros no ensino superior através das políticas públicas de ação afirmativa baseadas no sistema de cotas e também contemplados pelo Programa Universidade Para Todos (Prouni) do governo federal.

Além disso, a aprovação da Lei nº 10.639 de 9 de janeiro de 2003 estabelece a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afro-brasileiras e africanas em todos os estabelecimentos educacionais do país. A proposta da nova lei ao reformular os currículos escolares é proporcionar o conhecimento sobre a diversidade cultural e minimizar, por assim dizer, o impacto que a cultura eurocêntrica impõe nas salas de aulas de todo o país.

Para Santos (2005, P. 33), a Lei Federal 10.639/2003 já constitui um imenso avanço na luta antirracista e está de acordo com uma proposta de educação para a igualdade de tratamento no ambiente escolar. Mas, para que essa lei não se constitua num discurso vazio o autor entende que ainda faltam muitos elementos para que alcance a sua real efetivação, uma vez que a nova lei não estabelece metas de implementação, como a qualificação de professores para ministrarem as novas disciplinas, não impõem medidas para que as universidades nos seus cursos de graduação, sobretudo os de licenciatura, formem

professores aptos para ministrarem o conteúdo programático. O autor entende que a Lei meio que impõe essa responsabilidade indiretamente para os professores, ao mesmo tempo em que não garante efetivamente cursos e capacitações para esses profissionais.

Da mesma forma foi aprovado o Estatuto da Igualdade Racial a partir da aprovação da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. O Estatuto da Igualdade Racial tem como proposta viabilizar a melhoria da qualidade de vida dos grupos sociais negros e demais minorias étnicas, além de combater a discriminação racial e as desigualdades raciais no país, prevendo inclusive o investimento estatal em políticas públicas de ação afirmativa. O Estatuto da Igualdade Racial estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

O Estatuto da Igualdade Racial ainda reconhece que é dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade social entre todos os cidadãos livres de discriminação racial. Prevê políticas públicas que satisfaçam as exigências desse Estatuto através da implementação de ações afirmativas. O Estatuto da Igualdade Racial foi construído em conjunto com o movimento negro. É um instrumento que pretende trazer à sociedade brasileira a discussão sobre o tema e o compromisso a favor de uma sociedade mais justa, igualitária em oportunidades e livre de discriminação racial. Por isso Anjos (2005, p. 177) reafirma que:

Tratar da diversidade cultural brasileira num contexto geográfico, visando, portanto, reconhecer, valorizar e superar a discriminação aqui existente, é ter uma atuação sobre um dos mecanismos estruturais da exclusão social, componente básico para caminhar na direção de uma sociedade mais democrática, na qual os afrodescendentes se sintam e sejam brasileiros.

O estudo das relações raciais no Brasil a partir das teorias raciais deterministas do final do século XIX é revelador da necessidade de se implementar no país uma segunda abolição para os grupos sociais negros, como afirmou o sociólogo Florestan Fernandes.

A “raça”<sup>7</sup> ganhou uma ressignificação conceitual e só tem existência plena no mundo social. A valorização da “raça negra” serve como instrumental na luta antirracista dos movimentos negros de

---

7 De acordo com Hofbauer (2006, p. 423), “na medida em que conceitos como “raça”, “negro”, “branco” atuam como categorias de inclusão e exclusão, que remetem também a concepções de mundo, parece-me importante concebê-los como parte integrante e importante das “histórias particulares da discriminação” e deve-se analisá-los, portanto, dentro de seus contextos econômicos, históricos e sociais específicos. É preciso estudar como se conjugam ideologias, discursos, concepções de mundo (e não apenas os ideários da elite), e condições econômicas e sociais e, dessa forma, abordar a problemática da “desigualdade social” e a questão das “especificidades simbólicas/ culturais” numa perspectiva integrada.



todo o país. Após um centenário da abolição da escravidão no Brasil é possível afirmar que não há o que comemorar! A população negra ainda vive excluída e marginalizada.

Somente nos últimos anos, na transição do século XX para o XXI é que apareceram mudanças significativas no campo das políticas públicas para a população negra. Estado e sociedade se uniram para um objetivo comum: promover a igualdade racial.

O preconceito, o racismo, a discriminação racial podem não acabar e continuar presentes no imaginário social, mas a estratégia é que, a partir do investimento em ações afirmativas, se estabeleça o equilíbrio nas relações raciais nas sociedades americanas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ANNONI, Danielle. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. A geografia, a África e os negros brasileiros. In MUNANGA, Kabengele. (org.) *Superando o racismo na escola*. 2 ed. revisada. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Justiça e as cores: a adequação constitucional das políticas públicas afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior a partir da teoria discursiva do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

BENINCÁ, Alexsandra Pizzetti. Ações afirmativas e o princípio da igualdade em face da discriminação por condição sexual no Brasil. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação). Graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma: Unesc, 2010.

BORGES, Rosane. (Org.) *Fórum para a igualdade racial: articulação entre estados e municípios*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert Stiftung, 2005.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, 15 de Nov. 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1ª ed., vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1ª ed., vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CHAUI, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Percecu Abramo, 2000.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. Apresentação de Lilia Moritz Schwarcz. 2ª ed. revista. São Paulo: Global, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos. LOBATO, Fátima. *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. (Orgs.) Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, Raça e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002.

HALL, Stuart. *Da Diáspora: Identidades e mediações culturais*. Tradução de Adelaine La Guardia (et al) Resende. Belo Horizonte: UFMG Editora, 2003.

HASENBALG, Carlos Alfredo. Desigualdades raciais no Brasil. In: HASENBALG, Carlos A. SILVA, Nelson do Valle. *Estrutura social, mobilidade e raça*. São Paulo: Vértice, 1988.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade Racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

HOFBAUER, Andréas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

JACCOUD, Luciana. Racismo e República: o debate sobre o branqueamento e a discriminação racial no Brasil. In: THEODORO, Mário (Org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA, 2008.

JELIN, Elizabeth. Cidadania revisitada: solidariedade, responsabilidade e direitos. In: JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric. *Construindo a democracia*. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência (NEV), 2006.

LOPES, Véra Neusa. Racismo, preconceito e discriminação. In: MUNANGA, Kabengele. (Org.) *Superando o racismo na escola*. 2ª ed. revisada. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Guia de orientação das Nações Unidas no Brasil para denúncias de discriminação étnico-racial*. Brasília: ONU Brasil, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Folheto Informativo: Sistema de petições e casos*. Washington, D.C.: CIDH, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*. Relatório da CIDH, Washington, D.C.: CIDH, 2011.

ORTIZ, Renato. *Cultura brasileira e identidade nacional*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

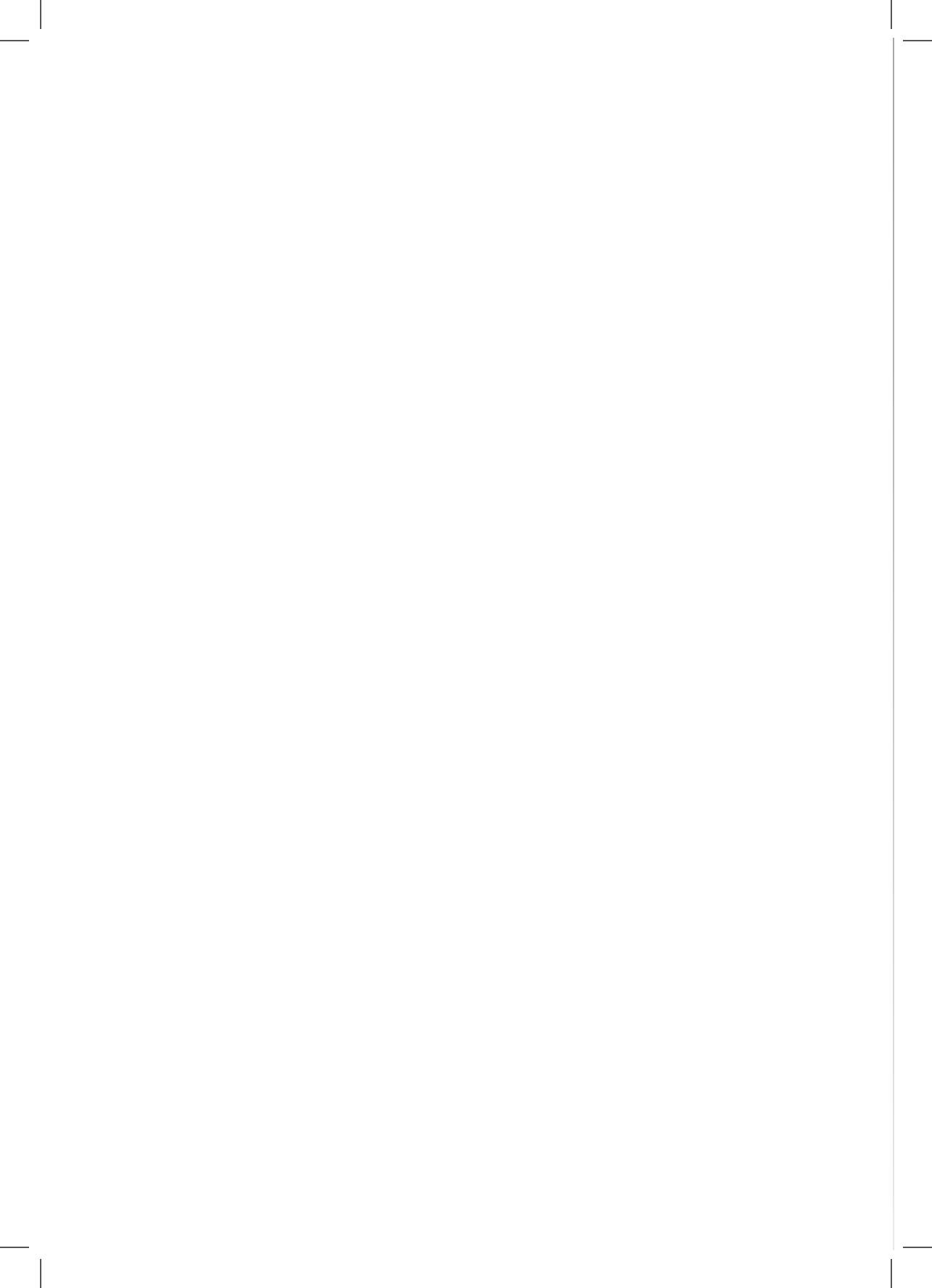
SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos SUR*. N. 4. Ano 4, pp. 26-57, 2007.

SANTOS, Hélio. *A busca de um caminho para o Brasil: a trilha do círculo vicioso*. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

SANTOS, Sales Augusto. A Lei 10.639/03 como fruto da luta antirracista do Movimento Negro. *In: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.

SEGATO, Rita Laura. Raça é signo. *In: AMARAL Jr, Aécio e Joanildo Burity (org.). Inclusão social, identidade e diferença: perspectivas pós-estruturalistas de análise social*. São Paulo: Anna Blume, 2006.

SOUSA, Francisca Maria do Nascimento. Linguagens escolares e reprodução do preconceito. *In: MUNANGA, Kabengele. (Org.) Superando o racismo na escola*. 2ª ed. revisada. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.



# DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: DA EVOLUÇÃO À SUA CONCREÇÃO!

---

**Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso**

Advogado; Presidente da Comissão de Cultura da 18ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo (2013/2015); Professor no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, Especialista em Direito Processual Civil, Ciências Penais, Direito Público e Direito Constitucional.

## 1. PROPEDEÚTICA

### 1.1. Gênese axiológica

Consoante o perpassar da história, é possível pontuar que, desde as primeiras eras, o direito fundamental à igualdade se fez presente – ainda que, timidamente, servindo: a) de lastro para o fomento das religiões; b) como pedra de toque para a Democracia Direta dos Gregos (Século de Péricles, entre VI e IV a.C.)<sup>1</sup> ou; ademais, c) como estofo para o exsurgir da *Magna Charta Libertatum*<sup>2</sup>, outorgada por João sem Terra, que trazia em seu bojo a afirmação de que nenhum homem (inclusive o rei) estaria acima da ordem legal.

Entrementes, é digno de nota que tão só no período das revoluções Liberais, em especial com a Revolução Francesa (1789-1799), tal direito atingiu outro patamar.

Não por outra razão nos debruçamos sobre aquele momento histórico, muito bem retratado na obra *Les Misérables* (Victor Hugo) – que, de certa forma, exterioriza a realidade vivenciada, de maneira um pouco antecedente, pelo Padre francês Emmanuel Joseph Sieyès

---

1 Que, num movimento político-jurídico de estabelecer governos moderados e limitados em seus poderes (Constitucionalismo Antigo), tornou o Estado eletivo e subordinado à Assembleia dos Cidadãos. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 7).

2 15 de junho de 1215. Tal documento, diga-se *en passant*, trouxe à baila o denominado *Rule of Law* – gênese do *due process of law* (devido processo legal) –, que substituiu o pretérito governo dos homens e serviu de inspiração para diversos documentos jurídicos de relevância, como a *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); *Act of Settlement* (1701) e outros.

–, onde o alto clero (1º Estado) e a nobreza (2º Estado) participavam das deliberações políticas, que decidiam o norte do destino de toda nação, sem a participação da Burguesia-Povo (3º Estado), a quem sopesava uma alta incidência tributária.

Daí, a razão da Constituinte Burguesa (“O que é o Terceiro Estado? / *Qu’est-ce que le tier état!*”) que, escrita pelo próprio abade Sieyès, com estofo no *supreme power* de John Locke (Dois Tratados sobre o Governo) e no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, proclamava a insurreição da Burguesia-Povo (3º Estado) para as decisões políticas que diziam respeito a sua própria sina.

Nesse passo, o direito à igualdade, já existente nos Estados Unidos da América (Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776), não tardou a aflorar.

No borbulhar da crise fiscal, somada à insatisfação emergente dos franceses com o rei Luís XVI (guilhotinado em 1793), a população (3º Estado), já inflamada com os ideais iluministas e com a obra de Sieyès, tomou a Bastilha<sup>3</sup> e perpetrou a *Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>4</sup>), onde se trouxe a premissa de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”<sup>5</sup>

Exsurgiu, deste modo, a chamada Teoria Paritária do direito à isonomia (igualdade formal). *Id est*, nasce o elucubrar de que todos os homens são iguais perante a lei<sup>6</sup> – que foi mecanismo encontrado como forma de se contrapor ao absolutismo, até então, reinante.

Vale dizer! Com estofo no art. 6º da Declaração – “a lei é expressão da vontade geral (...). Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir” –, passou-se a ter uma igualdade absoluta em termos jurídicos. Houve o debelar de uma sociedade pautada em privilégios hereditários e estamentais, traços do vetusto Regime da França pré-revolucionário<sup>7</sup>.

3 14 de julho de 1789.

4 Aprovado em 26 de agosto de 1789 e votado, em caráter definitivo, na data de 2 de outubro daquele ano.

5 Art. 1º de tal documento.

6 A partir deste momento, têm-se a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, que, até dado instante, se encontravam mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que as normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.

7 DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2005, pp. 191-192.

Desta sorte, é translúcido que o tratamento legal há de ser igual para todos, independente das condições e circunstâncias pessoais (igualdade como imparcialidade). “Razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do Estado constitucional de matriz liberal”.<sup>8</sup>

Em síntese! Tal fato, além de ter se tornado um marco no estudo do Poder Constituinte, trouxe à baila uma luta pela igualdade, um dos *standards* da referida revolução (*Liberté, égalité, fraternité*) e que, ulteriormente, nas palavras do tcheco Karel Vasak se tornou uma das dimensões<sup>9</sup> (*in casu*, 2ª dimensão) dos direitos fundamentais.

## 1.2. Teoria Valorativa

Ocorre, entretanto, que a igualdade sempre foi um valor que andou de mãos dadas com a noção de justiça, muito embora com ela não se confunda<sup>10</sup>.

De tal arte, ante uma sociedade plural e diversificada, notou-se que a igualdade perante a lei (Teoria Paritária), fruto da revolução francesa, trazia, por vezes, certas injustiças, haja vista que nem todos indivíduos apresentam as mesmas características naturais ou, ainda, se encontram nas mesmas condições fáticas.

Por este motivo, exuma-se das cinzas (tal qual a mitológica ave fênix<sup>11</sup>) a Aristotélica<sup>12</sup> ideia de tratar o igual de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida da desigualdade; uma vez que

---

8 GARCIA, Maria Glória F.P.D, *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, pp.36-37 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

9 Calha acentuar que tal divisão em dimensões é meramente acadêmica, pois, obviamente, inadequado seria segregar os direitos voltados aos seres humanos em categorias estanques.

Vale dizer, nesse passo, que as divisões realizadas pelos estudiosos só reverberam a valorização de determinados direitos em momentos históricos distintos. Até porque, didaticamente, é mais fácil lidar com celeumas em tomos administráveis, bem como, por demais, estatisticamente as discussões fragmentadas apresentam uma melhor absorção do conteúdo exteriorizado.

10 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 14.

11 Pássaro oriundo da mitologia grega que, quando morria, entrava em autocombustão, vindo a renascer, vindouramente, das próprias cinzas  
12 384.a.C a 322 a.C.



desde aquele período a isonomia já se encontrava atrelada ao valor justiça – ao conceder algo a cada um de acordo com seus méritos e de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitiam<sup>13</sup>.

Como prelecionou Rui Barbosa, na Oração aos Moços, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade”, uma vez que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”<sup>14</sup>

Ou seja, ao invés de uma igualdade absoluta em todos planos, exsurge uma Teoria Valorativa, apta a atingir uma igualdade fática<sup>15</sup> (material) por intermédio de um dosador de diferenças – que traz em seu bojo uma função de “auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis” daquelas “que são profundamente injustas e inaceitáveis.”<sup>16</sup>

Decerto, com a exigência de critérios razoáveis e justos (fins constitucionalmente protegidos), há uma compensação das desigualdades, sob o pálio da premissa de que “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”<sup>17</sup>.

Com essa tônica, e pelo fato de a isonomia ser um elemento estruturante do sistema global – conjugada dialeticamente com as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social<sup>18</sup> –, o princípio da igualdade foi revalorado no plano internacional, de modo que a Teoria Valorativa foi inserida em diversos tratados e convenções (v.g. Declaração

13 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 129.

14 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.

15 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I, p. 120.

16 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285 apud. NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional: volume único*. 8ª.ed. São Paulo: Método, 2013, p. 476.

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411.

18 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts.1º a 107*. 4ª.ed. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 336-337.

Universal de Direitos Humanos<sup>19</sup>, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos<sup>20</sup>, Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>21</sup>, etc), bem como, pelo efeito prisma, em diversas outras Constituições Nacionais.

## 2. DA INFORTUNA DISCRIMINAÇÃO<sup>22</sup>

Nessa vertente, a igualdade, por ser um direito inerente a todo ser humano (como a liberdade<sup>23</sup>), se tornou um direito fundamental. Até porque se trata de um valor indissociável à dignidade humana, vinculada a noção de que (de modo universal) todas as pessoas sejam tratadas com igual respeito e consideração.

Calha rememorar, contudo, que apesar da presente codificação do direito à igualdade em diversos ordenamentos pós-revolução francesa, historicamente o ser humano tende a se vincular a diferenças, as empregando, inclusive, como fonte de discriminação (infelizmente!).

---

19 10 de dezembro de 1948. Art. VII: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”

20 16 de dezembro de 1966. Art.26.

21 22 de novembro de 1969. Art.24.

22 “Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.” (PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de pesquisa. v.35, n°.124, jan. /abr.2005, p. 48).

23 Desmiúde! Ambos conceitos, que se encontram interligados desde a revolução francesa, não são isentos de tensões (ainda que se complementem e tragam um equilíbrio entre as posições fundamentais de todos os indivíduos).

É que a liberdade (e os direitos da liberdade) garante ao indivíduo o direito a diferença e a desigualdade, o que sobeja em um potencial conflito entre a pretensão de liberdade na esfera da vida social, por um lado, e, por outro uma exigência de igualdade social. (KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II - Grundrechte*. München: C.H. Beck, 2010, p. 199 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit, p. 541).

Noutro dizer! “A exigência política de maior liberdade social possível conflita com a exigência política de maior igualdade social possível, visto que a liberdade social também é a liberdade do mais forte e a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades por parte do mais fraco”. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. 20ª.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 108 *apud idem ibidem*).

Tão só como recordação, é possível trazer à luz as discriminações havidas (e, ainda, vividas) por motivos de:

### a) Religião

Uma das discriminações mais antigas, e que se estende até os dias hodiernos.

Para ilustrar, podemos ponderar a intensa perseguição de cristãos, que hoje é feita muitas vezes por países de gênese islâmica.

É que, logo no eclodir da religião cristã, houve uma verdadeira caça destes por judeus (de cuja religião o Cristianismo era visto como uma ramificação) e pelos imperadores do Império Romano (que controlavam grande parte das terras onde o cristianismo primitivo se distribuía) – estes, diga-se *en passant*, muitas vezes se aproveitavam dos cristãos capturados para realizar a alegria de sua sociedade, uma vez que eles eram colocados nos coliseus para vivenciarem batalhas ou serem degustados por leões.

Do outro cunho da moeda, na época das trevas<sup>24</sup> (Idade Média), no período das inquisições<sup>25</sup>, a Igreja Católica, visando a combater o sincretismo religioso, responsabilizava qualquer indivíduo dotado de credos distintos daqueles exigidos como hereges.

Como consequência, delações anônimas conduziram milhares de pessoas tidas como feiticeiras, seguidores de Satã, a arderem como achas vivas em fogueiras<sup>26</sup> ou, ainda, em momento posterior,

---

24 Tal tipologia, que traduz em sua entranha o debate entre a luz e a escuridão, foi trazida da expressão *saeculum obscurum*, de Caesar Baronius em 1602.

25 Tratava-se, em verdade, de um tribunal religioso, competente para julgamento das heresias religiosas ou crimes contra a fé cristã.

Fora instaurado no ano de 1200 pelo Papa Inocêncio III, no perfazer da guerra contra os albigenses. Como é notório, sequer havia direito ao réu de defesa, uma vez que, como se lapidava o pensamento da época, “se o imputado era inocente, não precisava de defensor e, se culpado, era indigno de defesa” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 93). Assim, de forma autoritária, cabia ao pretor o cargo de julgar e acusar, num processo arbitrário e violento. Extrai-se, daí, que ao magistrado tudo era possível. Quiçá, ainda, cumpriria a ele desempenhar as funções de ‘defesa’ do acusado. Nessa senda, se engendra o princípio de CARPSÓVIO: *judex supplere debet defensiones ex officio*. (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23).

26 Mero adendo de cunho cultural.

Naquele período, as pessoas que traduziam certa aptidão com o braço esquerdo, denominadas de *sinistras* (canhotas em italiano), eram equiparadas a feiticeiros. Portanto, ardiam vivas como brasa na fogueira. Com o passar dos tempos, o

a passarem por árduas provas (Ordálias ou Juízos de Deus), das quais os réus deveriam sair com vida, incólumes ou ilesos por graça divina – já que a função do pretor era desempenhada pelo Criador do Universo.

Como exemplificação destes Juízos de Deus, temos: a) o ato de o réu (eventual herege) caminhar sobre brasas durante algum tempo ou colocar a mão em um braseiro, de modo que sua resistência às chamas seria determinante de sua sinceridade; b) em temperatura inversa, também se encontrava o teste da água fria, onde o réu era lançado em um reservatório de água. Se submergisse, era tido como inocente ou titular do direito pleiteado; caso voltasse à tona, seria ele considerado culpado<sup>27</sup>; c) outrossim, havia a prova das serpentes. O herege era colocado entre répteis, acreditando-se que somente seria picado se efetivamente fosse um criminoso<sup>28</sup>; d) como derradeiro exemplo, na antiga Pérsia, para se descobrir a verdade, havia a denominada prova do arroz. Para tanto, a parte deveria rapidamente engolir certa quantidade desse alimento, ainda cru. Se, ao final, não conseguisse ela digerir o cereal – antes de pontuar certa declaração –, estaria a parte indo em sentido antípoda ao da verdade.<sup>29</sup>

Recentemente, no século passado, houve um momento histórico em que a lei se tornou a única fonte de direito. O *jus* se reduziu à *lex*<sup>30</sup>. Debelou-se, para muitos juriconsultos daquela época, a necessidade de compreensão dos demais ramos do saber, como a sociologia, história, filosofia, e todas outras matérias que alicerçavam o âmago daquilo exposto *in lege*.

---

vocábulo fora introduzido em nosso idioma, significando “que prevê acontecimentos ruins, funesto, agourento; (...) que causa o mal; terrível, assustador; desastre, acidente, dano” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 683). Desta feita, se atentarmos a antinomia existente entre a palavra canhestro – desajeitado, sem habilidade – e destreza – agilidade de movimentos, aptidão, habilidade –, nota-se uma aversão, empregada de maneira inconsciente hoje em dia, oriunda daquela época.

27 MORAIS, Paulo Herber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978, p. 12.

28 Idem, *ibidem*.

29 MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Op. cit, p. 291.

30 FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 24.

Emergiu, desta forma, um Estado Legalista<sup>31</sup> que, pautado na pura teoria do direito<sup>32</sup>, começou a elaborar leis com diversas arbitrariedades e abusos, se intrometendo, *exempli gratia*, nos mais recônditos círculos da vida humana.

Aflorou, daí, o Partido Nacional Socialista<sup>33</sup> (*National Socialist / Estado Nazista*), sectário e intolerante como as demais ditaduras, que absorveu inteiramente a personalidade humana e anulou todos os valores individuais.

Como um de seus escopos, houve a promoção da busca por judeus – que eram submetidos a: a) trabalhos forçados em funestos campos de concentração (v.g. Auschwitz-Birkenau, Dachau, Buchenwald, dentre outros 20 mil); b) experimentos, como os da ignóbil figura de Joseph Mengele (o anjo da morte / *Todesengel*) e de Sigmund Rascher

---

31 Na evolução dos Estados, o positivismo – de regras impostas para dirimir conflitos e pacificar pessoas – passou a ser empregado como instrumento de justificação de regimes autoritários.

Como pontificavam Benito Mussolini e Rocco, “*la dottrina fascista nega il dogma della sovranità popolare, che é ogni giorno smentido della realtà, e proclama in sua vece il dogma della sovranità dello Stato*” (MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141).

Cumprе ressaltar. O Estado se tornou criador exclusivo do direito e da moral, não encontrando limites morais ou materiais à sua autoridade. Por isso, dizia-se, inclusive, que todos os cidadãos e seus bens pertenciam ao Poder Público. É que, como reflete Thomas Hobbes, *Auctoritas, non veritas facit legem*. Ou seja, a lei é vontade, não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. I, p. 27).

Daí, aquela máxima: “Tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”.

32 Nos lapidados manifestos do pranteado HANS Kelsen, “quando designa a si própria como ‘pura’, teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, p. 1).

33 Amiúde. Deve-se salientar que, naquele período histórico, a Europa se encontrava conquistada pelo galanteador luminar totalitário. Não por outra razão, referido pensamento se difundiu com certa celeridade por aquele continente.

Antes mesmo da assunção ao poder de ADOLF HITLER (o führer), acoroçoado por seu partido Nazista, BENITO AMILCARE ANDREA MUSSOLINI (o Duce), já havia alicerçado os ideais do Fascismo na Itália. Ademais, não se pode olvidar, outrossim, da participação de ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, em Portugal, e FRANCISCO PAULINO HERMENEGILDO TEÓDULO FRANCO Y BAHAMONDE, na Espanha.

(médico da força aérea / *Deutsche Luftwaffe*); e c) a mortes nefastas, em campos de extermínio, voltados para o excídio em massa muitas vezes realizado por envenenamento em câmaras de gás.

Com o findar da 2ª Grande Guerra Mundial, o saldo foi de 50 milhões de mortos, sendo 6 milhões só de judeus.

## **b) Raça**

A discriminação racial, *pari passu* a religiosa, foi marcante no curso dos tempos. E, de igual maneira, é realizada com certa frequência até a presente data.

Ora, não há como olvidar o período da recente escravatura, onde africanos eram retirados coercitivamente de suas terras, de seus lares e do seio de sua família. Como mercadorias, atravessavam o Atlântico rumo ao novo mundo, onde seriam adquiridos (como se propriedades fossem) de acordo com sua procedência, idade ou, ainda, suas condições físicas e habilidades profissionais.

Em verdade, muitos aqui nem chegavam. Eram vitimados pelos tratos que recebiam dentro dos navios, uma vez amontoados em condições desumanas. Outros tantos faleciam em razão de doenças, como o escorbuto (*scorbutus*), que além da tumefação purulenta das gengivas e dores nas articulações, causava a não cicatrização das feridas e hemorragias. Aos mortos, restava serem lançados ao mar.

Aos que aqui chegavam, a vida terrena se encontrava cheia de sacrifícios vindouros. É que, além do angustiante percurso até então realizado, os escravos em terra eram vendidos e segregados de seus companheiros de viagem ou do restante de suas famílias. Recebiam, a partir deste momento, destinos diferentes, mas com igual condição de vida: a desumana.

Eram, nessa vereda, submetidos a trabalhos forçados nas fazendas de cana ou nas minas de ouro. Sem períodos de descanso ou outras benesses, chegavam a trabalhar de quatorze a dezesseis horas corridas. Para dormir, restavam as senzalas, sujeitos ao frio, umidade e a pouca higiene. E, ademais, com o escopo de evitarem fugas, mal podiam se movimentar, uma vez que tinham que descansar acorrentados.

Aos “fracos”, que não suportavam as condições impostas, bem como aqueles que se contrapunham a este sistema, sobejava o castigo físico, geralmente perpetrado por açoites até que o escravo perdesse seus sentidos. Havia, ainda, outros mecanismos sancionatórios,

como a tortura psicológica realizada pela máscara de flandres (que impedia os escravos de beberem) e a pena de morte.

Infeliz, de mais a mais, era a vida das escravas, pois, além da lida similar àquela já professada, muitas vezes eram subjugadas pelos senhores da terra (ou seus capatazes) a com eles praticarem relações sexuais forçadas.

A escravidão, tamanho o trato animalesco realizado, chegou a um ponto insustentável. Deste modo, diversas leis no mundo vieram a conceder a libertação do escravagismo.

O Brasil, não estanque a este fenômeno global, traduziu este processo de maneira paulatina, com a concreção da: a) Lei Eusébio de Queirós (1850<sup>34</sup>), fruto de pressão da Inglaterra pelo *Bill Aberdeen*, que punia os traficantes de escravos; b) Lei do Ventre Livre (1871<sup>35</sup>), que dava liberdade aos filhos dos escravos que nascessem a partir daquele ano; c) Lei dos Sexagenários / Lei Saraiva-Cotegipe (1885<sup>36</sup>), que concedia a liberdade aos maiores de sessenta anos; e, por fim, d) Lei Áurea (1888<sup>37</sup>) que, assinada pela Princesa Isabel<sup>38</sup> e pelo ministro da Agricultura Rodrigo Augusto da Silva, aboliu o escravismo em nossa pátria.

Nos Estados Unidos da América, a libertação da escravidão se fez com a Proclamação da Emancipação (1863), realizada por Abraham Lincoln no transcorrer da guerra da Secessão (guerra civil americana), onde os estados escravistas do sul (Confederados) almejavam a separação (secessão) dos demais estados do norte.

Ocorre, entretantes, que com a vitória dos estados do norte, somada a ocupação militar dos estados do sul (até 1877), fomentou-se naquela região vencida o surgimento de grupos com a finalidade de segregação racial, atuando, muitas vezes, por intermédio da perseguição violenta de negros (antigos escravos).

Dentre tantos grupos, o de maior relevância foi o da Ku Klux Klan<sup>39</sup> (KKK), que, inicialmente (1865), tinha por finalidade obstar a integração dos negros recém-libertados. Com o advento temporal, tal desiderato permutou para uma eventual supremacia branca,

---

34 4 de setembro de 1850.

35 L. 2.040, de 28 de setembro de 1871.

36 L. 3.270, de 28 de setembro de 1885.

37 Lei Imperial nº3.353, de 13 de maio de 1888.

38 Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Rafaela Gonzaga de Bragança e Bourbon.

39 Em seu auge, por volta de 1920, chegou a possuir cerca de 4 milhões de membros.



acarretando a concreção de diversas atrocidades, indo de linchamentos a execuções sumárias de afrodescendentes – precipuamente.

*Mutatis mutandis*, no berço do mundo, a África do Sul também reverberou a segregação racial pelo regime do Apartheid (1948-1994), onde uma divisão dos habitantes em grupos raciais era imposta.

O direito de voto sopesava a uma minoria branca, detentora do poder político e econômico do país. Aos negros, grande maioria, recaia tão só a obrigação de obedecer a legislação separatista.

*Verbi gratia*: a) a Lei de Áreas de agrupamento (1950), que de forma coercitiva retirou muitos cidadãos de suas residências, haja vista a impossibilidade de raças distintas permanecerem vivendo lado a lado – delimitou-se, destarte, a localidade em que cada raça deveria permanecer; b) a Lei da Imoralidade, que no mesmo ano tornou crime relações sexuais entre pessoas de raças diferentes; c) a Lei de Reserva dos Benefícios Sociais (1953), que trazia em seu corpo a reserva de locais públicos para cada raça (e.g. como placas, em praças, com a inscrição: “somente para brancos”), etc.

Tal fato perdurou por quase cinquenta anos, vindo a findar por intermédio de um plebiscito fomentado pelo então presidente Frederick Willem de Klerk (ganhador do Nobel da Paz, em 1993, ao lado de Nelson Mandela), onde 69% da população branca deliberou no sentido de debelar tal regime.

Nos tempos contemporâneos, a discriminação racial ainda se faz presente. No primeiro semestre do ano de 2014, três fatos ocorreram em regiões distintas e eclodiram no epicentro dos noticiários globais.

O primeiro episódio se deu em 12 de fevereiro de 2014. Numa partida da competição Copa Libertadores da América, em Huancayo (Peru), a torcida da equipe Real Garcilaso emitia sons de macaco toda vez que o jogador brasileiro Tinga, do Cruzeiro, relava na bola. Empós tal episódio, tamanha sua frustração, Tinga declarou: “por mim, eu deixaria de ganhar qualquer título para que não houvesse desigualdade”.

Em lapso não distante, no mês de abril, dia 27, foi veiculada pela TMZ o áudio de uma conversa do dono da equipe de basquete Los Angeles Clippers, Donald Sterling, com sua namorada V. Stiviano. O diálogo entre ambos se restringiu a recriminação dele pelo fato de sua amada ter retirado uma foto ao lado de um negro: Magic Johnson, um dos maiores nomes daquele esporte. Durante o



colóquio, ademais, chegou a rogar para que ela não levasse negros para assistir aos jogos do Clippers.

Como penalidade, a Liga Americana de Basquete afastou o dono da franquia da NBA – uma vez que aquela não havia sido a primeira vez em que Donald Sterling se envolveu com situação similar – e, em contraproposta, nomeou Dick Parson (que é negro!) como diretor-executivo interino daquela equipe.

Enfim, por incrível que pareça, na mesma data (27 de abril), na cidade de Villarreal (Espanha), durante a partida de futebol entre os times de Barcelona e Villarreal, um torcedor local arremessou uma banana em direção ao lateral-direito da seleção brasileira, Daniel Alves. De maneira irreverente, e inesperada, o jogador abaixou-se e, depois, digeriu o alimento a ele lançado.

O jornal Marca, em data subsequente ao evento, ponderou: “convivo há 11 com a mesma coisa na Espanha”.

### **c) Sexo**

Ainda que existentes outras discriminações a serem pontuadas (como a xenofobia, vinculada à origem das pessoas, v.g.), decidimos tratar como derradeira forma de discriminação a intolerância sexual.

É hialino, antes de tudo, que embora iguais em dignidade, o ser humano apresenta diferenças biológicas entre sexos. A genética, hoje em seu auge, está aí para desmistificar tais complexidades, determinando a razão de fenótipos tão distintos.

Entretanto, antes do exsurgir desta recente ciência, cuja terminologia só foi dada em 1908 por William Bateson (em carta direcionada para Adam Sedgewick), as diferenças havidas entre os grupos sexuais (masculino e feminino) serviam de estofa para as mais variadas discriminações.

Nesse cipoal, estudos antropológicos sustentam que nas sociedades primitivas a própria divisão laboral já era apta a indicar a vetusta visão de inferioridade feminina. Quiçá pela tônica muscular, as mulheres ficavam restritas a atividades interiores, enquanto, de outro turno, aos homens competiam as funções de caça e guerra. Nascia, assim, a origem do patriarcalismo.

Durante o Império Romano, um dos berços da civilização, a situação das mulheres piorou. Equiparadas a uma coisa, só adquiriam sua autonomia com as mortes de seu genitor e de seu marido.

Já no período da inquisição, retratado neste artigo, estima-se que entre 75% a 90% dos mortos pelos crimes de epidemia e más colheitas eram mulheres, razão pela qual, consideradas bruxas / feiticeiras, eram lançadas às fogueiras.

Tal panorama só começa a se alterar no perfazer do século XIX. Com a revolução industrial e o engatinhar do capitalismo, as mulheres, já organizadas em sindicatos, passaram a pleitear melhores salários e melhores condições de serviço. Infelizmente, para referida evolução, tão só em uma Indústria têxtil, em Nova Iorque (1857), centenas de trabalhadoras foram incineradas – situação similar, diga-se *en passant*, foi a razão do dia internacional da mulher se dar em março. É que, no referido mês, em 1911, um incêndio na fábrica têxtil Triangle Shirtwaist, igualmente em Nova Iorque, ceifou a vida de mais de 100 operárias, que não conseguiram se furtar em razão da precariedade do local.

De qualquer modo, é digno de nota que este caminhar pela igualdade entre homens e mulheres foi paulatino. Em 1879, as mulheres nem sequer podiam cursar nível superior. De mais a mais, o código civil de 1916, em sua origem, considerava as mulheres relativamente incapazes, havendo a necessidade de ratificação de seus maridos para que seus atos tivessem validade na órbita civil – talvez pelo fato de as ordenações Filipinas pontuarem a “fraqueza de seu entendimento”.

Em 1932, por demais, as mulheres passaram a ter o direito de voto, ainda que de modo opcional, haja vista que a obrigatoriedade deste só veio em 1946 – mesmo ano, curiosamente, em que o biquíni (muito criticado) foi usado pela primeira vez pela *stripper* parisiense Micheline Bernardine.

Cansadas da opressão vigente, em um ato que se tornou um marco do feminismo, quatrocentas mulheres do *Women’s Liberation Movement* (WLM) saíram às ruas em 7 de setembro de 1968, em Atlantic City (EUA), e depositaram seus sutiãs, sapatos de salto alto e espartilhos em frente ao teatro onde ocorria o concurso de Miss América – evento tido como uma forma de exploração comercial das mulheres.

Empós denotado episódio, que recebeu o nome de “queima dos sutiãs” (apesar de nenhum deles ter sido queimado, de fato), María Estela Martínez de Perón assume a presidência da Argentina, e se torna, nesse passo, a primeira mulher a presidir um país.

Nos dias atuais, embora muitos direitos tenham sido alcançados (como a igualdade entre homens e mulheres, art.5, I, CRFB; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, art.226, §5º, CRFB, etc), é necessário professar que a desigualdade sexual se faz presente, porém, agora, implicitamente.

Com espeque em quadros estatísticos recém-avaliados, ainda que as mulheres alcancem 41% da força de trabalho atual, tão só 24% dos cargos de chefia existentes são ocupados por elas.

Ademais, apesar de nossa bíblia política proibir diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art.7º, XXX, CRFB), no que concerne ao salário, mesmo exercendo a mesma função, é apontado que as mulheres recebem 71% do valor adquirido pelos homens.

### **3. OS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO**

De maneira sucinta, é digno de nota que apesar de no jogo de xadrez o rei e o peão voltarem para a mesma caixa, as discriminações continuam a se perfazer (ainda que proibidas no direito das gentes – v.g. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial<sup>40</sup> – e em nossa Constituição – v.g. art. 5º, XLI, CRFB<sup>41</sup>).

Deste modo, não basta que a igualdade seja assegurada tão só empós a morte das pessoas. Faz-se necessário que além dos textos constitucionais (ou de tratados, convenções), seja garantida uma igualdade palpável.

Razão pela qual, emergem veículos aptos a garantir uma isonomia concreta, seja no plano interno ou no plano internacional (*Droit des genes / Volkerrech / Law of Nations*), de acordo com duas estratégias: a) promocional, que visa a propulsionar o avanço do direito a igualdade; e b) repressiva / punitiva, cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças.

---

40 Resolução 1904 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de dezembro de 1963. Que, desde seu preâmbulo, traduz o fato de a “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum.”

41 “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Verbera-se desta forma que ambos os mecanismos se complementam, sendo interdependentes um do outro.

Como denota Flávia Piovesan<sup>42</sup>, a medida repressiva (fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais e econômicos e culturais) é, por si só, insuficiente. Daí, a sua combinação com a vertente promocional se faz indispensável, com a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos diversos espaços sociais.

É nessa toada, diga-se de passagem, que veremos a perpetração de tais instrumentos de efetivação da igualdade – tanto no ordenamento jurídico interno como numa esfera macro, pelo direito das gentes.

### **3.1. A efetivação da igualdade no plano interno**

#### **3.1.1. Ações afirmativas / Discriminações positivas**

Conforme visto até aqui, abordar o direito à igualdade é concretizar comparações – com o estabelecer de um ponto de referência para tanto. Isso porque, deste modo, se torna possível vislumbrar as desigualdades e concretizar, na medida do possível, medidas diferenciadas tendentes a debelar<sup>43</sup> ou, ao menos, atenuar as diferenças havidas (Teoria valorativa).

Decerto, desmiuda-se, nesse ponto, a obrigação do Poder Público de distribuir direitos e benefícios voltados à criação de condições materiais de igualdade (isonomia distributiva), uma vez que a própria Magna Carta traçou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, CRFB) a adoção de medidas tendentes à redução das desigualdades sociais (art. 170, VII, CRFB) e regionais (arts. 43; 165, §7º; e 170, VII, CRFB).

Cumprir dizer! O direito à igualdade apresenta uma perspectiva positiva, impelindo o Poder Público a promover: a) igualdade entre pessoas em determinadas situações (arts. 7º, XX; e 37, VIII, CRFB); b) o acesso igual às prestações de bens, serviços, etc; bem como c) a concreção de discriminações positivas / ações afirmativas, onde há

---

42 Op. cit, p. 49.

43 Preleciona Joan Scott que a luta pela igualdade não significa “ausência ou eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração” (SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*. Florianópolis, nº13 (1), jan. /abr., 2005, p. 15).

uma atuação estatal (seja na esfera fática ou normativa) focada na imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades.

Nessa alheta, com o fito de se alcançar uma isonomia concreta, emergem determinadas políticas públicas (ou programas privados), ainda que de caráter temporário<sup>44</sup>, com o desiderato de diminuir as desigualdades. A esse fenômeno, deu-se o nome de ações afirmativas (fruto da Teoria do Impacto Desproporcional, elucubrada pela jurisprudência Estadunidense).

Noutra palavra, sob a concessão de algum tipo de vantagem compensatória (daí, sua outra tipologia: discriminação positiva / inversa), as ações afirmativas são medidas jurídicas adotadas em favor de grupos objetivamente discriminados de forma injustificada (v.g. hipossuficiência econômica, debilidade física, por cunho racial, etc) e podem sopesar em favor de minorias (v.g. deficientes) ou majorias (v.g. mulheres), desde que proporcionando um favorecimento temporário até se atingir a isonomia concreta.

Traduzem, assim, um poderoso instrumento de inclusão social. São medidas especiais que tendem a acelerar o processo pela igualdade, muitas vezes remediando as condições resultantes de um passado de discriminação.

Com a justificação constitucional de galgar uma igualdade fática, cumpre uma finalidade pública essencial para o projeto democrático: assegurar a pluralidade social (art. 1º, V, CRFB). Isso, além de cunhar a ideia de que a igualdade deve “moldar-se no respeito à diferença e à diversidade”<sup>45</sup>.

Crível que, para o emprego dessas políticas compensatórias, há de se preencher alguns requisitos. Por intermédio de um estudo prévio, é imprescindível valorar as peculiaridades locais. De igual maneira, deve-se analisar a condição de os beneficiários destas ações não possuírem mecanismos de integração num futuro próximo, de modo que a discriminação seja tamanha a ponto de dificultar

---

44 A temporariedade reside no fato de as ações afirmativas, em regra, terem certo tempo de duração, uma vez que tais políticas devem ser extintas ao se alcançar o resultado por elas pretendido.

Digno de nota, todavia, a existência de certas exceções a ela (regra da temporariedade). Isso porque, as políticas públicas direcionadas aos grupos indígenas ou pessoas com deficiência tem caráter permanente (NOVELINO, Marcelo. Op. cit, p. 485.

45 PIOVESAN, Flávia. Op. cit, p. 50.

substancialmente (ou, talvez, impedir) o acesso destes grupos as mais variadas esferas sociais<sup>46</sup>.

Isso porque, desta forma, dificulta-se a existência de “medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando de sua aplicação” e que trazem, em seu cerne, “efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinados grupos de pessoas”<sup>47</sup>. Medidas, estas, aptas a acarretarem uma discriminação reversa, haja vista que poderiam prejudicar outros grupos de modo a colocá-los em situação de desvantagem perante os demais segmentos sociais, fomentando, ao invés da igualdade almejada, um real ojeriza por aqueles beneficiados.

*Id est*, hoje em dia não se discute mais a possibilidade de serem realizadas ações afirmativas, dada sua concreção positiva nos Estados Unidos da América, Europa e, hodiernamente, no Brasil. Daí, o único ponto, ainda, que resta a ser discutido são os critérios utilizados (e, eventualmente, o modo) para se aferir o rol de beneficiários destas medidas.

Transposto este introito, calha adentrar nas principais políticas públicas (ações afirmativas) aplicadas em nossa pátria.

### **a) Em favor de grupos raciais**

Ao lado das bolsas de estudo e dos ensinos profissionalizantes, exsurge como uma das principais ações afirmativas o sistemas de cotas, que consiste na reserva de um percentual de vagas para grupos discriminados (v.g. 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pela administração pública federal devem ser destinadas a candidatos negros<sup>48</sup>; a cota eleitoral de gênero, que dispõe que cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo<sup>49</sup>, etc).

Tal tema, diga-se *en passant*, ganha projeção quando as referidas cotas são destinadas a grupos raciais. Até porque, estatisticamente,

---

46 KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221. *Apud* NOVELINO, Marcelo. Op. cit, p. 484.

47 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit, p. 553.

48 L.12.990, de 10 de junho de 2014.

49 Art.10, §3º, da L.9504, de 30 de setembro de 1997.

o Brasil, em razão do largo período de escravatura e da miscigenação dela havida, é composto em sua maioria por cidadãos negros e pardos.

De qualquer modo, apesar do maior contingente da população brasileira ser afrodescendente, as referidas cotas não se sedimentam em solo pacífico, isento de críticas. Em verdade, há verdadeira e acalorada digladiação acadêmica sobre referido tema.

Nas trincheiras doutrinárias, desta sorte, apresentam-se dois posicionamentos, com ponderações válidas para ambos luminares<sup>50</sup>.

Em um primeiro momento, contrário ao sistema de cotas, há o raciocínio de que tais medidas apresentam um cunho imediatista, sem aptidão para execrar o problema da disparidade racial de modo definitivo. Ou seja, se trataria de um mero sistema de maquiagem do problema, ao invés de um instrumento para sua real solução.

De mais a mais, ainda para denotado elucubrar, as reservas de vagas viriam a vilipendiar os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação e do devido processo legal. Isso porque, haveria indiscutível lesão ao direito de pessoas não inseridas no grupo beneficiado por estas ações, fato que sobejaria na indesejada discriminação reversa.

Como lastro de tal pensar, traz-se a ilustração do caso Blake (regentes da Universidade da Califórnia vs. Allan Blake), julgado em 1977 pela Suprema Corte norte-americana. É que, conforme consta, ante a reserva de 16 vagas das 100 (da escola de medicina) para membros de minoria em desvantagem educacional e econômica, se sustentou que “todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo<sup>51</sup>”.

Vale pontuar. Para esta percepção, as cotas raciais fomentariam o racismo e ódio em relação aos negros.

---

50 Se ao trazer fundamentos para ambos os lados é “politicamente incorreto”, necessário se faz observar os sábios dizeres de Martin Luther King – pastor negro que foi preso por falar sobre o racismo. “A covardia coloca a questão: é seguro? O comodismo coloca a questão: é popular? A etiqueta coloca a questão: é elegante? Mas a consciência coloca a questão: é correto? E chega uma altura em que temos que tomar uma posição que não é segura, não é elegante, não é popular, mas o temos de fazer porque a nossa consciência nos diz que é essa a atitude correta”.

51 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 448. *Apud* NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 485.

Caso similar é aquele refletido por William Douglas<sup>52</sup>, no que concerne ao sistema de cotas para concursos públicos. É que, ainda que favorável<sup>53</sup> às cotas para faculdades, estágios e até em programas de bolsas, para ele, não há como elas serem observadas em concursos públicos, sem que haja o fomento a uma discriminação reversa.

Em seu pensar, diferente do que se crê, as cotas para os concursos não traduzem uma evolução das cotas existentes para as universidades. Isso porque, enquanto as primeiras preparam para competir, as outras debelam a competição, onde ela é indispensável a bem do serviço público e dos seus destinatários. Ora, o cargo público não seria forma de ajudar alguém, mas “para alguém (servidor público) ajudar o cidadão”. De tal arte, almeja-se o mais preparado para aquela função, razão da existência de um concurso público.

Ademais, prossegue em seu luminar, o correto é assegurar uma meritocracia nessa situação. Pois, se assim não o for, o negro aprovado em um concurso público carregará a pecha, por toda carreira, de não ser bom o suficiente, mas mero aprovado pelas cotas.

De qualquer modo, antes de se permutar para o outro cunho da moeda, se faz necessário trazer algumas ponderações extremamente válidas:

**a) A *limine*, imprescindível observar a inexistência de critérios objetivos válidos para asseverar se determinado indivíduo é, ou não, negro**

Exemplifica-se! No ano de 2007, dois irmãos gêmeos (univitelinos), filhos de pai negro e mãe branca, se inscreveram para o vestibular da Universidade de Brasília (UnB) utilizando o sistema de cotas (com o fundamento de que a nota de corte dos cotistas seria mais baixa). Ocorre, entretanto, que uma banca formada para a avaliação daqueles que seriam beneficiados pela ação afirmativa, ao analisarem as fotos anexadas na ficha de inscrição, julgaram que um dos irmãos (Alex) seria merecedor daquela política compensatória, enquanto o outro (Alan) não.

b) Por demais, o critério racial, por si só observado, viria a colaborar precipuamente com negros de poder aquisitivo elevado,

---

52 DOUGLAS, William. *A propósito das cotas nos concursos públicos*. Disponível em: <http://www.atualidadesdodireito.com.br/williamdouglas/2014/04/02/a-proposito-das-cotas-nos-concursos-publicos>, Acesso em: 14 de junho de 2014.

53 William Douglas é membro da Educadro, Oscip franciscana que luta pela inclusão social.



que tiveram melhores condições educacionais por frequentarem escolas de melhor qualidade.

Tal fato, de clareza solar, traria a injustiça de afastar aqueles mais necessitados dentre eles. Razão pela qual, há necessidade do reexame deste programa. Daí, a melhor solução, proposta pelo Min. Gilmar Mendes, é a de que o critério racial deveria ser cumulado com algum outro requisito, como a hipossuficiência econômica (por exemplo), de modo a evitar situações indesejáveis onde negros de boas condições socioeconômicas e de estudo se valham da política compensatória, numa “atitude arrivista, de aproveitar-se do modelo para aboletar-se em vagas” e “esquivar-se da concorrência legítima”<sup>54</sup>.

Em posição contraposta a ora esboçada, se apresenta o outro cunho da moeda: o elucubrar favorável às cotas raciais.

Num primeiro argumento (justiça compensatória), é necessário observar que o abismo social existente entre a população branca e negra não se deve necessariamente à formulação de políticas abertamente discriminatórias após a Lei Áurea e a proclamação da república. Ocorre que, no momento em que o ex-escravo, recém liberto, adquire sua alforria (manumissão), todos papéis e posições na ordem social já estavam determinados por preferências de cor.

Deste modo, e também pelo extenso período de escravagismo, as ações afirmativas havidas pelo sistema de cotas raciais tentam compensar injustiças pretéritas cometidas, por particulares ou pelo governo, em face de fantasmas do passado.

Ou seja, com pálio num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que preconiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), as políticas públicas realizadas por intermédio de cotas raciais visam reparar os danos perpetrados em relação aos negros, “por meio do resgate de uma dívida histórica, como no caso decorrente da escravidão”.<sup>55</sup>

Até porque, se observarmos, a maior parte do contingente daqueles desfavorecidos socioeconomicamente é composta por negros – fruto da marginalização histórica pós-escravismo. Consoante

54 STF – RE 597.285/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski (09.05.2012). (Informativo 665/STF). De igual modo, vide: STF – ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski (25 e 26.04.2012)

55 KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 222. Apud NOVELINO, Marcelo. Op. cit, p. 486.

pesquisa concretizada pelo o Instituto de Pesquisa Econômica e aplicada (Ipea), em um estudo publicado em 17 de novembro de 2005 sobre a desigualdade entre raças, dos 10% mais pobres da população, 64,6% são negros (e, passados nove anos desta estatística, tal panorama pouco se alterou).

Outro argumento válido, de mais a mais, se dá justamente pelo fato de que tais indivíduos, por que não tiveram as mesmas oportunidades, não se encontram em mesmo patamar de condições que os brancos.

Razão da legítima reivindicação de, por intermédio de tais ações, buscarem benefícios, vantagens e posições que teriam possuído se não houvesse a desigualdade existente. Noutra dizer! Busca-se, por essas políticas públicas, a existência de uma igualdade substancial, com a redução de desigualdades fáticas, por intermédio de uma “promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária<sup>56</sup>” (justiça distributiva).

Por derradeiro, com a distribuição de oportunidades e com a compensação das atrocidades de um passado que não pode ser esquecido, alcança-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o pluralismo social (art.1º, V, CRFB), com uma sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural.

É, portanto, aqui que reside o último argumento favorável às cotas raciais: o da promoção da diversidade.

Destarte, ainda que haja ponderações a serem observadas (como as feitas acima), o sistema de ações afirmativas voltadas ao benefício de grupos raciais traz em seu bojo um imperativo democrático deveras válido. Isso porque, de suas entranhas se extrai uma justiça social com carga de aliviar “um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro transformações sociais necessárias.”<sup>57</sup>

## **b) Em favor das mulheres**

É recente a aquisição de diversos direitos e garantias para as mulheres, que, até 1932, não possuíam nem sequer direito ao voto.

56 Idem, p. 225. *Apud* idem *ibidem*.

57 PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/cotasSTF2010rev1\\_Flavia\\_Piovesan.doc](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/cotasSTF2010rev1_Flavia_Piovesan.doc)>, p. 9. *Apud* NOVELINO, Marcelo. Op. cit, p. 487.

Tais transformações jurídicas e normativas daí advindas exsurgiram, tão só, por intermédio de políticas públicas, que buscavam a promoção de oportunidades iguais e uma isonomia concreta, fática, entre a relação de homens e mulheres.

Foi desta forma, diga-se de passagem, que a nossa constituição passou a incorporar diversos direitos e garantias fundamentais, recebendo o ápodo de Cidadã por Ulysses Guimarães (que presidiu a Assembleia Nacional Constituinte).

Decerto, daí a razão de o art.7º, XX, CRFB professar a proteção do mercado da mulher, mediante incentivos como o estímulo a sua contratação, a não discriminação de sexo para o exercício de atividades e a igual remuneração.

De igual modo, quiçá pelo efeito prisma da Constituição (oriunda da filtragem constitucional / contaminação virótica da Constituição) complementada por tais ações afirmativas, eclodiram no ordenamento jurídico pátrio diversas legislações com o desiderato (*mens legis*) de tutela às mulheres.

À guisa de exemplos, perlustra-se: a) a L.9029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez, esterilização, e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; b) a L.9504, de 30 de setembro de 1997, que dispõe que cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo (art.10, §3º); c) a L.11340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha<sup>58</sup>), que trouxe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, pois, não raras vezes, por ser mais fraca fisicamente, sofre abusos físicos e psicológicos.

c) Em favor de pessoas com deficiência.

A jurisprudência e a doutrina, vez ou outra, têm adotado diversas tipologias para se referir a pessoas em condições deficitárias (v.g. pessoa portadora de deficiência, pessoa com necessidades ou direitos especiais, pessoa com deficiência, etc). Neste ponto, importante destacar que mais relevante do que a terminologia a ser adotada é a real percepção de deficiência, de estar faltando algo.

---

58 Nome da Lei dada para homenagear Maria da Penha Maia Fernandes, que, em 1983, foi vitimada (por duas vezes) pelo seu então marido Marco Antonio Heredia Viveros.

Em razão das lesões por ela sofridas, no ambiente mais inesperado de todos (seu próprio lar) e oriunda de tiros disparados por seu próprio esposo enquanto ela dormia, Maria da Penha veio a ficar paraplégica, presa a uma cadeira de rodas.

Como adverte Hugo Nigro Mazzilli, 10 % da população do mundo têm algum tipo de deficiência<sup>59</sup>. Nesse passo, ao invés de “meras alterações de nomenclatura, que muitas vezes fazem mudanças fáceis, mas mascaram problemas”, devemos mesmo é “combater firmemente a discriminação com ações concretas, não apenas recorrer a eufemismos”<sup>60</sup>.

Até porque, de Esparta (onde bebês deficientes eram sacrificados, lançados de precipícios - *apothēi*) para os dias contemporâneos, as deformações congênitas, amputações traumáticas e as debilidades físicas, sensoriais ou cognitivas (permanentes ou transitórias) muitas vezes não encontram o amparo necessário da sociedade, que, pelo contrário as discriminam ora de forma clara, ora de forma dissimulada – por intermédio de piadas depreciativas e ditos mordazes.

Em verdade, ao que parece, muito dessa discriminação se perfaz pelo fato de os cidadãos se esquecerem que a subnutrição, os acidentes de trânsito ou do trabalho, o uso de drogas, a falta de uma política pré-natal ou sanitária adequada, estão entre as principais causas para o surgimento de debilidades intelectuais, motoras, sensoriais, funcionais, orgânicas, sociais ou de personalidade.

De qualquer maneira, nesse esteio, emergem ações públicas para uma maior guarida aos deficientes, seja no cerne constitucional (v.g. art.37, VIII, CRFB, que assegura percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência) ou no âmbito legal – este, permeado de exemplos: a) a L.7853, de 24 de outubro de 1989, que disciplinou a proteção das pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, bem como de sua defesa sob o aspecto transindividual; b) a L.8213, de 24 de julho de 1991, que assegurou aos deficientes, desde que habilitados, de 2 a 5% das vagas para trabalho nas empresas com mais de 100 empregados; c) a L.8742, de 7 de dezembro de 1993, que reconheceu o benefício de prestação continuada em favor de pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meio de prover a própria manutenção e não tê-la provida

---

59 Pela Organização Mundial de Saúde – OMS, só no campo da deficiência física, estima-se que haja meio bilhão de pessoas em todo o mundo (<http://www.un.org/french/esa/social/disabled/>). No Censo brasileiro de 2000, que apresenta outra metodologia e outros critérios para definição de deficiência, apontou-se que cerca de 24,5 milhões de pessoas tem algum tipo de incapacidade – o equivalente a 14,5% da população do País (O Estado de São Paulo, 9 de maio de 2002, p. C-9).

60 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 685.

pela família; d) a L.8899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; e) a L.10048, de 8 de novembro de 2000, que dá atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência física, entre outras, bem como impôs requisitos de acessibilidade em seu favor; etc.

### **3.1.2. Mandado constitucional de criminalização**

Como pontuado, para que haja uma isonomia concreta, fática, se faz imperioso lançar mão de duas estratégias interdependentes (complementares): a) promocional, que visa propulsionar o avanço do direito a igualdade; e b) repressiva / punitiva, cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças.

Deste modo, passada as ações afirmativas (que apresentam percepção promocional), é imprescindível analisarmos os denominados mandados constitucionais de criminalização (que detêm idiosincrasia repressiva).

Antolha-se! O poder constituinte originário, ao elaborar nossa bíblia política, esquadrinhou o que havia de essencial para a nação e o exteriorizou no corpo da Constituição. Ocorre que, tamanha a quantidade de matérias relevantes, nossa Magna Carta se tornou extensa (analítica /prolixa), de modo a não poder verticalizar grande parte do conteúdo nela tratado – encargo, este, que restou a ser regulamentado pela lei infraconstitucional<sup>61</sup>.

É, neste ponto, que emergem os mandados constitucionais de criminalização, onde, para a proteção de determinados valores jurídicos imprescindíveis, a constituição traça a obrigatoriedade de o Poder Legiferante vir a atuar com a criação de normas aptas à tutela de certos bens / interesses e a incriminação de condutas tendentes a vilipendia-los.

Isso porque, diante da importância de certas matérias, o poder constituinte originário (por bem) achou melhor externar aquilo que, em seu texto, possuía dignidade penal e deveria receber a tutela

---

61 De passagem, esta é a morada dos conceitos estudados sobre eficácia das normas constitucionais, onde se consagram: as de eficácia plena, limitada / relativa complementável, contida / redutível / restringível (José Afonso da Silva); absoluta / supereficazes (Maria Helena Diniz); de eficácia exaurida / esvaída (Carlos Ayres Britto); autoexecutáveis / bastantes em si, não autoexecutáveis (Rui Barbosa e Thomas Cooley).

do Estado – frente a possibilidade (e porque não, risco) de o Poder Legislativo não abordá-las com devido cuidado.

Desta sorte, nascem os mandados constitucionais, que podem ser:

a) expressos, onde fica clara a necessidade de se criminalizar determinada conduta. v.g. art.5º CRFB: a) XLI, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (v.Dec.5397/05); b) XLII, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeita a pena de reclusão nos termos da Lei (v.L.7716/89); c) XLIII, a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem (v.L8072/90, L9455/97, L11343/06); d) XLIV, constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (v.L7170/83); etc.

b) implícitos, onde a ordem de criminalização se mostra velada. v.g. art.5º CRFB: a) caput, 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 seguintes termos (nesse passo, ilustra-se com os arts. 121/128 do CP, que trazem os crimes contra a vida); b) VI, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (v. Título V do Código Penal Brasileiro); c) X, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (v.Arts.138/145 CP); d) XXII, é garantido o direito a propriedade (v.Título II CP); etc.

Decerto, uma vez presente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º, IV, CRFB), surge como mandado constitucional de criminalização a L.7716, de 5 de janeiro de 1989, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No mesmo diapasão, apresenta-se o art.140, § 3º do CP, que tipifica como crime a injúria preconceituosa – que verbera mais austeridade no seu tratamento jurídico-penal em relação à injúria simples<sup>62</sup>. Tal modalidade específica da injúria pune aquele que ofende a dignidade ou decoro da vítima com o emprego de referências a raça, cor, etnia, religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

De qualquer forma, é digno de nota que a presente qualificadora da injúria não se confunde com o delito de racismo, trazido pela L.7716, de 5 de janeiro de 1989.

Isso porque, além das consequências práticas (crime imprescritível, inafiançável e perseguida mediante ação penal pública incondicionada), o racismo<sup>63</sup> traduz uma espécie de segregação (de pôr à margem da sociedade) em função da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Enquanto, de outro turno, a injúria preconceituosa (que é prescritível, afiançável e perseguida por ação penal pública condicionada à representação da vítima) é praticada

---

62 Como adverte Fernando de Almeida Pedroso, a sanção aqui imposta é equiparável a prevista para muitos crimes contra a vida (auto-aborto – art.124 CP, homicídio culposo do Código Penal – art.121, §3º) e para uma lesão corporal de natureza grave (art.129, §1º CP).

Deste modo, para não fazer “germinar ou vicejar uma injustiça, a injúria discriminatória deve ser apreciada *cum grano salis* na sua identificação com o respectivo figurino típico, instando sejam introduzidas estreitas limitações à sua configuração jurídica.

Não será suficiente ao aperfeiçoamento da injúria qualificada pelo preconceito, destarte, que alguém ultraje outrem pejorativamente chamando-o de negro, baiano, judeu, macaco, africano, carcamano, etc., fato que simplesmente trará a descortino a injúria na sua modalidade simples.

Sempre será necessário agregar-se ao simples dolo de ofender a incolumidade moral alheia o elemento subjetivo do injusto, a conferir-lhe maior amplitude e contundência, consistente numa manifestação do sentimento de revelar, de forma prevalecente, a intenção de ferir não apenas a pessoa particularmente considerada e propriamente dita, mas de discriminá-la pela sua raça, etnia, religião, etc” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Método, 2008, pp.. 424-425)

63 Em relação ao alcance da expressão racismo, é imperioso destacar a decisão do STF acerca do HC82424/RS, que debatia o direito da liberdade de expressão v. a tipificação do art.20, da L.7716/89 – em face da obra *Holocausto: Judeu ou Alemão?* (CASTAN, S.E. Porto Alegre: Revisão, 1988).

A Suprema Corte, ante a tal questionamento, deliberou que racismo, antes de tudo, “é uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas”.



por intermédio de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia religião ou origem da vítima.

Numa exemplificação clara e simples, Rogério Sanches Cunha ilustra a seguinte situação: xingar alguém fazendo referências à sua cor é injúria racial (v.g. caso do jogador Grafite, que em uma partida de futebol da Copa Libertadores da América, em 13 de abril de 2005, foi xingado de macaco por Leandro Desábato); por outro lado, impedir alguém de ingressar numa festa por causa da sua cor é racismo<sup>64</sup>.

Outrossim, é fruto de mandado constitucional de criminalização, sob o pálio da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art.3º, IV, CRFB), a recente L.12984, de 2 de junho de 2014, que define como crime a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana<sup>65</sup> (HIV) e doentes de aids<sup>66</sup> – dentre tantos outros exemplos possíveis

### 3.2. A efetivação da igualdade no plano internacional

De maneira inicial, é inconfutável que o direito à isonomia, por ser inerente aos homens, foi reconhecido (de acordo com o local de sua previsão) como direito fundamental, se inserido nas Constituições dos Estados; ou como direito humano, quando previsto em tratados internacionais.

Apesar desta distinção tipológica, é digno de nota que, seja no âmbito interno ou na esfera do *Droit des gens* (*Law of Nations / Volkerrech*), há uma intensa luta para se proteger denotado direito.

Até porque, os direitos humanos (dentre eles o direito à igualdade) refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.<sup>67</sup> Traduzem processos que abrem

64 CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96

65 Qualquer pessoa infectada pelo vírus e que na grande maioria das vezes está totalmente saudável.

66 Fase da infecção, de onde surgem inúmeras doenças oportunistas geradas pela deficiência do sistema imunológico do doente, resultado da ação do vírus.

67 PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano”. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M; LOUREIRO, João Carlos. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, 2012, 3.v. p743.



e consolidam a busca pela dignidade humana.<sup>68</sup> São, decerto, “um dado construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”<sup>69</sup>, que simbolizam a lei do mais débil (fraco) contra a lei do mais forte, “na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica”.<sup>70</sup>

Daí, a morada de sua finalidade: como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

Aliado a este fito (de modo que não retomemos a barbárie do totalitarismo, como o Nazismo, que negou o valor pessoa humana como fonte do Direito), surge a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, haja vista o fato deste tema revelar verdadeiro (e legítimo) interesse internacional.

*Id est*, passa-se a ter o ser humano como o fim do direito (não mais o meio). Flexibiliza-se o conceito de soberania nacional (indo da concepção de Hobbes – soberania centrada no Estado – para a de Kant – centrada na cidadania universal), de modo que os direitos humanos transcendem as fronteiras dos Estados, dada a valorização das pessoas humanas como novo interesse global.

Nessa vereda, empós a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948), delineada pela Carta das Nações Unidas, criam-se diversos instrumentos internacionais de proteção a estes direitos. Forma-se, sobretudo em razão da consciência ética compartilhada entre os Estados contemporâneos, um sistema (integrado por tratados internacionais) voltado a salvaguarda de direitos mínimos aos seres humanos<sup>71</sup> (mínimo ético irredutível).

Para uma maior tutela, conjuntamente com o sistema normativo global, emergem sistemas regionais de proteção (particularmente

---

68 FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Mimeo, p. 7 *apud* PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano”. *Op. cit.*, p. 743.

69 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 134. *Apud.* Idem, p. 744.

70 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale*. Roma/Bari: Laterza, 2002. p. 338. *Apud.* Idem *ibidem*.

71 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 7ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

na Europa, América e África<sup>72)</sup> que colimam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais. Nesta perspectiva, sob o *axio* da Declaração Universal, tais sistemas interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Diga-se de passagem, se complementam inclusive com o sistema nacional de proteção, proporcionando a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

Nesse ponto, vislumbra-se que o direito existe para proteger a pessoa humana (v. princípio do *pro omine*), não devendo haver restrições formais entre o direito nacional e o direito das gentes, de modo que sempre se aplique ao ser humano a norma que a ele lhe seja mais protetiva (vasos comunicantes / cláusulas de retroalimentação, denominados, no direito interno, de diálogo das fontes / de complementaridade – com espeque em Erick Jaime).

É neste prisma, de igual modo ao já externado, que emergem no plano internacional as políticas promocionais (que propulsionam o avanço do direito a igualdade) e repressivas / punitivas (cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças) para que se galgue uma igualdade fática.

Nesse sentido, a existência da: a) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (que, no art.1º, parágrafo 4º, prevê a possibilidade de discriminação positiva mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com o escopo de promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais); bem como a b) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher<sup>73)</sup> (que traz a possibilidade de Estados concretizarem ações

---

72 Há um incipiente sistema árabe e a proposta de um sistema regional asiático (v. Carta Asiática de Direitos Humanos, em 1997, sob a forma de uma declaração feita por expressivas ONGs).

73 Na órbita das Nações Unidas há, ainda, a Declaração de Pequim (1995) e, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), existe a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994). Desmiude! Para a convenção Interamericana, entende-se por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher – tanto na esfera pública quanto na esfera privada (art.1º).

Daí, destaca Erival da Silva Oliveira, “a discriminação contra mulher significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.” (OLIVEIRA, Erival

afirmativas temporárias, com o desiderato de acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres) e a c) Convenção relativa aos direitos das pessoas com deficiência (único tratado internacional que foi recepcionado com status, material e formal<sup>74</sup>, de norma constitucional em nosso ordenamento).

#### 4. CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Em breve síntese, o direito à igualdade, que sempre esteve embutido dentro das mais diversas acepções de justiça – desde a antiguidade –, pugna pelo tratamento justo por intermédio de um regulador de diferenças.

Veda-se, nessa vertente, o emprego arbitrário de tratamentos iguais para aqueles que se encontram em situações manifestamente desiguais ou, ainda, diferenciações destituídas de justificação razoável, baseadas em critérios discriminatórios, preconceituosos ou injustificáveis.

---

da Silva. *Direito constitucional: direitos humanos*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71)

74 Inexiste, em nosso ordenamento, dispositivo que pontue acerca da hierarquia de tratado internacional no Brasil.

Nesse passo, com a EC 45/04 e a inclusão do §3º, art.5 CRFB, competiu ao STF (RE 466343/SP) se posicionar sobre o assunto. E, assim o fazendo, o Min. Gilmar Mendes (e maioria do STF) deliberou no sentido de que tratados de Direitos Humanos tem hierarquia supralegal (podendo ter status constitucional) e os demais tratados comuns tem hierarquia de lei ordinária.

Ocorre que, conforme adverte Valério Mazzuoli, esse luminar de status de lei ordinária aos tratados comuns é bastante criticado.

Isso porque: a) o STF fez pouco caso com relação a responsabilidade do Estado Brasileiro, pois admite que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (ou seja, viabiliza que, sem denúncia, um tratado possa unilateralmente ser revogado por um Estado-parte); b) por demais, tal fato sinaliza uma má-fé no âmbito internacional, já que pela Teoria do ato próprio (*venire contra factum proprium non valet*), o Congresso Nacional, ao aprovar um tratado internacional, assume uma obrigação negativa de não legislar em sentido contrário as obrigações assumidas. Deste modo, se o Congresso Nacional assim o fizer (legislar), estaria obrando em oposição a conduta que teve anteriormente. (V. MAZZUOLI, Valério Oliveira. Op. cit. pp. 91-100).

Desta forma, a solução seria andar na esteira do art.5ºCP e art.1ºCPP, concedendo, a tais tratados comuns, hierarquia supralegal (Note! Os de Direitos Humanos, independentemente de sua internalização por maioria qualificada, teriam status constitucional material; e, empós sua internalização, com aprovação congressual qualificada, teriam status constitucional material e formal).

De igual modo, proíbe-se a discriminação (sentido negativo do princípio da igualdade) e fomenta-se a insurgência do Poder Público (Estado intervencionista / social) para, por intermédio de ações afirmativas (discriminações positivas), compensar, ou quiçá eliminar, as desigualdades de natureza social, cultural e econômica (acepção positiva do referido axioma).

Isso porque, embora traduza um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo ademais um dos valores centrais da ordem jurídico-constitucional, há muito a ser feito para que alguemos a colimada igualdade concreta, uma vez que, como asseverou Martin Luther King, aprendemos a voar como pássaros, a nadar como peixes, mas não a conviver como irmãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Ediouro.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts.1º a 107º*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª.ed. Madrid: Civitas, 2005.

DOUGLAS, William. *A propósito das cotas nos concursos públicos*. Disponível em: [≤www.atualidadesdodireito.com.br/williamdouglas/2014/04/02/a-proposito-das-cotas-nos-concursos-publicos≥](http://www.atualidadesdodireito.com.br/williamdouglas/2014/04/02/a-proposito-das-cotas-nos-concursos-publicos), Acesso em: 14 de junho de 2014.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p.24.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

FRANCO, Francisco Manoel de Mello; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Herber de. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. I.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 7ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I.

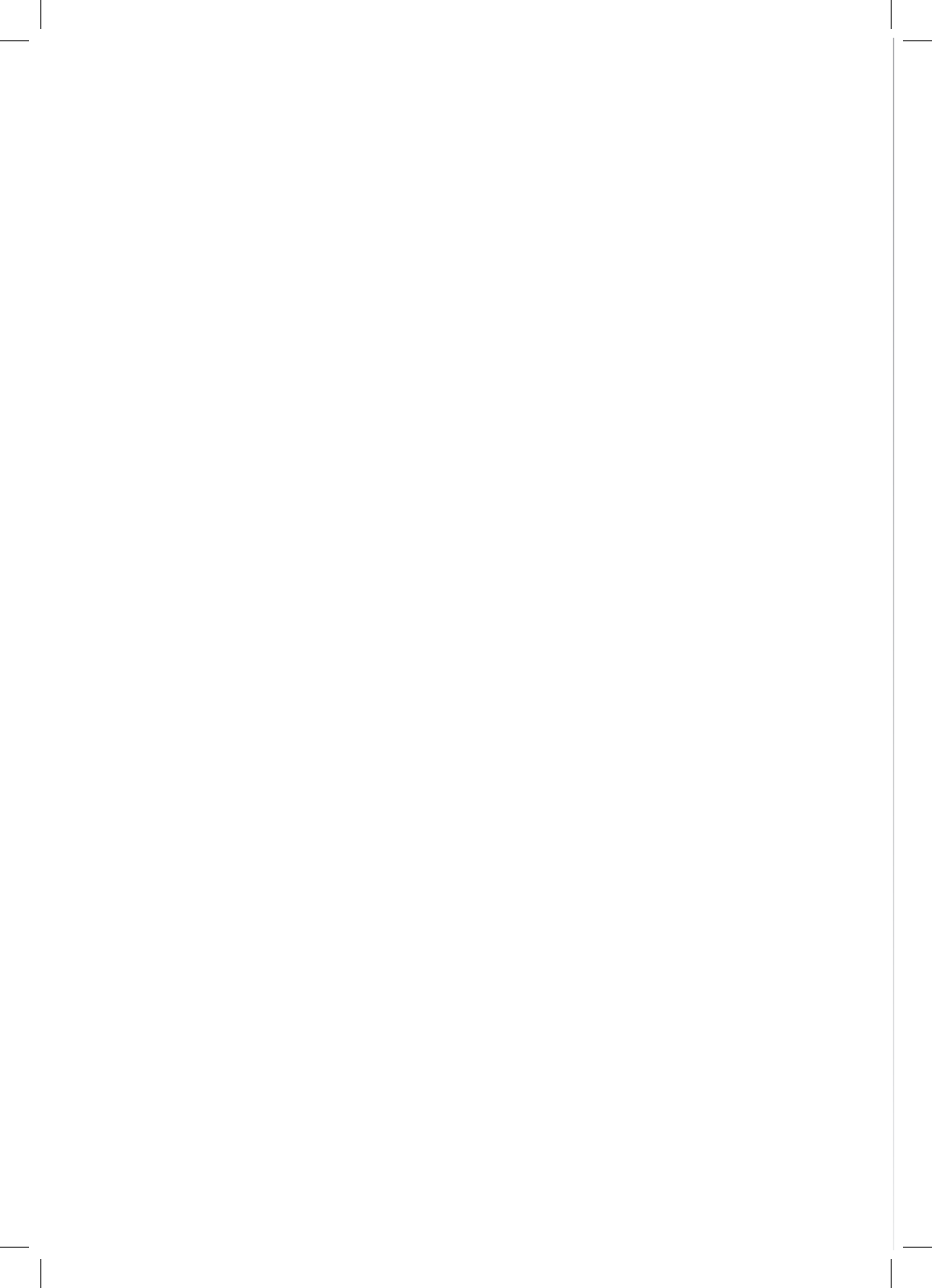
MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, Paulo Herber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts.1º a 107*. 4ª.ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional: volume único*. 8ª.ed. São Paulo: Método, 2013.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional: direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de pesquisa. v.35, n°.124, jan. /abr.2005.
- \_\_\_\_\_. "Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano". In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M; LOUREIRO, João Carlos. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, 2012, 3.v.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*. Florianópolis, n°13 (1), jan. /abr., 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- VILLAR, Mauro de Salles; HOUAISS, Antônio; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.



# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

---

**Isabel Penido de Campos Machado**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional – GEDI e do Grupo de Direito Internacional dos Direitos Humanos – GEDI-DH; Integrante da equipe que venceu o II Prêmio do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

## 1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O princípio da igualdade, além de nortear inúmeros ordenamentos jurídicos contemporâneos, foi consagrado em diversas declarações e tratados de Direito Internacional, dentre os quais se destacam os de direitos humanos.<sup>1</sup> Afirma-se, pois, que o direito à igualdade perante a lei encontra-se no ápice dos principais instrumentos normativos que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por essa razão, tem-se que ele “(...) integra, de certa forma, pontos de referência, fatores de criação, critérios de interpretação e espaços de proteção de todos os direitos”<sup>2</sup>.

Pela finalidade, o princípio da igualdade visa impedir e eliminar todas as formas de discriminação. Por isso, o direito à igualdade e

---

1 Vg. art. 13 da Carta das Nações Unidas; arts. 2º e 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos; arts. 2.2 e 3º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; art. 2.1 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 2º da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial; arts. 2º, 3º e 5º da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; dentre outros.

2 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Sérgio García Ramírez, set. 2003, par. 16 (trad. livre).



o dever de não discriminação são considerados complementares e correlatos: ambas as faces da mesma moeda.<sup>3</sup>

No plano do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o panorama não é diferente. Praticamente todos os instrumentos<sup>4</sup> que o compõe adotam o princípio da igualdade e o dever de não discriminação como verdadeiros postulados para a consagração dos direitos neles reconhecidos.<sup>5</sup>

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, os direitos à igualdade perante a lei e à igual proteção da lei<sup>6</sup> foram consagrados nos artigos 1.1, 2 e 24. Da conjugação dos mencionados dispositivos resulta, para os Estados, a obrigação de respeitar, garantir e promover todos os direitos nela consignados sem discriminação alguma, bem como adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para torná-los efetivos.<sup>7</sup> Isso inclui o dever dos Estados de "(...) se absterem de produzir regulações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos da população no momento de exercer seus direitos"<sup>8</sup>.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 83-85.

4 Ressalta-se que as declarações de direito não possuem a mesma natureza normativa dos tratados. A respeito, vide: PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 162 *et seq.*

5 V.g. art. 2º da Declaração Americana dos direitos e deveres do homem; art. 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 2 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos econômicos, sociais e culturais; art. 1 da Convenção para a eliminação de toda a forma de discriminação contra a mulher; dentre outros.

6 A igualdade ante a lei corresponde à vedação de todo trato discriminatório que tenha sua origem em uma norma legal. Já a garantia da igual proteção da lei pressupõe que "qualquer pessoa possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses em forma efetiva e em condições de igualdade processual." (*In* Comissão Interamericana de Derechos Humanos. *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no-discriminación*, p. 6).

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 14/94: *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, dez. 1994, par. 32.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Yatama vs. Nicaragua*, jun. 2005, par. 185 (trad. livre). Vide também: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 88; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 17/02: *Condición Jurídica y Derechos Humanos*

Não bastasse, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera que o direito à igualdade e o dever de não discriminação ingressaram no domínio do *jus cogens*, tornando-se normas peremptórias de Direito Internacional.<sup>9</sup> Ressalte-se, neste ponto, que tais garantias não se aplicam apenas aos direitos humanos classificados como civis e políticos, mas, também, aos direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>10</sup> Ora, os direitos humanos são indivisíveis, universais e inter-relacionados e não é admissível uma interpretação que os restrinja.<sup>11</sup> Portanto, perante o Sistema Interamericano, existe a obrigação jurídica internacional de garantir o direito à igualdade e não discriminação em relação a todos os direitos, sob pena de responsabilização jurídica internacional. Aliás, por se tratar de violação à norma peremptória de direito internacional, tal violação se torna ainda mais grave.<sup>12</sup>

Além disso, no que diz respeito ao seu conteúdo, a proteção da igualdade não abarca apenas seu caráter formalístico, isto é, não se contenta em garantir apenas a igualdade de tratamento e de proteção aos direitos de todas as pessoas. Após inúmeros avanços e retrocessos históricos presenciados no século XX, o direito à igualdade evoluiu no sentido de buscar o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situações análogas, mas, ao mesmo tempo garantir a correção e eliminação das desigualdades e das práticas e contextos

---

*del Niño*, ago. 2002, par. 44; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, set. 2005, par.141.

9 Neste sentido, vide: "(...) O princípio da igualdade perante a lei, igual proteção da lei e não discriminação pertence ao jus cogens, posto que sobre eles descansam todo o andaime jurídico da ordem pública nacional e internacional (...). Hoje em dia não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com o referido princípio fundamental, não se admitem tratamentos discriminatórios em prejuízo de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnico ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio [igualdade e não discriminação] forma parte do direito internacional geral. Na atual etapa da evolução do direito internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no jus cogens" (In Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 114, trad. livre).

10 CANÇADO TRINDADE. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos em um mundo em transformação*, p. 576.

11 PIOVESAN. *Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 194-196.

12 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 101.

discriminatórios existentes.<sup>13</sup> A respeito do aspecto substancial do direito à igualdade, SÉRGIO GARCIA RAMIREZ ressalta:

Trata-se da obtenção daquela forma de igualdade por meio de fatores ou elementos de compensação, igualação, desenvolvimento ou proteção que o Estado brinda aos integrantes das comunidades, através de um regime jurídico que reconhece os dados provenientes de certa formação cultural e se instala sobre o genuíno reconhecimento das limitações, discriminações ou restrições reais e contribui a superá-las, suprima-las ou compensá-las com instrumentos adequados, não apenas com declarações gerais sobre uma igualdade inexistente e impraticável. A igualdade não é um ponto de partida, senão um ponto de chegada a que devem ser dirigidos os esforços do Estado.<sup>14</sup>

## 2. O COMPLEXO FENÔMENO DA DISCRIMINAÇÃO

No paradigma da igualdade formal, era muito claro o delineamento de um tratamento discriminatório: isto é, quando a lei estabelecia privilégios ou restrições a determinados grupos, estar-se-ia diante de uma situação discriminatória. Atualmente, quando se parte do pressuposto de que existem pessoas e grupos sociais cujos direitos encontram-se mais vulneráveis que outros, faz-se possível a adoção de medidas distintivas, de caráter compensatório. O fenômeno da discriminação ganha, então, fronteiras menos definidas. É, portanto, imprescindível a sua delimitação, para que se alcance a compreensão a respeito da diferença entre uma medida distintiva compatível com a igualdade material e um tratamento discriminatório que a suprime.

Para tanto, inicialmente, parte-se do conceito oriundo do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que assim dispõe:

Na presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência, ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou prejudicar o reconhecimento,

13 PIOVESAN. *Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 188-190.

14 *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Opinião Consultiva n.º 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez, set. 2003, par. 27 (trad. livre).

gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou qualquer outro da vida pública.

A partir dessa definição, percebe-se que a discriminação se dá tanto por ações (condutas positivas), quanto por omissões (condutas negativas ou negligenciadoras), perpetrada pelo Estado e seus agentes ou por particulares.<sup>15</sup>

Fica claro, também, que a prática discriminatória pode ser direta ou indireta. Direta, se a conduta tiver por objeto a discriminação. Indireta, quando uma ação ou omissão cujo escopo ou justificativa principal for aparentemente neutra, tiver por resultado o impacto discriminatório sobre determinado grupo social. A respeito, assevera ARIEL DULITZKY:

A proibição de discriminação abarca também as ações ou omissões que tenham por resultado o efeito discriminatório ainda que em sua aparência tal ação ou omissão seja neutra. Essa situação denomina-se discriminação indireta ou efeito discriminatório.<sup>16</sup>

Quanto à origem, a discriminação pode derivar tanto de uma lei cujo objeto ou resultado seja incompatível com o princípio da igualdade (discriminação *de jure*), como também através do contexto fático e estrutura social observada em determinado espaço territorial, sendo, então classificada como *ipso factum*.<sup>17</sup> No último caso, a discriminação não se origina do Direito, mas nele gera reflexos, uma vez que exsurge o dever de adotar medidas compensatórias para a correção deste contexto discriminatório. Neste sentido, a Corte Interamericana assim se manifestou acerca da promoção da igualdade material para as garantias judiciais:

A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiência que impeçam ou reduzam a [possibilidade] de defesa eficaz dos próprios interesses. Se

15 DULITZKY. *Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 467.

16 DULITZKY. *Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 467 (trad. livre).

17 DULITZKY. *Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 471.

não existissem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso a justiça e se beneficia de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens.<sup>18</sup>

Aliás, particularmente na América Latina, além das eventuais discriminações *de jure*, observa-se que a “globalização”<sup>19</sup> acentuou a existência de desigualdades estruturais a determinados grupos sociais, tais como os migrantes, as crianças, as mulheres<sup>20</sup>, os refugiados, determinados grupos étnicos<sup>21</sup> (como os negros e os indígenas), dentre outros. Recentemente, no exercício de sua competência consultiva, a Corte Interamericana considerou que a discriminação de fato imposta aos grupos sociais vulneráveis na sociedade, dentre eles o dos migrantes ilegais, “(...) é mantida, na maioria das vezes por situações de fato (desigualdades estruturais). Essa situação conduz

---

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 16/99: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, ago. 1999, par. 119 (trad. livre).

19 Menciona-se, a respeito: “[...] em tempos da denominada ‘globalização’ (um neologismo dissimulado e falso que está na moda em nossos dias), as fronteiras se abriram ao capital, bens e serviços, mas tristemente se fecharam aos seres humanos. O neologismo que sugere a existência de um processo que abarcaria a todos e do qual todos participariam, na realidade oculta a fragmentação do mundo contemporâneo, e a exclusão e marginalização social de segmento cada vez maior da população. O progresso mundial de alguns, foi acompanhado das formas contemporâneas (e clandestinas) de exploração laboral de muitos (a exploração dos migrantes ilegais, a prostituição forçada, o tráfico de crianças, o trabalho forçado e escravo), em meio ao comprovado aumento da pobreza e marginalização social”. (In Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, set. 2003, par. 16, trad. livre).

20 “O gênero, em princípio é uma variável que não será considerada como suficiente para justificar uma diferença de tratamento. Assim, a Comissão Interamericana assinalou que considerará qualquer distinção baseada no gênero como uma categoria suspeita, que necessita de uma avaliação cuidadosa e que, por isso, será considerada, em princípio, injustificável”. (In KRSTICEVIC. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*, p.354).

21 A respeito, existe na jurisprudência internacional precedente segundo o qual em algumas circunstâncias, a existência de discriminação racial contra determinado grupo étnico do Estado pode constituir inclusive tratamento degradante. V.g. Corte Européia de Derechos Humanos, *case Cyprus vs. Turkey*, mai. de 2001, par. 302-311.

ao estabelecimento de diferenças no acesso entre os cidadãos aos recursos públicos administrados pelo Estado<sup>22</sup>.

Como explicitado, o fenômeno da discriminação pode se materializar de inúmeras formas. Outrossim, suas causas também podem ser diversas, e, na maioria das vezes, conjugadas. Trata-se, então, de um fenômeno complexo, porquanto decorre de vários fatores, e cujos reflexos se cristalizam por formas e impactos eminentemente diferenciadas. A respeito, vale enfatizar que:

Apesar da busca, pela doutrina e jurisprudência internacional, da identificação das bases ilegítimas da discriminação, isto não me parece suficiente; há que ir mais adiante, porquanto dificilmente a discriminação ocorre com base em um único elemento (v.g. raça, origem nacional ou social, religião, sexo, entre outros), sendo antes uma mescla complexa de vários deles (inclusive casos de discriminação *de jure*). Ademais, quando as cláusulas de não discriminação dos instrumentos internacionais de direitos humanos contêm um elenco das referidas bases ilegítimas, o que realmente pretendem com isto é eliminar toda uma estrutura social discriminatória, tendo em vista os distintos elementos componentes.<sup>23</sup>

Logo, o Estado não pode se olvidar das múltiplas causas e das múltiplas formas de discriminação ao adotar medidas aptas à sua eliminação, bem como para implementar, promover o direito à igualdade formal e material.

### **3. A IGUALDADE MATERIAL, TRATAMENTO DIFERENCIADO E DISCRIMINAÇÃO**

Enquanto a consagração da igualdade formal relaciona-se, prioritariamente, de obrigações negativas do Estado (isto é, abstenções), a promoção da igualdade material depende, em larga medida, de condutas positivas (ações afirmativas) capazes de corrigir as desigualdades fáticas e minimizar o impacto da vulnerabilidade extrema de determinados grupos na sociedade.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, par. 112..

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, set. 2003, par. 62, trad. livre (*grifos não constantes do original*).

Logo, é inequívoco que determinadas desigualdades de fato ensejam a adoção de um tratamento jurídico distintivo, sem que isso contrarie o postulado da igualdade, porquanto "(...) tais distinções podem ser um instrumento para a proteção daqueles que devem ser protegidos, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou vulnerabilidade em que se encontram." <sup>24</sup> No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já indicou que "(...) o gozo em condições de igualdade dos direitos e liberdades não significa a identidade de tratamento em todas as circunstâncias." <sup>25</sup> Isso porque "(...) a igualdade reconhecendo a diversidade entre dois seres humanos aceita e propicia determinadas distinções, sempre que elas tendam a fortalecer, a não impedir, o gozo e o exercício de todos os direitos (...)" <sup>26</sup>. Ademais:

(...) o princípio da igualdade exige, algumas vezes, que os Estados adotem disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam que se perpetue a discriminação proibida pelo pacto. Por exemplo, em um Estado em que a situação geral de um certo setor de sua população impede ou obstaculiza o desfrute dos direitos humanos por parte da população, o Estado deveria adotar disposições especiais para remediar essa situação. As medidas desse caráter podem chegar até a outorgar, durante um certo tempo, ao setor da população, de um certo tratamento preferencial em questões concretas em comparação com o resto da população. <sup>27</sup>

Então, partindo da premissa de que nem toda distinção é, *per se*, discriminatória, pergunta-se: em quais circunstâncias o tratamento diferenciado se torna discriminatório? E ainda, como averiguar se um tratamento diferenciado é compatível com o princípio da igualdade material? Esta foi uma das questões que causou grande polêmica no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que os tribunais internacionais foram, gradativamente, desenvolvendo

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 17/02: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ago. 2002, par. 46 (trad. livre).

25 Comité de Derechos Humanos da Organização das Nações Unidas. Observación General n.º 18, par.8 (trad. livre).

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 3 (trad. livre).

27 Comité de Derechos Humanos da Organização das Nações Unidas. Observación General n.º 18, par.8 (trad. livre).

critérios que permitissem detectar a compatibilidade entre o tratamento diferenciado e o princípio da igualdade material.

#### **4. O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL A RESPEITO DA DISTINÇÃO ENTRE TRATAMENTO DIFERENCIADO E TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO**

A Corte Européia de Direitos Humanos foi o primeiro tribunal internacional a se preocupar a delinear os contornos do tratamento discriminatório. Foi através da decisão conhecida como *Caso Lingüístico Belga*<sup>28</sup>, na década de 1960, que restaram estabelecidos os primeiros contornos dos critérios a serem adotados para a referida distinção. Em tal caso, mais de oitocentos cidadãos belgas de ascendência francesa, que viviam na região holandesa daquele país, alegaram que a legislação belga em matéria de educação era discriminatória aos mesmos. Isso porque esta lhes restringia o direito à educação na língua materna, uma vez que as escolas não opcionavam a alfabetização em idioma francês. Nesse diapasão, a Corte Européia indicou que:

É importante, então, buscar os critérios que permitam determinar se uma diferença de tratamento, relacionada, por suposto, com o exercício de um dos direitos e liberdades estabelecidos, viola o artigo 14. A respeito, a Corte [Européia], seguindo os princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos sustenta que o princípio da igualdade de tratamento é violado se a distinção [concedida] carece de justificativa objetiva e razoável. A existência de tal justificativa deve ser avaliada em relação com o propósito e os efeitos da medida em consideração, tomando em conta os princípios que normalmente prevalecem nas sociedades democráticas. Uma diferença de tratamento no exercício de um direito estabelecido na Convenção não somente deve buscar um fim legítimo: o artigo 14 [direito à não discriminação] é violado igualmente quando se estabelece de maneira clara que não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim que se busca alcançar.<sup>29</sup>

28 Corte Européia de Direitos Humanos, case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium, jul. 1968.

29 Corte Européia de Direitos Humanos, case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium, jul. 1968, par.



A necessidade de legitimidade, justificação objetiva e razoável para a medida distintiva adotada foi reafirmada no *caso Marckx vs. Bélgica*<sup>30</sup>, segundo o qual Paula Marckx e sua filha Alexandra Marckx alegavam que alguns aspectos da legislação de família da Bélgica eram discriminatórios aos filhos “ilegítimos” (nascidos fora do casamento). Ao aplicar os critérios desenvolvidos no caso lingüístico da Bélgica, a Corte Européia concluiu, ao final, que a distinção de tratamento entre os filhos considerados legítimos e ilegítimos não era objetiva, legítima ou razoável, razão pela qual resultava em discriminação. No mesmo sentido, a Corte Européia vem reiterando tal entendimento em diversos precedentes<sup>31</sup>.

Adotando a mesma linha de raciocínio, foi através da Opinião Consultiva n.º 4, de 1984, cujo objeto era a análise de uma proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica em matéria de naturalização, que a Corte Interamericana manifestou-se pela primeira vez sobre a questão da igualdade, *ex vi*:

A noção de igualdade se desprende diretamente da unidade do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior a um determinado grupo conduza a tratá-lo com privilégio, ou o inverso, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma discrimine do gozo de direitos reconhecidos aqueles que não se encontram em situação de inferioridade. Não é admissível criar diferenças de tratamento entre seres humanos que não correspondem com sua única e idêntica natureza.<sup>32</sup>

Ainda em sede de sua competência consultiva, no ano de 2002, ao analisar a condição jurídica das crianças, a Corte Interamericana observou que:

---

34, trad. livre (*grifos não constantes no original*).

30 Corte Européia de Direitos Humanos, *case Marckx vs. Belgium*, jun. 1979, par. 29.

31 Corte Européia de Direitos Humanos, *case of Willis vs. The United Kingdom*, jun. 2002, par. 39; Corte Européia de Direitos Humanos, *case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands*, jun. 2002, par. 42; Corte Européia de Direitos Humanos, *case of Petrovic v. Áustria*, mar. 1998, par. 30; dentre outros.

32 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, jan. 1984, par. 55 (trad. livre).

(...) em razão das condições em que se encontram as crianças, o tratamento diferenciado que se outorga aos maiores e aos menores de idade não é per se discriminatório, no sentido prescrito pela Convenção. Pelo contrário, serve ao propósito de permitir o cabal exercício dos direitos reconhecidos à criança. Entende-se que, em virtude dos artigos 1.1 e 24 da Convenção, os Estados não podem estabelecer diferenciações que careçam, de uma justificativa objetiva e razoável e que não tenham como objeto único, em definitivo, o exercício dos direitos estabelecidos naquela.<sup>33</sup>

Com a paradigmática Opinião Consultiva n.º 18, a Corte Interamericana estabeleceu definitivamente as dimensões da garantia da igualdade e da não discriminação no atual estágio de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito regional americano. *Ex vi*:

Na presente Opinião Consultiva se fará uma distinção entre os termos distinção e discriminação. O termo distinção se aplica para o tratamento admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo. A discriminação se utilizará para fazer referência ao inadmissível, por violar os direitos humanos. Portanto, o termo discriminação será utilizado para fazer referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde no detrimento dos direitos humanos.<sup>34</sup>

Foi então que, pela primeira vez, a Corte se pronunciou, em um caso contencioso, a respeito do sentido e alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação.<sup>35</sup> O caso *Yatama vs. Nicarágua*, que versava sobre a discriminação de um grupo político indígena nas eleições no Estado da Nicarágua seguiu toda a evolução jurisprudencial que havia sido construída na Opinião Consultiva dos migrantes ilegais. A respeito, destaca-se:

A previsão e aplicação de requisitos para o exercício dos direitos políticos não constituem, *per se*, uma restrição indevida aos

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n.º 17/02: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ago. 2002, par. 54-55.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, set. 2003, par. 84 (trad. livre).

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama vs. Nicarágua*, voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, jun. 2005, par. 9.

direitos políticos. Esses direitos não são absolutos e podem estar sujeitos a limitações. Sua regulamentação deve observar os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática. A observância do princípio da legalidade exige que o Estado defina, de maneira precisa, mediante uma lei, os requisitos para que os cidadãos possam participar de uma campanha eleitoral, e que estipule claramente o procedimento eleitoral anteriormente às eleições. (...) A restrição deve se encontrar prevista em uma lei, não ser discriminatória, se basear em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo, e ser proporcional a esse objetivo. Quando há várias opções para alcançar esse fim, deve ser escolhida a que restrinja menos o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue.<sup>36</sup>

Em seu desfecho, a Corte Interamericana entendeu que a diferenciação concedida ao partido Yatama não era legítima, nem razoável ou objetiva.<sup>37</sup>

Posteriormente, o caso *das meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*<sup>38</sup> analisou a prática de restrição discriminatória do direito à nacionalidade de duas crianças nascidas naquele país, mas de ascendência haitiana. A Corte entendeu que além da condição étnica, o fato das vítimas serem crianças e pertencerem ao gênero feminino, as tornavam ainda mais vulneráveis. No período de 1999 e 2001, o registro de nascimento para as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico, foi negado pelo Estado, fato que culminou na impossibilidade de matrícula das crianças, no sistema educacional da República Dominicana. Observou-se que, naquele Estado, existia um contexto de discriminação estrutural à parcela dominico-haitiana da população e que ao registro de nascimento dos filhos de refugiados ou migrantes haitianos eram impostas diversas formalidades extras às comumente exigidas da maioria da população. Tais exigências não advinham diretamente da lei, que, contudo outorgava discricionariedade ampla aos funcionários encarregados da formalização dos registros públicos para que estes enumerassem os

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, jun. 2005, par. 206 (trad. livre).

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, jun. 2005, par. 223.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, set. 2005.

documentos que julgassem necessários para a concessão do registro. Demonstrando a continuidade de sua jurisprudência, a Corte analisou se a diferenciação de tratamento constituía discriminação, através dos critérios da objetividade, legitimidade e razoabilidade.<sup>39</sup>

Em face dos precedentes jurisprudenciais expostos, conclui-se que a legitimidade, a razoabilidade e a objetividade são os principais requisitos para que uma distinção de tratamento seja considerada compatível com a igualdade material. Corroborando este entendimento, o Comitê de Direitos Humanos da ONU destaca que: “(...) nem toda diferenciação de tratamento constituirá uma discriminação, se os critérios para tal diferenciação são razoáveis e objetivos e se perseguirem alcançar um propósito legítimo”<sup>40</sup>.

No mesmo sentido, preleciona Ian Brownlie:

O princípio da igualdade perante a lei permite o tratamento diferenciado com base no gênero ou idade, uma vez que não se baseia na versão mecânica da igualdade. Tal distinção deve ter uma justificativa objetiva, os meios empregados para estabelecer o tratamento diferenciado devem ser proporcionais à justificativa para a diferenciação, e há o ônus da prova para a parte que busca estabelecer uma exceção à regra da igualdade de tratamento.<sup>41</sup>

Salienta-se, contudo, que a análise de tal compatibilidade depende também das circunstâncias do caso concreto e da adequação da medida no contexto histórico e social no qual esta se insere.<sup>42</sup>

---

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, set. 2005, par. 166.

40 Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. *Observación General n.º 18*, par. 13 (trad. livre).

41 BROWNLIE. *Principles of public international law*, p. 547 (trad. livre). E, ainda: “(...) a regra elaborada pela Corte para estabelecer se um ato é discriminatório é o seguinte. Primeiro é necessário determinar se estamos em face de um suposto fato objetivamente desigual; segundo se deve analisar se a norma ou medida que a gerou persegue fins legítimos, e terceiro, é preciso estabelecer se existe um vínculo de proporcionalidade entre as diferenças estabelecidas pela norma ou medida e seus objetivos.” (KRSTICEVIC. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*, p. 354 (trad. livre).

42 A respeito, destaca-se que: “(...) em seu intento de encontrar se houve uma distinção arbitrária no caso concreto, a Corte não pode se omitir dos aspectos jurídicos e fáticos que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, como parte contratante, deve responder pela medida em discussão. Ao fazê-lo, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, já que perderia de vista a natureza subsidiária da maquinaria internacional de aplicação coletiva estabelecida

Não obstante, os mencionados requisitos são verdadeiramente úteis para se aferir se o complexo fenômeno da discriminação circunda determinado tratamento diferenciado concedido.

## 5. DOS CRITÉRIOS EM ESPÉCIE

### 5.1. Da razoabilidade

O critério da razoabilidade relaciona-se com as causas, origens que ensejaram a diferenciação de tratamento. Segundo o princípio da igualdade material, é possível que exista um tratamento diferenciado, para corrigir situações fáticas de desigualdade. Lado outro, é irrazoável, e conseqüentemente discriminatória, toda conduta ou norma que estabeleça um tratamento distinto a pessoas que se encontram na mesma situação, ou que, então, trate da mesma forma pessoas que se encontrem em patamares distintos.<sup>43</sup>

A distinção de tratamento deve se fundar em uma desigualdade fática relevante e suficiente, e não apenas conveniente ou útil. Será razoável, portanto, a distinção de tratamento que vise corrigir a situação de discriminação dos grupos ou indivíduos ligados aos grupos vulneráveis da sociedade. *A contrario sensu*, é irrazoável toda distinção que estabeleça restrições infundadas às pessoas. Por exemplo, "(...) não basta a diferença homem/mulher para impor um tratamento diferenciado no trabalho, mas assim o é a partir do fato da gravidez e da maternidade".<sup>44</sup>

### 5.2 Da legitimidade da medida distintiva

A legitimidade é um critério relacionado com a finalidade da medida distintiva, e por isso volta-se para "(...) a determinação dos

---

pela Convenção. As autoridades nacionais são livres para eleger as medidas que considerem nas matérias submetidas à Convenção. A análise da Corte se limita a [verificar] a conformidade de referidas medidas com os requisitos da Convenção". (Corte Européia de Direitos Humanos, *case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium*, jul. 1968, par.10, trad. livre.

43 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, voto concorrente do juiz Pisa Escalante, jan. 1984, par. 57.

44 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 7 (trad. livre).

fins que podem justificar limitações aos direitos já que as distinções serão avaliadas em concreto e em relação aos direitos que afetem”.<sup>45</sup>

Mas quais podem ser finalidades legítimas para uma norma que estabeleça uma diferenciação de tratamento? Certamente, será legítima a distinção naquelas hipóteses em que ela for adotada para a concretização das finalidades máximas do sistema em que ela se insere. Portanto, de se concluir que, no caso do Sistema Interamericano, é legítima a medida voltada para a concretização dos direitos humanos e da democracia, sendo vedado que ela possua “(...) fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que de alguma maneira repugnem a essencial unidade e dignidade da natureza humana”<sup>46</sup>

Não há como enumerar todas as possíveis finalidades legítimas de uma norma ou de um conjunto de medidas. Contudo, o critério da legitimidade permite a contextualização da medida em si, no complexo de valores e finalidades máximas do Estado. Percebe-se, pois, que serão legítimas as distinções que visem, por exemplo: a correção de situações históricas de desigualdade, a ordem pública, o bem estar geral, o aumento da representatividade e na participação na vida pública.<sup>47</sup>

Ressalte-se, neste íterim, que toda vez que o Estado ou qualquer entidade não governamental estabelece uma medida distintiva, caso essa diferenciação seja questionada judicialmente, incumbe àquele que a adota “(...) provar que existe uma justificação legítima para a distinção realizada”<sup>48</sup>.

### 5.3 Da objetividade da justificativa

Apesar de serem essenciais, a razoabilidade e a legitimidade não são os únicos predicados para uma diferenciação de tratamento não se torne discriminatória. Além desses, a medida distintiva há de possuir uma justificação objetiva, que deve ser real e pré-estabelecida.

45 KRSTICEVIC. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*, p. 355.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, jan. 1984, par. 57 (trad. livre).

47 KRSTICEVIC. *Op. Cit.*, p. 356.

48 KRSTICEVIC. *Op. Cit.*, p. 357 (trad. livre). No mesmo sentido, vide: Comissão Interamericana de Derechos Humanos, informe 137/99, *Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*, dez. 1999, par. 105; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, informe 48/00, *Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Peru*, abr. 2000, par. 108.

Como para toda distinção de tratamento existe um motivo, esse deve ser explicitado de forma objetiva, isso é, em momento anterior à concretização da distinção de tratamento, de modo que as partes envolvidas possam antever os reflexos da medida, bem como visualizar a razão de sua adoção. Neste sentido, assim se pronunciou a Corte Interamericana, no caso das meninas *Yean e Bosico vs. República Dominicana*<sup>49</sup>:

(...) de acordo com a obrigação derivada do artigo 2 da Convenção Americana, a Corte considera que os requisitos para obtenção da nacionalidade devem ser estabelecidos com anterioridade, de forma objetiva e clara pela autoridade competente. No mesmo sentido, a lei não deve outorgar uma discricionariedade ampla ao funcionário do Estado que os aplica, porque em razão disso criaria um espaço para a aparição de atos discriminatórios.

Ademais, o caráter objetivo da justificativa deve ser substancial e não meramente formal, e deve expressar uma explícita e fundamentada conexão entre essas diferenças e os objetivos da norma que estabelece a distinção, sob pena de ser discriminatório.<sup>50</sup>

## 5.4 Proporcionalidade

Enquanto o critério da razoabilidade vota-se à causa da medida, e o da legitimidade à sua finalidade, a proporcionalidade relaciona-se com os meios empregados. Assim, devem ser proporcionais “(...) os meios escolhidos e os fins, [pois] a desproporção entre o conteúdo do tratamento diferenciado e a finalidade leva à discriminação”<sup>51</sup>. Neste sentido, “(...) a restrição imposta ao indivíduo deve ser proporcional à sua finalidade legítima. Assim, aferir-se-á se a interferência é proporcional à necessidade social que a originou”<sup>52</sup>.

Controverso é, na doutrina, o conceito de medida proporcional. Os tribunais internacionais, tais como as Cortes Interamericana e

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, set. 2005, par. 191 (trad. livre).

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 6.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 8 (trad. livre).

52 Corte Européia de Derechos Humanos, *case Dudgeon vs. North Ireland*, out. 1981, par. 53, 59-61 (trad. livre).

Européia, têm sido menos rigorosos, e, nesse contexto, entendem ser proporcional a medida que guarde conexão lógica com os fins alcançados, e que esteja de acordo com os ideais de justiça e com a natureza das coisas.<sup>53</sup> A respeito, vide:

De acordo com o critério de 'proporcionalidade', uma distinção ainda que razoável em função da natureza e dos fins de direito ou instituições de direito que o se trate, seria discriminatória se não adequar a posição lógica desse direito ou instituição na unidade da totalidade do Ordenamento Jurídico correspondente, quer dizer, se não se encaixa harmonicamente no sistema de princípios e valores que caracterizam objetivamente esse ordenamento como um todo. Deste modo, uma distinção razoável em matéria de concessão de nacionalidade, poderia justificar-se objetivamente em conformidade com a natureza e fins desse concreto instituto, poderia sempre ser discriminatória, e por fim, ilegítima, se, examinada à luz dos princípios e valores da Convenção como um todo, resultar contraditória com os mesmos, como ocorreria, por exemplo, ao se fundar em critérios de discriminação racial, porque estes são repudiados de forma absoluta pelo Direito Internacional.<sup>54</sup>

Assim, mesmo que uma política laboral seja um objetivo legítimo do Estado, não é possível que para sua manutenção se disponha dos direitos fundamentais de determinado grupo social, tal como o dos trabalhadores migrantes ilegais.<sup>55</sup>

A Comissão Interamericana, acompanhada de uma parcela da doutrina<sup>56</sup>, tem defendido a adoção de um critério mais rigoroso no que diz respeito à proporcionalidade. Para eles, só é proporcional a medida distintiva quando não existe outro meio capaz de concretizar os objetivos legítimos a que se volta, bem como não poderia ser

---

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, jan. 1984, par.57.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, voto concorrente do juiz Pisa Escalante, jan. 1984, par. 15 (trad. livre).

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Salgado Pesantes, set. 2003, par. 8.

56 A título de exemplo, menciona-se Ariel Dulitzky e Viviana Krsticevic, dentre outros autores.



substituída por outra alternativa menos lesiva.<sup>57</sup> Neste sentido, salienta-se:

(...) é possível sustentar que o requisito de proporcionalidade inclui uma avaliação rigorosa da necessidade das medidas a serem adotadas. (...) A necessidade implica a existência de uma necessidade social imperiosa: por isso não basta que uma restrição ou diferenciação seja útil, razoável ou oportuna. Extrapolando a análise da Corte, a fim de estabelecer a proporcionalidade de uma norma ou medida, é necessário estabelecer que o objetivo legítimo não pode ser alcançado por um meio menos restritivo. Isso tem implicações para o estabelecimento do *onus probandi* já que corresponde ao Estado estabelecer que a medida adotada é a menos restritiva dada a situação de fato e o objetivo buscado.<sup>58</sup>

De fato, assiste razão aos adeptos dessa corrente. Não é possível a distinção de tratamento se existir uma outra medida menos lesiva ao grupo que tem seus direitos restringidos. No entanto, esse argumento deve ser interpretado à luz do princípio da *interpretatio pro homine*, isto é, na existência de múltiplas medidas, há que se aplicar aquela capaz de dotar de maior efetividade os direitos fundamentais dos indivíduos e, particularmente, dos grupos socialmente vulneráveis na sociedade.<sup>59</sup>

#### 5.4 Da adequação social da medida

Por fim, a medida distintiva tem que ser socialmente adequada em face do contexto histórico, político, religioso, econômico, social e cultural, em que ela se insere. Por isso, a aferição da compatibilidade da medida é eminentemente casuística.<sup>60</sup>

57 DULITZKY. Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p. 472.

58 KRSTICEVIC. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*, p. 358 (trad. livre).

59 CANÇADO TRINDADE. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, p. 164.

60 "(...) Neste sentido, é possível que determinadas limitações ou preferências, por exemplo, por razões de nível educativo, razoáveis, proporcionais e justificáveis em uma sociedade desenvolvida nesse campo, poderia resultar inaceitável em uma com um alto grau de analfabetismo: obviamente, à luz dos princípios democráticos não poderia qualificar-se igual a exigência de saber ler e escrever para poder eleger ou ser eleito, em uma sociedade em que a grande maioria da população é analfabeta, que em uma em não o seja". (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, torna-se claro que o direito à igualdade, sob a perspectiva material, não se incompatibiliza *a priori* com a adoção de medidas distintas, por parte dos Estados e dos demais atores da sociedade.

Se, por um lado, a existência de um tratamento diferenciado para determinados indivíduos ou grupos sociais, sinaliza para a existência de um tratamento discriminatório, por outro, é necessário que o fato seja analisado sob a perspectiva dos critérios desenvolvidos e já consagrados no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>61</sup>.

Vale ressaltar que o conceito de discriminação deve ser compreendido não apenas em sua manifestação externa, que é a diferenciação, mas também em sua perspectiva interna, isso é, a partir do complexo de suas características mais peculiares, relacionadas à sua origem, finalidade e modo de manifestação. Aliás, insta salientar que, muitas vezes, são necessárias a adoção de medidas positivas (ações afirmativas) que estabeleçam um tratamento diferenciado para determinada parcela da população a fim de esta consiga superar sua condição de vulnerabilidade social. Isso porque, num contexto de desigualdade estrutural, a mera abstenção do Estado não é suficiente para coibir, nem tampouco corrigir, a desigualdade de fato (que gera a situação de discriminação *ipso facto*).

Por fim, resta inequívoco que os Estados americanos, incluindo o Brasil, ainda não compreenderam a verdadeira dimensão do avanço jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria, ou então, o que ainda é pior: não se comprometeram verdadeiramente com a promoção, respeito e implementação da igualdade material e ao combate à discriminação. Neste ínterim, conclui-se, parafraseando Cançado Trindade<sup>62</sup>, que o aumento significativo da pobreza e das

---

Consultiva n.º 4/84: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, voto concorrente do juiz Pisa Escalante, jan. 1984, par. 16.

61 Ressalta-se, contudo, que tal afirmação não significa que os mencionados critérios (razoabilidade, legitimidade, proporcionalidade, e adequação) não tenham se desenvolvido pelos doutrinadores de outros ramos do Direito. No entanto, a partir da consagração universal desses critérios, é possível aplicar uma interpretação uniforme a respeito dos mesmos.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente

desigualdades sociais não significa a ausência de normas jurídicas ou que o Direito não exista. Resulta, ao contrário, da constatação de que o Direito vigente está sendo ostensivamente violado, em detrimento de milhões de seres humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### A. Doutrina

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. rev. atual, ed. New York: Oxford University Press, 2003. 742p.

\_\_\_\_\_. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1163p.

DULITZKY, Ariel. *Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. In: Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, tomo V. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005.

KRSTICEVIC, Viviana. *La igualdad de las mujeres en el Sistema Interamericano*. In: Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade, tomo V. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. 487p.

\_\_\_\_\_. *Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*. In: ANNONI, Danielle. Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional – Cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. P. 188-190.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 214p.

### B. Jurisprudência Internacional

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Cases Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in*

---

do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, set. 2003, par. 88.

*Belgium – Belgium Linguistic Cases*, Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, série A, nº 6, jul. 1968.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Marckx vs. Belgium*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, série A, nº 31, jun. 1979.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Dudgeon vs. North Ireland*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, série A, nº 45, out. 1981.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Petrovic vs. Austria*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, mar. 1998.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Cyprus vs. Turkey*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, mai. 2001.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Willis vs. The United Kingdom*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, jun. 2002.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, jun. 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A, Opinião Consultiva nº 4/84. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, jan. 1984.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 4/84. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Voto concorrente do juiz Pisa Escalante. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, jan. 1984.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 14/94. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, dez. 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 16/99. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, ago. 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 17/02. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, ago. 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Série A. Opinião Consultiva nº 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Voto concorrente do juiz Salgado Pesantes. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. San José da Costa Rica, Secretaria da Corte, set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. San José da Costa Rica, Secretaria da Corte, jun. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. San José da Costa Rica: Secretaria da Corte, set. 2005.

### **C. Tratados e demais instrumentos de Direito Internacional**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. San Francisco, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1945.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Paris, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. New York, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. New York, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. New York, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1965.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. New York, Secretaria da Assembléia Geral da ONU, 1979.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos direitos e deveres do homem*. Bogotá, Secretaria Geral da OEA, 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Secretaria Geral da OEA, San Jose da Costa Rica, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os direitos sociais, econômicos e culturais*, de 16 de novembro de 1988. Secretaria Geral da OEA, San Salvador, 1988.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher*, de 9 de junho de 1994. Secretaria Geral da OEA, Belém do Pará, 1994.

#### **D. Miscelânea**

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no-discriminación*. Informe Anual da CIDH, 1999,

Capítulo 6. Disponível em: <[www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm](http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe 137/99, Petição n.º 11.863. *Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*. Washington D.C., General Secretariat, dez. 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe 48/00, Petição n.º 11.166. *Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Peru*. Washington D.C., General Secretariat, abr. 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Observación General n.º 18: no discriminación*. New York, CCPR/C/37, nov. 1989.

# A BUSCA PELO EMPODERAMENTO FEMININO E PELA IGUALDADE DE GÊNERO – A EXPERIÊNCIA DOS PROJETOS MULHERES DA PAZ E FLORES DO BOM JARDIM

---

## **Lilia Maia de Moraes Sales**

Pesquisadora PQ-CNPq; Pós-doutora pela Universidade de Columbia (Nova Iorque); Coordenadora do Projeto Mulheres da Paz (2009 – 2010) e do Projeto Flores do Bom Jardim (2010 - atual); Possui formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard, junto ao *Program on Negotiation* (EUA); Advogada; Mediadora; Professora Titular e Vice-Reitora de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade de Fortaleza.

## **Mariana Almeida de Sousa**

Mestre em Direito Constitucional Público pela Unifor; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Advogada; Professora do Projeto Mulheres da Paz (2009-2010).

## **1. INTRODUÇÃO**

A igualdade de gênero e o empoderamento feminino são temas importantes nas sociedades modernas, especialmente para países como o Brasil, que busca a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária e que prima pela não discriminação de qualquer natureza. O Projeto Flores do Bom Jardim, neste estudo apresentado, objetiva o empoderamento feminino por meio da promoção de cursos de capacitação em áreas profissionalizantes e cursos preparatórios para acesso ao ensino superior de qualidade, sempre abordando transversalmente a temática da mediação de conflitos como mecanismo de solução de conflitos, tendo como público-alvo mulheres participantes do Projeto Mulheres da Paz, bem como outras residentes no Grande Bom Jardim<sup>1</sup>.

---

1 A Região do Grande Bom Jardim, situada na zona metropolitana da capital cearense, é coordenada pela Secretaria Executiva Regional V (SER V), que atua, ainda, em outros 12 bairros próximos, o que reúne um expressivo contingente populacional de 570 mil habitantes, dos quais 180 mil, aproximadamente, residem na área do Grande Bom Jardim. Essa área, periférica por localização e classificação, é composta pelos bairros Granja Lisboa, Granja Portugal, Canindezinho, Siqueira e Bom Jardim, além de outras dezenas de comunidades, e se constitui em uma área cujos



A ideia de se desenvolver esse projeto surgiu com a experiência obtida a partir da convivência diária com mulheres integrantes do projeto Mulheres da Paz que, realizado pela Universidade de Fortaleza entre maio de 2009 e setembro de 2010, destinou-se, de forma direta, à capacitação em Direitos Humanos e Mediação de Conflitos de 300 mulheres moradoras da região do Grande Bom Jardim, denominada pelo PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania) “Território de Paz”. As mulheres, uma vez capacitadas, indicaram jovens em conflito com a lei no sentido de encaminhá-los a fim de que esses mesmos jovens tivessem a oportunidade de mudar suas vidas.

A execução do projeto foi feita de forma a estimular as mulheres à busca do conhecimento e à elevação da própria auto-estima. O interesse (aguçado pelas aulas expositivas da capacitação) em obter conhecimento por parte das mulheres foi progressivo e, com isso, a vontade de aprender mais e de transformar suas realidades. A experiência de ressignificar valores sobre juventude, segurança, resolução de conflitos por meio de diálogo e, especialmente, a experiência de presenciar a mudança na vida de outras pessoas a partir de suas ações ou mesmo por palavras trouxe, a essas mulheres, a vontade de modificar definitivamente suas vidas. Essa experiência despertou a ideia de continuar os trabalhos até então desenvolvidos com um novo projeto ao qual se decidiu nomear “Flores do Bom Jardim”, a fim de que as mulheres pudessem continuar com perspectivas positivas, empoderando-as e possibilitando o seu aperfeiçoamento em áreas de estudo ou profissionalizantes que mais lhes interessassem. O termo “Flores” faz referência às mulheres e “Bom Jardim”, ao lugar em que vivem. No presente trabalho serão transcritos depoimentos das mulheres participantes do projeto, sendo utilizados nomes de flores, preservando, assim, suas identidades.

Os resultados obtidos pelo projeto Mulheres da Paz e pelo projeto Flores do Bom Jardim comprovam que iniciativas como essa empoderam mulheres, diminuem a desigualdade de gênero e modificam fortemente suas vidas.

---

índices de criminalidade e insegurança são elevados e severamente preocupantes. O Grande Bom Jardim é um bairro sensível, vulnerável, propenso ao surgimento de situações de conflito, que ocorrem proporcionalmente à sua densidade demográfica e expansão geográfica. Pelas razões aludidas, o referido bairro foi contemplado com o desenvolvimento do Projeto Mulheres da Paz.

## 2. A BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO - CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDIÇÃO DA MULHER

A condição vivida pela mulher no decorrer da história mundial<sup>2</sup> foi fortemente marcada por traços de inferioridade em relação ao homem. Em muitos países, as mulheres historicamente receberam, por meio de legislações e costumes, tratamentos diferenciados, limitando-as em direitos e liberdades, subjugando-as ao sexo masculino.

Diferenças claras no tocante a liberdade de estudo, de profissão, de escolha de casamento, liberdade sexual, de exercício direitos/deveres de cidadão (votar e ser votado, por exemplo), de compra e venda, foram estabelecidas ao longo dos tempos em várias civilizações, impedindo a mulher de exercer integralmente o seu direito de dignidade<sup>3</sup>.

---

2 Sobre assuntos relacionados à condição de inferioridade imposta à mulher, ver: SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado, Violência*. OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Elogio da Diferença*. QUEIROZ, Fernanda Marques de. *Não se rima amor e dor: cenas cotidianas de violência contra a mulher*. STEVENS, Cristina (Org.). *Maternidade e Feminismo – Diálogos Interdisciplinares*. RAGO, Margareth. *Do Cabaré ao Lar*. RAGO, Margareth. *Os Prazeres da Noite – Prostituição e Códigos da Sexualidade Feminina em São Paulo (1890-1930)*.

Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD), em 2008, o economista André Urani, sócio-fundador do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS), desenvolveu uma análise comparativa sobre a evolução das condições de vida, entre 1993 e 2008, nas dez principais regiões metropolitanas do país, chegando à conclusão de que a pobreza entre as mulheres é bem mais evidente. <http://blog.controversia.com.br/2010/01/30/a-extrema-pobreza-feminina/> Acesso em: 06 mar. 2011.

3 O diálogo travado entre Arnold Bennett e Virginia Woolf em 1920 deu origem a um escrito chamado de “O Status Intelectual da Mulher”. Neste, Bennett afirma o seguinte: *Alguém pode citar o nome de uma mulher de valor reconhecido no campo da filosofia, ou o nome de uma mulher que tenha feito uma descoberta científica de grande importância, ou chegado a qualquer teoria geral importante? (...) Embora seja verdade que uma pequena porcentagem das mulheres seja tão inteligente quanto os homens inteligentes, o intelecto é uma especialidade masculina*. Ainda, sobre a desigualdade de gênero e a falta de liberdades em favor das mulheres, ler: Nísia Floresta: *Direito das Mulheres e Injustiça dos Homens* (obra escrita na época em que a grande maioria das mulheres vivia enclausurada em preconceitos – 1832). Ler ainda: Mary Wollstonecraft: *A Vindication of the rights of woman*. London, 1919; Coletânea de artigos: *Desigualdade de Gênero no Brasil: Novas Ideias e Práticas Antigas*, 2010; *Igualdade de Gênero e Raça no Trabalho: avanços e desafios/Organização Internacional do Trabalho*; Artigo “They took me and they told me nothing – Female genital mutilation in Iraqi Kurdistan” (Eles me levaram e não disseram nada – mutilação genital feminina no Iraque Kurdistão (tradução livre)): Human Rights Watch, 2010.

O “nascer mulher” foi, por muito tempo (ainda hoje permanece, porém, com menor intensidade), motivo de infelicidade e símbolo de fraqueza de uma família. Só o “homem” perpetua o nome da família. O filho homem, no entanto, sempre fora motivo de festa e celebração<sup>4</sup>. Carole Pateman (1993, p. 16-17), no tocante à subjugação sexual, por exemplo, afirma que

“a dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original. O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação”.

O Movimento Feminista, iniciado, nas civilizações ocidentais a partir de meados do século XIX trouxe a necessidade de expressão da mulher. Reivindicavam direitos iguais e equânimes, libertando a mulher de regras ou idéias opressoras baseadas na idéia de que o gênero feminino é inferior ao masculino. Para se entender melhor a evolução do pensamento feminista, é importante considerar, conforme Maggie Humm (1992, p. 278), as chamadas “3 ondas” do movimento feminista<sup>5</sup>.

A primeira onda, ocorrida no século XIX e início do século XX, foi marcada por movimentos no Reino Unido e nos Estados Unidos e os objetivos principais eram focados na questão da igualdade entre sexos em questões de direito privado (como contrato e propriedade), além da livre escolha por parte das mulheres em escolher seus maridos (fim dos casamentos arranjados). Já em finais do século XIX e início do século XX, o movimento feminista teve como meta principal a conquista dos direitos políticos, em especial o direito de votar.

A segunda onda, de duração aproximada de vinte anos, teve início nos anos 60 e fim por volta de 1980. Tem a característica de ser uma fase de transição entre a primeira e a segunda onda. Deu-

---

4 Sobre a “preferência” pelo nascimento de um filho homem, ver: Forna, Aminatta. Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães; Eduardo Dalla: *Negligência Familiar, o que eu aprendo eu ensino*. <http://www.webartigos.com/articles/43213/1/Negligencia-Familiar-o-que-eu-aprendo-eu-ensino/pagina1.html>; Revista Veja (por The New York Times): Em uma sociedade onde o gênero é tudo, meninas se transformam em meninos. <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/quando-o-genero-e-tudo-meninas-serao-meninos-no-afeganistao/> imprimir. Acesso em: 28 mar. 2011.

5 Sobre o assunto: Walker, Rebecca (1992), “Becoming the Third Wave”, Ms (January/February, 1992): 39-41.

se um maior foco na luta pelos direitos políticos, com destaque ao movimento das *suffragettes*, além do estímulo dado as mulheres de se politizarem e da necessidade de pensarem criticamente sobre os assuntos de governo<sup>6</sup>.

Por fim, a terceira onda, desenvolvida a partir do início da década de 90, tem como desafio evitar certos conceitos que foram se solidificando nas primeiras duas ondas. Como na primeira e segunda onda dos movimentos feministas, as mulheres militantes eram basicamente mulheres brancas e de classe média ou alta, alguns dos princípios basilares do feminismo ficaram circunscritos aos interesses destas, não dando a devida importância às experiências tidas pelas mulheres de outra cor ou classe social.

No Brasil, o movimento feminista também teve suas origens no século XIX e, na atualidade, além do direito ao voto, algumas mudanças relevantes marcam o progresso do papel da mulher. Exemplos disso são os arts. 5º, inciso I, e art. 226, §5º, ambos da Constituição Federal de 1988. O primeiro prescreve que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Já o segundo preleciona que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O feminismo conseguiu modificar especialmente os pontos de vista preponderantes nas mais variadas áreas da sociedade ocidental. As mulheres, em prol dos ideais feministas, promoveram movimentos em favor dos mais diversos direitos (propriedade, voto, contrato), além da proteção de mulheres, adolescentes e crianças do sexo feminino contra a violência doméstica e crimes contra a liberdade sexual<sup>7</sup>.

Iniciou-se o estudo de gênero. Não mais se referiam ao sexo exclusivamente. Mas ao gênero. O termo gênero passou a ser usado como uma forma de escapar do determinismo biológico da palavra sexo (destino de nascer homem ou mulher), além de reestruturar a

6 Sobre a segunda onda do movimento feminista, há interessantes estudos: Whelehan, Imelda. *Modern feminist thought: from the second wave to “post-feminism”*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1995. Hanisch, New Intro to “*The Personal is Political*” - *Second Wave and Beyond*. *The Personal Is Political*.

7 Para fins de aprofundamento do assunto: Echols, Alice. *Daring to be bad: radical feminism in America, 1967-1975*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989. 416 p; Price, Janet. *Feminist theory and the body: a reader*. New York: Routledge, 1999; Butler, Judith (March 1992). “Feminism in Any Other Name”. *Differences* 6: 30. Messer-Davidow, Ellen. *Disciplining feminism: from social activism to academic discourse*. Durham N.C.: Duke University Press, 2002.

história, a partir da revisita da posição da mulher na sociedade. Joan Scott conceitua o gênero como elemento de constituição das relações sociais e, conforme essa historiadora, o gênero compõe-se de quatro elementos principais.

O primeiro elemento são os símbolos, de múltiplas representações e por vezes contraditória (Maria – pureza e virgindade; Eva - pecado). Em seguida vêm os conceitos normativos normalmente expressos em doutrinas religiosas, colocando em destaque interpretações limitadoras dos símbolos, bem como suas contradições (pureza X pecado; forte X fraco; feminino X masculino).

O terceiro elemento são as organizações sociais (política, educação, saúde, família, mercado de trabalho). E, finalmente, tem-se a identidade subjetiva, a qual se atém mais ao indivíduo, que definirá sua forma de reagir ao que lhe é atribuído por ser considerado destino<sup>8</sup>.

A dinâmica de tais quatro elementos é capaz, pois, de formar papéis na sociedade, crenças individuais e generalizadas, valores e, em especial, relações de poder. Quando uma criança nasce, por exemplo, já se sabe (uma espécie de destino) qual será seu papel na sociedade e como ela será tratada, a depender de ter nascido homem ou mulher. Isso é mais notório em culturas como as iraquianas, afegãs, somalis, mas também existente na cultura ocidental.

Apesar das mudanças já ocorridas, muitas situações de discriminação ainda permanecem. Pesquisas atuais<sup>9</sup> feitas no Brasil, por exemplo, demonstram que a mulher possui condição financeira inferior a do homem, recebe salários mais baixos, mesmo assumindo o mesmo cargo e vive em maior precariedade de saúde e de educação.

Tal situação evidencia que apesar de tantas lutas travadas em prol da igualdade entre os gêneros, a mulher ainda ocupa, em muitos casos, mesmo nos dias de hoje, uma posição de subalternidade, dado o seu status econômico, social e político, se comparado com o dos homens.

Pode-se dizer que, em determinados aspectos, no Brasil, a mulher ainda é tratada e percebida (e, as vezes, se trata e se percebe) como

8 Acerca dos elementos componentes do gênero: Joan Scott: *Gênero: Uma Categoria Útil para a Análise Histórica*. Tradução: SOS CORPO. Recife-PE. 1989.

9 Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD), em 2008, o economista André Urani, sócio-fundador do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS), desenvolveu uma análise comparativa sobre a evolução das condições de vida, entre 1993 e 2008, nas dez principais regiões metropolitanas do país, chegando à conclusão de que a pobreza entre as mulheres é bem mais evidente. <http://blog.controversia.com.br/2010/01/30/a-extrema-pobreza-feminina/> Acesso em: 06 mar. 2011.

fora no passado. Esse fato ajuda a explicar a violência doméstica<sup>10</sup> e o tráfico de mulheres<sup>11</sup> ainda problemas graves no Brasil. Pesquisa realizada em 2009, a partir de opinião pública nacional, realizada por telefone, pelo Instituto de Pesquisa do Senado Federal (Data Senado – Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal) sobre violência doméstica aponta que: de cada 827 mulheres, 515 não denunciam o agressor por a lei (n. 11.340) não permitir que se retire a queixa; 60% das mulheres entrevistadas afirmam que a violência contra a mulher aumentou; e, do total de mulheres brasileiras, 19% sofrem violência doméstica<sup>12</sup>. Pesquisas realizadas pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes) demonstram que o número de pessoas traficadas no mundo é de 140 mil ao ano e que, desse total, 84% são mulheres traficadas para fins de exploração sexual<sup>13</sup>. Nos dizeres de Hahner (1978, p.112), a mulher “ainda traz nos pulsos as marcas dos grilhões; ainda não ocupa o lugar a que tem direito como poderoso agente do progresso social”.

---

10 Pesquisa realizada pelo Instituto Avon e Ibope mostra que a violência doméstica está no topo de um ranking dos temores da brasileira (56%), preocupando mais que Aids e câncer de mama. Fonte: [www.institutoavon.org.br/2010](http://www.institutoavon.org.br/2010). Acesso em: 18 mar. 2011.

11 The smuggling of migrants and the trafficking of human beings for prostitution and slave labour have become two of the fastest growing worldwide problems in recent years. The Global Programme Against Trafficking in Human Beings will enable countries of origin, transit and destination to develop joint strategies and practical action against the trade in human beings. A questão dos emigrantes e o tráfico de seres humanos para a prostituição e o trabalho escravo têm se tornado dois dos mais crescentes e mais rápidos problemas do mundo atual nos últimos anos. O Programa Contra o Tráfico de Seres Humanos permitirá que países de origem, de trânsito e de destino desenvolvam juntos estratégias e ações práticas de enfrentamento ao comércio de seres humanos. [Tradução livre] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES (UNODC). *Tráfico de seres humanos no Brasil*. Disponível em <[http://www.unodc.org/unodc/en/crime\\_prevention.html](http://www.unodc.org/unodc/en/crime_prevention.html)>. Acesso em: 18 mar. 2011.

12 Pesquisa de Opinião Pública Nacional – Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. *Data Senado – Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal*. Fevereiro/2009. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa\\_Violencia\\_Domestica\\_e\\_Familiar\\_contra\\_a\\_Mulher.pdf](http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa_Violencia_Domestica_e_Familiar_contra_a_Mulher.pdf). Acesso em: 28 mar. 2011.

13 UNODC – Relatório Trafficking in Persons to Europe for Sexual Exploitation (Tráfico de Pessoas na Europa para fins de Exploração Sexual). Apresentado em 29 de julho de 2010. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics\\_TIP/Publicacoes/TiP\\_Europe\\_EN\\_LORES.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_EN_LORES.pdf) Acesso em 28 mar. 2011.

Mesmo se forem consideradas as mudanças ocorridas nos últimos anos, que apontam mulheres brasileiras em cargos de destaque, inclusive nacionais, estas ainda não foram suficientes para tornar esses casos algo comum. Se levantadas a quantidade de altos postos que a mulher ocupa atualmente<sup>141516</sup>, estas representam uma parcela ínfima da população feminina e demonstra que a mulher brasileira ainda padece de muitas privações, a exemplo da problemática da feminização da pobreza<sup>17</sup>.

Simone De Beauvoir, uma das pioneiras sobre o estudo da mulher e do feminismo, que percebia o temor por parte de homens e mulheres machistas de sua época (viveu entre os anos de 1908 a 1986), já discutia a idéia de que nascer mulher não basta para ser mulher.

A mulher é considerada como “o Outro”, e Simone De Beauvoir afirma que não é o Outro que se auto-definindo como Outro define o Um; ele é posto como Outro pelo Um definindo-se como Um. Mas para que o Outro não se transforme em Um é preciso que se sujeite a esse ponto de vista alheio. De Beauvoir faz um alerta às mulheres que, em alguns casos, podem se tornar cúmplices da própria submissão (DE BEAUVOIR, 1980). Nota-se, pois, que, historicamente, as representações da mulher não esporadicamente a colocam em uma posição secundária e até subalternas.

---

14 Conforme reportagem em página virtual, as mulheres brasileiras, hoje, representam apenas 12,5% do total de pessoas que trabalham no mercado tecnológico. Tudo sobre marketing digital. 18 de março de 2011. Disponível em: <http://tudosobremarketingdigital.wordpress.com/2011/03/18/mulheres-sao-minoria-no-mercado-brasileiro-de-tecnologia/> Acesso em: 28 mar. 2011.

15 De acordo com dados do Supremo Tribunal Eleitoral (TSE), as mulheres compõem mais de 51% do eleitorado brasileiro. Entretanto, o direito de ser votada ainda não é exercido inteiramente, como demonstram os dados das candidaturas femininas apresentadas pelos partidos políticos nas eleições de 2010. Apenas 22,4% do total das candidaturas eram pertencentes a mulheres. Última atualização em 1º de outubro de 2010. Disponível em: [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br). Acesso em: 28 mar. 2011.

16 Em pesquisa realizada pelo IBGE, demonstra-se que 34,9% das famílias brasileiras são chefiadas por mulheres. Mas apenas 47,2% ocupam vagas em cargos de chefia no mercado de trabalho, contra 68,6% dos homens (2008). Dados retirados do Jornal O Globo, de 09/10/2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/10/08/ibge-34-9-das-mulheres-sao-chefes-de-familia-767959955.asp> Acesso em: 28 mar. 2011.

17 O PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), em interessante reportagem em seu *website*, define a feminização da pobreza como a afirmação de que as mulheres são a maioria entre os pobres e sua renda não acompanha a dos homens. Fonte: [http://www.pnud.org.br/pobreza\\_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3020&lay=pde](http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3020&lay=pde). Acesso em: 18 mar. 2011.



### **3. A CRIAÇÃO DO PROJETO FLORES DO BOM JARDIM A PARTIR DA EXPERIÊNCIA VIVIDA PELAS MULHERES DA PAZ**

A experiência do projeto Mulheres da Paz<sup>18</sup> fez surgir a oportunidade de conhecer a realidade da mulher não apenas por meio de estatísticas ou livros e artigos científicos, mas a partir de histórias de vida contadas por mulheres, integrantes do projeto. A partir do contato por meio de aulas de capacitação e do acompanhamento técnico diário, identificou-se, em muitos casos, sofrimento na vida dessas mulheres, demonstrando diversos tipos de violência decorrentes da desigualdade de gênero que confirmavam as estatísticas expressas pelos órgãos oficiais.

Durante as discussões em sala de aula sobre desigualdade de gênero e violência, foi solicitada (sempre com metodologias ativas) a participação ativa dessas mulheres no debate. Como a discussão foi muito rica, requereu-se a elaboração de textos com as histórias que estavam sendo contadas. Com o tema “Sofri por ser mulher”, abriu-se um espaço para expressar o sofrimento que quase que em sua totalidade estava atrelado à posição de subalternidade em relação ao homem. Disseram elas:

---

18 Instituído no mês de abril de 2009, o Projeto Mulheres da Paz foi implantado pelo Programa Nacional de Segurança com Cidadania - PRONASCI como um mecanismo de capacitação de mulheres, líderes comunitárias em sua maioria, voltado à promoção de valores como ética e cidadania, no intuito de transformá-las em agentes multiplicadoras do conhecimento adquirido. Este projeto foi elaborado pelo Ministério da Justiça e realizado pela Universidade de Fortaleza. Contou ainda com o apoio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico com a concessão de 6 (seis) bolsas de apoio técnico. Ao todo, 300 mulheres foram selecionadas como participantes dessa iniciativa, todas residentes em áreas de vulnerabilidade social. Elas tinham a responsabilidade de participar das aulas do curso de capacitação (400h/a) desenvolvido pela Universidade de Fortaleza, e por indicar e acompanhar jovens, entre 15 e 24 anos, também residentes na região do Bom Jardim, para participação em outros projetos desenvolvidos pelo PRONASCI. A Universidade de Fortaleza selecionou, ministrou o curso e contratou equipe técnica multidisciplinar para acompanhar o trabalho das mulheres da paz. O projeto terminou em setembro de 2010. O curso e as atividades realizados pela Unifor, por meio do Projeto Mulheres da Paz, apresentaram como temáticas o recorte de gênero, direitos humanos e mediação de conflitos, alcançando objetivo fundamental: resgatar a dignidade perdida ou escondida pelo manto do medo que fora tecido pela exclusão.



*“Sofri por ser mulher, pois só servi ao meu patrão para satisfazer aos seus caprichos sexuais. Falei novamente com ele, que me mandou fazer o aborto, pois queria conservar o bom nome da sua família e sua reputação social. Abortei, e ele me demitiu da firma, pois não queria que acontecesse mais problemas” (Açucena, Mulher da Paz).*

*“Sofri por ser mulher, pois tive filho muito cedo e apesar de ter marido comigo, criei meu filho sozinha, pois para meu marido, a obrigação de educá-lo e ensiná-lo a se vestir, comer, tomar banho são tarefas da mulher, e a tarefa dos homens é apenas suprir as necessidades básicas. Quando chega do trabalho quer tudo pronto e ainda uma mulher cheia de amor para dar” (Beladona, Mulher da Paz).*

*“Lutei com todas as minhas forças. Mas era uma luta desigual. Um homem de uns 45 anos, forte, contra uma menina de 8 anos de idade, raquítica e indefesa. Durante um longo tempo da minha vida a última vez que me viram sorrir foi antes de entrar naquela maldita casa (...). Hoje sou grata, pois tenho a oportunidade de ajudar pessoas que sofrem ou já sofreram esse e outros tipos de agressão. São meninas jovens e adultas. Hoje posso mostrar para elas não as minhas feridas, mas as minhas cicatrizes, mostrando que nunca é tarde para se recompor, nunca é tarde para sonhar, nunca é tarde para ser feliz” (Camélia, Mulher da Paz).*

Foi desalentador saber que mulheres *reais*, aparentemente frágeis ou não, escondiam sofrimentos e violência que, para muitos, só se vê em *ficção*. Mais triste ainda foi ter o conhecimento de que considerável parte dessas mulheres, antes do projeto Mulheres da Paz, compreendia que as circunstâncias penosas pelas quais passaram eram simples contingência da vida, especialmente por terem nascido mulher.

*Quando sofri abuso sexual do meu padrasto e contei à minha mãe, primeiro ela não acreditou. Depois disse que eu, como mulher, tinha que agüentar o tranco – (Crisântemo, Mulher da Paz).*

Assim, iniciou-se o desenvolvimento de atividades cada vez mais participativas, com o intuito de iniciar a consolidação e efetivação de um conceito que se entendia fundamental para o adequado desenvolvimento do projeto, o empoderamento feminino.

### **3.1 O processo de igualdade e empoderamento das *Mulheres da Paz* – alguns passos**

Empoderamento, palavra derivada do inglês *empowerment*, é um termo conceituado no Dicionário Oxford como: 1. authorize,

license. 2. give power to (autorizar, permitir, dar poder a). No entanto, esse conceito não alcança a ideia de empoderamento, no estudo de profissionais das ciências humanas e sociais, uma vez que, nesse caso, empoderamento significa avanço, conquista e superação por parte do próprio sujeito ativo do processo, ou seja, aquele que se empodera. Uma (senão a primeira) das primeiras pessoas a tratar desse conceito no Brasil foi Paulo Freire<sup>19</sup>.

Superar as desigualdades de gênero apresenta-se como um dos primeiros passos para o desenvolvimento do empoderamento da mulher. No entanto, a igualdade de direitos, ou seja, a igualdade jurídica (que tem como um de seus marcos iniciais a 1ª Convenção para o Direito das Mulheres, em 1848), que foi, por vários anos, o núcleo do movimento feminista, ainda não conseguiu efetivação plena, mesmo com a expressa determinação constitucional “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (Art. 5º, I, CF/88) e algumas legislações específicas<sup>20</sup>.

A prática cotidiana do respeito a esse direito/garantia fundamental da igualdade e da não discriminação, exige uma mudança de comportamento masculino e feminino. A atitude feminina assim, protagonizando essa mudança, é decisiva para o progresso e consolidação do papel da mulher como sujeito de direitos e de transformação social.

O empoderamento feminino, por meio da valorização e capacitação feminina, é necessário para o avanço da posição da mulher, integrando-a às estruturas de poder existentes na sociedade.

De acordo com Nelly Stromquist, são cinco as etapas do empoderamento: 1) a construção de uma auto-imagem e confiança positiva; 2) desenvolvimento da habilidade para pensar criticamente; 3) a construção da coesão de grupo; 4) a promoção da tomada de decisões; 5) a ação.

---

19 Para maiores informações sobre o conceito de empoderamento e as lições de Paulo Freire sobre empoderamento: Leila Valoura: Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo empoderamento, em seu sentido transformador. Disponível em: [http://www.paulofreire.org/pub/Crpf/CrpfAcervo000120/Paulo\\_Freire\\_e\\_o\\_conceito\\_de\\_empoderamento.pdf](http://www.paulofreire.org/pub/Crpf/CrpfAcervo000120/Paulo_Freire_e_o_conceito_de_empoderamento.pdf) Acesso em 25 mar. 2011. Ainda: Paulo Freire. Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido, 1992.

20 Ver Lei 11.340 (Lei Maria da Penha), Art. 231, §1º, Código Penal (que trata do Tráfico de Mulheres), decreto-lei 5.948, de 26 de outubro de 2006, o qual aprova a política nacional de enfrentamento ao tráfico, estabelecendo princípios, diretrizes gerais e específicas, assim como as principais ações para enfrentamento ao tráfico de pessoas.

As fases de empoderamento foram implementadas e os resultados foram claramente perceptíveis ao longo do projeto Mulheres da Paz. O aprimoramento contínuo da relação entre a equipe multidisciplinar e as mulheres, das mulheres entre si e das mulheres com elas mesmas iniciou a construção de uma auto-imagem e confiança positiva.

*“Depois que fiz esse curso, me sinto fortalecida, tenho segurança na voz, nas palavras, já conseguir resolver problemas das pessoas com sucesso”* (Íris – Mulher da Paz). *“Passei a maior parte da minha infância sendo abusada...se fosse hoje, como que eu sei de direitos humanos com certeza seria tudo diferente”* (Orquídea – Mulher da Paz).

O desenvolvimento da habilidade para pensar criticamente foi notado ao passar de cada encontro nas aulas de capacitação<sup>21</sup>.

---

21 As aulas de capacitação aconteceram de agosto de 2009 a maio de 2010, com três encontros semanais. Pensou-se em uma metodologia com um número não muito expressivo de professores, tendo em vista a necessidade de se criar uma estreita ligação entre as mulheres e os profissionais. Esse vínculo foi fundamental para a credibilidade do projeto, bem como para o estabelecimento da confiança, o que resultou em um compromisso por parte das mulheres (assiduidade, pontualidade, participação nas aulas e execução das tarefas). Além disso, foi adotada uma metodologia que exigia participação ativa das mulheres, inclusive com a elaboração de conteúdo didático. O compromisso com a pedagogia da autonomia (Paulo Freire), garantiu a inclusão e desenvolvimento de pensamento crítico. Ressalta-se o empoderamento, ao passo que o conhecimento obtido ao longo dos nove meses de curso foi fundamental para mudar o rumo da vida de muitas mulheres. O acompanhamento diário das mulheres pela equipe técnica multidisciplinar e qualificada foi fundamental para a execução das atividades adequadas por parte das mulheres. A atividade da psicóloga permitiu o acompanhamento das mulheres na lida com dificuldades psicológicas em geral. A prática do diário de bordo, onde as mulheres escreviam sobre o seu dia a dia, funcionou como uma atividade terapêutica e ainda para colocar assuntos em discussão coletiva. As atividades da assistente social, da pedagoga e da socióloga possibilitaram a garantia de informações gerais sobre como dar encaminhamentos às situações enfrentadas pelas mulheres. O trabalho com a assessoria da advogada permitiu o contínuo esclarecimento sobre todas as dúvidas jurídicas que surgiam a partir do curso e das atividades práticas das mulheres. O trabalho da equipe multidisciplinar inspirou tanto as mulheres que nas redações sobre os sonhos futuros, quando se apontou para o ingresso em cursos universitários, a grande maioria almejou os cursos relacionados aos das profissionais da equipe técnica. Todas as atividades desenvolvidas pelas mulheres eram discutidas e acompanhadas pela equipe técnica. A elaboração da cartilha da rede social auxiliou as mulheres com informações sobre todos os equipamentos sociais na região do Grande Bom Jardim, o que facilitou imensamente o trabalho das mulheres.

*“Através desse curso mudei meus hábitos e passei a acreditar em mim, passei a acreditar que eu posso fazer a diferença (...) não posso ficar parada, insensível e indiferente, não posso fracassar. Eu aprendi a acreditar”.* (Camélia – Mulher da Paz).

As atividades diárias contribuíram para o desenvolvimento da construção de coesão entre os grupos. Importante considerar as atitudes das mulheres no começo do Projeto. Nas primeiras semanas de capacitação algumas mulheres, por exemplo, demonstraram ansiedade em que a aula terminasse cedo ou a tempo de buscar seus filhos na escola ou ainda a tempo de concluir os afazeres domésticos.

A partir do contínuo contato com a equipe, as mulheres tiveram a percepção de que estavam aprendendo e discutindo assuntos nunca antes suscitados e passaram a “encontrar” tempo. Não raramente solicitavam aos professores para irem além do horário previsto, pois a gana por conhecimento aumentava a cada dia.

A ressignificação de experiências foi um ponto importante tanto para a construção de uma auto-imagem e confiança positiva como para a promoção da tomada de decisões. Os sofrimentos de suas vidas, por exemplo, eram compreendidos como “algo sobre o qual não se podia falar”. Isso acontecia porque as mulheres os avaliavam pelo menos sob duas perspectivas: “contingências da vida de mulher” e assim deveriam “aceitar caladas” ou, reconhecendo-as como situações injustas, tendo em vista a sua inércia em reagir, eram motivos de vergonha.

Durante o curso, as mulheres iniciaram um processo de fala, de comunicação e de troca de experiências que permitiu a exposição dessas situações. Os momentos de violências enfrentados por cada uma foram discutidos, debatidos e avaliados. Uma vez falados, iniciou-se um processo de ressignificação dessas experiências. As mulheres, vítimas de violência, passaram a ser protagonistas de uma nova história: a prevenção da violência contra a mulher ou de quaisquer de suas colegas. Por elas terem vivenciado experiências trágicas, elas não só podiam como deviam impedir que outras mulheres vivenciassem situações parecidas. Esse processo permitiu a muitas mulheres o sentimento de superação, o que provocou mudanças de atitude. Começaram a ter orgulho de expor e discutir essa superação e a vontade de ajudar mulheres e adolescentes que passam pelas mesmas situações (violência doméstica, violência sexual, submissão

aos empregadores por temor de perder seus trabalhos, etc.) tornou-se cada vez mais evidente.

O que antes não se permitia ser falado, agora se “falava” e, com isso, as mulheres evitavam que o mesmo acontecesse com suas colegas de classe e outras conhecidas.

*“Depois de superado todo o abuso e sofrimento que passei, hoje tenho a oportunidade de ajudar mulheres que sofrem ou já sofreram esse e outros tipos de agressão” – Camélia, Mulher da Paz).*

Vê-se claramente a perspectiva da ação, a quinta dimensão do empoderamento. O aprimoramento das ações das mulheres na construção do “autofortalecimento” e da ação permitiu uma mudança forte nas atitudes. Ressalta-se que, no início do curso, se verificou que as mulheres não possuíam sonhos, ou, pelo menos assim diziam, crendo que sonhos são inúteis e supérfluos, dada a suposta impossibilidade de realizá-los.

*“Teve um tempo na minha vida que parei de sonhar. Foi um tempo ruim. Mas esse tempo agora ficou para trás” – Camélia, Mulher da Paz).*

Com o conhecimento obtido (acerca de diversas temáticas, como: Direitos da Mulher, Direitos Humanos, Liderança, Direito do Trabalho e Família), bem como a capacitação em Mediação de Conflitos, as mulheres nutriram um sentimento de empoderamento, acreditando que sonhos são, sim, possíveis, consolidando a habilidade de pensarem criticamente e agirem.

*“Aprendi que nem tudo precisa ir ao Judiciário, podemos resolver através de um acordo entre as partes, onde ninguém perde: os dois ganham” (Hortênsia – Mulher da Paz).*

*“A mediação de conflitos foi muito importante, pois agora eu tenho uma noção de como lidar com os conflitos e diminuir a violência”. (Dália – Mulher da Paz).*

Muitas passaram assim cultivar esses sonhos. Sonhos de ingressar à universidade ou de encontrar melhores espaços no mercado de trabalho. Antes dependentes financeiramente dos maridos, almejavam melhores condições de vida a partir da autonomia financeira.

Verificou-se, assim, que, à medida que as mulheres adquiriam mais conhecimentos, mais elas se enquadravam em todos os padrões de empoderamento, como: bem-estar; acesso aos recursos; conscientização; participação; controle. Ultrapassadas tais fases, os

resultados normalmente são a maior igualdade entre os sexos e a elevação da auto-estima (STROMQUIST, 1998).

A ação que passou a fazer parte da vida de muitas dessas mulheres, ou seja, além da consciência de seu estado como sujeito de direitos e do desenvolvimento de um pensamento crítico, a mulher deve agir para assumir uma posição de destaque na sociedade.

O empoderamento pelo conhecimento construído ao longo dos nove meses de curso foi fundamental para mudar o rumo da vida de muitas mulheres.

*“O curso de Direitos Humanos abriu minha mente para conhecer os direitos das crianças, idosos e outros (...) muitas vezes perdemos os nossos direitos por não saber a quem procurar”. (Liz – Mulher da Paz).*

*“Através desse curso aprendi a lutar pelos meus direitos de cidadania, ampliei meus conhecimentos sobre as leis que nos beneficiam e nos protegem”. (Margarida – Mulher da Paz).*

*“Aprendi que uma mulher tem o direito de ser bem mais que uma simples dona de casa sem perder sua dignidade e sem deixar de assumir seus compromissos familiares”, escreveu Margarida, Mulher da Paz.*

### **3.2 Os sonhos das Mulheres da Paz e a necessidade de implantação de um novo projeto: Flores do Bom Jardim**

Em depoimentos à Universidade de Fortaleza, as mulheres da Paz expressaram que, depois do projeto, elas voltaram a pensar em ter uma carreira profissional ou pelo menos, trabalhar em atividades em que pudessem auferir renda. Eram sonhos que brotavam a partir da consciência de que elas podiam *ter* e, principalmente, *ser mais*.

*“Posso afirmar que o curso veio para enriquecer o pouco conhecimento que eu tinha. Muitas coisas foram esclarecidas e eu passei a saber que eu tenho direitos que não só estão escritos no papel, mas que eu posso ir atrás e conseguir obtê-los na prática. Direitos que, como cidadã, eu possuo”. (Amarílis, Mulher da Paz).*

*“O Projeto Mulheres da Paz me fez ser mais pensativa e ver a vida como ela é, sem máscara, sem ilusões. Esse curso fez com que eu tivesse uma visão melhor do mundo, pois fez com que eu organizasse minhas idéias. Agora tenho a minha opinião formada sem precisar seguir a dos outros”. (Zínia, Mulher da Paz).*

Algumas delas relataram em seus depoimentos o desejo de percorrer uma carreira profissional a partir do ingresso em uma instituição de nível superior:

*“Adoro sonhar, mesmo sabendo que é difícil realizá-los. Vivo deles. Sonho um dia fazer minha faculdade, fazer um curso de Políticas Públicas”.* (Hortênsia, Mulher da Paz).

*“Tenho e sempre tive vontade de fazer Serviço Social. Esse é o meu sonho, mas muitas coisas me fizeram adormecê-lo e com este projeto veio junto o meu sonho que agora ressurgiu como nunca”.* (Áster, Mulher da Paz).

*“O meu maior sonho nesse momento é prestar vestibular esse ano e passar numa faculdade de Jornalismo. É difícil para a gente que mora onde mora, tem a luta que tem e não ter condições financeiras de entrar numa faculdade. Eu sei que minha mãe, se ela pudesse, eu estaria na faculdade. Eu sei que vou conseguir, porque eu quero”!* (Girassol, Mulher da Paz).

Outras mulheres sonham em auferir renda a partir de serviços prestados em sua comunidade (feitura de comidas, atuar como cabeleireira, etc) ou mesmo em empresas de outras localidades da cidade, a fim de conquistarem salários mediante a prestação de um serviço técnico qualificado e, o mais importante, de forma digna:

*“Meu sonho é com certeza futuramente ter um emprego e adquirir com ele novos conhecimentos”.* (Margarida, Mulher da Paz).

*“Agora eu tenho muitos sonhos, mas dois deles em especial: o primeiro é de ver a minha comunidade com verdadeiros cidadãos. O outro é de ter uma profissão ou até cursar uma faculdade para eu poder dar um futuro melhor para meus filhos e meu irmão, que tem problemas mentais”.* (Alfazema, Mulher da Paz).

Conforme já mencionado, pretendeu-se com tal projeto formar oficinas de aprendizado, organizadas a partir de cursos profissionalizantes, que abrem as portas para o ingresso das mulheres ao mercado de trabalho. A avidez por parte das Mulheres da Paz por um novo curso tornou-se evidente. Uma delas, ao relatar seu sonho, escreveu o seguinte:

*“O meu sonho é que após esse projeto surjam outros com finalidade semelhante e que as Mulheres da Paz não sejam esquecidas. Pelo contrário, que nós pudéssemos dar continuidade a esse progresso, pois é valoroso”.* (Tulipa, Mulher da Paz).

Seis cursos já foram desenvolvidos: telemarketing, auxiliar administrativo, técnico em secretariado, arte e beleza, corte costura e *cake-design*. Mais de 300 mulheres foram capacitadas tecnicamente além de desenvolverem habilidades e atividades de liderança, empreendedorismo e mediação de conflitos.

O processo de empoderamento, a partir da capacitação profissional e das atividades de ação cidadã e de liderança da mulher traz à tona um novo significado de poder e de igualdade de gênero. O projeto Flores do Bom Jardim tem o condão de ser uma ferramenta de auxílio à construção dessa nova concepção para mulheres residentes em um bairro de exclusão e violência. As atividades do projeto resultam em mecanismos e ações de criação de responsabilidades compartilhadas (entre mulher e homem), diminuindo o sentimento de desigualdade de gênero, assumindo um viés democrático no atual sistema de direitos, já que as mulheres, em sua maioria, passam a desenvolver fortemente capacidades técnicas profissionalizantes, inserção no mercado de trabalho e liderança em ações na comunidade.

#### **4. CONCLUSÃO**

O empoderamento dessas mulheres deu-lhes a compreensão de sua condição de subordinação atrelada à necessidade de se fazer escolhas, mesmo que suas opções desagradem expectativas enraizadas por uma sociedade predominantemente machista.

A experiência tida a partir da convivência com as mulheres foi responsável por progressos impressionantes. Os professores não só ensinavam e repassavam conhecimento às mulheres, mas, principalmente, aprendiam muitas lições provenientes da rica vivência daquelas mulheres sobre as mais variadas temáticas. E se questionaram sobre quem na realidade eram os professores, já que as Mulheres da Paz assumiam o papel de verdadeiras mestras na vida de cada um da equipe que com elas convivia.

O Projeto Flores do Bom Jardim, mais que promover o conhecimento através de cursos técnicos e de aprendizado, teve e tem o objetivo de potencializar o progresso na vida de mulheres que, podem, a partir da inserção no mercado de trabalho de forma qualificada, sair da condição de submissão e subalternidade em relação ao homem e exercerem efetivamente o papel de cidadãs, como pessoas livres e independentes.



Simone De Beauvoir (1980) afirmou em seu livro *O Segundo Sexo* que

enquanto o homem e a mulher não se reconhecerem como semelhantes, enquanto não se respeitarem como pessoas em que, do ponto de vista social, político e econômico, não há a menor diferença, os seres humanos estarão condenados a não verem o que têm de melhor: a sua liberdade.

A partir da execução do Projeto Flores do Bom Jardim, deu-se continuidade à troca de conhecimentos e experiências entre as mulheres, além de proporcionar-lhes a oportunidade de crescer ainda mais, desta vez ascendendo-as ao mercado de trabalho competitivo da atualidade.

O trabalho feito a partir do projeto é capaz de transformar o *jardim*, o Bom Jardim. Abre possibilidades para que as mulheres, *as flores*, desabrochem para uma nova vida: uma vida com mais expectativas, esperanças e sonhos. Sonhos possíveis de se alcançar.

## 5. REFERÊNCIAS

ABATE, Frank. *The Oxford Dictionary and Thesaurus American Edition*. New York, Oxford: Oxford University Press. Inc, 1996.

ARAÚJO, Paulo Magalhães (Org.). *Desigualdade de Gênero no Brasil: Novas Ideias e Práticas Antigas*. São Paulo: Argvmentvm, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

DATA Senado – Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal. *Pesquisa de Opinião Pública Nacional – Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Fevereiro/2009. Disponível em:

[http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia\\_Domestica\\_e\\_Familiar\\_contra\\_a\\_Mulher.pdf](http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_e_Familiar_contra_a_Mulher.pdf) . Acesso em: 28 mar. 2011.

DE BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

\_\_\_\_\_. *La Femme Indépendante. Extraits du Deuxième Sexe*. Paris: Gallimard, 2008.

DEERE, Carmen Diana. *O Empoderamento da Mulher*. São Paulo: Companhia dos Livros, 2002.

EM uma sociedade onde o gênero é tudo, meninas se transformam em meninos. *Revista Veja*. Por The New York Times. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/quando-o-genero-e-tudo-meninas-serao-meninos-no-afeganistao/imprimir> Acesso em: 28 mar. 2011.

FORNA, Aminatta. Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães. Tradução: de Ângela Lobo de Andrade - Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GONÇALVES, Andréa Lisly. *História e Gênero*. São Paulo: Autêntica, 2006.

HAHNER, June E. *A Mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HUMM, Maggie. *The dictionary of feminist theory*. Columbus: Ohio State University Press, 1990.

MAS as crianças, Senhor!? *Contra a Discriminação de Gênero*. Disponível em: <http://masascriancassr.universolusofono.org/contraa-discriminacao-de-genero/> Acesso em: 26 mar. 2011.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Elogio da Diferença*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo/Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

QUEIROZ, Fernanda Marques de. *Não se rima amor e dor: cenas cotidianas de violência contra a mulher*.

RAGO, Margareth. *Do Cabaré ao Lar – A Utopia da Cidade Disciplinar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

RAGO, Margareth. *Os Prazeres da Noite – Prostituição e Códigos da Sexualidade Feminina em São Paulo (1890-1930)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Perseu Abramo, 2007.

SCOTT, Joan. *Gênero: Uma Categoria Útil para a Análise Histórica*. Tradução: SOS CORPO. Recife-PE. 1989 .

STEVENS, Cristina (Org.). *Maternidade e Feminismo – Diálogos Interdisciplinares*. Florianópolis: EDUNISC, 2007.

RODRIGUES, Eduardo Dalla Costa. *Negligência Familiar - O que eu aprendo eu ensino*. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articulos/43213/1/Negligencia-Familiar-o-que-eu-aprendo-eu-ensino/pagina1.html>. Acesso em: 28 mar. 2011.

SMITH, Bonnie. *Gênero e História: Homens, Mulheres e Prática Histórica*. Florianópolis: Edusc, 2003.

STROMQUIST, Nelly. *La búsqueda del empoderamiento: en qué puede contribuir el campo de la educación*. In: Magdalena León, Poder y empoderamiento de mujeres, UN, Facultad de Ciencias Humanas, T/M Editores, Santa Fé de Bogotá, 1998.

TELES, Maria Amelia de Almeida; MELO, Monica. *O que é Violência contra a mulher?* São Paulo: Brasiliense, 2002.

THEY took me and they told me nothing – Female Genital Mutilation in Iraq Kurdistan. *Human Rights Watch*, 2010. Disponível em: <http://www.hrw.org/en/reports/2010/06/16/they-took-me-and-told-me-nothing>. Acesso em: 28 mar. 2011.

UNODC – Relatório Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation (Tráfico de Pessoas na Europa para fins de Exploração Sexual). Apresentado em 29 de julho de 2010. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics\\_TIP/Publicacoes/TiP\\_Europe\\_EN\\_LORES.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_EN_LORES.pdf) Acesso em 28 mar. 2011.

VALOURA, Leila. *Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo empoderamento, em seu sentido transformador*. Disponível em: [http://www.paulofreire.org/pub/Crpf/CrpfAcervo000120/Paulo\\_Freire\\_e\\_o\\_conceito\\_de\\_empoderamento.pdf](http://www.paulofreire.org/pub/Crpf/CrpfAcervo000120/Paulo_Freire_e_o_conceito_de_empoderamento.pdf) Acesso em 25 mar. 2011. WOLLSTONECRAFT, Mary. *A Vindication of the Rights of Woman*. London – J.M. Dent & Sons Ltd; New York: E.P. Dutton & Co. Inc, 1919.

WOOLF, Virginia. *O Status Intelectual da Mulher*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. *Um Teto Todo Seu*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

# O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E OS IMPACTOS DO PETICIONAMENTO INDIVIDUAL NOS TRIBUNAIS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

**Letícia Soares Peixoto Aleixo**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais;  
Ex-Assessora Jurídica do CEJIL (Rio de Janeiro); Advogada.

## INTRODUÇÃO

A evolução da proteção internacional dos direitos humanos, reconhecendo o indivíduo como destinatário de normas internacionais, concebeu uma “justiça globalizada”<sup>1</sup> e favoreceu a organização dos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos,<sup>2</sup> com seus principais instrumentos de proteção, respectivamente: a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (Convenção Europeia ou CEDH, adotada em 1950) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana ou CADH, aprovada em 1969). Relevante notar que os órgãos de proteção dos direitos elencados na Convenção Americana foram estruturados, em grande medida, como um paralelo da maquinaria institucional da Convenção Europeia.

Consolidados tais sistemas, ao final do século XX, e ainda hoje, testemunhamos o processo de humanização do Direito Internacional.<sup>3</sup> Nesse processo, a jurisprudência das cortes regionais

1 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 101.

2 Mais tarde (1981) foi instituído o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos, também de estrutura jurídica própria, e não ignorado por esta autora. Por razões metodológicas, porém, este trabalho não terá referido sistema como foco, tendo em vista, principalmente, o fato de sua Corte apenas ter sido estabelecida em 2006 e somente em 2010 ter completado o processo de harmonização de seu Regulamento com o da Comissão Africana. No atual momento, vinte e sete processos que tramitavam perante a Corte já foram concluídos.

3 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

tem enfatizado o papel central, na proteção dos direitos humanos, do acesso à justiça, como um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>4</sup> Afinal, a noção de acesso à justiça não se resume apenas ao direito de acesso formal às instâncias jurisdicionais, mas inclui as garantias judiciais e o direito a um recurso rápido e efetivo perante as instâncias nacionais competentes, visando à realização da justiça.

Ocorre que, ainda que tais tribunais venham reconhecendo a magnitude de tal direito, a garantia de acesso à justiça permanece um desafio a ser superado. No ponto, Cançado Trindade defende que, ao reconhecimento de direitos, deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los, motivo pelo qual “*impõe-se o direito de acesso à justiça nos planos tanto nacional como internacional*”.<sup>5</sup> Seu ideal trata, em verdade, da justiciabilidade dos direitos por seus titulares - os seres humanos, destinatários finais das normas jurídicas, sujeitos últimos do Direito, tanto interno como internacional.

Assim, nesse mesmo sentido, é que foram elaboradas as últimas reformas regulamentares, tanto da Comissão Interamericana (CIDH), quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana ou Corte IDH).<sup>6</sup> Motivadas justamente pelo intuito de ampliar a participação da vítima no processo perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), elas revelam que o tema tratado se insere no contexto político-jurídico da atualidade.<sup>7</sup>

---

4 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil (Mérito)*. Sentença de 4 de julho de 2006, Série C, nº 149, §175; Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Mérito)*. Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, nº 63, §237; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*. Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, nº 135, §163; Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman v. México*. Sentença de 6 de agosto de 2008, Série C, nº 184, §106.

5 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002.

6 CORTE IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009; CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

7 CORTE IDH. *Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar de 2009*. Aprovada pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

A evolução dos sistemas regionais de proteção, entretanto, alcançou um impasse, já que a experiência tem mostrado ser difícil conciliar o acesso formal e direto à jurisdição internacional de direitos humanos com o acesso material à justiça, no sentido concebido pelos próprios tribunais de direitos humanos.

O presente trabalho pretende, justamente, oferecer uma análise sobre os sistemas de peticionamento nos tribunais regionais de direitos humanos. Para tal, traça um paralelo entre as vias de acesso à Corte Interamericana e à Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte Europeia ou Corte EDH), respectivamente, elencando suas similitudes e suas diferenças, para que seja possível verificar os reflexos da adoção de cada um dos modelos de peticionamento.

O artigo é, então, organizado em duas grandes partes, além desta introdução e das considerações finais. A primeira parte compreende o estudo do acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos mais recentes avanços do SIPDH em matéria de justiciabilidade de direitos e efetividade da tutela. Já a segunda parte do artigo está dedicada ao estudo crítico do modelo de acesso adotado pelo Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEPDH), com suas vantagens e seus obstáculos a serem enfrentados. Por último, nas considerações finais, ponderar-se-á os benefícios dos modelos analisados e o papel dos Estados como garantes de direito, compreendendo os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos como vias subsidiárias aos sistemas nacionais.

## **I. O ACESSO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O MODELO INDIRETO**

A ideia de criação de uma Corte supranacional nas Américas foi definitivamente aceita com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>8</sup> em 22 de novembro de 1969, na Costa Rica. Assim, instaurada a Corte IDH, em 1979, a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos passou a ser aferida perante

---

8 Os Estados partes deste instrumento de proteção são, sem exceção, membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Porém, nem todos os Estados membros da OEA se vincularam à CADH. Não se confunde, então, o sistema de responsabilização dos Estados por violação à CADH, com aquele que é aplicável a todo e qualquer membro da OEA, que utiliza dos preceitos da Carta da própria Organização e a Declaração Americana de Direitos Humanos. Por isso, ressaltamos que o foco deste estudo é, tão somente, o sistema regido pela Convenção Americana.

dois órgãos no âmbito do Sistema Interamericano, a Comissão e a Corte.

O primeiro deles, a CIDH, tem suas atribuições determinadas no artigo 41 da Convenção, sendo elas de promoção e de proteção dos direitos humanos. No sistema de peticionamento do SIPDH cabe à Comissão o processamento das demandas e opção pelo envio do caso à Corte ou não, o que formaliza o modelo de acesso indireto das supostas vítimas ao tribunal regional.

Já a Corte, é uma instituição judicial autônoma, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana, nos termos de seu Estatuto.<sup>9</sup> Possui ela duas funções, a consultiva e a contenciosa. Por meio da função consultiva, a Corte responde a consultas formuladas pelos Estados membros da OEA ou por órgãos da mesma entidade acerca da interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados relacionados com a proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.<sup>10</sup>

Lado outro, a função contenciosa da Corte IDH se revela no conhecimento de casos, levados geralmente pela Comissão. Conforme disposto pelo artigo 62 da CADH, esta competência da Corte somente pode ser exercida quando o Estado houver reconhecido a jurisdição deste tribunal como obrigatória em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção.<sup>11</sup> Pela via contenciosa, portanto, a Corte determina, nos casos submetidos à sua jurisdição, se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de direito reconhecido na Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao Sistema Interamericano. Se for o caso, disporá as medidas necessárias para reparar as consequências derivadas da violação de direitos.

O atual trâmite dos casos que chegam ao SIPDH pode contemplar processamento pelos dois órgãos: Comissão e Corte.

9 OEA. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979. Artigo 1.

10 Conforme ressaltado pela própria Corte, em seu Relatório Anual de 2012, os pareceres consultivos “*são instrumentos úteis para que os Estados e os órgãos da OEA consolidem e ampliem, sem esperar uma violação aos direitos humanos, o corpus iuris interamericano, através da criação de padrões claros e vigorosos para a promoção, defesa e garantia dos direitos humanos no hemisfério*”. Cf. CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*. p. 20.

11 No Brasil, o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH se deu pelo Decreto Legislativo nº 89/98, de 03 de dezembro de 1998.

É que, conforme disposto no artigo 61.1 da CADH, “*somente os Estados partes e a Comissão têm o direito de submeter caso à decisão da Corte*”.<sup>12</sup> Dessa forma, particulares não podem acionar diretamente o tribunal, já que dependem inteiramente da convicção jurídica da Comissão sobre o caso.

Assim, inicialmente, leva-se o caso à CIDH,<sup>13</sup> que o processará em duas etapas: admissibilidade e mérito.<sup>14</sup> Admitido o caso, abre-se prazo para que as partes se manifestem em contraditório quanto ao mérito e quanto ao interesse em solução amistosa da demanda.<sup>15</sup>

Uma vez frustrada a tentativa de solução amistosa, a CIDH deliberará e votará quanto ao mérito do caso, emitindo relatório preliminar – e não publicado – com as recomendações que considerar pertinentes, o qual será transmitido ao Estado demandado.

Na hipótese em que o Estado houver aceitado a jurisdição obrigatória da Corte e em que a CIDH considerar que o Estado não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório preliminar de mérito, o caso poderá vir a ser encaminhado à Corte.<sup>16</sup> Na tomada de tal decisão, por maioria absoluta dos membros da Comissão,

---

12 OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Artigo 61.1.

13 Ao contrário da Convenção Europeia, a CADH dispõe (art. 44) que qualquer pessoa – não só a vítima – pode peticionar à CIDH, alegando violação de direitos humanos contra si ou contra terceiros.

14 A separação dessas fases, cristalizada na reforma regulamentar de 2000, vem sendo bastante questionada nos processos de reforma do sistema, principalmente pelos peticionários, que acreditam ser esta divisão grande responsável pela demora da tramitação dos casos perante a Comissão. Isso porque a introdução dessa etapa adicional no processo implicou no proferimento de decisão extra por parte da CIDH e, ao mesmo tempo, não levou a um número significativo de soluções amistosas.

15 CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 38.

16 No caso de descumprimento do relatório preliminar de mérito e da não interposição de ação perante a Corte, a CIDH emitirá um segundo relatório, público e definitivo, que trará suas conclusões finais sobre o assunto e, também, recomendações ao Estado com prazo para que as cumpra. Passado o prazo determinado, a CIDH deliberará sobre o cumprimento das medidas recomendadas e publicará o informe. Com a publicação do relatório, a Comissão passará a acompanhar o cumprimento das recomendações, publicando, de tempos em tempos, informações sobre os avanços das medidas. Cf. CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 48.



será considerada, fundamentalmente, a obtenção de justiça no caso concreto e analisado, dentre outros elementos – também e infelizmente de convicção política: “a posição do peticionário, a natureza e a gravidade da violação a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema, e o efeito eventual da decisão no ordenamento jurídico interno dos Estados membros”.<sup>17</sup>

Se assim o for, o caso seguirá o procedimento do tribunal, sempre respeitando o direito ao contraditório das partes. Emitida a sentença, a própria Corte IDH fará a supervisão de seu cumprimento, mediante apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios pela vítima. A CIDH apresentará observações a ambos os escritos.<sup>18</sup>

### **Ponderações: modelo indireto de acesso e efetividade da tutela**

As reformas regulamentares mais recentes, tanto da Corte, quanto da Comissão Interamericana, têm outorgado cada vez mais protagonismo às vítimas e a seus representantes,<sup>19</sup> em consonância com o desenvolvimento do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEPDH) – que permite o acesso direto das supostas vítimas ao tribunal, como veremos na próxima parte do trabalho – e com a mais renomada doutrina.

Nesse sentido é que Cançado Trindade tem defendido em inúmeros de seus escritos que “*ao reconhecimento de direitos, nos*

---

17 CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 45.

18 A faculdade de supervisionar suas sentenças é inerente ao exercício das faculdades jurisdicionais da Corte, encontra seu fundamento jurídico nos artigos 33, 62.1, 62.3 e 65 da Convenção, assim como no artigo 30 de seu Estatuto; e tem por objetivo a implementação efetiva das reparações ordenadas pelo tribunal para cada caso concreto.

19 CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009; CORTE IDH. *Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar de 2009*. Aprovada pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009; CORTE IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

*planos tanto nacional como internacional, deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los.* ”<sup>20</sup>

Explica ele que o *locus standi in judicio* das supostas vítimas ou de seus representantes contribui para a melhor instrução do processo e para o fortalecimento da garantia do contraditório também no âmbito internacional. Afinal,

*“É da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos o contraditório entre, por um lado, as vítimas de violações, e, por outro, os Estados demandados. Tal locus standi dos indivíduos em questão é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Ademais, o direito de livre expressão das supostas vítimas constitui elemento integrante do próprio devido processo legal, nos planos tanto nacional, como internacional.”*<sup>21</sup>

Antes das reformas regulamentares da Corte,<sup>22</sup> a Comissão assumia um papel peculiar no litígio, sendo, ao mesmo tempo, órgão imparcial de tutela e representante dos interesses das vítimas. Com as últimas alterações dos regulamentos, esta duplicidade de papéis desapareceu com a outorga do *locus standi in judicio* às vítimas, seus familiares ou seus representantes. Dessa forma, a CIDH tem estado livre para atuar, não mais como parte, mas como verdadeiro órgão do SIPDH, o que pôs fim “à ambiguidade de função da Comissão, a qual não é rigorosamente ‘parte’ no processo, mas antes guardiã da aplicação correta da Convenção Americana”.<sup>23</sup>

O início do procedimento perante a Corte já não se dá com a apresentação de uma demanda, mas com o envio do relatório de mérito da Comissão, acompanhado dos fundamentos que a levaram a submeter o caso à Corte IDH. Ainda, ao contrário do estabelecido

---

20 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002, p. 18.

21 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002, p. 18.

22 Aprovadas em 2000 e em 2009.

23 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional.** *In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002, p.16.

nos antigos regulamentos,<sup>24</sup> a CIDH não pode mais oferecer testemunhas ou depoimentos de supostas vítimas e, somente em determinadas circunstâncias, poderá oferecer peritos.<sup>25</sup>

A representação independente das vítimas em juízo foi, sem sombra de dúvidas, um dos avanços mais significativos do SIPDH na última década. Afinal, até o momento tínhamos um sistema de proteção que concebia direitos, sem permitir aos indivíduos a capacidade processual para vindicá-los.<sup>26</sup>

Na prática, temos hoje três protagonistas no litígio dos casos contenciosos perante a Corte IDH: a CIDH, que apresenta seu relatório de mérito, levando o caso ao tribunal; os representantes das vítimas, que apresentam seu escrito de pedidos, argumentos e provas; e o Estado que apresenta sua contestação à demanda.

Sob a crítica de que haveria um suposto desequilíbrio entre o Estado e as vítimas, já que na maior parte das vezes a Comissão busca responsabilizar o demandado, a prática da Corte tem outorgado o dobro do tempo para o Estado, tanto no interrogatório de testemunhas e peritos, como para as alegações finais orais e para o envio de sua resposta à demanda.<sup>27</sup> O que pode parecer mais justo do ponto de vista do demandado, no entanto, não considera que as vítimas e a CIDH na grande maioria dos casos estão em marcada desvantagem frente ao aparato estatal. Ainda, há casos em que a CIDH concorda com o Estado quanto à inexistência de violações ou pede a improcedência das reparações pleiteadas pelas vítimas. Assim, ao contrário do defendido por alguns autores, não é possível sustentar que a presença da vítima somada à CIDH, nos processos perante a Corte IDH, afeta o direito de defesa do Estado, já que este

---

24 O Regulamento de 1991 da Corte Interamericana previa, em termos oblíquos, uma tímida participação das vítimas ou seus representantes no procedimento ante a Corte, sobretudo na etapa de reparações e quando convidado por esta.

25 CORTE IDH. **Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar de 2009**. Aprovada pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

26 CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. **Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Buenos Aires: CEJIL, 2008.

27 CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008, p. 24.

tem o direito de responder a todos e a cada um dos pleitos das partes, em todas as etapas do procedimento.<sup>28</sup>

Há que se considerar, ademais, que enquanto o Estado pode questionar a decisão da CIDH de submeter o caso à Corte, a vítima não possui a garantia de colocar o litígio na órbita do tribunal, nem sequer em situações nas quais o Estado se recuse, abertamente, a cumprir as recomendações da Comissão.

Nesse ponto, necessário destacar a importância de um sistema mais transparente, previsível e igualitário, no qual sejam claros e consistentes os critérios utilizados pela CIDH na priorização de um caso ou no seu encaminhamento à Corte. Afinal, nobre é o papel da Comissão, mesmo que como intermediária entre as vítimas e a Corte. Ocorre que não pode ela se tornar um obstáculo para o pleno e efetivo acesso à justiça no âmbito do Sistema Interamericano, ao tornar longo e interminável o processo, ou, ainda, ao emitir relatórios com recomendações explicitamente desrespeitadas pelos Estados.<sup>29</sup>

A proteção regional dos direitos humanos está inspirada no reconhecimento da necessidade de uma última tutela, subsidiária aos sistemas nacionais, para assegurar o uso e o gozo dos direitos fundamentais das pessoas. Necessário, então, que o SIPDH responda, no institucional e no processual, a demanda de tutela dos direitos individuais. No institucional, é preciso preservar as funções de caráter não judicial da Comissão – as também chamadas faculdades promocionais ou políticas – a fim de responder de forma proativa, e não reativa, às violações mais críticas e endêmicas. No processual, para assegurar uma proteção mais ampla, necessário que se promovam medidas que gerem um maior acesso das vítimas ao processo e uma maior efetividade da tutela. É justamente neste ponto que têm trabalhado os órgãos do sistema.

As reformas regulamentares e o processo de fortalecimento do SIPDH conceberam uma série de medidas louváveis, visando ampliar o acesso efetivo das vítimas ao sistema. Assim é que se tem aceitado a inclusão de novas tecnologias nos procedimentos tanto perante

---

28 CEJIL – Centro para a Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008, p. 24.

29 Apesar de não ser o objeto principal desse trabalho a análise da efetividade das decisões tomadas pela CIDH ou pela Corte IDH, consideramos que o cumprimento das mesmas reflete a credibilidade do sistema de proteção, tanto para os Estados, como para as vítimas.

a Corte quanto perante a CIDH.<sup>30</sup> Desde 2010, é possível o envio de petições, notificações e documentos exclusivamente por meios eletrônicos. O emprego desses meios tem facilitado a comunicação entre os órgãos do sistema e os distintos atores que se apresentam perante o mesmo, além de agilizar o trâmite dos casos e garantir maior transparência do processo. Nesse ponto, destaca-se, ainda, o intercâmbio entre os diferentes sistemas regionais, visando à troca de tecnologias e informações.<sup>31</sup> Ressalta-se, contudo, que apesar do uso de novas tecnologias ser fundamental para que as jurisdições regionais se tornem cada vez mais acessíveis, é preciso que se considere o direito daquelas pessoas que não contam ou tenham acesso limitado aos meios eletrônicos.

Além disso, uma das principais contribuições do atual Regulamento da Corte, em vigência desde 1 de janeiro de 2010, foi a criação da figura do Defensor Público Interamericano.<sup>32</sup> Desse modo, a reforma do Regulamento buscou garantir o acesso à justiça interamericana mediante a concessão de assistência jurídica gratuita às supostas vítimas que não possuem representação legal perante a Corte. No antigo Regulamento, quem assumia a representação das vítimas nesses casos era a CIDH. Assim, mais uma vez, evita-se a posição dual da Comissão ante a Corte.

Agora, nos casos em que a suposta vítima não contar com representação legal, a Corte comunicará o fato à Associação Interamericana de Defensores Públicos, que designará um defensor

---

30 CORTE IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Artigos 28, 33, 44 e 51.11.

31 Conforme destacado no Relatório Anual de 2012 da Corte IDH, “em 5 de outubro de 2012, o Presidente desta Corte, Diego Garcia-Sayan, visitou a Corte Europeia onde se reuniu com seu Presidente prestes a concluir suas funções, Sir Nicolas Bratza e com seu Presidente eleito, juiz Dean Spielmann, com o objetivo de dar seguimento aos diálogos mantidos na reunião realizada em San José, Costa Rica. Entre outras atividades, concordaram que o especialista em informática do Tribunal Europeu visitaria a Corte Interamericana em novembro com o objetivo de prestar uma assessoria sobre a matéria e analisar a complementariedade entre os sistemas informáticos de ambos os tribunais. Outrossim, foram iniciadas as gestões para iniciar um intercâmbio de pessoal entre ambas as Secretarias.” Cf. CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 90.

32 CORTE IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Artigo 37.

para assumir a representação durante todo o processo, com o objetivo de garantir efetivamente os direitos das vítimas.

Com o mesmo intuito, o atual Regulamento da Corte criou o Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas,<sup>33</sup> que tem como objetivo facilitar o acesso ao SIPDH daquelas pessoas que não possuem os recursos necessários para levar seu caso perante o tribunal. Nesse sentido, toda pessoa que tenha seu caso apresentado à Corte IDH e que não conte com recursos econômicos para sufragar os gastos originados de um processo perante esse tribunal, poderá solicitar a utilização do fundo de vítimas. Nos casos em que o Estado for considerado internacionalmente responsável pela violação de direitos humanos, ele deverá restituir o percentual do Fundo utilizado, de forma que o montante gasto volte a estar disponível para futuras vítimas que necessitarem.

O Fundo é administrado pela Secretaria da Corte e não conta com recursos do orçamento ordinário da OEA, o que levou a Corte a buscar contribuições voluntárias para assegurar sua vigência. Os valores são, então, provenientes do projeto de cooperação assinado com a Noruega e com a Dinamarca para os períodos 2010-2012 e 2013-2015.<sup>34</sup>

A criação desse Fundo foi um passo fundamental na consolidação e ampliação dos horizontes da justiça interamericana, já que deu vida a um mecanismo que permitirá que aquelas pessoas que carecem de recursos econômicos não se vejam excluídas do acesso à Corte IDH. Afinal, litigar perante o SIPDH implica custos de investigação, documentação, negociações em prol de soluções amistosas, produção de provas, reuniões de trabalho e audiências em Washington DC e em San José, vistos, hospedagens, traslado de advogados, vítimas, testemunhas, peritos, entre outros.

Segundo estudos do Centro para a Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, o custo de um litígio perante a CIDH e a Corte gera um gasto mínimo de US\$55.000,<sup>35</sup> sem que se inclua nesses cálculos honorários profissionais de qualquer natureza. Ainda,

---

33 CORTE IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre o funcionamento do Fundo de Assistência Jurídica às vítimas*. Aprovado em 4 de fevereiro de 2010, com vigência a partir de 1 de junho de 2010.

34 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 85.

35 CEJIL – Centro para a Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008, p. 12.

deve-se considerar que os gastos aumentam significativamente nos casos que envolvem muitas vítimas e naqueles em que o Estado nega questões fáticas.<sup>36</sup> Ainda que a Corte determine, ao final, o pagamento das custas pelo demandado, na prática, os valores determinados costumam ser insuficientes para cobrir os gastos mínimos das vítimas.

Nesse contexto, louvável é a iniciativa de criação do Fundo de Assistência às Vítimas e da figura do Defensor Público Interamericano, que favorecem um acesso igualitário e efetivo das vítimas ao sistema, além de uma representação adequada e independente. A experiência de outros tribunais internacionais – dentre eles a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional – já evidenciou que esse tipo de solução constitui um mecanismo importante na garantia do amplo acesso das vítimas.<sup>37</sup>

A longa duração do processo também é causa do aumento dos gastos das vítimas. Nesse sentido, tem-se uma duração média de sete anos para aqueles casos que tramitam perante a CIDH e a Corte.<sup>38</sup> A demora é mais evidente na etapa perante a Comissão, já que devido ao grande número de demandas recebidas, não há possibilidade de se despachar as mesmas em um tempo razoável, como prescrevem as próprias normas da Convenção Americana.<sup>39</sup> Um cálculo otimista

---

36 Segundo levantamentos do CEJIL, o gasto médio em litígios com múltiplas vítimas, testemunhas, peritos, audiências, etc. é de US\$ 132.000. Cf. CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *The Urgent Need for a Legal Aid Fund in the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights*. Buenos Aires: CEJIL, 2006, p. 23.

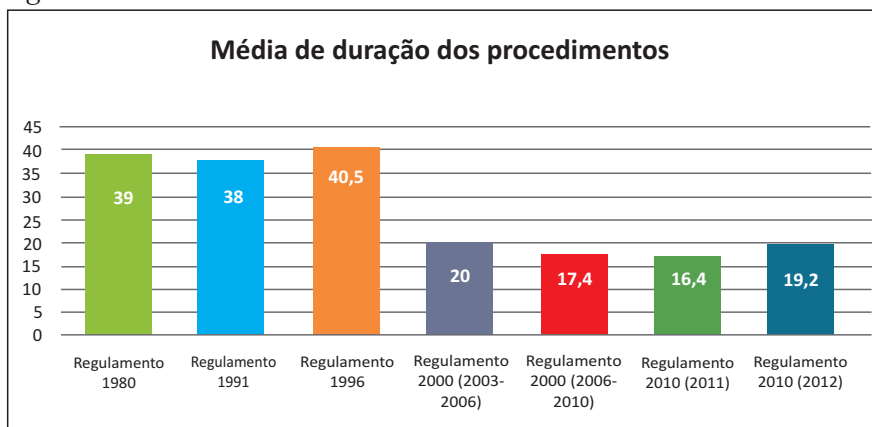
37 A Corte EDH conta com um mecanismo de assistência jurídica, por meio do qual é possível cobrir honorários, transporte, gastos administrativos, etc. Já o Tribunal Penal Internacional conta com um Fundo Fiduciário para Vítimas, que financia gastos das vítimas participantes de casos perante sua jurisdição, com uma Unidade de Vítimas e Testemunhas, por meio da qual se designa um advogado para as vítimas, caso necessário, e se fornece apoio psicológico às vítimas ou testemunhas traumatizadas.

38 Segundo levantamento do CEJIL, a maior parte dos casos pendentes perante a CIDH têm duração média de 5 anos ou mais. Já a duração média dos casos submetidos à Corte é de 2 anos, pelo que a média total do processo internacional é de 7 anos. Cf. CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008. Em 2012, a média de duração do processamento de casos na Corte foi mais baixa, no entanto (cerca de 19 meses). Cf. CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*.

39 O princípio do prazo razoável que resulta da Convenção Americana e da jurisprudência constante da Corte IDH não é apenas aplicável aos processos internos

que prevê a resolução de 100 casos por ano, implicaria cerca de quinze anos para a evacuação do acúmulo de casos pendentes, sem considerar os que chegam a cada ano.<sup>40</sup>

Fato é que a falta de resposta da Comissão, em um prazo razoável, a um enorme número de petições acarreta frustração e desconfiança no SIPDH, por parte dos peticionários, que passam por um novo processo de revitimização, e mesmo por parte dos Estados. As reformas regulamentares têm, certamente, contribuído para a maior celeridade processual interamericana, conforme nos mostra o gráfico abaixo:



**Gráfico 1: Média de duração dos procedimentos (meses) de acordo com os regulamentos<sup>41</sup>**

Na análise da demora do trâmite processual, deve-se analisar, ainda, a quantidade de casos levados à Corte pela CIDH, por ano. Durante o ano de 2012 foram apresentados doze casos ao tribunal, o que corresponde a um número menor se comparado aos dois anos precedentes, como demonstra o gráfico a seguir.

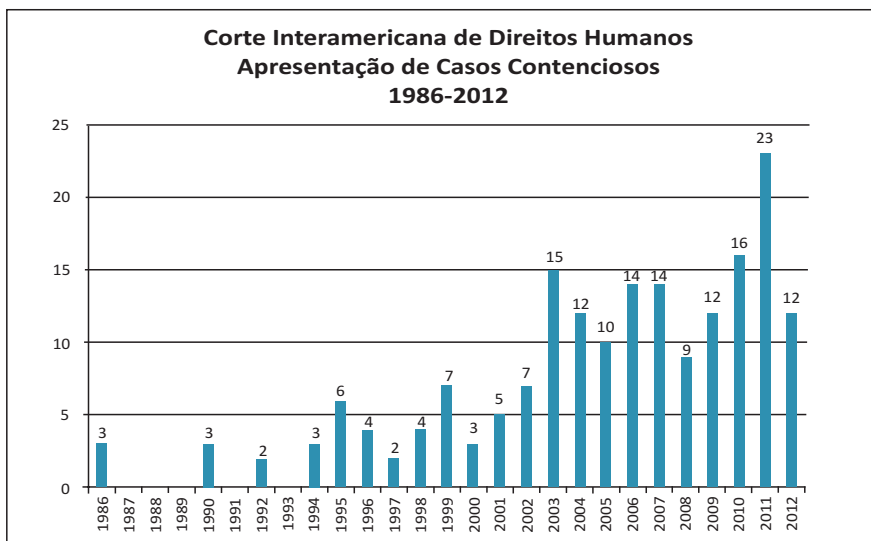
---

dentro de cada um dos Estados Partes, mas também para os tribunais e organismos internacionais que possuem como função resolver petições sobre supostas violações de direitos humanos. Cf. CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 9.

40 CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008, p. 12.

41 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 9.





**Gráfico 2: Apresentação de Casos Contenciosos<sup>42</sup>**

Ocorre que, ainda que se tenha verificado uma melhora razoável da duração da tramitação dos processos interamericanos, a falta de recursos humanos e materiais do SIPDH persiste como a principal razão da demora da tutela.

Nesse sentido, para a garantia da eficiência, mas também da autonomia e da independência do Sistema Interamericano, é indispensável, primeiro, sua estabilidade financeira. Conforme assinalado pela CIDH em seu Informe Anual de 2006,<sup>43</sup> o número de denúncias recebidas naquele ano foi de aproximadamente o dobro das recebidas em 2000, sem que tenha correspondido a este fato um aumento orçamentário proporcional.

O total de recursos recebidos pela Corte em 2012 foi de US\$3.638.143,13.<sup>44</sup> Estes valores provêm de recursos ordinários e extraordinários. Os ordinários, provenientes do orçamento da OEA, foram de US\$2.124.233,00, o que representa apenas 58,39% dos ingressos da Corte IDH no ano. O restante dos fundos, equivalente

42 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 13.

43 CIDH. *Relatório Anual de 2006*. OEA/Ser.L/V/II.127. Doc. 4 rev. 1. 3 de março de 2007.

44 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p.91.

a US\$1.513.910,13 e que cobrem 41,61% das atividades da Corte,<sup>45</sup> “correspondem a fundos extraordinários provenientes de cooperação internacional, contribuições voluntárias de Estados e outras instituições diversas”.<sup>46</sup>

Conforme destacado no Relatório Anual da Corte Interamericana de 2012, “trata-se de fato preocupante que os gastos ordinários da Corte sejam a cada ano cobertos em grande percentual por contribuições voluntárias e não com os recursos ordinários da OEA”.<sup>47</sup> Nesse sentido é que o ex-presidente do tribunal, Diego Garcia-Sayan, ao expor perante o Conselho Permanente as necessidades financeiras do tribunal a curto, médio e longo prazo, manifestou a importância de que o financiamento da Corte provenha do fundo regular da OEA.<sup>48</sup>

Afinal, o financiamento externo coloca os órgãos do Sistema Interamericano em uma situação vulnerável, já que a busca por recursos gera, na recepção dos fundos, condicionamentos temáticos, geográficos e, porque não, políticos. Tudo isso, além de dificultar o planejamento estratégico a longo prazo.

Desde a aprovação das reformas regulamentares da CIDH e da Corte em 2000, e apesar das novas e crescentes necessidades de recursos para a implementação das mesmas, a porcentagem do fundo global da OEA dedicado aos órgãos do SIPDH aumentou menos de 3%, passando de 5% em 2000 para cerca de 8% em 2012.

---

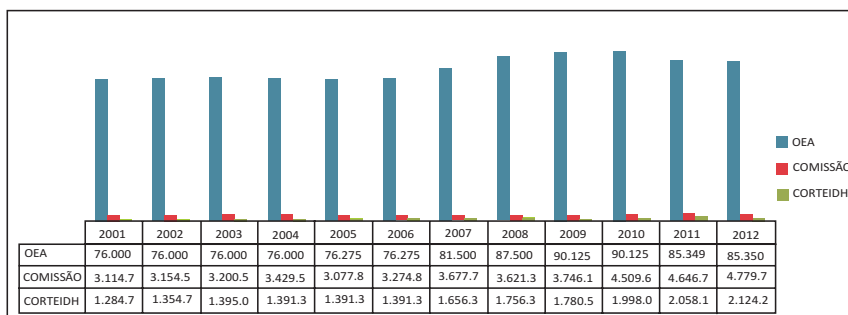
45 Durante o ano 2012 a Corte recebeu, para seu funcionamento, contribuições voluntárias dos seguintes Estados e instituições: Governo da Colômbia, através de sua Missão Permanente perante a OEA: US\$130,000.00; Governo da Costa Rica, segundo Convênio de Sede: US\$ 103,736.62; Governo do México: US\$300,000.00, recebidos em duas partes iguais em 3 de fevereiro e 5 de outubro de 2012; Governo do Chile, através de sua Embaixada na Costa Rica: US\$10,000.00; ACNUR Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados: US\$5,000.00; Ministério Público Fiscal da Cidade Autônoma de Buenos Aires, Argentina: US\$22,000.00.

46 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p.91.

47 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p.91.

48 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p.98.

COMPARAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA POR ANO  
 OEA/COMISSÃO IDH/CORTEIDH  
 2001-2012



**Gráfico 3: Comparação da distribuição orçamentária por ano<sup>49</sup>**

Esses valores contrastam enormemente com aqueles destinados aos órgãos de proteção de outros sistemas de direitos humanos. A título de exemplo, em 2011, enquanto, somados, os recursos destinados à CIDH e à Corte IDH foram de US\$8.805.000, no mesmo período e somente para as atividades desenvolvidas no continente americano o orçamento da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos foi de mais de US\$20.000.000 e o do Alto Comissariado para os Refugiados foi de mais de US\$100.000.000.<sup>50</sup>

Assim, é urgente que se adote medidas que reflitam no aumento significativo da porcentagem do orçamento da OEA destinado à CIDH e à Corte. Ademais, se os Estados não estão dispostos a aumentar sua contribuição aos órgãos de proteção, nos parece insustentável a ideia de novas reformas que impliquem no acréscimo de funções para tais órgãos. Até porque, o fato de, possivelmente, no futuro, reformas permitirem um maior acesso formal (direto) das supostas vítimas à Corte, como se tem defendido, terá como reflexo, tão somente, o congestionamento e a ineficácia do Sistema Interamericano se a reforma não estiver acompanhada de um grande aporte orçamentário para o tribunal.

49 CORTE IDH. *Relatório Anual de 2012*, p.93.

50 CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para mejorar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Respuesta de CEJIL a la propuesta Del Consejo Permanente de la OEA. Documento de conyuntura No 6. Buenos Aires: CEJIL, 2012, p. 50.

Por fim, necessário destacar a importância dos avanços jurisprudenciais da Corte, que estabelecem padrões de interpretação dos direitos elencados na Convenção Americana e que determinam obrigações positivas dos Estados. Mais importantes se tornam esses avanços, quando os órgãos do poder público interno aplicam o denominado controle de convencionalidade no âmbito de suas respectivas competências. Afinal, por ser a instância internacional uma via subsidiária de tutela dos direitos, e não uma quarta instância recursal, é que se faz necessário um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, entre autoridades internas e as instâncias internacionais, de modo que os critérios de decisão possam ser conformados entre si.

A este respeito, a Corte recordou, no caso *Gomes Lund. vs. Brasil*, que

*“As autoridades nacionais estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos os seus juízes, também estão submetidos a ele, o que lhes obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam empobrecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. Assim, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, têm a obrigação de exercer ex officio um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não apenas o Tratado, mas também a interpretação do mesmo feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.*<sup>51</sup>

Um devido controle de convencionalidade e uma adequação do ordenamento jurídico e das práticas internas aos padrões convencionais, certamente, contribui para o descongestionamento do Sistema Interamericano, já que demandas que seriam levadas às instâncias regionais passam a ser solucionadas no âmbito nacional.

---

51 CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n° 219, §176.

O grau de instrução dos operadores da justiça quanto aos direitos humanos é fator relevante e que facilita essa aplicação horizontal e direta dos princípios convencionais no âmbito interno. Afinal, o desconhecimento da matéria dificulta a aplicação coerente dos mecanismos de proteção. Nesse ponto, destaca-se que o Judiciário de outros países como a Argentina e a Colômbia, vem aplicando automaticamente as decisões dos órgãos do sistema, ainda que proferidas em casos que tratam de violações ocorridas em outros países, e reconhecendo a hierarquia constitucional dessas disposições.<sup>52</sup>

## II. O ACESSO À CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O MODELO DIRETO

Constituída em 1949, a Corte EDH é competente para se pronunciar sobre demandas individuais ou estatais que aleguem violações dos direitos elencados na Convenção Europeia, com seus diversos protocolos adicionais.<sup>53</sup>

A questão do acesso à justiça e do protagonismo das vítimas no litígio de âmbito regional é discutida desde os primeiros casos do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEPDH). Desde o caso *Lawless vs. Irlanda* (1960)<sup>54</sup> a Corte recebe, por meio dos delegados da extinta Comissão Europeia, argumentos escritos dos próprios demandantes. Já em 1970, no caso *Vagrancy vs. Bélgica*,<sup>55</sup> o tribunal concedeu à palavra a um advogado das vítimas.

E, em não sendo coincidentes os papéis da Comissão e dos representantes das vítimas, passaram a ser frequentes os casos de opiniões divergentes entre eles. Assim é que, inevitavelmente e já na

---

52 DI CORLETO. El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina. In: KRSTICEVIC, Viviane. (Coord.). Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales. Buenos Aires: CEJIL, 2007, p. 113-126.

53 A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi assinada em 4 de novembro de 1950, em Roma, e entrou em vigor em 1953. Atualmente, conta com a ratificação dos 47 Estados membros do Conselho da Europa, estando em análise a adesão da União Europeia à CEDH.

54 CORTE EDH. *Caso Lawless v. Irlanda*. Julgamento de 14 de novembro de 1960. Série A, nº 332.

55 CORTE EDH. *Caso "Vagrancy" vs. Bélgica*. Julgamento de 18 de novembro de 1970. Série A, nº 2832.

década de 80, foi reconhecido o *locus standi in judicio* às vítimas ou seus representantes perante a Corte.

A evolução do Sistema Europeu culminou na entrada em vigor do Protocolo n° 11 à CEDH,<sup>56</sup> em 1998, que suprimiu a Comissão do sistema e assegurou o acesso direto dos indivíduos à Corte, o que a tornou jurisdição permanente e única.<sup>57</sup> Ao contrário do que previam os céticos, “*em relativamente pouco tempo todos os Estados Partes na CEDH, em inequívoca demonstração de maturidade, se tornaram partes também no Protocolo n° 11*”.<sup>58</sup>

Com isso, o indivíduo passou a ter acesso direto a um tribunal internacional - *jus standi* -, com plena capacidade jurídica. Trata-se do reconhecimento da pessoa, não mais como simples objeto, mas como sujeito do direito internacional. Ora, somente esse acesso direto é capaz de garantir a igualdade processual entre as partes do litígio internacional e o respeito do princípio do contraditório entre as vítimas de violações e os Estados responsáveis, já não havendo mais a filtragem de casos, antes realizada pela Comissão Europeia.

Além disso, a ideia de que a Comissão fazia duplo papel jurisdicional com a Corte levou à conclusão de que a supressão daquela somente poderia reduzir a duração do tratamento das demandas.<sup>59</sup>

No entanto, nem só de benesses se deu essa evolução. O acesso direto das supostas vítimas à Corte Europeia teve como consequência a consagração do direito de recurso individual, mas, por outro lado, o congestionamento do sistema. A título exemplificativo, em 1998, quando da aprovação do Protocolo n° 11, estavam pendentes de julgamento 7.771 demandas; dez anos depois, esse número foi a 97.000 casos (doze vezes maior).<sup>60</sup>

---

56 CE. Protocolo n° 11 à Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos. Vigência em 1 de novembro de 1998.

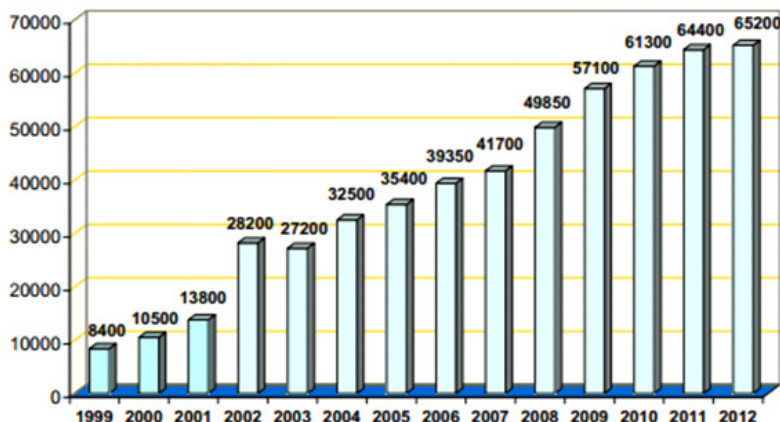
57 O Protocolo n° 11 revogou também a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição do tribunal, fazendo com que todos os Estados Partes da CEDH passassem a se submeter ao mesmo.

58 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002, p. 15.

59 CORTE EDH. *Dix ans de la « nouvelle » Cour Européenne des Droits de l'Homme 1998-2008. Actes du Séminaire*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d'Europe, 2009.

60 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*, p. 7.

Ainda, tem-se que, somente no primeiro ano da vigência do Protocolo, abriram-se 8.400 dossiês, enquanto em 2012 o número de demandas protocoladas chegou a 65.200.<sup>61</sup>



**Gráfico 4: Número de demandas distribuídas<sup>62</sup>**

Ao mesmo tempo, o número de sentenças e decisões proferidas pela Corte EDH aumentou muito. Enquanto a “antiga” Corte proferiu 837 decisões em mais ou menos 40 anos de existência, a “nova” emitiu em 2012 sua décima milésima sentença desde sua origem.<sup>63</sup>

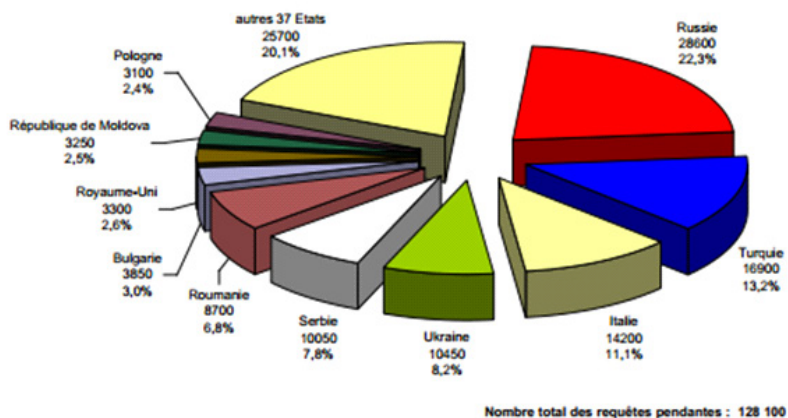
Certamente, tal congestionamento se deve também a outros fatores: o abarrotamento e a ineficácia das jurisdições internas e, principalmente, a ratificação da CEDH por novos membros. O Conselho da Europa, que contava com 23 membros em 1990, agora tem 47. E, todo novo Estado membro do Conselho da Europa deve assinar a CEDH e ratificá-la em um período breve, geralmente de um ano. Alguns dos novos Estados membros são responsáveis por

61 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*, p.7; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002.

62 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*, p. 7 e 11. O conjunto dos Estados membros do Conselho da Europa somavam, em 1 de janeiro de 2012, cerca de 822 milhões de habitantes. Assim, o número médio de demandas distribuídas para cada 10.000 habitantes é de 0,79 em 2012.

63 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*.

grande parte do peticionamento perante a Corte EDH, sendo que quatro deles (Rússia, Romênia, Turquia e Ucrânia) são responsáveis por metade do número total.



**Gráfico 5: Proporção de demandas por Estado<sup>64</sup>**

Assim, não se pode negar que o acesso direto das supostas vítimas ao tribunal tem provocado um aumento significativo da demora processual. Diz-se que “a Corte é vítima de seu próprio sucesso”.<sup>65</sup> Certo que o crescimento exponencial do número de demandas é sinal de utilidade do sistema, mas, ao mesmo tempo, a qualidade da justiça risca de sofrer.

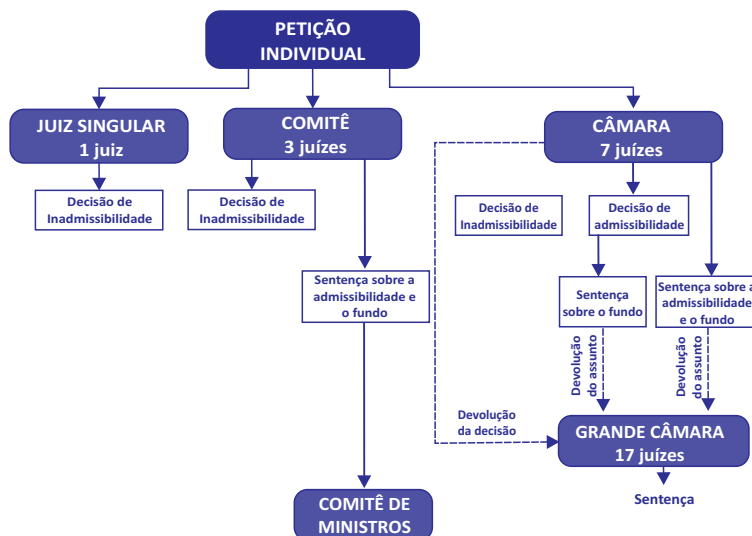
Visando a manutenção da qualidade das sentenças é que este tribunal hoje já se organiza em Comitês e Câmaras, sendo a Grande Câmara, formada dezessete juízes, a responsável pela uniformização do entendimento da Corte.<sup>66</sup>

64 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*, p.8.

65 CORTE EDH. *Dix ans de la « nouvelle » Cour Européenne des Droits de l’Homme 1998-2008. Actes du Séminaire*. 1er ed. Strasbourg: Conseil d’Europe, 2009.

66 Esquema explicativo disponível em [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Último acesso em 5 de abril de 2014.





Em razão desse fluxo massivo de casos ao SEPDH, muitos tratando de assuntos similares – também chamados “problemas sistêmicos”, ou seja, aqueles que têm por origem uma desconformidade do direito nacional à CEDH -, foi adotado o Protocolo n° 14,<sup>67</sup> que buscou tornar o funcionamento da Corte Europeia mais eficaz, concebendo um modelo de julgamento de caso-piloto. Tal Protocolo foi apelidado de “reforma da reforma”, já que ficou claro que aquele de n° 11 não seria suficiente para a eficácia do sistema.<sup>68</sup>

Tal modelo propôs o exame de uma ou algumas das demandas similares que transportariam o entendimento de seu julgamento aos demais casos repetitivos. Assim, por esta técnica, ao proferir sentença em um dos casos, a Corte chama o Estado concernente a adequar sua legislação aos parâmetros da CEDH e indica de maneira geral as medidas a serem tomadas, eliminando o problema sistêmico ou estrutural que dava origem aos casos repetitivos.<sup>69</sup>

Ao tratar do caso-piloto, a Corte se esforça para alcançar uma solução que vá além do simples caso particular, se aplicando a

67 CE. *Protocolo n° 14 à Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos*. Vigência em 1 de junho de 2010.

68 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d’Europe, 2007.

69 CORTE EDH. *La procédure de l’arrêt pilote*. Note d’information du greffier. Strasbourg: Conseil d’Europe, 2009

todos os casos similares e relativos à mesma questão. Ainda, há a possibilidade de se sobrestar os outros casos repetitivos pendentes, de maneira a incitar as autoridades nacionais a tomarem as medidas impostas pela sentença do caso-piloto, incluindo a criação de um recurso interno capaz de se aplicar aos casos similares.

O procedimento do caso-piloto se baseia em uma ideia fundamental: quando um grande número de demandas trata do mesmo problema, os petiçãoários obterão mais rapidamente tutela se um recurso efetivo for colocado em prática no âmbito nacional, do que se cada caso for tratado individualmente na Corte EDH,<sup>70</sup> uma vez que os princípios fundamentais já foram bem estabelecidos na jurisprudência do SEPDH.<sup>71</sup>

A Corte tem utilizado esse procedimento com flexibilidade, o que implica que nem todas as categorias de casos repetitivos são analisadas sob o enfoque do caso-piloto e que nem todo caso-piloto conduz ao sobrestamento dos demais casos repetitivos, notadamente quando o problema sistêmico se relaciona com os direitos mais fundamentais.<sup>72</sup>

Tendo em vista a enorme carga de trabalho atual desse tribunal e o fato de que este já é bastante exigido pelas demandas urgentes, os casos repetitivos podem ficar muitos anos pendentes de análise, o que revela a importância da adequação dos ordenamentos jurídicos internos à CEDH, com a aplicação do chamado “efeito horizontal da Convenção”. Justamente nesse sentido é um dos objetivos do Protocolo n° 14, que recomenda o equilíbrio entre o mecanismo internacional e as autoridades nacionais, reforçando o princípio da subsidiariedade. Conforme destacado pelo antigo Presidente da Corte EDH, Luzius Wildhaber,

*“Isso consiste dizer que os cidadãos devem ter possibilidade de fazer valer seus direitos perante os tribunais nacionais; afinal, uma proteção internacional bem organizada dos direitos*

70 CORTE EDH. *La procédure de l’arrêt pilote*. Note d’information du greffier. Strasbourg: Conseil d’Europe, 2009.

71 O primeiro processo de caso-piloto foi bem sucedido, já que levou à adoção de uma nova legislação e foi seguido pela resolução dos casos pendentes. Cf. CORTE EDH. *Caso Broniowski vs. Pologne* [GC]. Julgamento de 22 de junho de 2004. Série A, n°1443.

72 CORTE EDH. *Dix ans de la « nouvelle » Cour Européenne des Droits de l’Homme 1998-2008. Actes du Séminaire*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d’Europe, 2009.

*humanos nunca poderá ser tão efetiva quanto um sistema de proteção nacional que funcione bem”.*<sup>73</sup>

A técnica de julgamento do caso-piloto, apesar de ter potencial para reduzir de maneira sensível a carga de trabalho da Corte EDH, ainda é via insuficiente para reduzir tamanho fluxo de casos.<sup>74</sup> Ainda, se considerarmos a evidente necessidade de crescimento da secretaria, compreendemos, ao mesmo tempo, que o aumento desses meios humanos iria ao infinito sem que o crescimento exponencial do número de demandas fosse interrompido.

Essa reflexão nos leva a concluir, necessariamente, que se trata de um problema de manutenção das violações de direitos humanos pelos Estados, principalmente porque as condições legislativas internas são, em alguma maneira, permissivas e corroboram com essas afrontas à CEDH. Além disso, Executivo e Judiciário devem modificar suas práticas de maneira a adequá-las aos *standarts* convencionais.

Contudo, e apesar da necessidade de mudança da prática estatal, não se pode cercar o direito de recurso individual perante a Corte, pois, somente ele é capaz de assegurar a capacidade das vítimas de vindicarem seus direitos mais fundamentais, quando as vias internas forem ineficazes. Certo é que é preciso conciliar esse direito de acesso direto à instância regional com um tratamento rápido e eficaz das demandas.

Assim, malgrado o Protocolo n° 14 não ser em nenhuma medida um texto revolucionário, ele oferece soluções práticas a alguns problemas, especialmente ao instituir o mecanismo do juiz único para os casos manifestamente inadmissíveis e aquele do Comitê de três juízes para os casos repetitivos.<sup>75</sup> Essas mudanças foram as grandes responsáveis pelo aumento do número de decisões emitidas pela Corte.

Ocorre que esse número elevado de decisões não deve esconder que cerca de 75% das demandas julgadas em 2012 não resultaram em sentenças de mérito, mas em decisões que as declaram inadmissíveis.<sup>76</sup>

73 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d'Europe, 2007, p. 102.

74 CORTE EDH. *La procédure de l'arrêt pilote*. Note d'information du greffier. Strasbourg: Conseil d'Europe, 2009; CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*.

75 CORTE EDH. *La procédure de l'arrêt pilote*. Note d'information du greffier. Strasbourg: Conseil d'Europe, 2009.

76 CORTE EDH. *Analyse statistique 2012*, p. 4.

Seria glória de uma jurisdição de tantas responsabilidades excluir tamanha proporção de demandas como desprovidas de fundamento? Como resposta a esse questionamento, se pronunciou Jean-Paul Costa, também ex-presidente da CEDH:

“No estado atual das coisas nossa Corte não pode fazer diferente. Façamos todos juntos para que seja diferente no futuro. E começemos por dar aos instrumentos dos quais precisamos a força jurídica própria a lhes fazer produzir seus efeitos positivos.”<sup>77</sup>

A eficácia do recurso à Corte domina as reflexões e os processos de reforma tendentes à aceleração dos procedimentos. O tratamento das demandas repetitivas pela técnica do caso-piloto, a junção de julgamentos sobre admissibilidade e mérito, o aumento das Câmaras e do pessoal de secretaria, bem como a simplificação da correspondência com os requerentes são ilustrações significativas.

Ora, o direito de peticionamento individual direto também é condição de efetividade dos direitos, lá onde outros meios de proteção desses estiverem esgotados ou se revelarem ineficazes. Afinal, sem um acesso formal à justiça não há como se assegurar o acesso material e efetivo. Conforme destacado pela Corte EDH no caso *Airey vs. Irlanda* (1979)<sup>78</sup>

*“O acesso à justiça não deve apenas ser teórico e reconhecido em princípio. Ele deve, efetivamente, ser aberto a todas as pessoas, de maneira que se atente às condições materiais que permitam o exercício desse direito”.*

Dessa forma, é preciso que através e além das fronteiras, as vítimas mais vulneráveis possam ter a possibilidade de exercer esse direito de peticionamento. Como afirmado por Terry Davis, antigo Secretário Geral do Conselho da Europa, no quadro dos debates relativos à reforma dos procedimentos,

*“O objeto desta reforma é a proteção dos direitos humanos e não a proteção da Corte do ponto de vista das demandas individuais. É preciso diminuir o número de dossiês e aumentar as lições dadas pela jurisprudência. No que concerne*

77 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d’Europe, 2007, p.124.

78 CORTE EDH. *Caso Airey vs. Irlanda*. Julgamento de 9 de outubro de 1979. Série A, n° 6289.

*à abrangência e o conteúdo das sentenças, a jurisprudência deveria se desfazer desse lado casuístico que engole princípios em fatos limitados”.*<sup>79</sup>

Mas não nos enganemos: o direito de peticionamento individual direto é condição necessária, porém não suficiente para a efetividade da garantia dos direitos humanos. E, a efetividade do recurso individual supõe também que ele seja útil. Como ressaltado por Jean-Paul Costa:

“Eu sou pessoalmente favorável a esse direito de recurso individual, conquista de muitas lutas, e, portanto, a sua manutenção. Mas não encubramos nossos olhos. Sempre militei muito em favor do princípio da realidade, muito além das aparências, para perceber que, sem reformas importantes, que alguns dizem radicais, o fluxo de demandas perante uma jurisdição submersa risca de matar de fato o recurso individual.”<sup>80</sup>

Isso porque a função da Corte não é somente de resolver casos ou fazer justiça em um caso particular, ela deve também dizer o direito, dar interpretação autêntica da Convenção, criar um *standard* europeu de proteção de direitos ou, como enunciado pelo próprio tribunal, “*criar uma ordem pública europeia*”.<sup>81</sup>

A Corte EDH hoje tem a preocupação de reduzir sua carga de trabalho, mas também de proceder a mais decisões principiológicas. Porém, por não fazer controle abstrato e com sentenças que colam as circunstâncias de fato, a amplitude de seus ensinamentos resta reduzida. As sentenças são dadas na circunstância da espécie e isso, por certo, contribui na geração de demandas sobre as mesmas questões. O desafio é encontrar métodos de triagem qualitativa e não quantitativa.

O *Grupo des Sages* propôs, em 2006, a introdução de um texto convencional que obrigaria expressamente os Estados partes a instituir mecanismos de direito interno para reparar os prejuízos resultantes de violações à CEDH e notadamente as violações originárias de deficiências estruturais ou legislativas no direito ou

79 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d’Europe, 2007.

80 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d’Europe, 2007, p.124.

81 CORTE EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia* [GC]. Julgamento de 23 de março de 1995. Série A, No. 1531.

na prática do Estado.<sup>82</sup> Isso porque quando o tribunal interno se conforma à jurisprudência do tribunal regional e anula as demais decisões internas que não o fazem, as partes não têm mais interesse de prosseguir o procedimento e perante a Corte regional e, ainda assim, se garante uma tutela efetiva à vítima.

Nesse sentido, o Protocolo n° 16,<sup>83</sup> adotado em 2013, prevê a possibilidade das jurisdições mais altas de cada Estado membro da CEDH de obter da Corte EDH pareceres consultivos sobre questões relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades definidos pela Convenção e seus protocolos.<sup>84</sup>

O objetivo dessa medida é instaurar uma plataforma de diálogo jurisdicional, que facilitaria a aplicação da jurisprudência da Corte pelas jurisdições nacionais, e ainda, permitiria a resolução de inúmeras demandas no âmbito nacional – o que aboliria futuras demandas individuais em Estrasburgo, reforçando o princípio da subsidiariedade novamente aclamado no Protocolo de n° 15.

Num primeiro momento, a Corte estima que haverá um aumento de sua carga de trabalho. Porém, o reforço da coerência de interpretação e de aplicação das normas da Convenção pelos juízes nacionais evitaria futuras demandas repetitivas perante o tribunal e permitiria análises mais profundas sobre princípios em matéria de proteção dos direitos humanos na Europa.<sup>85</sup> Afinal, a Corte passará a esclarecer questões relativas à interpretação da CEDH em um estado precoce e, assim, antecipará e evitará a introdução de certo número de demandas individuais relativas à mesma questão no âmbito regional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas regionais de proteção – concebidos todos na universalidade dos direitos humanos – vivem momentos históricos distintos. Afinal, o atual estágio de desenvolvimento do Sistema

---

82 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg: Conseil d'Europe, 2007, p. 59. O *Grupo des Sages* foi incumbido de fazer propostas para o futuro, à médio e longo prazo, da Corte e do SEPDH.

83 CE. *Protocolo n° 16 à Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos*. Strasbourg, 24, X, 2013.

84 CORTE EDH. *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*.

85 CORTE EDH. *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*.

Interamericano é semelhante ao do Sistema Europeu na década de noventa,<sup>86</sup> no tocante à condição das partes em casos e do *locus standi in judicio* das vítimas ou de seus representantes no processo perante a Corte IDH. Já o SEPDH, em consequência do largo passo dado em prol do direito de peticionamento individual à instância regional, apesar de ter assegurado o acesso formal das vítimas à Corte, têm sofrido com a grande carga de trabalho e com o congestionamento do sistema.<sup>87</sup>

Todavia, ainda que em diferentes estágios de desenvolvimento, a proteção regional está sempre inspirada na necessidade de se contar com uma via última e subsidiária para garantir o gozo e o desfrute dos direitos humanos. Nesse sentido é que os sistemas de proteção regional expressam o compromisso coletivo dos Estados de garantir esses direitos dentro e fora de suas fronteiras nacionais, se constituindo como das mais nobres expressões do reconhecimento da dignidade das pessoas e dos povos.<sup>88</sup> Mais ainda, os tratados de direitos humanos reconhecem a desigualdade dos indivíduos frente ao poder estatal, a possibilidade de erros e retrocessos na tutela dos direitos e manifestam a vontade dos Estados de criar mecanismos subsidiários de proteção dos direitos mais fundamentais da pessoa humana.

O direito humano de acesso à justiça, já tão discutido nos âmbitos regionais, abarca garantias tanto na perspectiva interna, como na perspectiva internacional.<sup>89</sup> Neste ponto, conforme estabelecido pela jurisprudência tanto interamericana quanto europeia, para que se assegure esse direito, “*não basta a existência formal dos recursos, mas eles devem ser efetivos, capazes de produzir resultados ou*

---

86 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002, p. 15.

87 No Sistema Africano de Proteção, por exemplo, só recentemente foi estabelecida a Corte Africana de Direitos Humanos. E apenas em setembro de 1994 o Conselho da Liga dos Estados Árabes adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos.

88 CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para mejorar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Respuesta de CEJIL a la propuesta Del Consejo Permanente de la OEA. Documento de conjuntura No 6. Buenos Aires: CEJIL, 2012.

89 GOMES, Luiz Flávio. As Garantias Mínimas do Devido Processo Criminal nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Interamericano. In: *O Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 182.

*respostas às violações de direitos contempladas na Convenção*".<sup>90</sup> Assim é que existe não só a obrigação negativa dos Estados e das instâncias internacionais de não impedirem o acesso aos recursos, mas também a obrigação positiva de organizarem o aparato institucional, eliminando óbices normativos, sociais e econômicos, para que os indivíduos possam aceder aos recursos.

No entanto, apesar da garantia de acesso à justiça estar consolidada em tratados e jurisprudência internacional, ainda hoje existem óbices para a efetividade desse acesso nas instâncias regionais. Conforme demonstrado ao longo de todo esse trabalho, o modelo de acesso indireto adotado pelo Sistema Interamericano impede o acesso, mesmo que formal, das supostas vítimas ao tribunal regional, ao manter uma filtragem de casos pela Comissão. Lado outro, o modelo direto, que proporciona o direito de recurso individual à instância regional europeia, tem influenciado de tal maneira no congestionamento do SEPDH que a demora processual tem se tornado excessiva. Ora, a duração processual guarda relação com a própria efetividade do processo e, por conseguinte, com o acesso à justiça.<sup>91</sup> Dessa forma, em muitos casos, não é possível afirmar que o modelo direto, adotado pelo Sistema Europeu, proporciona um acesso efetivo à justiça.

Fato é que ambos os sistemas analisados sofrem com fluxo elevado de casos que a eles chega, sendo que no SEPDH esse abarrotamento é notório na Corte, enquanto no Sistema Interamericano é a CIDH quem mais sofre com o grande número de casos e a insuficiência de recursos humanos e materiais.

Partindo disso, bem vindas são as reformas que têm sido implementadas nesses sistemas e que foram analisadas neste trabalho – a criação da figura do Defensor Público Interamericano e do Fundo de Assistência às Vítimas, o uso de novas tecnologias, a implementação da técnica do caso-piloto, a adoção do Protocolo n<sup>o</sup> 16 à CEDH, etc.

Entretanto, vimos que apesar de frente ao congestionamento dos sistemas regionais, a técnica do caso-piloto constituir via insuficiente, ainda assim leva esperanças. É de se considerar a

---

90 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.147, §144.

91 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.147, §150.



conveniência e a possibilidade do tratamento de ações coletivas quando as características da situação assim o exigir.<sup>92</sup> Por exemplo, em casos referentes a pessoas privadas de liberdade em condições inumanas ou nos referentes a grupo de migrantes cuja situação afete todo o grupo. Ora, existem diversas experiências nacionais que contemplam a possibilidade de ações coletivas para a proteção de direitos, como o mandado de segurança coletivo (*amparo*) e os procedimentos de tutela de direitos coletivos e difusos (no Brasil, a ação civil pública e a ação popular, por exemplo). O estudo sobre a viabilidade dessas ações em âmbito regional é imperativo, vez que a adoção das mesmas levaria a uma economia de energia e permitiria maior tutela dos direitos dos mais vulneráveis.

Ainda, a respeito da Comissão Interamericana, ressaltamos que tanto a promoção como a proteção dos direitos humanos fazem parte de seu amplo mandato. Por isso é que qualquer proposta de reforma ao trabalho da CIDH deve estar inspirada pelo objeto e fim último do SIPDH, buscando soluções que visem a tutela dos direitos das pessoas, a eliminação das causas e consequências das ações ou omissões que acarretam na responsabilização do Estado e o estabelecimento de medidas que evitem a repetição das violações de direitos humanos.

Uma perspectiva a longo prazo dos sistemas regionais exige uma discussão sobre o papel das Convenções – Europeia e Americana – num futuro mais distante. Nesse contexto, as práticas internas têm papel fundamental. É preciso descentralizar o sistema das Convenções, que devem repousar sobre a ideia de que o essencial é a proteção conferida pelo direito interno. A via de subsidiariedade entre sistemas nacionais e controle regional seria frutuosa na redução do fluxo das entradas de casos, ou ao menos das entradas repetitivas ou das que poderiam, facilmente, serem solucionadas no âmbito interno.

Todos os esforços devem, então, ser voltados para o restabelecimento do verdadeiro sentido do princípio da subsidiariedade.<sup>93</sup> Isso porque quanto mais ações solucionadas na esfera nacional, menos o fluxo das demandas às instâncias regionais será justificado.

92 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d'Europe, 2007.

93 CE. *L'amélioration des recours internes avec un accent particulier sur les cas de la durée déraisonnable des procédures*. Atelier organisé à l'initiative de la Présidence polonaise du Comité des Ministres du Conseil d'Europe. Direction générale des droits des l'homme. Strasbourg: Conseil d'Europe, 2006.

Assim é que, como tratado, deve haver uma tomada de consciência pelo Executivo, Legislativo e pelos juízes nacionais da necessidade dos Estados de reformarem os textos internos e de modificarem suas práticas de maneira a prevenir as violações ou de remediá-las quando não puderem ser evitadas.

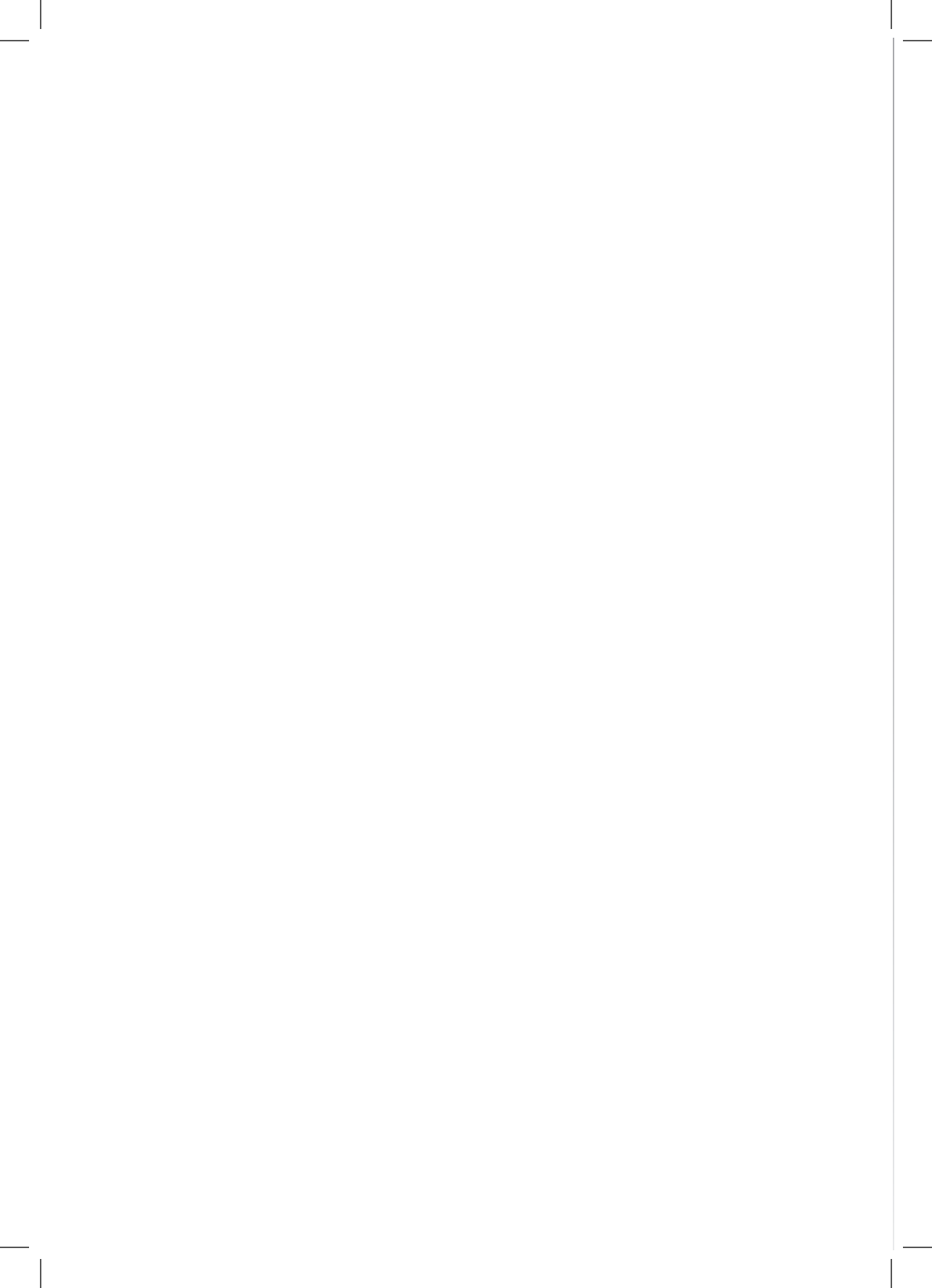
Ora, ainda que não haja remédio milagre para o abarrotamento dos sistemas regionais, sem dúvida a solução está muito ligada à efetividade dos sistemas jurídicos nacionais, sendo que a evolução destes representa inevitavelmente um lento e longo processo.

Portanto, não é mais suficiente afirmar o princípio segundo o qual todo indivíduo pode demandar perante os tribunais regionais. É preciso desenvolver uma sólida cultura jurídica de direitos humanos nos Estados membros. Ainda há muito esforço a ser feito para que os advogados, juízes, sociedade civil, estudantes de direito, etc. tenham a consciência de que o direito interno deve ser interpretado de maneira coerente com as normas internacionais de direitos humanos.

Assim, na condição de que exista vontade dos Estados, mas também da sociedade civil e operadores do direito, os direitos humanos não declinarão no Século XXI. *“Ao contrário, eles vão progredir”*.<sup>94</sup>

---

94 CORTE EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg : Conseil d'Europe, 2007, p. 124.



# O ESTADO BRASILEIRO FRENTE ÀS DISCRIMINAÇÕES CONTRA LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO BRASIL

---

**Luanna Marley**

Advogada; Mestranda em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará – UECE; Militante de direitos humanos e feminista; Integrante da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares – RENAP/CE

**Rose Marques**

Advogada; Mestranda em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará – UECE; Integrante do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde 1988, com o advento da Constituição Federal brasileira, conhecida como a Constituição Cidadã, foram inseridos princípios voltados para os direitos fundamentais, preconizando o tratamento igualitário e o respeito às diversidades, independente de cor, sexo, religião, idade e classe, ou seja, garantindo legalmente a não discriminação.

Entretanto, por mais que a Constituição brasileira tenha como princípio o tratamento não discriminatório, a naturalização das violências motivadas pela questão da orientação sexual e/ou identidade de gênero<sup>1</sup>, tem deixado nítido a existência de uma hierarquia das sexualidades causando, portanto, profundas desigualdades sociais e a negação dos direitos e do acesso às políticas públicas pela população

---

1 Conforme os Princípios de Yogyakarta (um dos mais importantes documentos internacionais elaborados sobre Direitos Humanos e Sexualidade), **Orientação Sexual** “é a capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; a **Identidade de Gênero** se traduz como “a sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (2006, p. 7)

de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), deslocando-os/as para uma marginalidade social.

A reafirmação dos (des) valores sociais pautados em um padrão social considerado ideal e legítimo, que é o ser homem, heterossexual, rico e branco, tem proporcionado a manutenção de uma “única verdade”, ou seja, de uma lógica etnocêntrica e patriarcal, contribuindo para a difusão dos machismos, dos racismos e das homofobias<sup>2</sup>. Neste sentido, os estigmas, os mitos, a aversão e o ódio às pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, ou se travestem de forma “diferente”, configuram-se, até os dias de hoje, como uma barreira que repercute no sistema de justiça, na elaboração de leis e na implementação de políticas públicas voltada para o reconhecimento e a garantia de direitos. Essa omissão e, muitas vezes, negação por parte dos poderes estatais, vem servindo como munição para a expressão do preconceito, da discriminação e das violências contra LGBT.<sup>3</sup>

Neste cenário de desigualdades sociais, provocado pelas opressões oriundas da moral, da hierarquia das sexualidades e da normatização de uma única sexualidade (a heterossexualidade), a luta por políticas públicas, igualdade de direitos e cidadania LGBT, tem ganhado visibilidade nos últimos anos, pressionando o Estado a dar respostas às demandas apresentadas.

A inserção da pauta LGBT na arena pública, portanto, na agenda política brasileira, repercutiu tanto nos programas desenvolvidos pelo Governo Federal, como o programa Brasil Sem Homofobia (2004), como na histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) ao reconhecerem a união estável

---

2 HOMOFOBIA é um termo geral utilizado para definir o medo, o ódio, a versão, o preconceito, a violência e discriminação à lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Porém, quando esta violência é específica para as mulheres lésbicas, o termo mais adequado é lesbofobia, quando é específica contra as/os travestis e transexuais, o termo mais adequado é transfobia. Para BORILLO (2010) “do mesmo modo que a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal (...) a homofobia é algo familiar e, ainda, consensual, sendo percebida como em fenômeno banal. ”

3 Por uma questão de posicionamento político e conceitual, neste trabalho, utilizaremos os termos “orientação sexual”, “identidade de gênero”, “LGBT”. e não apenas com o termo “homossexuais” tendo em vista que socialmente, este termo tem implicado na visibilidade somente de homens gays. Com os avanços conceituais, a utilização apenas do termo “homossexual” para definir uma diversidade de sujeitos, em qualquer trabalho ou produção, anula as especificidades das lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais e suas construções históricas, políticas e culturais.

entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de casamento civil, respectivamente.

Portanto, a cotidiana violência contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), requer uma análise sociopolítica, cultural e jurídica, considerando, sobretudo, as raízes dos discursos impostos pelas instituições governamentais, religiosas e econômicas, que compõem a atual conjuntura política brasileira.

Para pensarmos o Estado e as políticas sociais neste campo do gênero e das sexualidades no Brasil, faz-se necessário trazer algumas problematizações, tais como: de que Estado estamos falando? Que ideologias estão em jogo? Qual o impacto da materialização dos discursos e da atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas vidas de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais?

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar e fomentar algumas reflexões sobre o sistema político em que estamos inseridos/as, bem como seus impactos no Direito e nas políticas públicas em relação à garantia e efetivação dos direitos sexuais e no enfrentamento às discriminações contra LGBT.

## **2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO HETEROSSEXISTA<sup>4</sup>: ASPECTOS PRELIMINARES DA LEGITIMAÇÃO DAS DESIGUALDADES**

A construção sócio-cultural pautada em referenciais machistas, racistas e na heterossexualidade como obrigação (ou compulsória)<sup>5</sup>, impõe, ideologicamente, a todas e todos regras, condutas e comportamentos. Ressalte-se que o sexo, os corpos, os afetos e as sexualidades sempre foram de “interesse público”, como lembra Michel Foucault (1988), uma vez que, historicamente, tem sido foco de atenção das instituições religiosas, jurídicas, científicas e dos múltiplos mecanismos de controle estatal.

---

4 NATIVIDADE (2014, p.75), ao retomar o conceito da palavra “heterossexismo”, expõe que esta se configura como “a crença na existência de uma hierarquia entre as diferentes formas de sexualidade, legitimada como fato da natureza. O repúdio à diversidade sexual é, ao mesmo tempo, um efeito e uma estratégia de preservação destas hierarquias naturalizadas.”

5 O termo “heterossexualidade compulsória” foi criado em 1980 pela feminista e escritora norte-americana Adrienne Rich, ao descrever sobre a existência das mulheres lésbicas. Assim, para RICH, a heterossexualidade compulsória se configura como uma imposição social de que a heterossexualidade é a única forma de sexualidade normal, aceitável e legítima. (RICH, 2010)

Neste primeiro momento, para termos uma compreensão das questões que envolvem as desigualdades e as violências existentes por motivo de “orientação sexual” e “identidade de gênero”, iremos resgatar algumas definições do que seja “gênero”, definições que *per si* não se bastam, mas que se tornam essenciais. Na avaliação de Saffioti (2004, p.45), “o gênero é a construção social do masculino e do feminino”. Mott (2001, p. 35), faz uma abordagem expondo que

[...] a sexualidade humana é um constructo cultural, tanto quanto os hábitos alimentares e corporais. Nascemos machos e fêmeas e a sociedade nos faz homens e mulheres. Mais ainda: o ser masculino e o ser feminino variam enormemente de cultura para cultura, modificando-se substantivamente ao longo das gerações dentro de uma mesma sociedade. (MOTT, 2001, p. 35)

Como consequência, as imposições para que o homem e a mulher correspondam às expectativas sociais do “ter que ser” o masculino (macho) e o feminino (fêmea), respectivamente, tem sido um fator determinante quanto ao tratamento diferenciado ou não, inclusivo ou discriminatório, sendo utilizado, sobremaneira, como justificativa às práticas lesbofóbicas/transfóbicas/ homofóbicas. Destaca-se que a construção da ordem dos discursos, arraigada de tabus sociais, de princípios moralistas e conservadores, proliferado, sobretudo, por quem está no poder, não tem considerado as sexualidades como alvo direto de políticas sociais, já que:

Para alguns a sexualidade pode parecer um tópico sem importância, um desvio frívolo de problemas mais críticos como a pobreza, guerra, doença, racismo, fome ou aniquilação nuclear. Mas é em tempos como esse, quando vivemos com a possibilidade de destruição sem precedentes, que as pessoas são mais propensas a se tornarem perigosamente malucas sobre a sexualidade. Conflitos contemporâneos sobre valores sexuais e condutas eróticas têm muito em comum com disputas religiosas de séculos anteriores. Eles passam a ter um imenso peso simbólico. Disputas sobre o comportamento sexual muitas vezes se tornam o veículo para deslocar ansiedades sociais, e descarregar a concomitante intensidade emocional. Consequentemente, a sexualidade deveria ser tratada com especial atenção em tempos de grande estresse social. (RUBIN, 1998, p. 102).

Sobretudo, nota-se que

[...] a oposição direta à educação sexual, homossexualidade, pornografia, aborto e sexo antes do casamento se deslocou das franjas extremas ao palco político central depois de 1977, quando estrategistas de direita e fundamentalistas religiosos descobriram que estes assuntos têm apelo de massa. (RUBIN, 1998, p.110)

Na materialização da ordem social, Goffman expõe sobre negação e a marginalização dos sujeitos ditos “desviantes”, incluindo neste campo as pessoas LGBT:

As prostitutas, os viciados em drogas, os delinquentes, os criminosos, os músicos de ‘jazz’, os boêmios, os ciganos, os parasitas (...) os homossexuais. São essas pessoas consideradas numa espécie de negação coletiva da ordem social. (1975, p. 154)

Ao longo da história, sobretudo a partir do século XVII, foram criados dispositivos de controle das sexualidades, com a finalidade de normatizar comportamentos, maneiras de vestir e de como o indivíduo deveria/deve se colocar no mundo, reafirmando nas relações heterossexuais a única sexualidade normal, legítima e aceitável, conseqüentemente, a única “autorizada” para constituição de família com a devida proteção estatal.

A imposição social do ser heterossexual universaliza o conhecimento, a história, a cultura, os símbolos, interpretando e reafirmando este dogma enquanto uma filosofia política, produzindo, assim, as diferenças entre os sexos, influenciando os desejos e os comportamentos. Ou seja, “a consequência da tendência a universalizar tudo, é que a mente hetero, não pode conceber uma cultura, uma sociedade onde a heterossexualidade não só ordene as relações humanas sem também ordenar a produção de conceitos e inclusive os processos que escapam à consciência”. (WITTIG, 1992, p. 20)

Quando Wittig (1976, 1992), fala sobre a construção social da “mente hetero” – a ideologia da heterossexualidade como uma obrigação, colocando-a como a única forma possível, saudável e legítima na vivência das sexualidades humanas – pontua que este constructo foi e é alimentado cotidianamente através da reprodução de brincadeiras, piadas, propagandas, livros sagrados, produções científicas, filmes, onde inevitavelmente “sua ação mais feroz é a tirania inflexível que exercem sobre o nosso ser físico e mental”.



A negação sócio-jurídica das vivências diversas de expressões das sexualidades, os discursos religiosos dogmáticos, e, por fim, os discursos de profissionais da psicologia e de segmentos conservadores da sociedade que afirmam e incidem para “curar gays” - insistindo que as homossexualidades, bissexualidades e lesbianidades são patologias-, são mecanismos que visam se consolidar enquanto sistema político e de controle social.

Portanto, a heterossexualidade compulsória (ou obrigatória), está presente de forma sistêmica no cenário internacional e na América Latina. No Relatório Homofobia do Estado (2013), elaborado pela *International Lesbian and Gay Association* (ILGA), 76 países criminalizam as manifestações homossexuais - cerca de 40% dos Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU). Por outro lado, já se verificam alguns avanços no âmbito legislativo, com o reconhecimento da igualdade de direito ao matrimônio, como ocorreu na Argentina e no Uruguai.

*No Brasil, proposições legislativas como o Projeto de Lei nº 7.382/2010, do Deputado Federal Eduardo Cunha, que visa coibir a “heterofobia” (a discriminação contra heterossexuais), expressam as acirradas estratégias políticas para o não reconhecimento de LGBT. Em suas declarações, este Deputado carioca, informou que o objetivo da proposta da heterofobia é “restabelecer o direito das pessoas de serem normais”.<sup>6</sup>*

Neste sentido, para além de uma orientação sexual, a heterossexualidade enquanto uma obrigação se traduz como um regime político dentro de um sistema articulado de opressões, que tem como base o patriarcado, demarcando sócio, político e juridicamente uma diferença sexual – diferença esta que tem gerado desigualdades de direitos e de acesso à vida!

Percebemos, desta forma, que a liberdade de expressão afetivo-sexual e de expressão de gênero, diferente do estabelecido socialmente, é cerceada e combatida, seja nos primeiros núcleos de sociabilidade, como a família e a escola, seja no silêncio e na negação de direitos sexuais, até na inexistência de políticas públicas. No sistema político heteronormativo, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, ou quaisquer corpos que subvertam as normas de gênero e sexualidades,

6 Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/deputado-propoe-lei-para-proteger-os-heterossexuais-20100623.html>

são corpos abjetos, são corpos deslegitimados, e como tais, inferiores e insultáveis.

Isto quer dizer que, as construções sociais relacionadas ao gênero, sexo e sexualidade, e a naturalização de suas normas fundadas na reprodução de hierarquias sexuais, são opressões e reproduzem a violência. (FOUCAULT, 1988; BURLER, 2006; RUBIN, 1984). Como sublinha Daniel Borillo

[...] essa ordem sexual, ou seja, o sexismo, implica tanto a subordinação do feminino ao masculino quanto a hierarquização das sexualidades, fundamento da homofobia; por conseguinte, a evocação constante da superioridade biológica e moral dos comportamentos heterossexuais faz parte de uma estratégia política de construção da normalidade sexual. (2010, p. 30)

Repercutindo na sociedade como um todo, os valores heterossexistas são assimilados e internalizados, resultando tanto na angústia das pessoas LGBT, onde estas passam a se sentir pecadoras, doentes ou incapazes de ter uma vida “normal”, como segue tecendo hierarquias nos mais diversos núcleos de sociabilidade e no acesso às políticas públicas e à justiça. Ou seja, esta população passa a vivenciar um *status* de “meio” cidadãos/ãs, pessoas à “margem”, não somente do padrão social hegemônico, mas principalmente, dos direitos.

Diante disso, o comportamento da sociedade em geral, expressa nitidamente a ordem do discurso predominante e o quanto o preconceito e a discriminação estão enraizados, uma vez que a heterossexualidade é única sexualidade considerada “normal”, normatizada e institucionalizada.

## **2.1. Reconhecimento dos direitos sexuais: entre igualdade formal e as discriminações**

Como se dá a construção da igualdade? De qual igualdade falamos? Em que nos baseamos? O discurso sobre igualdade que predomina na sociedade é numa perspectiva jurídica e formal, ou seja, a igualdade a partir do que está escrito na lei, sobretudo, na Constituição Federal de 1988. Se a lei diz que todos são iguais perante ela, isto por si só é o bastante para, não só afirmar que todos são iguais, mas que todos/as e todas são (ou deveriam ser) tratados/as igualmente pela sociedade e pelo Estado. Todavia, não se trata apenas de garantir formalmente a igualdade, mas de como a mesma

é implementada efetivamente e, sobretudo, quem de fato tem acesso a ela. Sobre a questão da igualdade e dos direitos fundamentais, Jorge Miranda expõe que

O tema igualdade aparece imbricado com os grandes temas da Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado. Pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes a Marx e Rawls; é redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas; é indagar da lei e da generalidade das leis. Os direitos fundamentais não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade. (1993, p. 224, t. IV)

Ao abordarmos sobre os direitos sexuais, ou melhor, sobre a garantia de igualdade também para LGBT, se configura como presente no seio social uma desarticulação entre igualdade e diferença, uma vez que, historicamente a construção da igualdade tem se baseado no estabelecimento de padrões culturais. Ora, se há uma referência, um padrão hegemônico, então o outro será o diferente.

O ser diferente, a “diferença”, numa sociedade que estabelece padrões hegemônicos que oprimem, é um fator que resulta em desigualdades. Ou seja, não se trata apenas de todos/as serem iguais, mas de todos/as terem oportunidade de acesso a esta igualdade sendo fundamental considerar que o acesso deve ser garantido de forma diferenciada, já que existem desigualdades sociais. Como bem lembra Roger Raup (2002, p. 25), ao trazer algumas reflexões sobre o Estado e o princípio da igualdade, “esta dimensão normativa deve ser sempre salientada, na medida em que postura diversa conduz à diminuição da eficácia jurídica da norma constitucional de direito fundamental, especialmente em sua dimensão subjetiva”.

O acesso à igualdade de que tratamos aqui é relacionado tanto ao âmbito das relações sociais - quando falamos, por exemplo, do acesso à educação, ao trabalho, à convivência familiar e aos espaços públicos livre de discriminações - como ao âmbito jurídico e de garantias constitucionais por parte do Estado - como o direito a constituir família e a um tratamento não discriminatório, por exemplo.

Verificamos que, ao regular a união civil, a adoção e a constituição da família, as questões das sexualidades humanas são demarcadas nos instrumentos normativos do Estado, através dos dispositivos

constitucionais e do Código Civil<sup>7</sup>. Ou seja, existe uma dimensão pública da sexualidade e que está presente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que há uma direta e legitimada intervenção do poder público na normatização dos corpos e das relações entre as pessoas.

Para termos uma melhor compreensão acerca das dimensões das sexualidades, que perpassam tanto pelo público como pelo privado, Mesquita (2001, p.03) vai expor que

[...] a prática afetivo-sexual possui duas dimensões que se determinam reciprocamente e não podem ser compreendidas de forma dissociada. Trata-se da dimensão privada e pública, ou de outro modo, pessoal e coletiva. As práticas afetivo-sexuais *em si* possuem uma dimensão, essencialmente, privada. Cada indivíduo na sua singularidade é quem escolhe como vai expressar, sentir, orientar e responder seus desejos e necessidades sexuais. E são estes indivíduos concretos, historicamente determinados que experienciam os (dis)sabores da sua prática afetivo-sexual. No entanto, a prática afetivo-sexual *per si* supõe, também, a garantia de uma dimensão pública, coletiva com bases históricas e, em dizendo respeito ao ser humano, interpela pela garantia de sua objetivação sem interdição de suas múltiplas expressões eróticas quer sejam homossexuais, heterossexuais ou bissexuais. Mais ainda, a orientação sexual assume caráter público no sentido de que não há justificativas, senão de cunho moralista e conservador, que incorporem legitimidade quando cerceiam direitos considerados fundamentais.

O poder do Estado exercido na sociedade, e legitimado pelo Direito, se configura como regulador, vigilante e proliferador de um

---

7 Dentro os exemplos de dispositivos legais voltados para a sexualidade humana, estão o Art. 226, §3º. "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. " Ou ainda o art. 1.514 do Código Civil: "O casamento se realiza no momento em que o **homem e a mulher** manifestam perante o juiz a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. " Vale ressaltar que, apesar da existência destes dispositivos, atualmente, no cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem como no mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça, afirmou que não existe impedimentos para que pessoas do mesmo sexo contraiam casamento no âmbito civil. Esta decisão fez com que o Conselho Nacional de Justiça expedisse, em 2013, a Resolução nº 175 que obriga os Cartórios de todo o Brasil a aceitar o casamento civil entre pessoas LGBT.

discurso que tem impacto direto nas relações sociais.<sup>8</sup> Assim, quando o Estado brasileiro silencia ou se omite diante das discriminações contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, abrem-se margens para posturas sociais violentas e violadoras de direitos humanos, reproduzidos tanto nos núcleos de sociabilidade (família, trabalho, escola) como através das práticas de juristas, de legisladores e demais governantes. Isto quer dizer que, o não reconhecimento de LGBT como seres, pessoas que estão em todos os lugares públicos e privados, sujeitos de direitos e políticas, bem como de que suas sexualidades são saudáveis e que a vivência sem opressão são necessidades básicas, assim como para qualquer pessoa heterossexual, faz com que as violências se manifestem abruptamente tanto na dimensão física, como na não física.

Por isso, a necessidade da valorização e do reconhecimento jurídico, político e social das diversas orientações sexuais e expressões de gênero, inclusive enquanto garantias da dignidade humana, e isto deve ocorrer, não só, mas também a partir do posicionamento do Estado, tanto através da elaboração de leis que legitime a diversidade e que combata a discriminação social e institucional, como mediante a implementação de políticas públicas de promoção, difusão e defesa. A dignidade da pessoa humana deve ser reafirmada e efetivada como um princípio norteador, uma vez que “é pedra basilar das sociedades contemporâneas democráticas e, sob esse signo, constrói-se como fundamento e limite de toda atividade humana e estatal” (LIBERATI, 2013, p. 69).

## 2.2. Os impactos das discriminações

A violência contra LGBT, ou seja, a homofobia/lesbofobia/transfobia são fenômenos complexos e totais devido estes atos se reproduzirem nas várias dimensões da vida individual e social (seja física, psicológica, cultural, jurídica etc). No mesmo sentido BORILLO (2010, p. 16) coloca que

a homofobia é um fenômeno complexo e variado que pode ser percebido nas piadas vulgares que ridicularizam o indivíduo afeminado, mas ela pode assumir também formas mais brutais, chegando até a vontade de extermínio, como foi o caso

---

8 O “discurso” a que nos referimos é composto tanto pelas falas políticas oriundas daqueles que estão no poder (seja no judiciário, no legislativo ou no executivo), como na sua materialização através da instituição de leis e demais mecanismos normativos.

da Alemanha Nazista. À semelhança de qualquer forma de exclusão, a homofobia não se limita a constatar uma diferença: ela a interpreta e tira suas conclusões materiais. Assim, se o homossexual é culpado do pecado, sua condenação moral aparece como necessária; portanto, a consequência lógica vai exigir sua 'purificação pelo fogo inquisitorial'. Se ele é aparentado ao criminoso, então, seu lugar natural é, na melhor das hipóteses, o ostracismo e, na pior, a pena capital, como ainda ocorre em alguns países. Considerado doente, ele é objeto da atenção dos médicos e deve submeter-se às terapias que lhe são impostas pela ciência [...] Se algumas formas mais sutis de homofobia exibem certa tolerância em relação a lésbicas e gays, essa atitude ocorre mediante a condição de atribuí-lhes uma posição marginal e silenciosa, ou seja, a de uma sexualidade considerada como inacabada ou secundária. Aceita na esfera íntima da vida privada, a homossexualidade torna-se insuportável ao reivindicar, publicamente, sua equivalência à heterossexualidade.

Segundo o Grupo Gay da Bahia, em relação aos assassinatos da população LGBT no Brasil, nos últimos seis anos verificou-se um aumento de 113%, onde no ano de 2011 foram registradas 266 mortes com requintes de crueldades.

Dados de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, revelaram que

De janeiro a dezembro de 2011, foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTs, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. Tais números trazem algumas revelações importantes: a primeira diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra essa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a homofobia se faz presente no desejo de destruição (física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam - ou seja, da existência de pessoas LGBT em geral. (Relatório Homofobia no Brasil, 2012)<sup>9</sup>

9 O Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil (2012), é uma publicação do Governo Federal, através da Secretaria de Direitos Humanos. Este Relatório governamental é considerado o primeiro a tratar deste tema na América Latina. Os dados foram formulados a partir das informações do Disque Direitos Humanos, da Central de Atendimento à Mulher, da Ouvidoria do SUS e de denúncias efetuadas diretamente aos órgãos LGBT da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Os ecos das violências atingem fortemente os espaços escolares, conforme pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas, em 2009. Segundo os dados do Instituto, as práticas discriminatórias no ambiente escolar têm como principais vítimas os/as alunos/as, especialmente “negros, pobres e homossexuais, com médias de 19%, 18% e 17%”, respectivamente”.

Nestes cenários, observamos que o Poder Público, também é um pólo ativo das violências. As homofobias, lesbofobias e transfobias institucionais, são sistemáticas e reproduzidas tanto na área da saúde<sup>10</sup>, da educação<sup>11</sup>, como na atuação do legislativo (onde a bancada evangélica do Congresso Nacional tem sido referência de resistência aos projetos de leis que visam a garantia dos Direitos Humanos da população LGBT) e de uma parte do judiciário.

Na busca pela cidadania, os movimentos sociais de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, os movimentos feministas, dentre outros, tem lutado cotidianamente para a transformação da sociedade, exigindo igualdade de direitos, proteção estatal às discriminações, políticas públicas e participando ativamente do cenário político brasileiro e local, dando visibilidade as suas realidades e afirmando suas identidades, na tentativa de que seja garantido um mundo melhor para todas as pessoas.

---

10 Segundo FACHINI, no *Dossiê Saúde da Mulher Lésbica*, há uma resistência destas mulheres quanto à procura de ginecologistas ou outros profissionais da saúde; isso se deve desde o tratamento heterossexual que é dado às lésbicas, como manifestações de violência nos consultórios ginecológicos ao descobrirem a lesbianidade das assistidas. Em suma, “os motivos para a menor procura de serviços de saúde se relacionam: 1) à existência de discriminação; 2) ao despreparo dos profissionais para lidar com as especificidades desse grupo populacional; 3) às dificuldades das mulheres em assumirem a homo ou a bissexualidade; e 4) à negação do risco”. (2006, p. 19).

11 Além da resistência de professores/as para tratar o tema da sexualidade, e o preconceito deste para com alunos/as que são lésbicas, gays ou travestis, ao ser colocado em pauta o tipo de metodologia e de conteúdo que subsidia a educação sexual nas escolas brasileiras, por exemplo, já que este é um dos temas transversais contidos nos os Parâmetros Curriculares Nacional da Educação, verifica-se o quanto tem sido mais “prudente” silenciar sobre o tema. Portanto, é pertinente e importante entender a concepção da juventude em relação às sexualidades. Segundo pesquisa realizada pela UNESCO e publicada no livro *Juventudes e Sexualidade* em 2004, tratamentos preconceituosos, medidas discriminatórias, insultos, constrangimentos, ameaças e agressões físicas ou verbais têm sido uma constante na vida escolar de jovens LGBT, produzindo efeitos negativos nas suas trajetórias educacionais e formativas e nas suas possibilidades de inserção social. (2004, p.41)

### 3. CIDADANIA LGBT E A ATUAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Nas décadas de 1960-1970, as várias manifestações dos movimentos *hippies*, bem como a luta pela liberdade sexual, protagonizada, principalmente, pelo movimento feminista, trouxe à tona a necessidade de um pensamento crítico para uma ação transformadora em contraposição a um biopoder que estava imposto pelas instituições e que, historicamente, explorava e dominava a vida, o sexo, os corpos das mulheres, e de qualquer pessoa que transgredisse não só à “moral” e aos “bons costumes”, mas, principalmente, aos interesses da família, da igreja, do Estado, e do capital, incluindo-se, portanto, lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais.<sup>12</sup>

No calor das lutas e resistências em torno dos direitos sexuais, ocorreu nos Estados Unidos, umas das reações mais marcantes e que, em torno dela, se concretizou o início da ousadia e de uma visibilidade massiva da população LGBT. A reação e a resistência contra a opressão tiveram seu marco no caso *Stonewall Inn*, em Nova Iorque, bar que era frequentado por lésbicas, travestis e *gays*, onde constantemente havia “batidas” policiais, tendo como princípio a violência física, com um viés “corretivo” - assim era a abordagem policial aos/as clientes deste lugar. Inseridos/as no seio desta violência institucional constante, no dia 28 de junho de 1969, lésbicas, *gays* e travestis reagiram a este episódio, durando alguns dias de resistência a estas práticas homo/lesbo/transfóbicas dos policiais. Diante disto, este dia não só se tornou referência, mas difundiu esta prática revolucionária em diversos lugares do mundo. É relevante lembrar que, a partir de então, o dia 28 de junho se consolidou como o “Dia Internacional do Orgulho Gay”, que hoje chamamos de “orgulho LGBT”.

Evelina Dagnino (1994, p. 103-115) traz uma discussão teórica sobre os sentidos da cidadania, explicitando o seu caráter de estratégia política, uma vez que são expressados interesses e desejos

---

12 Quanto à importância do pensamento e da filosofia- política do feminismo para a transformação social, Mirla Cisne e Telma Gurgel colocam que “o feminismo, como sujeito político, mobiliza-se na crítica radical dos elementos estruturantes da ordem patriarcal-capitalista, confrontando-se com o papel ideológico-normativo de instituições como Estado, família e igreja na elaboração e reprodução dos valores, preconceitos e comportamentos baseados na diferença biológica entre os sexos. Assim, o feminismo, ao longo de sua história, trouxe à tona questões que não apenas estavam ligadas aos interesses das mulheres, mas que também confrontavam diretamente o capital. Destacamos, especialmente, a contestação à família nuclear burguesa e monogâmica (...)”



contidos nos projetos políticos daqueles que passam a lutar pelo o direito à igualdade assim como pelo direito à diferença, o que tem contribuído, nas últimas décadas, para que a sociedade passasse a repensar sobre o acesso à cidade, aos direitos e à vida.

Nesta perspectiva, os exemplos e as histórias de resistência pela garantia da equidade jurídica, independente da orientação ou da identidade de gênero, teve forte repercussão no Brasil. Os anos da ditadura, seguidos posteriormente por um processo de abertura política e redemocratização nos anos 80, marcaram as intensas lutas dos movimentos sociais pela garantia constitucional aos Direitos Humanos, momento que o movimento LGBT brasileiro, passa a se organizar enquanto sujeito político.

Um dos grandes desafios relacionados à questão da orientação sexual e identidade de gênero, no que concerne à luta pelos direitos sexuais, foi trazer à tona uma dimensão da sexualidade que até então, estava no âmbito do privado e de um universo que diz respeito apenas ao indivíduo.

[...] o aparecimento, no século XIX, na psiquiatria, na jurisprudência e na própria literatura, de toda uma série de discursos sobre as espécies e subespécies de homossexualidade, inversão, pederastia e ‘hemafroditismo psíquico’ permitiu, certamente, um avanço bem marcado dos controles sociais nessa região de ‘perversidade’; mas também possibilitou a constituição de um discurso ‘de reação’: a homossexualidade pôs-se falar por si mesma, a reivindicar sua legitimidade ou sua ‘naturalidade’ e, muitas vezes, dentro do vocabulário e com as categorias pelas quais era desqualificada do ponto de vista médico.” (FOUCAULT, 1988, p.112).

Ainda na década de 1980, no processo de construção e formulação inicial dos debates acerca das sexualidades, chegam ao Brasil, os primeiros casos de HIV/AIDS, onde os mais atingidos pela epidemia, são os homossexuais masculinos. Conhecida como a “peste gay”, a AIDS durante muitos anos, foi utilizada como justificativa para a disseminação do preconceito contra LGBT, colocando-a num patamar de castigo àqueles que tiveram uma prática “desviada”, “anormal”, “antinatural”, reforçando tabus e mitos não só em relação à própria doença, seu contágio e sua forma de prevenção, mas também, em relação às lésbicas, gays e travestis.

Com a transição para um Estado Democrático de Direito, já no ano de 1986, os Grupos Triângulo Rosa, Grupo Gay da Bahia (GGB) e Libertos de São Paulo, protagonizaram uma campanha junto à Assembleia Nacional Constituinte para que fosse incorporada à nova Constituição a proibição da discriminação por orientação sexual. Neste sentido, em 1987, emergem os debates no âmbito do poder público brasileiro, em torno das sexualidades, quando João Mascarenhas (advogado gaúcho) foi convidado pelo Congresso Nacional para discutir com os constituintes a proposta de constar no texto Constitucional a palavra “orientação sexual”, como princípio fundamental, além da igualdade de direitos independente de raça, cor, sexo, religião e idade.

Após a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, a população LGBT se configurou como a única, nas discussões das “minorias”, a não ser contemplada explicitamente na Carta Magna.

Os anos posteriores a 1990, configuram-se como um período em que o movimento LGBT se reorganiza e, aos poucos, vai se fortalecendo. Os grupos passam a aumentar e redes nacionais são criadas, momento em que passam a surgir datas que celebram a visibilidade das mulheres lésbicas e bissexuais, travestis e transexuais. No ano de 1995 foi criada a Associação Brasileira de *Gays*, Lésbicas, Travestis e Transexuais-ABGLT, se constituindo até hoje, como das principais redes atuantes no controle social e na garantia dos direitos de LGBT.<sup>13</sup>

Ao passo que, a violência e assassinatos a lésbicas, *gays* e travestis foi se agravando, a população LGBT passa a chamar atenção pelo seu poder de mobilização e a irreverência na busca de uma visibilidade massivo-política, através das Paradas pela Diversidade Sexual, representando, nas grandes cidades brasileiras, a expressão máxima da visibilidade social e política. (SIMÃO; FACHINI, 2009)

---

13 Após a fundação da ABGLT, várias outras redes nacionais foram criadas a partir de 2000, como a Articulação Nacional de Transgêneros (ANTRA); a Liga Brasileira de Lésbicas- LBL, formada em 2003 durante o Fórum Social Mundial; a Articulação Brasileira de Lésbicas-ABL, em 2004; a extinto Coletivo Brasileiro de Bissexuais-CBB (2005); o Coletivo Nacional de Transexuais (2005). Ainda, com os avanços das discussões para além da diversidade sexual e articulando-a com as estruturantes sociais- raça, classe e gênero-, se tornou intensa a questão da negritude, criando-se a Rede Afro LGBT (2005) e o Coletivo de Lésbicas Negras- CANDACE (2007). Ressalte-se, que na conjunta nacional da época, se fazia mister reincorporar ao movimento o projeto político feminista, sendo fundada, portanto, em 2008, o Coletivo de Mulheres Feministas da ABGLT.

Fruto das resistências e de suas lutas, o movimento LGBT brasileiro, nas últimas décadas, obteve conquistas muito significativas no campo do reconhecimento por parte de instâncias do poder público: em 2004 o Governo Federal lança o Programa Brasil Sem Homofobia; A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), se configura como a primeira e única lei federal (até os dias de hoje) a expor que a violência doméstica e familiar que atinge as mulheres, independe de “orientação sexual”; O Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> e o Supremo Tribunal de Justiça<sup>15</sup> passam a reconhecer a união estável e a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

As conquistas que compõem a história de luta política deste movimento se tornaram possíveis, a partir de uma intensa articulação e organização nacional entre os grupos LGBT, enfrentando, sobretudo, as dificuldades da extensão geográfica do país e os discursos e reações de conservadores e de fundamentalistas religiosos.

### 3.1. As possibilidades de um arco-íris no Estado Constitucional

A atuação dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) frente ao Estado Constitucional, tem demonstrado encontros e desencontros no seu *modus operandi* quanto ao trato acerca das temáticas da diversidade sexual.

---

14 Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça refere-se a Ação de ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 e AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277, publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJe), 14 de outubro de 2011, p. 19 -21. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioCapitulo.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&codCapitulo=1>

15 No Acórdão proferido no Recurso Especial Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), em outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passa a reconhecer a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo o seu entendimento: “[...]se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.” Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF)

No âmbito do judiciário brasileiro, historicamente, observa-se várias decisões de caráter discriminatório, contudo é possível constatar uma evolução na jurisprudência relacionada às questões que envolvem o enfrentamento às discriminações contra LGBT e a igualdade de direitos. Assim, é justamente no sistema judiciário que as conquistas da população LGBT vão ganhando força, tendo como referências iniciais, as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>16</sup>. Isto que dizer que, o judiciário passa a definir um marco legal quanto à garantia dos direitos LGBT - que *a priori*, seria um papel do poder legislativo -, principalmente, através de decisões acerca dos direitos previdenciários, patrimoniais e de reconhecimento do afeto e do vínculo familiar existente entre pessoas do mesmo sexo<sup>17</sup>.

No cenário nacional, a decisão histórica sobre igualdade de direitos e cidadania LGBT foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 quando, ao ser provocado através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132-RJ) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277), reconheceu a necessidade de proteção do estado às uniões estáveis homoafetivas. Contribuindo, conseqüentemente, para a efetivação do papel do Estado Democrático de Direito, que é a justiça, a pluralidade, a liberdade, a vida e a felicidade, independente de orientação sexual e identidade de gênero.

No Brasil, esta decisão além de simbólica, teve uma grande importância no debate político e social, pois gerou impactos que culminou, tanto no fortalecimento da pauta LGBT, como abriu precedentes para o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, como pontuou o ministro Luiz Fux, em seu voto

---

16 Possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS, AC 70002355204, 7ª C. Cív. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/04/2001; TJRS, AC 70005733845, 2ª C. Esp. Civ., Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore Assis Brasil, j. 20/03/2003; TJRS, AC 70016660383, 8ª C. Civ., Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 26/10/2006.

17 Decisões proferidas pelos Tribunais de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pernambuco, Ceará e São Paulo no sentido de reconhecimento de direitos LGBT: TJMG, AC 1.0024.05.817915-1/001(1), Rel. Des. Silas Vieira, j. 25/01/2007; TJRJ, AC 2005.001.34933, 8ª C. Civ., Rel. Des. Leticia Sardas, j. 21/03/2006; TJPE, AC 77096-5, 5ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes de Lemos, j. 24/03/2006; TJCE, Conf. Comp. 2004.0001.0364-4/0, 12ª C. Cív., Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, j. 26/10/2006; TJSP, AP 123.719-0/9-00, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 17/07/2006.

[...] canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de terminar ao aparto estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações. " (Fux, apud LOPES, in RIOS; GOLIN; LEIVAS, 2011)

Outra questão que merece destaque corresponde ao caminho que tem sido traçado pelo poder executivo, quando o governo federal passa a promover políticas públicas de promoção e garantia da cidadania de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais, tendo como marco político o Programa Brasil Sem Homofobia, no ano de 2004. Salienta-se que a incidência política dos movimentos sociais LGBT, ou seja, as estratégias de *advocacy*<sup>18</sup>, foram fundamentais para este processo, bem como para elaboração deste Programa.

Nos anos de 2008 e 2011 foram convocadas, pelo governo brasileiro, as Conferências Nacional LGBT<sup>19</sup>, com o objetivo de

---

18 Em termos literais *Advocacy* significa "argumentar em defesa de uma causa ou alguém". (The Advanced Learner's Dictionary of Current English: London, Oxford University Press, 1970). O *Advocacy* configura-se como uma atuação voltada diretamente para o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e na conquista de pessoas aliadas da sociedade, do poder público e da mídia. Como expõe Almira Rodrigues (1999), esta forma de incidência política "aponta para uma ação coletiva, política, pública e embasada em valores e racionalidades. O termo inglês ainda não conquistou uma tradução própria na língua portuguesa. Diz respeito à ação de Advocacia e Defesa em um sentido público, e não em um sentido privado e comercializado. Um sentido público, no entanto, que emerge no âmbito da sociedade civil organizada e não do Estado." A incorporação do *advocacy* na militância LGBT, tem seu marco inicial em maio de 2004, na cidade de Curitiba, com o I Seminário de *Advocacy*, com a participação de mais de 100 militantes de 25 estados e representantes do Governo. Nessa perspectiva, com a ação voltada na formação política da militância, no desenvolvimento institucional e, principalmente, nas técnicas e estratégias em *advocacy*, a ABGLT elaborou e implementou o Projeto SOMOS e, posteriormente, o Projeto Somos Lés em 2007, voltado especificamente para a formação das novas lideranças e o fortalecimento dos grupos de *gays*, lésbicas e mulheres bissexuais, respectivamente.

19 O Decreto Presidencial de 10 de março de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 11.03.2008, convocou a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, cujo tema foi "Direitos Humanos e Políticas Públicas: O caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais"; a II Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais foi convocada através do Decreto Presidencial de 18 de maio de 2011, com o tema "Por um país livre da pobreza e da discriminação: promovendo a cidadania LGBT" (publicado no Diário Oficial da União de 19.5.2011).

promover um diálogo entre Governo e sociedade civil, visando a proposição de diretrizes e ações para a elaboração e implementação do “Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais”<sup>20</sup>.

Para reforçar a implementação do Plano Nacional LGBT, em 2009, foi instituída a Coordenação Nacional LGBT, vinculada à Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, através do Decreto nº 6.980. Assim, alguns mecanismos foram criados para o enfrentamento da homo/lesbo/transfobia, como a inclusão do módulo “população LGBT” nos serviços do Disque Direitos Humanos (2010) – a fim de apurar denúncias de violências contra essa população e acionar a rede local de retaguarda – e, a Campanha “Faça do Brasil um Território Livre da Homofobia” (2011), no sentido de mobilizar agentes públicos e sociedade para a luta contra a homofobia, bem como para a divulgação do Disque Direitos Humanos.

Em diversas outras áreas, como da cultura, da previdência e do desenvolvimento social, há registros de algumas ações, porém de natureza, ainda pontual, muitas vezes voltadas, mais especificamente, para a elaboração de documentos e criação de instâncias de diálogos.

Mesmo havendo tensões políticas, entre 2002 e 2012 no Brasil, desenhou-se uma conjuntura favorável a cidadania LGBT, pois várias iniciativas foram desenvolvidas também no âmbito estadual, como nas capitais e em algumas cidades do interior, destacando-se: a criação de Coordenadorias, Superintendências, Gerencias de Políticas Públicas para LGBT, como é o caso de São Paulo, Rio de Janeiro, Piauí, Recife e Fortaleza, voltados para desenvolver políticas afirmativas de enfrentamento à homofobia, lesbofobia e transfobia; Elaboração de leis locais e de normas administrativas voltadas para a cidadania LGBT; e, institucionalização de Centros de Referência LGBT, promovido pelos poderes públicos.<sup>21</sup>

A contextualização acerca dos aspectos políticos e sóciojurídico que envolvem as questões de gênero, sexualidade, Estado e políticas públicas no Brasil, em suma, a igualdade de direitos e a cidadania

---

20 O Plano Nacional LGBT está disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>

21 Os registros e documentos sobre as leis, jurisprudências e iniciativas governamentais que correspondem aos direitos de LGBT podem ser encontrados, através do site da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT ([www.abglt.org.br](http://www.abglt.org.br)) ou no site administrado pela Dra. Maria Berenice Dias, chamado Direito Homoafetivo ([www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)).

LGBT nos provoca a desenvolver uma análise da atual conjuntura a partir de reflexões sobre o conteúdo ético que compõem as decisões políticas.

Verifica-se que existe uma interseção entre a atuação dos tribunais superiores e do governo federal, ao passo que o poder legislativo, através do Congresso Nacional, tem se omitido e, muitas vezes negado, a aprovação de leis que combatam as discriminações contra LGBT. Esta omissão legislativa foi lembrada e citada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é 'democrático' formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS 2010/0036663-8. Ministro Luis Felipe Salomão)

Na luta pela igualdade e cidadania, a aprovação de Projetos de Leis<sup>22</sup> que se encontram no Congresso Nacional, é uma pauta fundamental das reivindicações do movimento LGBT. Entretanto, é nesta casa legislativa que vamos encontrar as ferozes resistências da bancada evangélica e conservadora, a qualquer proposição voltada para os direitos das mulheres e de LGBT. Atualmente, os discursos "cristãos" que se apresentam na esfera pública "emergem no interior das acaloradas controvérsias que têm como pano de fundo a recente visibilidade e reconhecimento da população LGBT na sociedade brasileira." (NATIVIDADE; OLIVEIRA, p. 73).<sup>23</sup>

22 Dentre os Projetos de Leis destacam-se: o PLC 122/2006 – que criminaliza a homofobia; PL 70/1995- que dispõem sobre intervenções cirúrgicas que visam a alteração de sexo e dá outras providências; e o PL 4.914- que aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referente à união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento (este foi apresentado como um substitutivo ao PL 1151/1995, da então Deputada Marta Suplicy).

23 Esta emergência dos conservadorismos e a reinvenção das hierarquias das sexualidades, tendo como ponto motivador os valores religiosos cristãos, ganham sua pitoresca expressão simbólica e social, em 2013 na Câmara dos Deputados, ao elegerem, como presidente da Comissão de Direitos Humanos, o Deputado Pastor Marco Feliciano. Em 2014, uma nova eleição ocorreu, e desta vez, na concorrência por uma vaga na presidência da Comissão, estava o Deputado Federal Jair Bolsonaro



A passividade/negação legislativa estatal, não só reverbera no conjunto social, como abre margens para que sejam proliferadas e legitimadas as violências, ao colocar LGBT em patamar de “meios cidadãos/ãs”. Como bem expõe Lopes (2011, p. 31):

A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção, ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura [...] O direito pode promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas.

Por fim, existe uma “desarmonia” na atuação dos poderes do Estado brasileiro, em relação a consolidação da igualdade de direitos LGBT, sobretudo, advinda do poder legislativo, ao se omitir a dar importantes passos constitucionais, diferente do que tem ocorrido nos outros âmbitos do Poder estatal. Esta desarmonia corrobora para que haja uma instabilidade na esfera social, não somente dando espaço para o desrespeito à democracia, à pluralidade e à laicidade, mas, principalmente, contribui para a manutenção das violências contras várias populações, como mulheres, negros/as, quilombolas, indígenas e LGBT.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reprodução das violências motivadas pelas questões de orientação sexual e identidade de gênero diversos do padrão socialmente estabelecido, se mostram sistêmicas e multifacetárias, ou seja, são reproduzidas tanto na sociedade como nas instituições e poderes públicos, assumindo múltiplos formatos e dimensões.

O sistema heterossexista e patriarcal se consolida na sociedade como um regime político, existindo na dimensão pública, sendo necessário, portanto, tratar a questão da orientação sexual e da identidade de gênero não somente como simples expressões de afeto, de sexualidade entre pessoas do mesmo sexo, mas sobretudo como

---

(este parlamentar é conhecido por suas controversas declarações racistas, machistas, homofóbicas e a favor da ditadura militar – golpe de 1964). Desta vez Bolsonaro foi derrotado, ao candidatar-se à presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, contudo em entrevista à mídia, declarou que: “infelizmente agora nós vamos assistir a uma volta do desserviço que esta Comissão sempre prestou à sociedade brasileira, defendendo o que não presta na sociedade: aquela questão do Kit Gay vai voltar à tona, Seminário LGBT infantil [...]” Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=fhMr9spWlLo&feature=youtu.be>, acessado em 01.04.2014.



uma questão política, como sujeito e pessoa política que rompe com o sistema imposto e que precisa do reconhecimento de suas identidades, para a garantia e efetivação dos direitos sexuais e dos direitos humanos.

A visibilidade de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais enquanto pessoas e sujeitos políticos, tem sido imprescindível para o enfrentamento às violências homofóbicas, lesbofóbicas e transfóbicas.

No Brasil, o discurso trazido pela Constituição brasileira em 1988, apesar de não contemplar o termo “orientação sexual” expressamente, caracteriza-se como um marco político e social, não somente nas discussões que envolvem os direitos humanos, mas expôs a necessidade de reconfigurar as políticas públicas, o sistema jurídico e legislativo considerando os direitos fundamentais. Entretanto, tratar de forma generalista o combate às discriminações, enumerando algumas categorias (como sexo, raça, religião), e deixando implícitas outras, como ocorre com as discriminações homofóbicas, tem dado margem não somente para inúmeras interpretações sobre as garantias dos direitos sexuais, como também, permite uma liberdade de opressão e de discursos de ódio, proferidos, principalmente, por atores políticos.

Ou seja, vamos perceber que a inclusão das demandas LGBT na agenda pública, para a implementação de políticas ficou historicamente à mercê dos projetos políticos de cada gestão governamental, de cada parlamentar e operadores do direito.

Neste sentido, no cenário atual, verifica-se uma balança desequilibrada no que concerne à garantia de direitos de LGBT, uma vez que a atuação do Legislativo tem se dado no sentido de violações de direitos humanos e retrocessos nos debates das pluralidades existentes nas sexualidades humanas. Contudo, algumas políticas públicas vêm sendo implementadas pelo governo federal e somando-se a esta atuação, o poder Judiciário, principalmente, após o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo STF e, posteriormente a possibilidade de casamento civil decidida pelo STJ, passa a lançar pressão sobre o Congresso Nacional para que cumpra o seu papel de legislar considerando a importância da efetivação dos princípios e normas constitucionais.

Não há como desconsiderar os significativos avanços em relação ao enfrentamento da lesbo/homo/transfobia no Brasil, que está intrinsecamente ligado à forte atuação do movimento LGBT e de

setores do poder público condizentes aos princípios constitucionais da dignidade.

Contudo, vale ressaltar, que são muitas as demandas da população LGBT frente às poucas respostas do Estado brasileiro no que concerne garantia de uma cidadania plena. A ausência de reconhecimento do nome social das travestis e transexuais enquanto nome civil, da criminalização da homofobia/lesbofobia/transfobia (através da aprovação do PLC 122/2006, que se encontra no Senado Federal) e do reconhecimento do casamento igualitário, por exemplo, se configuram como indicadores de que as políticas públicas existentes ainda são poucas, pontuais e de que são necessários avanços na atual legislação brasileira para que haja arco-íris no Estado Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Brasília, DF 2013. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf). Acessado em: 06 de março de 2014.

BRASIL. Ministério da Educação. Pesquisa sobre Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar: principais resultados. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/diversidade\\_apresentacao.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/diversidade_apresentacao.pdf). Acessado em 22 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Plano Nacional de Promoção e Garantia da Cidadania LGBT. Brasília: SDH/PR, 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf>. Acessado em: 02 de abril de 2014.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Relatório Homofobia no Brasil 2012. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>. Acessado em: 22 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Brasília, DF: 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/>

verDiarioCapitulo.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&codCapitulo=. Acessado em: 20 de abril de 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Brasília, DF: 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioCapitulo.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&codCapitulo=>. Acessado em: 20 de abril de 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). Brasília, DF, 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF). Acessado em: 12 de março de 2014.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2003, capítulo 1 (pp15-60).

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.) *Anos 90 - Política e sociedade no Brasil*. Ed. Brasiliense, 1994. 103-115p.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença – Curso de Direito de Família, coordenada por Douglas Phillips Freitas, Vox Legem, Florianópolis, 2004, p. 265-282

ERIBON, Didier. Reflexões sobre a questão gay. Tradução: Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FACCHINI, Regina. *“Sopa de letrinhas?”: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90 – um estudo a partir da cidade de São Paulo*. Campinas: [s.n.], 2002. Dissertação (Mestrado), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP.

FACCHINI, Regina. Dossiê saúde das mulheres lésbicas. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EA/Dossi%EA%20Sa%FAde%20das%20Mulheres%20L%E9sbicas.pdf>. Acessado em: 11 de agosto de 2009.

FOUCAULT, M. História da sexualidade 1. Ed. Graal - RJ, 1985.

\_\_\_\_\_. História da sexualidade 2: o uso dos prazeres. Jorge Zahar - RJ, 1994.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GURGEL, Telma; CISNE, Mirla. Feminismo, Estado e políticas públicas: desafios em tempos neoliberais para a autonomia das mulheres. *SER Social*, Brasília, v. 10, n. 22, p. 69-96, jan./jun. 2008.

INTERNATIONAL LESBIAN AND GAYS ASSOCIATION. Relatório ILGA, 40 anos de *Stonnewal*. Disponível em: <http://www.ilga.org>. Acessado em: 02 de abril de 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de...[et al.] (Org.) A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende B. Cidadania e direitos sexuais: sobre a efetividade de políticas públicas para LGBT no Brasil. In: XXVIII Congresso Internacional da Associação Latino-Americana de Sociologia, 2011, Recife. XVII Congresso Internacional da Alas 6 a 11 de setembro de 2011, UFPE, Recife - PE Grupo de Trabalho: Gênero, desigualdades e cidadania. Recife, 2011.

MESQUITA, Marylucia. Orientação sexual: experiência privada, opressão privada e pública - um desafio para os direitos humanos. In: Cdrom 10º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais (CBAS): "Trabalho, Direitos e Democracia – Assistentes Sociais contra a Desigualdade". UERJ, 2001

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, 1993.

MOTT, Luiz. Causa Mortis: Homofobia. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2001.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. As Novas Guerras Sexuais: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

PRESIDÊNCIA. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Programa Brasil sem Homofobia. Ministério da Justiça. Brasília, 2004.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf). Acessado em: 12 de março de 2014

RICH, A. Heterossexualidade compulsória e existência lésbica. Disponível em: [http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art01\\_rich.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art01_rich.pdf)

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo G. C. Homossexualidades e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

WITTIG, Monique. La pensée straight. Paris, Editions Amsterdam, 2007 (Capítulo On ne nait pas femme -pp 43-52 e Paradigmes pp 81-87).

# O ACESSO DOS POVOS INDÍGENAS À JUSTIÇA: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS

---

**Luisa Helena Lemos da Cruz**

Bacharelada em Relações Internacionais da Universidade de Brasília (IREL/UnB).

## 1. INTRODUÇÃO

A busca por um direito internacional cada vez mais preocupado com a ótica dos justiciáveis torna imperioso o entendimento das diversas dimensões do acesso à justiça, permitindo assim a igualdade de acesso aos tribunais internacionais a todos que precisam, entre eles, os povos indígenas.

Há questionamentos e desafios na garantia de igualdade de acesso à justiça aos povos indígenas devido às suas particularidades históricas e sociais e à discriminação que sofrem perante diversas cortes. O Relator Especial sobre os direitos humanos dos povos indígenas, Senhor Rodolfo Stevenhagen, aponta em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas que as fontes de discriminação no exercício dos direitos desses povos são profundas e produzem várias dificuldades a esta minoria<sup>1</sup>.

O objetivo deste artigo, portanto, é mostrar a evolução do entendimento dos povos indígenas como sujeitos de direito coletivos por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como esse reconhecimento produz igualdade de acesso dos povos indígenas à justiça.

Para tanto, será abordado o conceito de acesso à justiça e sua relação com os princípios de igualdade e não discriminação no caso indígena. Posteriormente, será mostrada a sequência dos casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes a violações dos direitos dos povos indígenas, a saber: Caso Comunidade de Mayagna Awas Tingni (2001); Caso Massacre de Plan de Sánchez

(2004); Caso Akye Axa (2005); Caso Moiwana (2005); Caso Sawhoyamaxa (2006); Caso Xâkmok Kásek (2010), Caso Kichwa de Sarayaku (2012) e Caso Massacres do Rio Negro (2012).

## 2. O ACESSO À JUSTIÇA

No acesso à justiça de forma efetiva e igualitária, é imperativo o amparo judicial às vítimas de violações de direitos humanos. Compreende o direito a reparação, o exercício de todas as garantias judiciais referentes ao processo e a execução de julgamento justo:

*“El acceso a la justicia determina, por tanto, las posibilidades de defensa de los derechos subjetivos y de los derechos humanos en particular, y es un requisito para la auténtica garantía jurídica de los mismos.”<sup>2</sup>*

De acordo com Mauro Cappelletti, o acesso à justiça está a serviço da determinação das duas finalidades do sistema jurídico: reivindicar direitos por meio de um sistema acessível a todos e alcançar resoluções que sejam justas socialmente e individualmente.<sup>3</sup>

Sendo obrigação do Estado proteger e garantir os direitos humanos, é de sua competência a efetivação do acesso à justiça por todos os seus cidadãos, como é exposto no princípio de subsidiariedade. Essa obrigação do Estado contém duas dimensões: a negativa, de não impedir que o indivíduo acesse a justiça; e positiva, de realizações ações de promoção do acesso e eliminar os obstáculos, sejam eles normativos, sociais ou econômicos. O encaminhamento de um caso a cortes internacionais prescinde, portanto, o prévio esgotamento dos recursos internos.<sup>4</sup>

A negação de justiça pelo Estado às vítimas de violações de direitos humanos, em sequência, reivindica uma ação internacional de garantia do acesso à justiça. Neste cenário, entra o papel dos tribunais internacionais, imbuídos de prover proteção aos direitos humanos quando estes encontram um ambiente interno hostil a seu exercício.

O acesso à justiça internacional, nas últimas décadas, ganhou grande peso na ótica de promoção de justiça e igualdade na comunidade internacional. A apelação de indivíduos a cortes internacionais por meio de petições depreende grande relevância a estas instituições em efetivar, em última instância, um acesso à justiça igualitário.

Em âmbito regional, a compreensão do conceito de acesso à justiça pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é exposta pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade:

*“The understanding of the matter at issue advanced by the Inter-American Court in its evolving case-law law in recent years has been to the effect that the right of access to justice (lato sensu) at national and international levels amounts to the right to the realization of material justice. As such, it comprises not only the formal access to a tribunal or judge, but also respect for the guarantees of due process of law, the rights to a fair trial, and to reparation (whenever they are due), and the faithful execution of judgment.”*<sup>5</sup>

Como Antônio Augusto Cançado Trindade frisou em voto separado no caso *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia*, o direito de acesso à justiça deve ser visto à luz da Convenção Americana nos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial). O mesmo enfatizou positivamente a atitude da Corte em afirmar que os dois conceitos devem ser examinados conjuntamente, como ocorrido no caso *Ximenes Lopes v. Brasil*.

## **2.1 O acesso à justiça e a interdependência com os princípios de igualdade e não discriminação**

Os princípios de igualdade e não discriminação devem ser seguidos pelos tribunais internacionais na prestação de seus serviços às vítimas de violação de direitos humanos, como está expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

*“Article 1.*

*All human beings are born free and equal in dignity and rights.*

*Article 7.*

*All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.”*<sup>6</sup>

Esses ideais estão presentes em outras convenções internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.



Eles embasam o tratamento perante os tribunais em conformidade com as particularidades de cada indivíduo ou, como foco deste artigo, de coletividades detentoras de direitos específicos.

Por consequência, a análise do acesso à justiça pela ótica do princípio de igualdade requer uma apreensão mais abrangente e flexível dos direitos para sua adequação a contextos culturais diferenciados:

“Son muchos los factores que coadyuvan a los desajustes entre las exigencias de justicia de grupos numerosos de la sociedad y el marco legal vigente. Cabe mencionar, entre otros, la tendencia a extrapolar acríticamente cuerpos normativos originados en otras coordenadas sociales; el formalismo jurídico que a veces silencia los reclamos de la realidad”<sup>2</sup>

Portanto, para um acesso à justiça pleno e efetivo, é fundamental a observância dos princípios de igualdade e não discriminação para que o justiciável possa ser legalmente amparado com as devidas condições.

### **2.3 Acesso à justiça pelos povos indígenas**

A atenção internacional à proteção dos direitos dos povos indígenas consolidou-se afirmativamente com a elaboração da declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, apresentada pela Assembleia Geral das Nações Unidas após anos de negociação. Esse documento declara que:

“Article 1

Indigenous peoples have the right to the full enjoyment, as a collective or as individuals, of all human rights and fundamental freedoms as recognized in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and international human rights law.

Article 2

Indigenous peoples and individuals are free and equal to all other peoples and individuals and have the right to be free from any kind of discrimination, in the exercise of their rights, in particular that based on their indigenous origin or identity.”<sup>7</sup>

Esses dois artigos reconhecem o direito dos povos indígenas de pleno exercício de todos os direitos humanos presentes no arcabouço

do direito internacional. É importante ressaltar que o gozo desses direitos deve ser exercido tanto individualmente como coletivamente e de forma igualitária e não discriminatória em relação a outras pessoas. Na construção dessa declaração, houve uma grande preocupação em reafirmar que qualquer tipo de discriminação em relação à origem ou identidade dos povos indígenas é inaceitável perante o direito internacional.

A Declaração, em artigo posterior, vai além e declara o direito desses povos de acesso à justiça por meio de procedimentos adequados e não discriminatórios com relação a suas especificidades culturais e organizacionais:

“Article 40

Indigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights”<sup>7</sup>.

O desenvolvimento da proteção dos povos indígenas no direito internacional reflete o cuidado jurídico que deve haver com esse grupo. A própria ausência de uma definição oficial do que são os povos indígenas mostra a complexidade que eles têm não só em termos históricos como pela heterogeneidade de costumes e tradições.

Para suprir a falta de uma definição formal, foram estabelecidos critérios para identificar esses povos, sendo o principal a auto-identificação e alguns outros critérios propostos por José Martínez Cobo na pesquisa “*Study of the problem of discrimination against indigenous populations*”, a saber: continuidade histórica com sociedades pré-coloniais que se desenvolveram em seu território; a forte ligação com o território e recursos naturais presentes na terra e o intuito de transmitir a próximas gerações o território ancestral e os hábitos culturais; sistemas políticos, econômicos e sociais autônomos e distintos; elementos culturais e linguagem distintos<sup>8</sup>.

Portanto, sendo um povo diferenciado em termos de organização social e padrões culturais e de alto vínculo com a terra, os povos indígenas receberam proteção internacional com relação a diversos direitos. Entre esses, figuram o direito de autodeterminação, o direito

à terra e recursos, os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos coletivos.

O acesso à justiça por parte desses povos, levando em conta o direito de autodeterminação, deve ser entendido como reivindicação tanto externa, frente ao Estado, quanto interna, frente ao direito costumeiro indígena. Ademais, transversalmente, esses povos devem ter o direito de acesso à justiça tanto como indivíduos como coletividades <sup>9</sup>.

Em 2004, o Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, em relatório a 60ª sessão da Comissão de Direitos Humanos elencou várias causas para a discriminação contra os povos indígenas no acesso efetivo à justiça. Destaca-se a negação histórica e atual dos direitos dos povos indígenas; a incapacidade dos sistemas nacionais de justiça de reconhecer e proteger a relação dos povos indígenas com suas terras ancestrais; a incapacidade de garantia da igualdade dos povos indígenas ao acesso à justiça devido a indisponibilidade de serviços de tradução e incapacidade de prover representação legal adequada; a destruição ou criminalização dos sistemas legais indígenas como produto da aculturação, deslocamento, migração forçada, urbanização, violência policial e morte de líderes indígenas, assim como a falta de reconhecimento desses sistemas e a subordinação deles ao sistema nacional judicial <sup>1</sup>.

No mesmo documento destinado a Comissão de Direitos Humanos, o Relator Especial recomenda aos Estados a compreensão de que o reconhecimento legal e a proteção da diversidade cultural dos povos indígenas são elementos essenciais para assegurar a igualdade e não discriminação perante a lei <sup>1</sup>. Portanto, a superação da discriminação e injustiças históricas levará ao acesso pleno à justiça pelos povos indígenas <sup>9</sup>.

Os tribunais, em específico, demoram a reconhecer os direitos vinculados a uma coletividade como é o caso dos indígenas. Isso se deve a uma leitura restrita do direito internacional dos direitos humanos, ou seja, atribuir ao ser humano em sua individualidade os direitos fundamentais. Entretanto, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas ressalta essa personalidade coletiva dos povos indígenas quando insere em artigo 1º que essas comunidades têm o direito como uma coletividade ou como um indivíduo a todos os direitos humanos.

Os princípios de igualdade e não discriminação, portanto, dão suporte ao reconhecimento de forma coletiva dos seus direitos. O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial em seu comentário geral nº 23 invoca os Estados a assegurar que os membros de povos indígenas sejam livres e iguais em dignidade e direitos e livres de qualquer discriminação, em particular as baseadas na origem ou identidade indígena.

Problematizando ainda mais o acesso à justiça, há uma ausência de reconhecimento do sistema legal dos povos indígenas por parte dos judiciários nacionais. Argumenta-se que a aceitação de um sistema judicial diferenciado seria inconsistente com o princípio de não-discriminação, ao que se rebate com o consenso em direito internacional de que a proteção de direitos das minorias exige medidas positivas que possam modificar condições que impedem o gozo total dos direitos, como verificamos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas:<sup>10</sup>

“Article 4

4.1 States shall take measures where required to ensure that persons belonging to minorities may exercise fully and effectively their human rights and fundamental freedoms without any discrimination and in full equality before the law.”<sup>11</sup>

Os comentários do Grupo de Trabalho sobre minorias em relação a esta Declaração dispõem que, referente ao artigo 4, há a necessidade de que os Estados empreendam maior atenção às minorias pela sua situação de vulnerabilidade e histórico de discriminação. Faz-se necessário, portanto, que os Estados executem ações afirmativas para garantia de igualdade de fato dessas minorias<sup>12</sup>.

Os povos indígenas, nesse contexto, precisam de uma atenção particular para que seu acesso à justiça aconteça de forma igualitária. Para tanto, esquecer a identidade coletiva desses povos é uma falha grave perante os mesmos. A garantia efetiva dos direitos desses povos passa, portanto, pelo reconhecimento da personalidade jurídica coletiva. Para avaliar a apreensão dessa questão e o tratamento dado às comunidades indígenas pelo direito internacional, será traçado em seguida a evolução em matéria de direitos indígenas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3.0 O sistema interamericano e os povos indígenas

A Organização dos Estados Americanos está trabalhando na elaboração de uma Declaração Interamericana sobre os direitos dos povos indígenas, instrumento extremamente necessário no continente americano – região com grande diversidade desses povos e com países com metade ou mais da população representada por eles.

Tanto a Comissão Interamericana como a Corte Interamericana se debruçaram nos últimos anos em casos de violação dos direitos humanos relativos à posse das terras indígenas, exploração de recursos nessas terras e violência contra o povo e sua cultura. Em 2006, na 62ª sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Sr. Rodolfo Stevenhagen ressaltou o envolvimento desse sistema regional na questão de proteção dos povos indígenas. Ele enfatizou a construção nesse sistema de uma jurisprudência sobre a proteção desse grupo muito significativa e relevante para o desenvolvimento do tema no direito internacional <sup>13</sup>.

Em relação ao direito de acesso à justiça pelos povos indígenas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, se pronunciou:

“para los pueblos indígenas, el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo es de especial importancia en relación con el goce de sus derechos humanos, dadas las condiciones de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran por razones históricas y por sus circunstancias sociales actuales” <sup>14</sup>.

A Corte, em específico, sendo o órgão judicial do sistema, tem avançado nos julgamentos dos casos relativos aos povos indígenas, reconhecendo com certa progressão a personalidade jurídica deles como vítima das violações <sup>13</sup>. Esse reconhecimento promove um acesso à justiça efetivo por parte dos povos indígenas já que as violações não acometem somente aos indivíduos mas principalmente à comunidade.

Esse entendimento aparece na sentença do caso *Pueblo Saramaka v. Suriname*, em que a Corte outorga à comunidade a capacidade jurídica coletiva com o intuito de garantir gozo pleno aos indígenas Saramaka do direito de propriedade de caráter comunitário e o acesso à justiça como comunidade. Nessa mesma linha, a Corte expressou em outras decisões que o reconhecimento da personalidade jurídica

coletiva da comunidade indígena permite o exercício pleno por esse povo de determinados direitos <sup>14</sup>.

A própria Corte admite que a ausência de reconhecimento de personalidade jurídica coletiva pode colocar um povo indígena numa condição vulnerável, no que se refere as questões de terra:

“en una situación vulnerable donde los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal, y donde el pueblo [correspondiente] no puede solicitar, como personalidad jurídica, protección judicial en contra de las violaciones a sus derechos de propiedad reconocidos en el artículo 21 de la Convención” <sup>14</sup>.

### **3.1 Jurisprudência da Corte Interamericana**

#### **3.1.1 Caso Mayagna (Sumo) Tingni v. Nicarágua**

A jurisprudência da Corte Interamericana em termos de violações dos direitos indígenas remonta o ano de 1991 com o caso Caso Aloeboetoe e outros v. Suriname. Porém, os avanços nos julgamentos do tribunal são percebidos mais nitidamente a partir de 2001 com o caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua. Refere-se à concessão por 30 anos da exploração de madeira pelo Estado a uma empresa em terras da comunidade Mayagna. O caso foi levado à Corte sob as acusações de que o Estado não protegeu os direitos da comunidade às suas terras e recursos naturais, realizando a concessão sem a consulta prévia ao povo e sem demarcar as terras comunais.

Nesse julgamento, a Corte abriu um precedente que seria usado novamente em vários outros casos similares. A instituição buscou os trabalhos preparatórios da constituição da Convenção Americana, identificando que houve uma supressão intencional do termo “privada” no artigo 21 do documento.

Levando em conta essa questão e as normas de interpretação presentes no artigo 29(b) da Convenção, que indica que a interpretação não pode ser restritiva aos direitos humanos, a Corte compreendeu que o artigo 21 da Convenção relativo ao direito à propriedade engloba o direito dos indígenas à propriedade comunal:

“Based on the above, and taking into account the criterion of the Court with respect to applying article 29(b) of the

Convention (*supra* para. 148), the Court believes that, in light of article 21 of the Convention, the State has violated the right of the members of the Mayagna Awas Tingni Community to the use and enjoyment of their property”<sup>15</sup>.

Entretanto, a Corte julgou que a violação do Estado se deu em detrimento dos membros da comunidade, e não contra a comunidade em si:

“For all the above, the Court concludes that the State violated article 21 of the American Convention, to the detriment of the members of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community, in connection with articles 1(1) and 2 of the Convention”<sup>15</sup>.

### **3.1.2 Caso Massacre de Plan de Sánchez v. Guatemala**

A decisão da Corte no caso Mayagna Awas Tingni repercutiu em trabalhos futuros como no julgamento do caso Massacre de Plan de Sánchez v. Guatemala em 2004. O caso é relativo ao massacre de povos indígenas maias pelo Estado guatemalteco, o tratamento desumano e a negação de justiça aos membros dessa comunidade. A Corte abriu longa lista de individualização de vítimas do massacre para as quais foram estabelecidas indenizações individuais, totalizando uma soma de 7.925.000 dólares. Além de indenização pecuniária, a Corte estabeleceu outras formas de reparação, encarando o próprio julgamento do caso como uma reparação *per se*.

A responsabilidade internacional pelas violações foi admitida pelo Estado da Guatemala ainda no decorrer do processo. O massacre implicou em prejuízos significativos à comunidade indígena. A saída do povo de suas terras originais além da morte dos responsáveis por transmitir as tradições indígenas levou a Corte a estabelecer diversas reparações em prol da comunidade, em concordância com o seguinte argumento levantado pela Comissão Interamericana:

“The measures of reparation to try and eradicate the effects of the violations committed by the State can only be determined from a collective perspective, based on an understanding of the socio-cultural characteristics of the Mayan people, such as their cosmovision, spirituality and community social structure, and recognizing the magnitude of the genocidal acts committed against them;”<sup>16</sup>.

As reparações coletivas, de forma não exaustiva, englobaram a obrigação de investigação dos fatos, julgamento e condenação dos responsáveis; ato público de reconhecimento pelo Estado de sua responsabilidade pelo massacre; tradução de julgamentos da Corte para a língua Maya-Achí; publicação das partes pertinentes do julgamento; programa de moradia para fornecer habitação adequada às vítimas e programas de desenvolvimento nas áreas de educação, saúde, produção e infraestrutura para a comunidade.

Em voto separado, o juiz García Ramírez expõe seus argumentos a favor dos indivíduos como titulares de direito e, assim sendo, como vítimas das violações ocorridas no caso Massacre de Plan De Sánchez e no caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community. Para ele, a vida dos membros está altamente relacionada com a existência da comunidade, e, por consequência:

“In short, there is an intimate and inextricable link between individual and collective rights, a linkage that is a condition *sine qua non* for genuine protection of persons belonging to indigenous ethnic groups.”<sup>17</sup>.

A interpretação da Convenção Americana pela Corte se atende aos termos cunhados de “cada pessoa/ cada um tem o direito...”, ao ver do juiz García Ramírez, não enfraquece os direitos coletivos dos povos indígenas. Eles são atingidos por meio da garantia dos direitos humanos individuais.

### **3.1.3 Caso Yakye Axa v. Paraguai**

Posteriormente a esses dois casos, segue-se o julgamento, em 2005, do caso Yakye Axa v. Paraguai por violação do direito à propriedade pelo Estado paraguaio. O povo Yakye Axa foi retirado de suas terras ancestrais, não tendo amparo pelo Estado para revê-las. As condições precárias em que se mantiveram os membros da comunidade fora de seu espaço colocaram em risco a integridade da identidade cultural do povo e de cada indivíduo.

O tribunal regional, nos mesmos moldes da decisão do caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, ampliou a interpretação do artigo 21 (direito à propriedade) em prol da comunidade indígena. Entretanto, o caso não se restringiu a questões de terra. A Corte julgou o Estado como responsável pela violação do artigo 4.1 da Convenção Americana contra membros da comunidade. Porém, não considerou,



por falta de evidências, que o Estado teria violado, como alegado pelos peticionários, o artigo 4.1 em detrimento de 16 membros da comunidade ao não fornecer condições para uma vida digna - que morreram por falta de assistência médica no assentamento em que se encontravam.

O caso seguiu a linha do julgamento Massacre de Plan de Sánchez. Estabeleceu-se reparações individuais e gerais à comunidade, como a criação de um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade Yakye Axa.

Em voto dissidente, os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel Ventura Robles criticam a atitude da Corte ao argumentar a ausência de provas para acusação do Estado por violação do artigo 4.1 contra os dezesseis indígenas. Em seu voto, os dois juízes indicam ter a Corte errado em julgamento, pois, em entendimento comum, a identidade cultural está ligada ao direito à vida *lato sensu*. Portanto, uma violação à identidade cultural de um povo indígena, tradicionalmente conectado com suas terras ancestrais, implica na violação do direito à vida dos seus membros:

“During their displacement, in recent years, from their “ancestral lands,” the *cultural identity*, as well as the very right to life of the members of an indigenous community such as the Yakye Axa, has seriously suffered. As the Inter-American Commission on Human Rights pointed out at the public hearing on 05.03.2005 before this Court –and the State- as a consequence of the aforementioned situation did not dispute this, when the children of the Yakye Axa Community are born, they are predestined to disease, to lack of access to education, and to servitude. It is our understanding that this clearly constitutes, in itself, a violation of the basic right to life.”<sup>18</sup>

### 3.1.4 Caso *Moiwana v. Suriname*

Prosseguiu-se no mesmo ano de 2005 o julgamento do caso *Moiwana v. Suriname* que consistiu no ataque das forças armadas do Suriname a comunidade tribal de *Moiwana*. A Corte aplicou o mesmo parâmetro de reparações individuais e de caráter coletivo. O Estado foi condenado por violação dos artigos 5 (integridade pessoal), 8 (garantias judiciais), 21 (propriedade privada) e 25 (proteção judicial). É importante ressaltar que o caso se refere a uma comunidade tribal.

Entretanto, esse grupo tem recebido o mesmo tratamento que os povos indígenas frente aos tratados internacionais relativos.

O caso contou com o voto separado de Antônio Augusto Cançado Trindade sobre a importância da devolução do território ao povo Moiwana. Para o juiz, a delimitação, demarcação, titulação e retorno dos territórios tradicionais são essenciais para a sobrevivência da identidade cultural da comunidade e, em consequência, para a garantia do direito à vida lato sensu, na mesma linha de pensamento desenvolvida no voto dissidente de Antônio A. A. Cançado e Manuel Ventura Robles no caso Yakye Axa.

Ainda no voto, o juiz traça a necessidade do abandono de uma perspectiva estatal sob os direitos humanos nas vias do desenvolvimento de um novo *jus gentium* em pleno século XXI:

‘It is my understanding that the universal juridical conscience has evolved towards a clear recognition of the relevance of cultural diversity for the universality of human rights, and vice-versa. Additionally it has evolved toward the *humanization* of International Law, and the creation, at this beginning of the XXI century, of a new *jus gentium*, a new International Law for humankind’<sup>19</sup>

### 3.1.5 Caso Sawhoyamaxa v. Paraguai

O segundo caso paraguaio perante a Corte, Sawhoyamaxa, em 2006, seguiu os mesmos passos do caso anterior, Yakye Axa. A condenação do Estado pela violação do direito à propriedade seguiu o precedente do caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni:

“Likewise, this Court considers that indigenous communities might have a collective understanding of the concepts of property and possession, in the sense that ownership of the land “is not centered on an individual but rather on the group and its community.” This notion of ownership and possession of land does not necessarily conform to the classic concept of property, but deserves equal protection under Article 21 of the American Convention.”<sup>20</sup>

As indenizações pecuniárias se destinaram aos indivíduos da comunidade enquanto as outras formas de reparação se destinaram à comunidade em geral. Entretanto, a novidade do caso é a condenação do Estado em relação à violação do artigo 4.1 da Convenção

Americana contra os membros da comunidade, assim como contra dezenove membros do povo, diferentemente do que ocorreu no caso Yakye Axa.

### **3.1.6 Caso Xâkmok Kásek v. Paraguai**

Por fim, o último julgamento contra o Estado paraguaio, Xâkmok Kásek, ocorreu em 2010, tendo a Comissão Interamericana e os representantes das vítimas declarado como violados pelo Estado paraguaio tanto os direitos da comunidade como os direitos dos membros. O julgamento da Corte, entretanto, mais uma vez se negou a dar personalidade jurídica coletiva ao povo indígena, caracterizando como vítimas da violação os membros da comunidade.

Diferentemente dos casos anteriores, a Corte não se manteve tão preocupada em construir uma lista de individualização de vítimas. Nesse contexto, o voto concorrente do juiz Eduardo Vio Grossi traz, porém, uma proposta de evolução na leitura do artigo 1º da Convenção Americana.

Novoto, o juiz Vio Grossi expõe a tradição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em declarar violações em detrimento dos membros dos povos indígenas, seguindo a interpretação clássica do artigo 1º da Convenção Americana em prol de “cada ser humano”. A posição da Corte segue a doutrina legal interamericana, de acordo com Vio Grossi, que está declarada também no rascunho da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, ao expressar que os povos indígenas detêm direitos coletivos que são essenciais ao exercício dos direitos humanos individuais dos seus membros. Adicionalmente, os comentários do Comitê Jurídico Interamericano sobre o rascunho dessa declaração apontam que, em alguns casos, sob o Direito Internacional, o exercício dos direitos individuais só podem ser plenamente exercidos coletivamente <sup>21</sup>

Nesse sentido, como expõe Vio Grossi e está perceptível na descrição já realizada dos casos acima, a Corte manteve o posicionamento de identificar ou os membros da comunidade ou eles e a comunidade como beneficiários das reparações estabelecidas pelo tribunal, entendendo que a personalidade jurídica recairia sobre os membros da comunidade e, portanto, esses seriam as vítimas das violações.

O jurista, entretanto, expõe os avanços ocorridos no direito internacional em prol do reconhecimento da personalidade coletiva

dos povos indígenas, como a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, em especial, seu artigo 1º, e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos que já traz uma proteção legal a certos direitos dos povos indígenas exercidos coletivamente.

Grossi sugere que a Corte, por meio da aplicação do artigo 29 da Convenção Americana, amplie o entendimento do termo “pessoa” presente nos artigos da Convenção assim como o reconhecimento das vítimas de violações de direitos humanos, abarcando não só os membros dos povos indígenas como os povos indígenas em si. E, por fim, Grossi recomenda:

“(...) on the other hand, consequently, to consider among these rights, those that concern these peoples, so that not only would justice be served, but, also, the case law would thus be situated, more clearly and without margin for error, in the modern trend that is emerging increasingly clearly in international law on this matter.”<sup>21</sup>

### 3.1.7 Caso Kichwa de Sarayaku v. Equador

Em 2012, a Corte julgou o caso Kichwa de Sarayaku e demonstrou o ápice da evolução da instituição com relação ao reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direito coletivos. O caso é relativo à concessão pelo Estado de autorização a uma empresa petroleira para realizar atividades exploratórias em terras do povo Sarayaku, sem prévia consulta. As atividades da empresa, com a instalação de explosivos no território, impediram a livre circulação da comunidade e a expressão de sua cultura.

A Corte reconheceu o direito fundamental de integridade cultural às comunidades indígenas e decidiu que a “parte lesionada” no caso era o povo indígena.

“Under Article 63(1) of the American Convention, the Court considers the injured party to be the Kichwa Indigenous People of Sarayaku, who suffered the violations declared in the chapter on Merits of this Judgment (*supra* paras. 231, 232, 249, 271 and 278), and are therefore considered beneficiaries of the reparations that it orders.”<sup>22</sup>

Na apreciação da Corte, a coletividade indígena foi identificada como vítima das violações ao direito à consulta referente a propriedade

da comunidade; ao direito a vida e integridade pessoal com relação ao direito de propriedade; e ao direito às garantias judiciais e proteção judicial. Por consequência, foram determinadas reparações coletivas no julgamento. Assim sendo, nesse caso, além de compreender a comunidade indígena como sujeito beneficiário das reparações coletivas, a Corte se posicionou a favor do reconhecimento do povo como sujeito titular do exercício de seus direitos:

*“On previous occasions, in cases concerning indigenous and tribal communities or peoples, the Court has declared violations to the detriment of the members of indigenous or tribal communities and peoples. However, international law on indigenous or tribal communities and peoples recognizes rights to the peoples as collective subjects of international law and not only as members of such communities or peoples. In view of the fact that indigenous or tribal communities and peoples, united by their particular ways of life and identity, exercise some rights recognized by the Convention on a collective basis, the Court points out that the legal considerations expressed or indicated in this Judgment should be understood from that collective perspective.”<sup>22</sup>*

### **3.1.8 Caso Massacres do Rio Negro v. Guatemala**

No mesmo ano de 2012, a Corte julgou o caso Massacres do Rio Negro v. Guatemala. A acusação contra o Estado da Guatemala refere-se ao massacre da comunidade maia do Rio Negro pelas Forças Armadas. Foram alegados também desaparecimentos forçados de membros da comunidade, violações contra a integridade dos mesmos e a impossibilidade de retorno às terras.<sup>23</sup>

Apesar de ocorrer alguns meses após o caso Kichwa de Sarayaku, o julgamento do caso Massacre do Rio Negro não manteve os avanços apresentados no caso anterior. Todas as violações imputadas pela Corte ao Estado guatemalteco, agora, foram ocasionadas, na visão do tribunal regional, em detrimento dos membros da comunidade. O reconhecimento do povo indígena como sujeito de direito coletivo, tão bem apresentado no caso Kichwa de Sarayaku, foi abandonado nos trabalhos de julgamento do massacre perpetrado pela Guatemala à comunidade maia do Rio.

## 4.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos apresentados neste artigo não esgotam a jurisprudência da Corte Interamericana sobre casos indígenas. Entretanto, eles pontuam os principais marcos no julgamento do tribunal com relação a violações contra povos indígenas.

É expressiva a evolução no reconhecimento dos direitos de povos indígenas por parte da Corte Interamericana. O reconhecimento do direito à personalidade jurídica coletiva das comunidades indígenas imprime à instituição um caráter exemplar e de relevância no direito internacional.

Várias inovações foram executadas com a ampliação de interpretação de artigos da Convenção Americana, em especial o artigo 21, a adoção de reparações coletivas conjuntamente às individuais e, por fim, no caso Kichwa de Sarayaku, o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direito coletivos, a partir dos alcances de uma nova interpretação do artigo 1<sup>a</sup> da Convenção.

Esse último caso marca o ápice da jurisprudência da Corte com o reconhecimento explícito da personalidade jurídica coletiva dos povos indígenas. Já, o caso posterior, Massacres do Rio Negro, representou um retrocesso, imprimindo como vítimas das violações os membros da comunidade.

Sendo assim, o trabalho da Corte no caso Kichwa de Sarayaku abre precedente ao reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direito, o que não admite volta a status anteriores, como ocorrido no caso Massacres do Rio Negro. Como um grupo de particularidade histórica e organizacional, a apreciação dos povos indígenas como titulares de direitos coletivos implica em maior igualdade de acesso à justiça por parte dessas comunidades. Os casos delineados acima referiam-se a violações a propriedade comunal e identidade cultural dos povos indígenas e ao gozo por parte desses do direito de autodeterminação, compondo assim seu direito a uma organização política autônoma e a um sistema legal específico.

A reparação de violações desses direitos não se dá por completo nem no campo simbólico nem no material quando se entende que o beneficiário e vítima do caso são os membros da comunidade. Cada uma dessas violações englobam um prejuízo muito mais amplo. Sofrimentos de caráter coletivo, danos culturais e espirituais que só podem ser reparados com o reconhecimento de personalidade

jurídica coletiva dos povos indígenas, garantindo a igualdade e não discriminação no acesso à justiça por essas comunidades.

Como expõe Oswaldo Ruiz Chiriboga, referindo-se ao Voto do juiz Vio Grossi no caso *Xakmok Kásek*:

“Reconocer entonces que el Pueblo es la víctima de la violación traería lo que Vio Grossi pronostica: más nitidez y menos equívocos. (...) En este sentido, el reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades con identidades, características y requerimientos específicos es esencial. Sin este reconocimiento, es probable que las medidas adoptadas para garantizar verdad, justicia y reparación no cumplan efectivamente con su objetivo y, peor aún, pueden llegar a causar daño al grupo (por ejemplo, causando rupturas dentro de la colectividad o la imposición de las alteraciones de sus tradiciones y costumbres).”<sup>24</sup>

A atuação da Corte Interamericana já é um ícone no campo de proteção dos direitos dos povos indígenas. Porém, é de suma importância que o tribunal mantenha continuidade dos avanços alcançados e progressivamente proponha novas considerações que possam satisfatoriamente oferecer aos povos indígenas acesso à justiça internacional de forma igualitária de acordo com suas particularidades e seu direito de gozar coletivamente dos direitos humanos.

## **BIBLIOGRAFIA:**

1. ONU, Comissão de Direitos Humanos. *Report on situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*. 2004.
2. CASAL, María Jesus, ROCHE, Carmen Luisa, RICHTER, Jacqueline & HANSON, Alma Chacón. *Derechos Humanos, Equidad y acceso a la justicia*. Venezuela: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. 2005. p. 11 e 15.
3. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1988.
4. Oliveira, Cláudio Ladeira de, MAEOKA, Érika. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Promoção do Acesso à Justiça In: *SCIENTIA IURIS*. Londrina, v. 13, p. 229-253. 2009.
5. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Access to Justice in its Wide Dimension In: *Segurança Cidadã e Acesso à Justiça*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora. 2013. p. 20.
6. ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. 1948.

7. ONU. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 2007.
8. ONU, Escritório do Alto Comissário para Direitos Humanos. *Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System: Fact Sheet No. 9/Rev.2*. 2013.
9. ONU, Conselho de Direitos Humanos. *Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples*. 2013.
10. ONU, Comissão de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen*. 2004.
11. ONU. *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*. 1992.
12. ONU. Comissão de Direitos Humanos. *Commentary of the Working Group on Minorities to the United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities*. 2005.
13. ONU, Comissão de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen*. 2006.
14. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 2009. p. 134 e 142.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case the Mayagna ( Sumo ) Awas Tingni Community v . Nicaragua*. 2001. p. 75 e 76.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Plan de Sánchez Massacre v . Guatemala*. 2004. p. 89.
17. RAMÍREZ, Sergio Garcia. *Separate Opinion of Judge Sergio Garcia Ramirez in the judgment on reparations in the case of the Plan de Sánchez Massacre*. 2004. p.
18. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, ROBLES, Manuel Ventura. *Separate Dissenting Opinion of Judges A.A.Cançado Trindade and M. E. Ventura Robles in the case Yakye Axa v. Paraguai*. 2006. p. 5.
19. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Separate Opinion of Judge Antônio Augusto Cançado Trindade in the case Moiwana Community v. Suriname*. 2005. p. 6.



20. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. 2006. p. 71.
21. GROSSI, Eduardo Vio. *Concurring Vote of Judge Eduardo Vio Grossi in the judgment of the case Xâkmok Kásek v. Paraguai*. 2010.p.7.
22. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Kichwa de Sarayaku v. Equador*. 2012. p. 78.
23. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Kichwa Sarayaku v. Equador* .2012. p. 67
24. CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz & DONOSO, Gina. *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*. 2010. p. 20.

# A PROMOÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

---

**Luisa Maria S. Merico**

Bacharelanda em Relações Internacionais da Universidade de Brasília (IREL/UnB).

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de acesso à justiça vem sofrendo transformações importantes ao longo dos anos, passando de um caráter formalista e abstrato para um direito exigível na prática e de responsabilidade positiva dos Estados. Inicialmente o direito à proteção judicial significava apenas o direito formal do indivíduo de propor ou responder a uma ação. O entendimento aqui era que esse direito não precisava de uma atitude proativa dos Estados, bastava sua não interferência. Essa situação relegava aos indivíduos e grupos a sua própria sorte frente às diferenças e dificuldades práticas do acesso à justiça. Dessa forma, nesse sistema, a justiça só era realmente obtida por aqueles que possuíam os meios para arcar com seus custos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

Com a ascensão da luta pelos direitos humanos passou-se a reconhecer o papel ativo dos Estados na promoção dos direitos individuais e coletivos, entre eles o direito ao acesso à justiça. Esse direito passou a ser visto como fundamental para a afirmação de outros direitos, uma vez que garante um mecanismo viável para sua reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 05).

Nesta perspectiva o Sistema Interamericano vem trabalhando na proteção e promoção dos direitos humanos nos seus Estados – parte, inclusive do direito ao acesso à justiça. Deste modo e considerando a evolução do conceito de acesso à justiça para um de caráter igualitário esse artigo analisa como que o Sistema Interamericano promove o acesso à justiça. Dessa maneira são investigados os aparatos normativos da Organização dos Estados Americanos em relação ao acesso igualitário à justiça. Também são analisados o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte

Interamericana de Direitos Humanos na proteção e promoção desse direito. Ao mesmo tempo esse artigo objetiva saber como o Sistema Interamericano entende o direito ao acesso à justiça e percebe as barreiras para a efetividade desse direito, estudando quais as soluções traçadas pelo Sistema.

## 2. O QUE É ACESSO IGUALITÁRIO À JUSTIÇA?

O acesso igualitário à justiça é um direito humano reconhecido internacionalmente e presente em várias constituições. O acesso igualitário à justiça supera o conceito de acesso a um julgamento. É preciso ter claro que acesso igualitário à justiça engloba o entendimento de acesso a uma ordem jurídica justa. O que se busca, nesse caso, é uma justiça efetiva para todas e todos. Além disso, o direito ao acesso igualitário à justiça está diretamente conectado com outros direitos reconhecidos e garantidos por lei e sua negação acarreta, necessariamente, na negligência de uma série de outros direitos e garantias, sejam elas individuais ou coletivas. Dessa forma o acesso igualitário à justiça pode ser entendido como:

(...) una expresión de la ciudadanía o civilidad de todo individuo, entendida como la disposición de facultades y de canales institucionales que permitan el más amplio goce de la libertad humana, hasta el punto de llegar a traducirse en una forma de participación en asuntos públicos, a través de acciones populares, colectivas o de clase, incoadas en defensa de intereses generales, difusos o colectivos. (CASAL, 2005, p. 17)

Considerando, ainda, outras formas de definir acesso igualitário à justiça encontra-se um ponto recorrente: a possibilidade de acessar órgãos de proteção de direitos ou interesses para a resolução de conflitos. Para Ventura Robles (2008, p. 03) o direito de acesso à justiça expressa: “(...) *posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular*”. Dessa maneira, entende-se que o acesso à justiça deve ser livre (sem condicionamentos excessivos que o restrinjam injustificadamente), assegurando-se o princípio antiformalista *pro actione*, ou seja, a interpretação das normas processuais em um sentido mais favorável a admissibilidade da ação. Por si só o livre acesso à justiça se opõe a qualquer discriminação (CASAL, 2005, p. 29).

Além de livre, o acesso à justiça deve ser efetivo. Aqui fica mais claro a superação de acesso à justiça como mero acesso a um julgamento. Aqueles que buscam a justiça devem ter acesso a instrumentos que possibilitem a proteção dos seus direitos em termos práticos (CASAL, 2005 p. 30). Segundo Cançado Trindade (2007, p. 653) o acesso à justiça é dotado de conteúdo jurídico próprio e expressa “(...) *el derecho de obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho de la propia **realización** de la justicia*” [grifo do autor]. A justiça deve ser visualizada a partir daqueles que a buscam.

Deste modo, o efetivo acesso à justiça possui algumas características que podem ser assim delineadas: o órgão jurisdicional deve ser independente e imparcial; sua competência precisa ser previamente determinada por lei; os princípios do devido processo legal necessitam ser respeitados; a resolução de controvérsias tem que ocorrer em tempo razoável; a decisão deve ser congruente com o solicitado e fundada no Direito; a sentença não pode deixar de ser executada (CASAL, 2005, p. 23-24). Dessa maneira, é intrínseco ao direito de acesso à justiça ser universalmente acessível, oferecendo resultados individual e socialmente justos, que almejem de forma ampla à justiça social. Assim o direito ao acesso à justiça se fundamenta na busca de uma sociedade mais justa. Pode – se, porém, perguntar: o que é mais justo?

A justiça, por sua vez é conceito ainda mais complexo. Desde Aristóteles tenta-se defini-la sem um consenso. Todavia, um dos valores que não podem faltar nas definições é certamente a igualdade (ROCHE; RICHTER, 2005, p. 45). Por isso, acesso à justiça é necessariamente a busca de acesso *igualitário* à justiça, e mais, é a busca da equidade, pois:

La equidad supone el reconocimiento de los sujetos en sus identidades, necesidades y aspiraciones, lo cual implica salvaguardar la diversidad en la sociedad y el derecho de sus integrantes a preservar su cultura, sus tradiciones, su cosmovisión y su proyecto de vida. Debe evitarse toda situación legal o fáctica que coloque en estado de inferioridad a quienes comulguen con una religión, creencia o ideología, desarrollen un determinado arte o profesión, o sigan una particular opción de vida. Tampoco cabe, naturalmente, aceptar discriminaciones (negativas) en razón del sexo, la raza, o la pertenencia a alguna etnia (CASAL, 2005, p. 18-19).

Enfim, quando se trata de real acesso à justiça deve estar compreendido nesse conceito a verdadeira busca pela justiça que, conseqüentemente, preze pela igualdade e equidade. É necessário que se vá além da igualdade formal perante a lei. Deve-se buscar superar os obstáculos que impedem o efetivo acesso às instituições da justiça que verdadeiramente devem fazer valer direitos e solucionar conflitos, alcançando por meio do Direito a plena equidade (ROCHE; RICHTER, 2005, p. 54).

## 2.1 Igualdade, equidade e acesso à justiça

A análise da igualdade, equidade e acesso à justiça leva a concluir que existe uma relação de interdependência entre esses fatores. Ao mesmo tempo em que o real acesso à justiça depende da promoção da equidade e igualdade, situações de ampla equidade e igualdade dependem de maior acesso à justiça. Explicando melhor: para o adequado acesso à justiça são necessárias a equidade e a igualdade, concorrendo para a garantia a todas e a todos dos direitos reconhecidos internacionalmente e constitucionalmente. Ou seja, promove – se, dessa maneira, direitos responsáveis pelo desenvolvimento humano, além de ser meio para a realização das necessidades humanas (educação, trabalho, saúde, entre outros) gerando uma sociedade mais equitativa e igualitária. Por outro lado, a equidade e igualdade favorecem o acesso à justiça, pois suas principais barreiras se relacionam diretamente com desigualdades de oportunidade e de capacidades diversas (CASAL, 2005, p. 18).

A relação entre estes três fatores também interessa devido ao equilíbrio logrado por uma visão de equidade que busca conjugar igualdade e diversidade no acesso à justiça.

Los requerimientos de la equidad en su vertiente de protección de la diversidad se proyectan además hacia el interior del propio sistema de justicia, por cuanto éste no ha de ser una rígida estructura burocrática homogénea o uniforme, sino un conjunto plural pero articulado de instancias de garantía de derechos y de resolución de conflictos, adaptadas a la materia sobre la que versa la controversia, y al contexto poblacional, cultural y geográfico en que se plantea. (...) Todo ello en el entendido de que la pluralidad del sistema de justicia no debe atentar contra la calidad del servicio prestado y del resultado exigible ni contra las garantías que deben rodear toda forma de administración de justicia. **Lo que se persigue no es “una**

**pobre justicia para los pobres”, sino una justicia efectiva para todos (...)** (CASAL, 2005, p. 20). [Grifo meu]

Assim, o diálogo e a interdependência entre esses conceitos permitem avançar em relação ao acesso à justiça e igualdade em seus sentidos puramente formais, impelindo o desenvolvimento de uma sociedade mais justa por meio da materialização de um acesso à justiça verdadeiramente igualitário e, simultaneamente, permitindo a uma sociedade mais igualitária o real acesso à justiça.

### **3. O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO**

O reconhecimento do acesso à justiça como direito humano é relativamente recente, principalmente quando comparado com o advento da igualdade formal perante a lei. *“Tomó mucho tiempo adquirir conciencia del problema de la justicia desigual.”* (ROCHE; RICHTER, 2005, p. 45). Em termos universais data de 1948 o reconhecimento internacional do direito ao acesso à justiça: a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seus artigos II, VIII, X e XI (1), reconhece o direito a igualdade, a um recurso efetivo, ao acesso igualitário à justiça e a defesa judicial justa, respectivamente. Vale aqui reproduzir o Artigo X: *“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”*

Antes mesmo da Declaração Universal, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, criada em 1948 sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA), contava com dispositivos reconhecendo o direito ao acesso à justiça. Aqui fica ainda mais claro o direito ao uso proativo dos tribunais para fazer respeitar seus direitos. Segundo o Artigo XVIII:

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Também estão resguardados nessa Declaração os direitos à igualdade perante a lei e a um processo judicial regular.

Ainda no âmbito da OEA a Convenção Americana de Direitos Humanos garante no seu Artigo 25 – Proteção Judicial:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
  - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
  - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
  - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

A Convenção Americana também reconhece a igualdade e a obrigação dos Estados de respeitar os direitos. É importante lembrar que existem outros tratados além dos citados que também reconhecem o direito ao acesso à justiça. Aqui é importante assinalar que nos próprios documentos citados e também em outros (como no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas), apesar de possuírem redações diferentes, o reconhecimento desse direito está atrelado necessariamente à igualdade. Também se nota como aspectos comuns a independência e imparcialidade dos órgãos judiciais, que tiveram a sua competência anteriormente definida por lei, e a obrigatoriedade de se pronunciarem com fundamentos no Direito (CASAL, 2005, p. 25).

### **3.1 Responsabilidade internacional do Estado**

Por meio de tratados Estados adquirem o que é denominado responsabilidade internacional do Estado. Isso significa que um Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões que lhe sejam imputáveis e dos quais resulte violação de normas jurídicas internacionais ou de obrigações internacionais (ACCIOLY et al, 2012, p. 387). Ao assumirem obrigações por meio dos tratados

internacionais os Estados se comprometem ao cumprimento dessas. Este é o princípio do Direito Internacional *pacta sunt servanda*.

Por isso, uma vez que os Estados pactuaram em relação ao acesso à justiça é dever dos mesmos prover esse acesso. Caso o Estado coloque alguma barreira (seja ela normativa, financeira ou outra) ou se omita em seu dever de fazer cumprir esse direito nas suas respectivas jurisdições, há responsabilidade internacional do Estado.

É importante citar que os Estados não podem utilizar os dispositivos de sua legislação interna, mesmo os constitucionais, para se desobrigar de uma responsabilidade internacional, pois segundo o Artigo 27 (1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: “Um Estado não pode invocar as disposições do direito interno para justificar a não execução de um tratado.”. Nesse sentido pode-se reconhecer o dever do Estado em garantir o direito ao acesso à justiça:

En este sentido es oportuno resaltar, que los organismos internacionales han hecho hincapié **no sólo en el deber de los Estados de garantizar un acceso efectivo a la justicia, sino también que ese acceso sea igualitario**, lo cual comprende: a) el reconocimiento de la igualdad de las personas ante las cortes y tribunales, que implica el derecho de todas las personas de acceder en condiciones de igualdad a tribunales independientes e imparciales, así como el respeto a las garantías procesales en juicios civiles y penales o de otra índole; b) en los juicios penales, todos deberían gozar por igual de la presunción de inocencia, el derecho a una defensa adecuada, el derecho a no ser compelido a testificar contra sí mismo; c) si el acusado no cuenta con suficientes medios económicos para pagar a un abogado privado, el Estado tiene la obligación de proporcionarle un defensor público; d) debe asegurarse el acceso igualitario a las cortes, tribunales y otros mecanismos de resolución de disputa, a las personas en situación de pobreza que han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos. (HANSON; CASAL, 2005, p. 116) [grifo meu]

A visão acima descrita tem sido impulsionada pelas alterações no sentido do conceito de soberania que passa a derivar da garantia de direitos, ou seja, só é soberano o Estado que consegue garantir aos seus residentes o respeito aos seus direitos reconhecidos. Nesse sentido o Estado passa a afirmar seu caráter social. Isso se deve, em grande medida, aos avanços no Direito Internacional dos Direitos Humanos. “*La garantía de los derechos por medio de instrumentos*



*procesales adecuados y efectivos no es sólo un camino escogido por las naciones en virtud del progreso de su cultura jurídica, sino también una obligación derivada del Derecho Internacional” (CASAL, 2005, p 21)*

Enfim, a garantia judicial dos direitos é prova definitiva da existência de um regime de direitos humanos e de um Estado de Direito. Afinal esse deve ser capaz de demonstrar, por meio do Direito, que não possui apenas discurso de garantias e direitos, mas que tem instrumentos operativos a serviço da dignidade humana (CASAL, 2005, p. 16).

### **3.2 Barreiras ao acesso à justiça**

Uma vez que o direito ao acesso à justiça é reconhecido internacionalmente e em várias constituições pergunta-se: quais são as barreiras para sua efetiva realização? Diversos estudos sobre acesso à justiça apontam para algumas falhas comuns, nos vários sistemas de justiça<sup>1</sup>, são elas: o custo, o tempo, as leis falhas e o formalismo.

Por mais que existam problemas relacionados ao sistema de justiça que afetam a todas e a todos os que dele necessitam é preciso diferenciar como as consequências comprometem os diferentes grupos sociais. Em relação às barreiras citadas os mais pobres são os afetados mais severamente.

#### **3.2.1 Os custos**

Na busca do acesso à justiça, por meio de qualquer instância, sempre existem duas partes entre as quais possivelmente há muitas diferenças em termos de recursos. Essas diferenças incidem na possibilidade de se lograr o acesso à justiça.

Os custos de ingressar em um processo judicial são muito grandes. Honorários advocatícios e outros custos judiciais formam por si só uma barreira para as classes mais baixas e servem como

---

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. CASAL, Jesús Maria; ROCHE, Carmen Luisa; RICHTER, Jacqueline; HANSON, Alma Chacón. **Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia**. 1 Ed. Caracas: Ildis, 2005. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos**. OEA Documentos Oficiales: 2007.

desestímulo a busca da justiça. Muitas vezes fazem com que alguma das partes aceite acordos que não contemplam a totalidade do que tem direito. Dessa forma, se a igualdade formal simplesmente ignorar a desigualdade acarretará em perpetuação da injustiça (ROCHER; RICHTER, 2005, p. 55).

Além dos custos previstos, um processo judicial possui custos marginais que pesam com uma maior proporção para o peticionário mais pobre. A perda da jornada de trabalho ou os custos com deslocamento devem ser contabilizados ao custo total de um processo judicial, principalmente quando se busca justiça para os mais pobres.

Por isso entende-se que mesmo que se alcance um perfeito funcionamento da máquina judiciária não há verdadeiro acesso a ela se uma parte da população (quando não a maioria) está longe de alcançá-la. Ou seja, a solução do acesso à justiça é impensável em um quadro de grande desigualdade social. Nesse caso não basta dizer que o Estado deve prover assistência jurídica se não houver garantias de que esta seja eficiente, pois caso contrário haveria perpetuação das injustiças novamente.

Ainda em relação aos custos, nos casos que envolvem somas pequenas, as despesas do processo podem ultrapassar o conteúdo do pedido "(...) a ponto de tornar a demanda uma futilidade." (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 7). Assim torna-se evidente que o problema das pequenas causas precisa de atenção diferenciada para garantir a possibilidade de justiça.

### **3.2.2 Tempo - Justiça que tarda não é justiça**

A demora de se obter uma solução judicial é um dos maiores inibidores de busca da justiça. Por mais que esta situação atinja a maioria dos peticionários é, novamente, mais pesada para os mais pobres: "[A delonga] aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores aqueles a que teriam direito." (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 7).

Além do custo de se manter em um processo demorado a questão do tempo é crucial para aqueles que estão em um litígio em relação aos seus direitos fundamentais. Quando a disputa concerne meios de sobrevivência (como disputa de terras para pequenos agricultores), ou a saúde, a habitação, entre outros, o tempo prolongado de litígio traz prejuízos incomensuráveis. Aqui novamente os mais prejudicados

são os mais pobres, que não contam com meios alternativos de sobrevivência e tem acesso muito restrito a diversos recursos.

### **3.3.3 Leis falhas**

Ao buscar o acesso à justiça é preciso se perguntar a que justiça visa esse acesso. As leis produzidas em um Estado e até as normas internacionais não estão imunes a erros e não necessariamente refletem o maior benefício aos peticionários. Muitas vezes os legisladores desconhecem os universos simbólicos e as realidades de grande parte da população que acaba não sendo representada nas legislações produzidas. Segundo Jesús Casal (2005, p. 15):

(...) al analizar el acceso a la justicia no se debe ignorar que la producción legislativa a menudo responde a realidades que sólo imperan en los círculos sociales más favorecidos económicamente, despreciándose de este modo problemas acuciantes de grupos tradicionalmente excluidos. Más aún, en ocasiones la legalidad se erige en obstáculo para la adopción de decisiones dirigidas a la consecución de la justicia social.

Ou seja, é preciso lembrar que as leis não estão necessariamente voltadas à construção de uma sociedade mais justa.

### **3.3.4 Formalismo**

Outro fator que impede o efetivo acesso à justiça é o formalismo dominante como cultura jurídica. Esse impede que o Direito seja utilizado para a construção da justiça social, pois a lei positivada é colocada acima de outras considerações interpretativas como princípios gerais do Direito. Dessa forma a realidade é ignorada e se tende a extrapolar acriticamente corpos normativos delineados em contextos sociais muito diferentes do que pode estar sendo posto em litígio.

### **3.3.5 Outras barreiras**

Esta não é, nem pretende ser, uma lista exaustiva das barreiras ao acesso à justiça. Contudo cabe ainda citar alguns outros fatores identificados. O primeiro deles seria a falta de informação. Muitas pessoas não conhecem seus direitos e poucas são as que sabem reconhecer o que é juridicamente exigível. Conhecer como entrar no sistema jurídico, ou como obter assistência jurídica, é ainda mais raro.

O próprio Sistema Interamericano é um exemplo, poucas pessoas sabem da sua existência, muito menos sabem como acessá-lo.

Além disso, podemos enumerar ainda a corrupção, a cega subordinação do juiz a lei (colocando a mesma acima de valores e direitos reconhecidos constitucionalmente), o poder de determinadas elites sobre as instâncias legislativas, a falta de conhecimento dos aplicadores do direito quanto aos direitos humanos, a vontade deliberada de dar preferência a certas demandas e a falta de vontade política dos governos (CASAL, 2005, p. 15).

Vale ressaltar que as barreiras aqui descritas devem ser transpostas não só porque negar o acesso efetivo à justiça é impedir que os indivíduos lesados recebam sua devida reparação, mas também por que o grupo social como um todo perde a sensação de que a justiça está sendo feita, pois se permite a impunidade seletiva.

Enfim, é possível perceber que existem várias barreiras ao efetivo acesso à justiça sendo talvez impossível listá-las todas aqui. O que se pode concluir é que para solucionar a questão do acesso desigual à justiça não bastou o reconhecimento formal a esse direito, nem será suficiente o aprimoramento do sistema judiciário. É uma questão de igualdade e justiça social.

#### **4. O SISTEMA INTERAMERICANO E O ACESSO À JUSTIÇA**

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada em 1948 com a assinatura da Carta da OEA. Sua função, como expressa o Artigo 1º de sua Carta fundacional, é “(...) conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e sua independência.”. Percebe-se que a própria Organização já nasce com o intuito de promover a justiça, e esse dever continua a ser reforçado no desenvolvimento da Carta da OEA e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No preâmbulo da Carta há menção da busca da justiça social “(...) fundada nos direitos essenciais do Homem”. Além disso, no Artigo 3º, encontram-se como Princípios reafirmados pelos Estados Americanos:

(...) b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; (...) j) A justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; (...) l) Os

Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo; (...) n) A educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz.

Esses dispositivos da Carta vinculam os Estados a obrigações emanadas de tratados e nesse sentido os obriga a buscar a justiça social, por meio reconhecimento da igualdade e do respeito aos direitos humanos. Tais obrigações estão diretamente relacionadas ao acesso à justiça, pois como foi visto até aqui, essa não é possível sem justiça social, igualdade e equidade, dependendo diretamente da vontade política dos Estados.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhece, pelo Artigo 25 já citado<sup>2</sup>, as garantias de proteção judicial, afirmando o direito ao acesso ao sistema de justiça de forma efetiva e em um tempo razoável. O Artigo também explicita que o Estado deve “(...) desenvolver as possibilidades de recurso judicial (...)”.

Há também o Artigo 8º que versa sobre as garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

2 Ver: 3. O reconhecimento internacional do acesso à justiça como direito humano.

- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Dessa forma a Convenção se preocupa não só em afirmar o acesso à justiça (efetivo e em tempo razoável) como um direito humano (Artigo 25), mas também em positivizar as condições de justiça (Artigo 8º), lembrando que a lei não pode retroagir (Artigo 9º) e que erros judiciais geram direito a indenização (Artigo 10º).

Segundo Cançado Trindade (2007, p. 658) a disposição do Artigo 25 vincula os Estados à obrigação geral de respeitar os direitos humanos, assegurando seu livre e pleno exercício sobre suas jurisdições. O Artigo 8º, por sua vez, vincula às garantias do devido processo legal, pois se assegura o acesso à justiça. Assim, a Convenção Americana, e outros tratados de direitos humanos, geram obrigações de proteção para os Estados - parte, pois consagram o direito a um recurso efetivo junto aos juízes e tribunais nacionais competentes, ao devido processo legal e a garantia dos direitos humanos protegidos (CANÇADO TRINDADE, 2007, p 658).

Nesse sentido a jurisprudência do Sistema Interamericano vem traçando um estreito vínculo entre os direitos consagrados nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana. Dessa maneira se estabeleceu que os Estados têm a obrigação de desenhar e consagrar normativamente recursos efetivos para a proteção dos direitos humanos e também a obrigação de assegurar a devida aplicação desses recursos por parte do sistema de justiça, em procedimentos com as garantias adequadas (COMISSÃO INTERAMERICANA DA DIREITOS HUMANOS, 2007, p 03).

Outros pontos interessantes da Convenção são os artigos que obrigam os Estados a respeitar os Direitos Humanos sem discriminação (Artigo 1º) e a adotar as disposições da Convenção no direito interno (Artigo 2º). Por meio desses artigos pode-se alegar que

é obrigação internacional dos Estados garantir os direitos humanos reconhecidos na Convenção, desenvolvendo os meios para sua efetividade.

Assim o sistema interamericano possui bases normativas sólidas para demandar dos seus Estados membros, e responsabilizá-los internacionalmente em caso de descumprimento, o respeito ao direito de acesso à justiça em seu sentido delineado neste artigo. Ou seja, que objetive e busque de forma concreta a justiça material, e não apenas formal, de forma igualitária e equitativa para todas as pessoas.

#### **4.1 O Papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão) tem como função promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos dos povos da América. Ela pode formular recomendações aos governos e preparar relatórios. A Comissão também recebe petições individuais e coletivas sobre violações de direitos humanos na América.

Quanto ao desenvolvimento de uma doutrina de proteção e garantia judicial dos direitos humanos a CIDH declara, em seu Segundo Informe de Progreso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e suas Famílias no Hemisfério, que os artigos 8º e 25 da Convenção Americana:

En sus propios términos, estos dos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción del Estado parte, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole (SEGUNDO INFORME DE PROGRESO DA RELATORIA SOBRE TRABALHADORES MIGRANTES, 2001, parágrafo 90).

Assim a Comissão afirma o papel desses artigos em determinar o direito ao acesso à justiça para todas as pessoas em todas as situações em que há faltas, dúvidas e falhas na aplicação de direitos garantidos. Ou seja, as pessoas têm direito de buscar a justiça para exigir seus direitos, sejam eles de qualquer matéria.

A Comissão também vem desempenhando um papel no sentido de promover as obrigações dos Estados tanto no sentido de não colocar barreiras ao acesso aos instrumentos da justiça quanto de organizar

o aparato judicial para que seja possível a todos os indivíduos buscar a justiça. Assim a Comissão assinala que os Estados devem remover os obstáculos normativos, sociais ou econômicos que limitem a possibilidade de acesso à justiça (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2007, p.01).

As afirmações da Comissão vêm se direcionando para o processo judicial como um todo incluindo os trâmites administrativos. Esses devem ser rápidos, efetivos e também de baixo custo, caso contrário há violação do citado Artigo 8º da Convenção Americana (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2007, p.02). Em seu Estudo das Normas Fixadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o Acesso à Justiça como Garantia dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2007) a Comissão afirma:

De esta manera, la CIDH añadió una nueva característica al tipo de recursos que los Estados deben garantizar para cumplir con el mandato de la CADH [Convención Interamericana de Derechos Humanos]. Asimismo, estableció la obligación de contemplar que el recurso judicial que se establezca con miras a la revisión de la actuación de la Administración, no sólo debe ser rápido y efectivo sino también “económico”. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p 16)

Nessa mesma linha a Comissão reitera o que o direito a justiça abrange a possibilidade de recorrer sobre decisões de caráter administrativo. Afinal toda a norma que seja um obstáculo de acesso aos tribunais e não possa ser devidamente justificada pelas necessidades da administração da justiça viola o Artigo 8.1 da Convenção Americana (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2007, p.03). Ao mesmo tempo a Comissão vem estabelecendo a obrigação dos Estados de estabelecer regras claras para o comportamento dos seus agentes, a fim de evitar discricionariedades inadequadas na esfera administrativa, que possam fomentar práticas arbitrárias e discriminatórias (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 02).

Para a Comissão existem determinados critérios para definir o devido processo legal administrativo como uma audiência para a determinação dos direitos em jogo e a notificação prévia sobre a existência do processo. Inclui também o direito de ser assistido juridicamente, a dispor de uma defesa e de ter um prazo razoável para preparar e formalizar as alegações, assim como para tratar das



correspondentes provas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 03).

Ao tratar especificamente da discriminação no acesso à justiça a Comissão vem afirmando que as circunstâncias particulares de um caso podem necessitar de garantias adicionais, além daquelas já estabelecidos pelos instrumentos de direitos humanos, para assegurar justo acesso à justiça. *“Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.”* (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2007, p. 04). Assim a Comissão reafirma o dever do Estado de garantir o verdadeiro acesso à justiça, que é aquele que se faz em condições de igualdade.

A Comissão também faz referência específica aos casos em que se trata de direitos fundamentais. Esses são, conforme visto, muito prejudicados pela lentidão dos sistemas de justiça e requerem uma resposta rápida e efetiva. Dessa forma, para a CIDH nesses casos não se pode exigir a mesma formalidade de outros processos ordinários, e no curto prazo devem ser adotadas medidas imediatas que protejam os direitos em jogo (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2007, p. 06).

Outra preocupação da Comissão em relação à garantia do pleno acesso à justiça se refere à obrigação estatal de instaurar mecanismos que assegurem a efetiva execução de sentenças. Para a Comissão o descumprimento de uma ordem judicial configura uma violação continuada do Artigo 25 da Convenção Americana.

A Comissão destacou ainda, mais uma questão que interfere no acesso à justiça e que novamente afeta desproporcionalmente a população de baixa renda: a localização dos tribunais. A CIDH percebe uma presença insuficiente de tribunais e assistência judicial a vítimas ao longo do território nacional *“(...) lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial.”* (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, *apud* COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 19). Por isso a Comissão estimula a criação de instâncias judiciais idôneas e efetivas em todo o território, incluindo as zonas mais pobres e as áreas rurais (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 18).

## 4.2 O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte) teve o seu estatuto aprovado em 1979. Tem acesso a Corte apenas a CIDH e os Estados – parte. Assim como a Comissão, a Corte deve promover a observância e defesa dos direitos humanos na América. Segundo o Artigo 63 da Convenção Americana quando a Corte decidir que houve violação de direitos humanos essa deve assegurar ao prejudicado ou a prejudicada (ou a grupos) o gozo de seus direitos violados. A Corte também deve determinar reparações e, em casos de urgência, pode tomar medidas provisórias que considere adequadas. Os Estados – parte podem consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou outros assuntos pertinentes de direitos humanos (Artigo 64).

O papel da Corte IDH em promover e assegurar o acesso à justiça tem se dado tanto por meio dos casos como pelas opiniões consultivas emitidas. As opiniões e preocupações dessa se aproximam das expressadas pela Comissão e tem contribuído para consolidar uma doutrina do que constitui o justo acesso à justiça nos Estados – membros. Em sua jurisprudência a Corte também vem afirmando o dever estatal de suprir as carências que geram desigualdade entre as partes litigantes (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 04).

No caso Tribunal Constitucional (sentença de 31 de janeiro de 2001) a Corte declarou que qualquer órgão do Estado que exerça funções de caráter materialmente jurisdicional tem a obrigação de adotar resoluções voltadas às garantias do devido processo legal nos termos do Artigo 8º da Convenção Americana (parágrafo 71). A Corte também afirmou que as decisões dos tribunais devem verdadeiramente resolver as questões colocadas, isso se traduz no *direito de contar com uma decisão fundada relativa à matéria do assunto*. Além disso, é necessário garantir a publicidade da ação administrativa em todo o processo judicial (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 03 - 04).

Por sua vez, em uma opinião consultiva, a Corte definiu que a efetividade do recurso judicial pode estar comprometida quando o poder judiciário carece de independência para decidir com imparcialidade ou por que faltam medidas para executar suas decisões ou qualquer outra situação que configurem quadro de denegação de justiça. Para a Corte IDH tal denegação ocorre quando há atraso injustificado ou

qualquer outra causa que não permita ao lesionado acesso ao recurso judicial (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1987). Aqui se percebe que a Corte deixa bastante em aberto o que pode vir a ser a causa da violação do direito ao acesso à justiça. O parâmetro que parece guiar a avaliação da Corte é a efetividade da justiça de fato, não só o acesso a um julgamento.

Em relação a atrasos injustificados no acesso à justiça a Corte e a Comissão vem afirmando o *direito a um prazo razoável de processo*. Porém, além de um tempo aceitável para o trâmite do processo e obtenção de uma sentença justa, a Corte percebe violação do direito ao acesso à justiça quando há demora na execução da sentença, desvirtuando o direito a proteção judicial efetiva (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 07). As sentenças são parte integrante do processo e devem ser contempladas na hora de examinar a razoabilidade do prazo do processo judicial. Por isso a solução final de toda a controvérsia precisa ocorrer em um prazo razoável. A Corte e a Comissão inclusive destacam a importância desse direito considerando que, principalmente em processos de matérias sociais, a execução das sentenças são frequentemente obstaculizadas por normas de emergência ou são postergadas favorecendo normalmente os Estados (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 05)

Para Flávia Piovesan (2006) a atuação da Corte tem contribuído para o acesso à justiça combatendo a impunidade nos casos de transição democrática, reforçando os direitos a verdade, a reparação, a memória, com a invalidação das imunidades e leis de anistia. A Corte também contribui para fortalecer a democracia e o Estado de Direito, que como já visto, são essenciais para garantir o pleno acesso à justiça. A proteção de grupos especiais como povos indígenas, crianças, populações afro-descendentes, mulheres, migrantes entre outros também contribui para consolidar a igualdade e o acesso à justiça desses grupos e seus direitos coletivos.

Ao avaliar a jurisprudência da Corte IDH sobre o acesso à justiça para a consolidação dos direitos humanos Cláudio Ladeira de Oliveira e Erika Maeoka concluem que:

Em se tratando de “democracias imperfeitas” a Corte deve atuar para promover avanços e evitar retrocessos, preservando as instituições políticas democráticas atualmente existentes. Isso aponta para uma jurisprudência que estimula mudanças

progressivas, as quais são necessariamente internas aos Estados, mudanças como a alteração da legislação e a execução de políticas públicas (OLIVEIRA; MAEOKA, 2009, p. 250).

Enfim a atuação da Corte vem sendo no sentido de buscar aprimorar o processo de acesso à justiça na América em seu sentido pleno. Dessa forma estabelece critérios para que esse acesso esteja idôneo com os Artigos 8º e 25 da Convenção Americana, tanto em questões de mérito quanto administrativas. Por meio de sua jurisprudência busca demonstrar a invalidade de leis injustas como a de anistia, abrindo a possibilidade para várias pessoas buscarem justiça. A Corte também vem contribuindo para o acesso à justiça de grupos por reconhecer seus direitos coletivos e responsabilizar os Estados pelas violações de seus direitos. Outro ponto importante é quanto ao direito a um prazo razoável de processo. Considerando que os sistemas de justiça podem demorar muito para resolver uma questão a Corte entende que essa delonga injustificada viola o direito ao acesso à justiça. Por isso, inclusive, quanto aos casos que chegam a Corte, consideram a demora injustificada como exceção à regra da necessidade de esgotamento dos recursos internos e aceitam proceder com o julgamento.

## 5. ASSISTÊNCIA JURÍDICA

As dificuldades de acesso à justiça ligadas a questões econômicas são tratadas pela Comissão e pela Corte com bastante atenção. A condição social das pessoas ou grupos não pode ser impedimento de buscar a justiça efetiva. De certa forma esse obstáculo já teve algumas referências nesse artigo nos pontos que trataram do papel da Comissão e da Corte, como quando se destacou a localização geográfica dos tribunais. Devido à importância dessa matéria a questão do direito à assistência jurídica terá essa seção especial.

A Opinião Consultiva No 11/90 da Corte IDH resultou na primeira oportunidade para o Sistema Interamericano afirmar a necessidade de remover obstáculos ao acesso à justiça que sejam de origem econômica. A Corte afirmou:

La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. El sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de

la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1990, parágrafo 22).

Nessa Opinião Consultiva a Corte afirma que impedir o acesso à justiça a alguém por condições econômicas é discriminação e, conseqüentemente, uma violação da Convenção Americana. A Corte também reconheceu nessa oportunidade que a falta de um advogado não é a única barreira econômica, mas as taxas e custos do processo também. Deste modo a Corte IDH afirma que se alguém, por sua condição econômica, não pode buscar justiça interna o Estado que não garante o acesso à justiça poderá ser processado no próprio sistema interamericano. Afinal, negar a possibilidade de acessar a justiça por questões econômicas viola os Artigos 8º e 25 da Convenção Americana. Assim, para a Corte, não basta que um processo produza uma decisão judicial definitiva para garantir o direito ao acesso à justiça. A possibilidade de buscar a justiça deve ser feita sem o medo de que seja preciso pagar somas desproporcionais ou excessivas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, p. 30). Na Opinião Consultiva 18/03 a Corte também afirmou que a negativa de prestar um serviço público gratuito de defesa legal às pessoas sem recursos constitui violação do devido processo legal e o direito a proteção judicial efetiva (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 11).

A Comissão buscou caracterizar aspectos relacionados à discriminação ao acesso à justiça por motivos econômicos. Assim elencou: a ausência de instâncias administrativas da justiça em zonas marginalizadas, a falta de assistência jurídica gratuita, o custo dos processos judiciais (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 18). Nesse sentido a CIDH afirma que os obstáculos econômicos ao acesso à justiça exigem uma obrigação positiva do Estado de removê-los (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 09).

Para garantir a igualdade no acesso à justiça tanto a Corte como a Comissão afirmam que certas ações judiciais requerem necessariamente assistência legal gratuita (COMISSÃO

INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 02). Caso contrário a pessoa é “*discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.*” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 10).

O Sistema Interamericano tem expressado preocupação especial com a promoção das defensorias públicas para o efetivo acesso à justiça. Nesse sentido a Assembleia Geral da OEA aprovou documento intitulado “Defensoria Pública Oficial como Garantia de Acesso à Justiça às Pessoas em Condições de Vulnerabilidade” (2012). Em tal documento afirma o acesso à justiça como um direito humano fundamental e como meio para garantir outros direitos. Por isso estimula os Estados que não adotaram a instituição da defensoria pública em seus ordenamentos jurídicos a fazerem. Também reconhece o papel da defensoria em garantir o acesso à justiça (principalmente para pessoas e grupos vulneráveis) e a consolidação da democracia. Reitera que os defensores públicos precisam de independência e autonomia funcional para desempenhar adequadamente suas funções, sendo papel do Estado garantir essas condições.

Quanto a defensoria pública a Comissão destacou que a discriminação no exercício ou disponibilidade das garantias judiciais por razões de situação econômica está proibida pelos artigos 1.1, 8 e 24 da Convenção Americana. Dessa forma a CIDH destacou que se deve aumentar o número de defensores públicos disponíveis de maneira que este serviço alcance todas as pessoas que o necessite, seja para ter acesso à proteção judicial ou para defender um direito reconhecido (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997).

Então é possível concluir que o Sistema Interamericano vem promovendo e fortalecendo a assistência jurídica gratuita, especialmente por meio das defensorias públicas, como um dos principais instrumentos garantidores do acesso igualitário à justiça. Essa atitude também está em conformidade com o papel de promotor da democracia e Estado de Direito que a OEA colocou para si.

## **6. CONCLUSÃO**

O direito ao acesso à justiça, no seu sentido pleno de acesso igualitário à justiça, visando concretizar uma sociedade mais justa,

precisa ser assegurado e promovido pelos Estados. Existem várias barreiras que devem ser derrubadas para o pleno usufruto desse direito e muitas delas requerem investimentos e reformas ligadas ao próprio sistema normativo e judiciário, como a questão das leis injustas e da falta de assistência jurídica necessária. Contudo há aqueles obstáculos que dependem da promoção de uma sociedade mais igualitária em seu sentido mais profundo. As situações de pobreza ou discriminação de raça, gênero ou pertencimento a grupo social são um bom exemplo disso.

O Sistema Interamericano possui um aparato normativo que sustenta a ideia de acesso à justiça da forma como se buscou traçar nesse artigo. A Carta e Convenção impelem os Estados a adotarem posturas positivas de promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, incluindo o direito ao acesso à justiça. Assim, o Sistema Interamericano possui as bases necessárias para estimular o acesso igualitário à justiça e o dever de responsabilizar os Estados quanto a violações desse direito.

A Comissão e Corte, por meio de suas jurisprudências, delineiam critérios mínimos para que os Estados estejam idôneos em relação aos artigos da Convenção Americana que garantem o direito ao acesso à justiça, superando a suficiência de garantias meramente formais. As decisões e recomendações do Sistema Interamericano também visam à promoção do Estado de Direito e da democracia, assim como tem fortalecido o direito ao acesso à justiça de determinados grupos. Além disso, promove a assistência jurídica gratuita e fortalece o papel dos defensores públicos em garantir o pleno direito de acesso à justiça. De forma geral o Sistema Interamericano tem se preocupado em garantir o acesso igualitário à justiça na prática, nas quais diferenças sociais, econômicas e funcionamento máquina judiciária não podem ser impedimentos da efetivação do acesso à justiça. Cabe, então, aos Estados, uma atitude proativa para garantir o efetivo acesso à justiça.

## BIBLIOGRAFIA

\_\_\_\_\_. "Derecho al Recurso Judicial y la Administración de Justicia en el Ecuador". In: \_\_\_\_\_. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Caso Tribunal Constitucional*, Sentença de 31 de janeiro de 2001.



\_\_\_\_\_. *Condições Jurídicas e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC - 18/03, de 17 de setembro de 2003.

\_\_\_\_\_. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. 1948

\_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948

\_\_\_\_\_. *Defensa Pública Oficial Como Garantía De Acceso A La Justicia De Las Personas En Condiciones De Vulnerabilidad*. AG/RES. 2714 (XLII-O/12). Cochabamba: 2012.

\_\_\_\_\_. *El Acceso A La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. OEA Documentos Oficiales: 2007.

\_\_\_\_\_. *Exceções à regra de esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a, 46.2.b, Convenção Americana de Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC - 11/90, de 10 de agosto de 1990.

\_\_\_\_\_. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. Opinião Consultiva OC-9/87, de dezembro de 1987.

\_\_\_\_\_. *Segundo Informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 2001.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Derecho Internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia*. México: Porrúa, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988

CASAL, Jesús Maria. "Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia". In: CASAL, Jesús Maria; ROCHE, Carmen Luisa; RICHTER, Jacqueline; HANSON, Alma Chacón. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Caracas: Ildis, 2005, p. 13-44.

CASAL, Jesús Maria; HANSON, Alma Chacón. "La Discriminación en la Formulación y Aplicación de la Ley como Obstáculo para el Acceso a la Justicia". In: CASAL, Jesús Maria; ROCHE, Carmen Luisa; RICHTER, Jacqueline; HANSON, Alma Chacón. *Derechos*



*Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Caracas: Ildis, 2005, p. 113-148.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Alegatos ante la Corte IDH en relación al Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de Setembro de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantos Vs Argentina*. Sentença de 28 de novembro de 2002.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. 1969

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MAEOKA, Erika. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Promoção do Acesso à Justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 229-253, novembro, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*.

\_\_\_\_\_. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHE, Carmen Luisa; RICHTER, Jacqueline. "Barreras para el Acceso a la Justicia". In: CASAL, Jesús Maria; ROCHE, Carmen Luisa; RICHTER, Jacqueline; HANSON, Alma Chacón. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Caracas: Ildis, 2005, p. 45-66.

VENTURA ROBLES, Manuel E. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaMVentura.doc>>. Acesso em: 07 maio 2014.

# A SELETIVIDADE DA VIOLÊNCIA LETAL NO BRASIL: O PROGRAMA DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES AMEAÇADOS DE MORTE E OUTRAS RESPOSTAS POSSÍVEIS<sup>1</sup>

---

## **Maíra dos Santos Moreira**

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental atuando na Assessoria de Gestão Estratégica e Inovação da Secretaria de Defesa Social do Governo de Minas; Mestranda em Ciência Política na Universidade Federal de Minas Gerais.

## **Diego Valadares Vasconcelos Neto**

Professor nos cursos de Pós Graduação em Direitos Humanos na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, no Instituto de Direitos Humanos de Belo Horizonte; Professor na Universidade “MITSO” de Minsk, República da Bielorrússia.

## **André Henriques Bueno**

Especialista em Controle da Administração Pública e Metodologia do Ensino Superior; Trabalhou como Gerente do Programa Controle de Homicídios Fica Vivo!, como Coordenador Adjunto e Coordenador Geral do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte - PPCAAM, em Minas Gerais.

## **1. INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente artigo é discutir a seletividade da violência letal de jovens negros brasileiros como consequência de fatores ligados à discriminação racial no país, e políticas capazes de remediar a mortalidade seletiva. Atenção especial será dada para a apresentação do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM) como uma destas políticas. Para tal, o trabalho se estrutura em três seções além desta introdução.

---

1 Uma versão preliminar deste artigo foi apresentada no VIII Congresso Brasileiro de Pesquisadores Negros, realizado entre 29 de julho e 02 de agosto de 2014 em Belém do Pará, Brasil.

A primeira seção trata da relação entre juventude negra e violência letal no Brasil atual, destacando estatísticas e casos paradigmáticos tanto nos meios midiáticos quanto em decisões de órgãos de monitoramento de Direitos Humanos.

A segunda seção traz uma apresentação do PPCAAM quanto à sua estrutura, estratégias de proteção e perfil dos atendidos pelo programa.

A terceira seção aborda o desafio que o crescimento e a seletividade da violência e da mortalidade trazem para as políticas públicas no Brasil, demonstrando que, apesar de ser uma alternativa importante, o PPCAAM é uma política excepcional, que não pode ser a principal resposta ao problema.

## **2. JUVENTUDE NEGRA E VIOLÊNCIA LETAL NO BRASIL**

Muito se fala no Brasil do que se convencionou chamar de “Genocídio da Juventude Negra”<sup>2</sup>. A violência letal no Brasil tem, quanto a seus destinatários, idade e cor. Na seguinte subseção apresentaremos dados que demonstram tal seletividade. Em seguida, ilustramos os dados narrando brevemente alguns episódios paradigmáticos de violência letal contra jovens negros. Finalmente, apresentaremos recomendações de órgãos das Nações Unidas sobre a seletividade da violência letal de jovens no Brasil.

### **2.1. A seletividade da violência letal contra jovens negros: Violência Mapeada**

Os homicídios no Brasil nas últimas décadas se condensaram progressivamente na população jovem. Assistimos durante o final dos anos 90, um crescimento contínuo e elevado dos números de homicídios em todo o território nacional. Em 1996, por exemplo, registramos 38.894 homicídios. E esse número se elevou até chegarmos a 47.433 homicídios cometidos em 2003 (WAISELFISZ, 2013).

---

2 É certo que o conceito de ‘genocídio’, conforme utilizado na expressão, não corresponde ao conceito jurídico de genocídio previsto em instrumentos jurídicos de Direito Internacional, como a Convenção contra o Genocídio (ONU, 1948, Art. II) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI, 1998, art.6º) e na legislação brasileira (BRASIL, 1956, Art.1º). Entretanto, o termo possui um viés retórico importante para destacar a seletividade das vítimas de homicídio no país.

Este crescimento tem um público preferencial com idade definida. Enquanto entre os anos 90 e 2000 o crescimento do número de homicídios entre a população não jovem foi de 32,4%, entre a população jovem o crescimento foi quase o dobro, 59,8%. Segundo o Mapa da Violência, a taxa de homicídios da população total no Brasil em 2011 era de 24,8 por 100 mil habitantes enquanto a taxa de homicídios juvenis chegava a 53,4 por 100 mil habitantes. O número de homicídios de jovens entre 15 e 24 anos<sup>3</sup> está longe de ser proporcional à participação deste grupo etário na população total do Brasil. A diferença é ainda mais significativa quando se considera a evolução destas taxas. Entre 1996 e 2011, a taxa de homicídios total aumentou de 24,8 para 27,1, uma variação de 2,3 homicídios por 100 mil habitantes. Nesse mesmo período, a taxa de homicídios entre jovens saltou de 42,4 para 53,4, uma variação de 11 homicídios por 100 mil habitantes. Atualmente os homicídios são a principal causa de morte de jovens no país (WAISELFISZ, 2013, p. 09).

O público preferencial da violência letal no Brasil tem cor definida. Ao se analisar evolução e composição da taxa por raça/cor, os dados são mais alarmantes do que na análise etária. Nas tabelas I e II observamos uma tendência de diminuição do número absoluto de homicídios na população branca e uma forte tendência de crescimento do número de homicídios na população negra. Essas tendências são ainda mais discrepantes quando se considera apenas a população jovem.

O número absoluto de vítimas brancas foi de 18.867 em 2002 para 13.895 em 2011, uma queda de 26,4%, que ocorreu gradualmente ao longo dos dez anos analisados. Já o número de vítimas negras foi de 26.952 em 2002 para 35.297 em 2011, um aumento de 30,6%, também ocorrido de forma gradual ao longo do período.

De forma semelhante ao observado na população total, há uma queda no número absoluto de homicídios de jovens brancos e um aumento no de jovens negros de 2002 para 2011. Contudo, entre os jovens a diferença é mais intensa. Os homicídios de jovens brancos caíram de 6.596 para 3.973, uma queda de 39,8%. Os homicídios de jovens negros subiram de 11.321 para 13.405, um aumento de

---

3 O Estatuto da Juventude considera como jovens os indivíduos que têm entre 15 e 29 anos (BRASIL, 2013, Art.1º §2º). Apesar disso, por uma limitação na disponibilidade dos dados e pela maior semelhança com o público-alvo do PPCAAM, analisaremos aqui apenas os indivíduos com idade entre 15 e 24 anos.

18,4%. A diferença entre a queda percentual do número de vítimas brancas e o aumento das negras é de 56,4 para a população total e 58,2 para a população jovem (WAISELFISZ, 2013).

**Tabela I: Evolução do número de homicídios por raça/cor das vítimas na população total. Brasil, 2002/2011**

Ano	Branca	Preta	Parda	Negra*	Amarela	Indígena	Total
2002	18.867	4.099	22.853	26.952	103	75	45.997
2003	18.846	4.657	23.674	28.331	178	78	47.433
2004	17.142	4.153	23.549	27.702	139	71	45.054
2005	15.710	3.806	24.648	28.454	81	93	44.338
2006	15.753	3.949	25.976	29.925	91	125	45.894
2007	14.308	3.921	26.272	30.193	45	144	44.690
2008	14.650	3.881	28.468	32.349	74	153	47.226
2009	14.851	3.875	29.658	33.533	60	135	48.579
2010	13.047	4.071	30.912	34.983	62	111	49.203
2011	13.895	4.155	31.052	35.207	69	138	49.309
Total	158.069	40.567	267.062	307.629	902	1.123	467.723
Δ%	-26,4	1,4	35,9	30,6	-33,0	84,0	7,2

Fonte: SIM/SVS/MS. Mapa da Violência, 2013, adaptado.

\*Soma das categorias preta e parda, conforme critério utilizado pelo IBGE.

**Tabela II: Evolução do número de homicídios por raça/cor das vítimas na população jovem. Brasil, 2002/2011**

Ano	Branca	Preta	Parda	Negra*	Amarela	Indígena	Total
2002	6.596	1.712	9.609	11.321	33	20	17.970
2003	6.613	1.969	9.855	11.824	68	20	18.525
2004	5.871	1.695	9.831	11.526	34	17	17.448
2005	5.195	1.518	10.045	11.563	21	33	16.812
2006	5.015	1.539	10.294	11.833	23	32	16.903
2007	4.512	1.559	10.346	11.905	9	45	16.471
2008	4.582	1.506	11.243	12.749	19	49	17.399
2009	4.430	1.449	11.600	13.049	10	34	17.523
2010	4.196	1.496	11.899	13.395	23	41	17.655
2011	3.973	1.482	11.923	13.405	17	31	17.426
Total	50.983	15.925	106.645	122.570	257	322	231.039
Δ%	-39,8	-13,4	24,1	18,4	-48,5	55,0	-3,0

Fonte: SIM/SVS/MS. Mapa da Violência, 2013 – Homicídios e Juventude no Brasil, adaptado.

\*Soma das categorias preta e parda, conforme critério utilizado pelo IBGE.

Dessa maneira, analisar apenas a taxa de homicídios da população brasileira total mascara uma questão racial e geracional importante. A taxa de homicídios da população total teve um pequeno aumento entre 1996 e 2011, passando de 24,8 para 27,1 homicídios por 100 mil habitantes. Todavia, ao desagregar esta taxa por raça e idade das vítimas e analisar sua evolução, observa-se que esta variação não foi equivalente para todos os grupos populacionais. A participação negra, especialmente da juventude negra, nesta taxa aumentou consideravelmente. De 2002 para 2011 os homicídios foram progressivamente se concentrando mais na população jovem e negra, apontando para uma “tendência crescente dessa mortalidade seletiva” (WAISELFISZ, 2013, p. 90).

## **2.2. Casos Paradigmáticos sobre a letalidade negra no Brasil**

Os dados acima, apesar de alarmantes, não dão contornos humanos para a questão. A letalidade contra jovens negros é silenciosa, pouco aparecendo na mídia. Entretanto, alguns casos rompem a barreira do silêncio e se lançam nas capas de jornais, nos telejornais em horário nobre, e, mais recentemente, nas redes sociais. Apresentamos três destes casos, ocorridos em momentos diferentes, para dar contornos tangíveis à violência letal contra negros descrita nos dados apresentados na subseção anterior.

Na noite do dia 23 de julho de 1993, duas viaturas policiais com placas cobertas pararam próximo à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, onde cerca de 70 crianças, adolescentes e jovens dormiam. Os ocupantes dos veículos dispararam contra estes, matando 08 meninos negros, entre 11 e 19 anos. O caso, que passou a ser conhecido como a “Chacina da Candelária” repercutiu em vários telejornais retratado como um crime bárbaro (ANISTIA INTERNACIONAL, 2013). Outros muitos ficaram feridos. Dois dos sobreviventes voltaram a ser notícia em diversos meios. O primeiro deles, Wagner dos Santos, após ser baleado durante a chacina, foi novamente vítima de um atentado enquanto no hospital. Wagner dos Santos foi incluído no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA) e enviado para Genebra, onde ainda hoje vive e se mantém com ajuda do Programa. Com base em seu depoimento, descobriu-se depois que o crime havia sido cometido por policiais a mando de comerciantes da região que queriam aquela parte da cidade ‘higienizada’ - sem os adolescentes que ‘sujavam’ e

cometiam pequenos crimes nas redondezas. O segundo sobrevivente da chacina, que passaria a ser notícia quase sete anos depois, foi Sandro Barbosa do Nascimento. Ele foi o autor do sequestro do ônibus 174, amplamente televisionado ao vivo e retratado em dois filmes com grande audiência (PADILHA, 2002; BARRETO 2008).

Outro caso que influenciou a percepção de estratégias de proteção a jovens, a maioria deles negros, ameaçados de morte, é o caso do extermínio e tortura de adolescentes no Ceará (ANCED, 2010). Durante 2000 e 2002, mais de trinta adolescentes negros foram mortos no Ceará em circunstâncias muito parecidas. Um adolescente entrava em uma farmácia para roubar, e na saída, era alvejado e morto por um policial à paisana que se encontrava próximo ao estabelecimento. O padrão reiterado despertou a suspeita de um grupo de organizações de direitos humanos do Estado. Descobriu-se posteriormente que esses policiais faziam parte de uma rede privada clandestina contratada por uma rede de farmácias. Acredita-se, inclusive, que os policiais aliciavam os adolescentes e os incentivavam a realizar os assaltos que precederiam suas respectivas execuções. Grande parte da mídia local se posicionou ao lado do suspeito de ser o mandante das mortes, o empresário à frente da rede de farmácias envolvida, afirmando que o único extermínio do qual este poderia ser acusado era o “extermínio do desemprego”. Em resposta ao caso, a Procuradoria Federal de Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e a Associação dos Centros de Defesas da Criança e do Adolescente (ANCED), elaboraram uma ampla estratégia que incluiu ações políticas, como o atendimento de saúde e encaminhamento de sobreviventes ao PPCAAM, além da articulação com outros parceiros da sociedade civil; e ações perante o Sistema de Justiça, incluindo o pedido de federalização do caso, o recurso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a promoção de ações de responsabilização civil contra o Estado do Ceará.

Um último e mais recente exemplo sobre a seletividade da violência letal no Brasil é reflexo do fenômeno da ação de “justiceiros”, orientada quase sempre contra jovens negros. O adolescente Alaílton Ferreira foi espancado e morto às margens da BR 101, na tarde do dia 6 de abril de 2014, no bairro de Vista da Serra II, cidade de Serra, há cerca de 30 km da capital do Espírito Santo (PORTAL G1, 2014). O jovem teria problemas mentais e fora acusado por uma multidão de

ter estuprado uma mulher. O jovem foi cercado por pessoas com paus e pedras, que o fotografaram e filmaram enquanto era espancado até a morte. O suposto estupro nunca foi denunciado às autoridades.

Estes casos refletem alguns dos desafios que respostas à seletividade da violência letal no Brasil devem enfrentar, dentre eles, a existência de grupos de extermínio, a negligência e até apoio de setores midiáticos e a intolerância social.

### **2.3 Letalidade seletiva, Racial Profiling e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**

A manutenção da seletividade da violência letal no país resulta em múltiplas violações de obrigações de Direitos Humanos, e não passou despercebida por órgãos internacionais de Direitos Humanos.

Ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua vida (ONU, 1966, Art.6º; OEA, 1969, Art.4º). Os Estados tem o dever de respeitar e de garantir que terceiros respeitem o Direito à vida e os demais direitos humanos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (ONU, 1966, Art.2º; OEA, 1969, Art.1º). Entretanto, o Direito à vida não vem sendo garantido aos jovens negros da mesma forma que a brancos no Brasil, conforme corroborado pelos dados e casos acima, e por conclusões de mecanismos de monitoramento dos Direitos Humanos, tanto no Sistema das Nações Unidas quanto no Sistema Interamericano.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da organização das Nações Unidas destacou existir grande disparidade entre a expectativa de vida de negros e brancos no Brasil (CDESC, 2008, para.20).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se pronunciou sobre a seletividade da letalidade entre jovens negros no Brasil em seu relatório sobre a situação de Direitos Humanos no país, reconhecendo haver uma tendência das autoridades brasileiras de discriminar negros, sendo muito mais comum a suspeição, abusos, perseguição e condenação contra eles do que contra outros grupos. (CIDH, 1997, Capítulo XI, paras.24-26).

Em ao menos dois casos concretos perante a Comissão Interamericana, a seletividade das mortes de jovens negros no Brasil foi considerada na condenação ao Estado Brasileiro por violações



de Direitos Humanos. O caso Jailton Neri da Fonseca se referiu à morte de um adolescente negro de 14 anos de idade, morador de uma favela do Rio de Janeiro, que teria sido executado por policiais militares (CIDH, 2004, paras.40-154). No caso a CIDH citou um estudo sobre a violência policial no Rio de Janeiro entre 1993 e 1996 e que concluiu que quanto mais escura a cor de pele de uma pessoa, maior a probabilidade desta ser vítima de um ato de violência letal por parte da polícia (CIDH, 2004, para.38). A Comissão expressou sua preocupação com a relação estreita entre a violência policial no Brasil e a raça das pessoas afetadas por tal violência (CIDH, 2004, para.39).

Outro caso que corrobora as conclusões da CIDH no caso acima, é o caso Wallace de Almeida referente à morte de um jovem de 18 anos de idade que fora morto por policiais militares que o balearam na perna e não lhe prestaram assistência (CIDH, 2009). Na decisão, a Comissão fez extensas considerações sobre a violência policial e raça no Brasil. Se referindo ao Censo Demográfico, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, IBGE, 2003, a CIDH afirmou:

As estatísticas não deixam dúvidas: ser negro, jovem, do sexo masculino e solteiro significa ser um alvo preferencial da violência letal no Brasil. Dos 20 (vinte) estados analisados, somente em um, o Paraná, a proporção de brancos assassinados é maior do que a de negros. Note-se, entretanto, que nesse Estado a proporção de negros em relação à população total é de 24,7% (CIDH, 2009, para.64).

Assim, a incidência da seletividade da violência letal contra jovens negros no Brasil foi confirmada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como fundamento para encontrar violações ao Direito à vida no país.

Nas próximas seções analisaremos políticas públicas criadas para responder a questão da violência letal, começando pelo PPCAAM.

### **3. O PROGRAMA DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES AMEAÇADOS DE MORTE**

Devido a uma clara percepção do crescimento no número de mortes entre jovens das periferias de grandes cidades, e em resposta a episódios marcantes de homicídios de jovens, no início dos anos 2000, integrantes da sociedade civil e gestores públicos pressionaram

para que o Estado oferecesse mecanismos de proteção à vida de adolescentes ameaçados de morte.

O Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, o PROVITA, se mostrava inadequado para atender tais casos. Primeiro, por que muitas vezes não era possível enquadrar os ameaçados nas condicionalidades para ingresso no programa, em particular, o requisito de que a pessoa a ser protegida esteja ameaçada em virtude de sua colaboração com a justiça criminal, e que esta pessoa se comprometa a testemunhar no caso. Crianças e adolescentes não qualificam como testemunhas. Além disso, em muitos casos em que jovens e crianças das periferias eram ameaçados e executados, nem sequer instaurava-se investigação. Isto é ainda mais explícito quando as ameaças e execuções se davam contra crianças e adolescentes negros de periferias.

Surge então o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM). A seguir apresentaremos a estrutura institucional do PPCAAM. Em seguida, discorreremos sobre a forma de acionamento do Programa de Proteção, os critérios para a inclusão e aspectos gerais sobre as estratégias de proteção oferecidas. Finalmente, concluiremos traçando um perfil dos protegidos, que espelha, em grande medida, os dados gerais da seletividade da violência infanto-juvenil no Brasil.

### **3.1. Estrutura do PPCAAM**

Criado em 2003, atendendo a reivindicações da sociedade civil, o PPCAAM começou a atuar inicialmente nos quatro estados do Sudeste, sem um marco legal específico. Em 2007, o programa foi instituído nacionalmente através do Decreto Nº 6.231, com o objetivo de proteger crianças e adolescentes expostos a grave ameaça em todo o território nacional (BRASIL, 2007). Tal proteção pode se estender à respectiva família extensa ou outros que comprovem sua convivência habitual com a criança ou adolescente ameaçado, preservando assim a convivência familiar dos protegidos, conforme preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, Arts.19 e seguintes).

O PPCAAM é coordenado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNPDCA) da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) (BRASIL,

2007, Art.2º)<sup>4</sup>. Esta execução é realizada em parceria com Governos Estaduais e com organizações da sociedade civil conforme facultado no Decreto que instituiu o programa (BRASIL, 2007, Art.4º). Atualmente, o PPCAAM está presente nas 05 regiões brasileiras, em 12 estados da Federação (Pará, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Espírito Santo, Paraná, Rio Grande do Sul) e no Distrito Federal. O PPCAAM conta ainda com o Núcleo Técnico Federal, um corpo técnico auxiliar a Coordenação Geral Nacional, que atua diretamente na avaliação e atendimento de casos oriundos dos estados da Federação onde o Programa de Proteção ainda não está implantado, intervindo também em casos federais.

Cada equipe do PPCAAM é formada por, no mínimo, um Coordenador Geral, um Coordenador Adjunto, um Advogado, um Psicólogo, um Assistente Social, um Educador Social, um Assistente Administrativo e um Motorista.

Com o objetivo principal de acompanhar, avaliar, zelar pela qualidade e pela continuidade do PPCAAM no Estado, cada unidade federativa deve constituir um Conselho Gestor. Este conselho será composto por representantes governamentais e pela sociedade civil (BRASIL, 2007, Art.5º).

### **3.2. Da inclusão ao pós-desligamento**

Para ser incluído no PPCAAM, é necessário que haja uma ameaça de morte atual, iminente e grave, e que o ameaçado seja uma criança (0 a 12 anos de idade) ou adolescente (12 a 18 anos de idade). Excepcionalmente, no caso de egressos do Sistema Socioeducativo, o programa atende jovens entre 18 e 21 anos (BRASIL, 2007, Art.3º).

O trabalho de proteção executado pelo PPCAAM se inicia com o recebimento de uma pré-avaliação, feita através do encaminhamento de uma “Ficha de Solicitação” por uma das Portas de Entrada: Conselho Tutelar, Ministério Público e Poder Judiciário<sup>5</sup>. Segundo dados gentilmente fornecidos pela SDH/PR, as principais Portas de

4 Muitas das informações sobre o PPCAAM aqui apresentadas se baseiam na experiência profissional dos autores. Outras informações foram gentilmente fornecidas através de e-mails de representantes da SNPDC e de outras áreas da SDH/PR.

5 Atualmente, alguns estados da federação consideram a Defensoria Pública como Porta de Entrada. Tal consideração, entretanto, não consta no Decreto Presidencial ou no Guia de Procedimentos do PPCAAM.

Entrada do PPCAAM são o Conselho Tutelar e o Poder Judiciário, respondendo por aproximadamente 70% das solicitações de inclusão. Nesta pré-avaliação deverão estar presentes as principais informações para se identificar a ameaça, o ameaçador, sua extensão e o que já foi feito para saná-la.

Recebida a Ficha de Solicitação, a equipe técnica do PPCAAM irá executar a entrevista de avaliação do caso. Durante esta entrevista, serão avaliadas, principalmente, a existência da ameaça relatada pela Porta de Entrada, identificação da extensão desta ameaça, a impossibilidade de se reprimir tal ameaça por meios convencionais e a voluntariedade do adolescente e seus familiares para inclusão no Programa de Proteção. Cabe aqui ressaltar que tal voluntariedade deve ser entendida também como uma escolha a partir do que fora apresentado ao adolescente e pela sua capacidade real de escolher entre a inclusão ou não no Programa, de acordo com seu maior interesse (ONU, 1989, Art.3.1 e Art.13; BRASIL, 1990, Arts.15-16). Assim, é função primordial da equipe técnica tentar sensibilizar o adolescente sobre sua condição de ameaçado de morte, priorizando a condição de “estar vivo” frente à possibilidade real de ser assassinado.

Após a avaliação, que pode carecer de mais de uma entrevista com o adolescente e possíveis acompanhantes (familiares, representantes legais ou companhias habituais), a equipe técnica do PPCAAM decidirá pela inclusão ou não inclusão do adolescente no Programa de Proteção.

Os casos terão seu ingresso possibilitado nas seguintes modalidades: (A) inclusão da criança ou adolescente com seus representantes legais, que se responsabilizem pelo acompanhamento do ameaçado de morte durante o processo de proteção oferecido pelo PPCAAM; (B) inclusão da criança ou adolescente sem responsável legal, mas com a autorização destes; (C) inclusão da criança ou adolescente sem responsável legal, mas com autorização judicial.

De acordo com a SDH/PR, 42% dos casos acolhidos são incluídos na modalidade familiar. Já em 34% dos casos, o adolescente é incluído na modalidade institucional, sendo que o PPCAAM passará a desenvolver um trabalho especial junto às referências familiares do protegido, no intuito de manutenção ou reconstrução dos vínculos familiares.

Sendo o caso incluído no PPCAAM, os protegidos deverão assumir o compromisso com as regras de proteção e com a reinserção

social de todos, em local seguro, de modo que possam retomar a vida de forma segura e sadia.

Durante o período de proteção, verificam-se, fundamentalmente, três momentos cruciais: a adaptação, a (re)inserção social e o desligamento. O primeiro momento consiste naquele em que os protegidos se deslocam para local diferente daquele em que ocorreu a ameaça. É considerada a fase mais difícil para a proteção, em face do número de mudanças na vida daqueles que são incluídos no Programa. É preciso se adaptar a uma nova vida, em uma nova comunidade. Os protegidos são referenciados em novas redes socioassistenciais de saúde, educação e lazer. É importante também verificar se a família é incluída em programas de concessão de benefícios sociais, para garantir a continuidade nos mesmos de forma segura. É nesta fase que se inicia a construção do Plano Individual de Atendimento (PIA).

Na fase de (re) inserção social, o PIA é executado. Os protegidos, já adaptados às novas rotinas e comunidade, se aterão às orientações quanto ao acompanhamento escolar e profissional. Serão efetivadas as articulações para que os protegidos tenham todo o apoio comunitário necessário, com articulação de grupos religiosos, culturais, de esporte, lazer, etc. O objetivo principal desta fase é fazer com que os protegidos obtenham a sua “autonomia” com relação ao Programa, demonstrando sua total condição de organização financeira e neutralização da ameaça de morte que originou a inclusão no PPCAAM.

Alcançados os objetivos de autonomia e proteção, o caso deverá ser desligado. Neste momento, o Programa de Proteção irá comunicar à Porta de Entrada sobre tal avanço conquistado e apresentará os principais aspectos que ensejaram tal desligamento. Ainda neste momento, poderão ser pactuadas ações de pós-desligamento, que podem variar desde um apoio financeiro derradeiro, um apoio na obtenção de algum documento, o acompanhamento do protegido em determinada audiência, etc.

Porém, nem todos os casos são desligados por reinserção social em local seguro. Os casos também poderão ser desligados por cessação da ameaça. Essas duas modalidades de desligamento representam cerca de 50% dos motivos de desligamento dentro do Programa de Proteção.

Os outros 50% dos casos são desligados por descumprimento do termo de compromisso e normas do Programa, por atitudes

conflitantes com a proteção, por solicitação do usuário, por evasão, por determinação judicial ou por óbito.

De acordo com a SDH/PR, o tempo médio de permanência no PPCAAM é de seis meses.

### **3.3. Perfil de atendidos pelo PPCAAM<sup>6</sup>**

Segundo a análise das Proteções realizada pela Coordenação Geral de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte da SNPDC/SDH/PR, na análise semestral referente ao período compreendido entre janeiro e julho de 2013, 70% das crianças e adolescentes sob proteção eram do sexo masculino e 30% do sexo feminino. No que diz respeito à idade, 4% tinham menos de 11 anos; 20% tinham entre 12 e 14 anos; 68% tinham entre 15 e 17 anos; e 8% tinham entre 18 e 21 anos. Ou seja, 76% dos protegidos pelo PPCAAM no primeiro semestre de 2013 tinham entre 15 e 21 anos.

Quanto à raça, no mesmo período, temos a seguinte distribuição: 18% dos atendidos se declaram brancos; 1%, indígenas; 79%, negros (somando as categorias parda e preta); e 2% não informaram raça.

Embora certamente nem toda criança e adolescente que passa por uma situação de ameaça seja incluído no Programa, esses dados evidenciam o perfil que mais sofre ameaças de morte no território brasileiro. Cruzando tais números com aqueles apresentados na seção 1 deste artigo, fica corroborado o caráter seletivo dessa vitimização, fortemente concentrada em adolescentes e jovens do sexo masculino e raça negra.

## **4. OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS A JOVENS EM SITUAÇÃO DE RISCO DE VIOLÊNCIA LETAL**

Por sua própria metodologia de atendimento e estratégias de proteção, o PPCAAM é um Programa de caráter excepcional, não atendendo todos os casos de risco social, mas agindo apenas nas situações em que há uma grave ameaça a uma criança ou adolescente. Nesse sentido, embora desempenhe um papel essencial na proteção da vida das crianças e adolescentes nestas situações, o Programa é apenas uma parte de um amplo conjunto de políticas públicas e estratégias necessário para o enfrentamento à violência letal contra

---

<sup>6</sup> Informações gentilmente cedidas pela Coordenação Nacional do PPCAAM, SNPDC/SDH/PR.

adolescentes e jovens no Brasil. O Programa não se propõe a enfrentar desafios que contribuem para a mortalidade de jovens negros, como a existência de grupos de extermínio, a negligência e até apoio de setores midiáticos e a intolerância social.

Algumas medidas para o enfrentamento da violência letal contra jovens negros foram recomendadas por órgãos internacionais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, apresentou recomendações para o Brasil a adotar e instrumentalizar “medidas direcionadas a funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem a discriminação racial em operações policiais, no processo e na condenação penal” (CIDH, 2009, para.168.4; ver também CIDH, 2004, para.155.5 e CIDH, 1997, Capítulo IX, para.28.c). Um possível exemplo de boa prática que contribui para a implementação de tal recomendação é o Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais<sup>7</sup>. Entretanto, por se tratar de um problema complexo, medidas sistêmicas são necessárias e algumas têm sido adotadas nos últimos anos.

Em agosto de 2007, surgiu, no âmbito do Observatório de Favelas e com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, o Programa de Redução da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens (PRVL). Inicialmente, o Programa atuou em nove capitais brasileiras; em 2008, com a parceria da SPDCA/SDH, ele foi estendido para 11 regiões metropolitanas e a desde 2012 atua em 16 regiões metropolitanas (Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Vitória, Recife, Salvador, Maceió, Belém, RIDE-DF, Curitiba, Porto Alegre, Fortaleza, Natal, João Pessoa, Manaus e Rio Branco).

Os objetivos do PRVL são os seguintes:

sensibilizar, mobilizar e articular a sociedade em torno do tema dos homicídios de adolescentes e jovens;

elaborar indicadores que permitam monitorar de forma sistemática a incidência de homicídios entre adolescentes e servir de base para uma avaliação dos impactos das políticas de prevenção da violência letal nesses grupos;

---

7 Curso no qual o coautor Diego Valadares Vasconcelos Neto leciona a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos.

identificar, analisar e difundir metodologias que contribuam para a redução da letalidade de adolescentes e jovens no Brasil (OBSERVATORIO DE FAVELAS)

O PRVL se articula em três eixos: articulação política; produção de indicadores; e metodologias de intervenção. No primeiro eixo são realizados encontros de gestores públicos e organizações do terceiro setor; oficinas locais com adolescentes e jovens e outras ações para sensibilização e mobilização. O eixo de produção de indicadores envolve a construção e atualização do Índice de Homicídios na Adolescência (IHA) para todos os municípios com mais de 100 mil habitantes; a construção de mecanismos de monitoramento da violência letal que possam subsidiar programas e projetos de prevenção dos homicídios de adolescentes e jovens; e o desenvolvimento de ferramentas para a descentralização do monitoramento nos municípios. O eixo de metodologia de intervenção inclui um esforço de sistematização, análise e difusão de metodologias de prevenção da violência e a elaboração do Guia Municipal de Prevenção da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens.

O Guia Municipal de Prevenção da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens foi lançado em 2012, fruto de uma parceria entre Observatório de Favelas, UNICEF, SDH/PR e Laboratório da Análise da Violência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Seu objetivo é apresentar uma metodologia que oriente os gestores municipais na elaboração de políticas para a redução da violência letal contra adolescentes e jovens. Assim, o guia lista os passos necessários para a elaboração de um Plano Municipal de Prevenção Violência Letal, que são: construir uma arquitetura institucional; desenvolver estratégias de sensibilização; capacitar e formar gestores e técnicos locais; elaborar um diagnóstico da violência letal contra adolescentes e jovens no município; divulgar o diagnóstico e criar a comissão de prevenção da violência letal contra adolescentes e jovens; realizar consultas sociais; e desenhar o plano propriamente dito.

Outra iniciativa importante neste campo, em desenho semelhante ao PRVL, foi Plano de Prevenção à Violência contra Juventude Negra, conhecido como Plano Juventude Viva. Lançado em setembro de 2012, o Plano Juventude Viva é uma estratégia transversal que objetiva ampliar direitos e prevenir a violência na juventude, articulando diferentes ministérios, esferas governamentais e sociedade civil (WAISELFISZ, 2013, p. 9). As ações do Plano são



estruturadas em quatro eixos temáticos: desconstrução da cultura de violência; inclusão, emancipação e garantia de direitos; transformação de territórios; e aperfeiçoamento institucional.

A proposta do Plano é priorizar os territórios com maiores taxas de homicídios contra negros, numa lógica de expansão gradual e progressiva das ações previstas. Em 2010, foram selecionados 142 municípios prioritários, que concentravam 70% dos homicídios de jovens negros (WAISELFISZ, 2013, p. 9). Segundo os ministros Gilberto Carvalho, da Secretaria Geral da Presidência da República, e Luiza Bairros, da Secretaria de Promoção da Igualdade Racial, a intenção da iniciativa é “levar aos territórios mais afetados pelos homicídios oportunidades de renovação das relações sociais” (CARVALHO & BAIROS, 2012).

É certo que o Plano Juventude Viva (SNJ/SG/PR & SEPIR/PR), de maneira semelhante ao PRVL, representa um avanço no que diz respeito ao enfrentamento à violência letal contra a juventude negra no Brasil. O fato do Plano Juventude Viva ter sido concebido com atenção especial para a mortalidade dos jovens negros se deve ao reconhecimento pelo Poder Público de que há uma seletividade desse grupo populacional, o que já significa um grande passo. Outro mérito do plano é o seu caráter intersetorial e transversal, fundamentado no entendimento da violência como fenômeno multicausal, cujo enfrentamento envolve medidas nos âmbitos cultural, social e institucional.

Apesar disso, trata-se de uma iniciativa ainda muito limitada quando se considera o desafio que é o enfrentamento da violência letal contra jovens negros no Brasil. Até março de 2014, o Plano encontrava-se implementado em quatro estados, além do Distrito Federal, e em 37 municípios. Embora o Plano seja em sua concepção uma proposta de política focalizada nos municípios com maiores taxas de homicídios de jovens negros, não pretendendo, portanto, abranger todo o território nacional, há ainda uma grande limitação em seu alcance real.

#### Considerações finais

A seletividade da violência letal no Brasil é evidente. Ela se concentra em jovens negros, e possui uma clara tendência de concentração ainda maior neste público. Disseminar o funcionamento do PPCAAM é uma estratégia importante para impedir que alguns homicídios sejam cometidos.

Entretanto, uma gama maior de políticas, como formações específicas em Direitos Humanos para operadores do Direito, o PRVL e o Plano Juventude Viva, é necessária para um combate mais eficaz da mortalidade de jovens negros no país. Além disso, tais políticas devem ser pensadas e incrementadas para que sejam mais efetivas e abrangentes no enfrentamento a vulnerabilidades e aos riscos sociais, garantindo um combate sistemático da violência letal contra adolescentes e jovens e visando reverter a tendência de crescimento desta violência.

Com o presente trabalho, esperamos contribuir para fomentar o debate sobre tais políticas entre pesquisadores e operadores do Direito, esperando assim enriquecer a discussão e vislumbrar caminhos para a redução da letalidade infanto-juvenil, em especial de negros no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL, “Candelária 20 anos: Não vamos esquecer”, 2013, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=hBNgmixo0VE>, último acesso em 18 de abril de 2014. [ANISTIA INTERANCIONAL, 2014]

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ANACED), Repensando a proteção jurídico-social: Intervenções exemplares em violações de direitos humanos de crianças e adolescentes, 1ª edição, São Paulo, SP, 2010. [ANACED, 2010]

BARRETO, B. “Última Parada 174”, Moonshot Picture, 2008. [BARRETO, 2008]

BRASIL, Decreto Nº 6.231, de 11 de outubro de 2007, que institui o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM. [BRASIL, 2007]

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [BRASIL, 1990]

BRASIL, Estatuto da Juventude, Lei Nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. [BRASIL, 2013]

BRASIL, Guia Municipal de Prevenção da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2012. [BRASIL, 2012]

SECRETARIA NACIONAL DE JUVENTUDE DA SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA & SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SNJ/SG/PR & SEPIR/PR), Plano Juventude Viva, Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria de Promoção da Igualdade Racial, 2014. <http://www.juventude.gov.br/juventudeviva/o-plano>, acesso em 08 de abril de 2014. [BRASIL 2014]

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SDH/PR), 2013. <http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/lorem-ipsum-dolor-sit-amet-consectetur-adipiscing-elit>, último acesso em 07 de abril de 2014. [SDH/PR, 2013]

CARVALHO, G.; BAIROS, L. “Plano Juventude Viva: prevenir a violência contra a juventude negra”. 2012. <http://www.juventude.gov.br/juventudeviva/noticias/05-10-2012-plano-juventude-viva-prevenir-a-violencia-contra-a-juventude-negra/>, último acesso em 08 de abril de 2014. [CARVALHO & BAIROS, 2012]

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), Caso 11.634 – Jailton Neri da Fonseca versus Brasil, Relatório de Mérito Nº 33/04, de 11 de março de 2004. [CIDH, 2004]

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), Caso 12.440 – Wallace de Almeida versus Brasil, Relatório de Admissibilidade e Mérito Nº 26/09, de 20 de março de 2009. [CIDH, 2009]

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos no Brasil 1997, disponível em <https://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Indice.htm>, último acesso em 20 de maio de 2014. [CIDH, 1997]

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS (CDESC), A implementação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Segundo relatório periódico enviado pelos Estados Partes sob os artigos 16 e 17 do Pacto – Brasil, Documento das Nações Unidas E/C.12/BRA/2, de 28 de janeiro de 2008. [CDESC, 2008]

OBSERVATÓRIO DE FAVELAS <<http://prvl.org.br/quem-somos/sobre-o-prvl/>>, último acesso em 14 de abril de 2014. [OBSERVATÓRIO DE FAVELAS]

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 11 de dezembro de 1948, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. [ONU, 1948]

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Convenção sobre o Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, promulgada no Brasil pelo Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. [ONU, 1989]

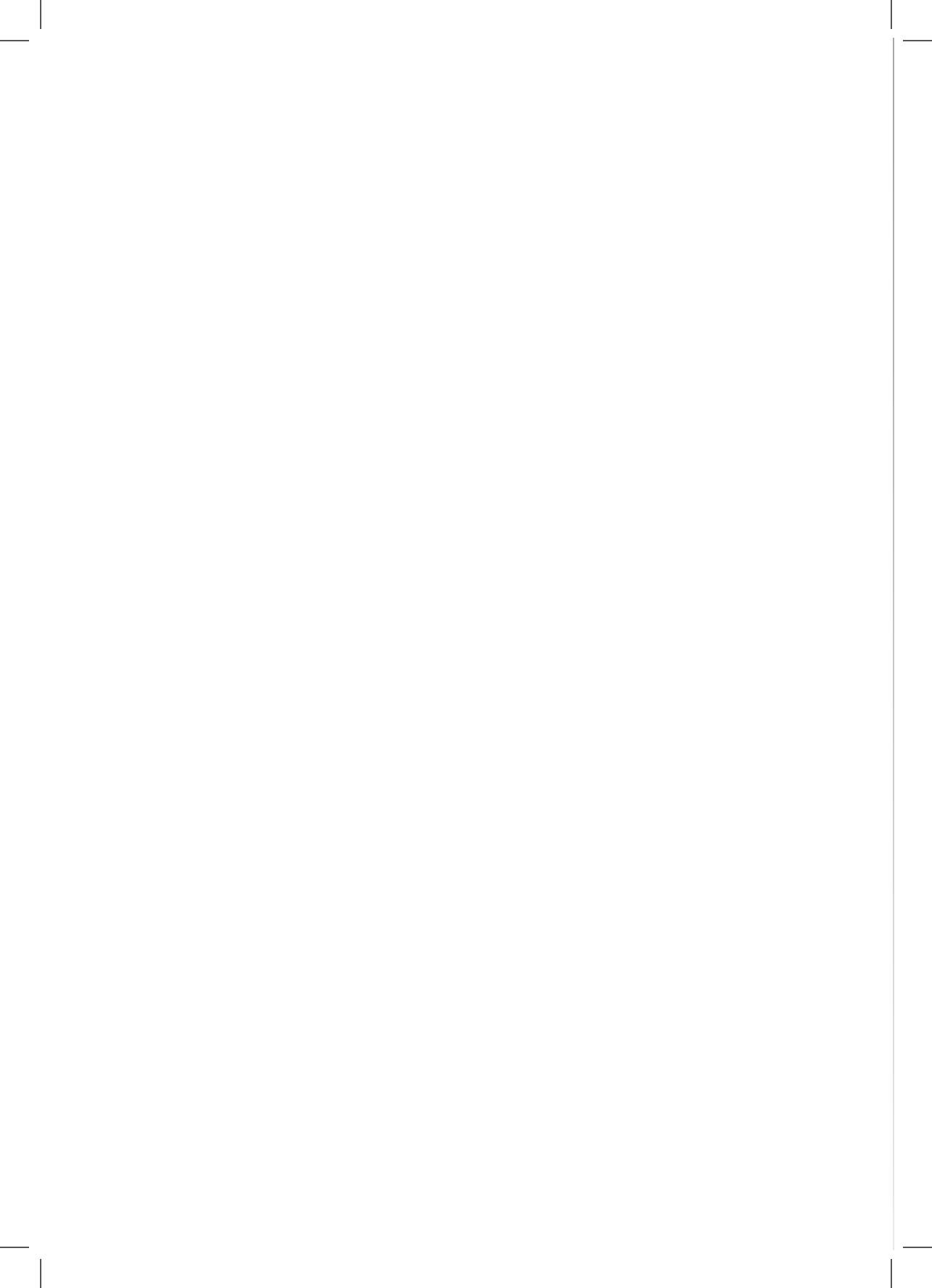
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992. [ONU, 1966]

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgado no Brasil pelo Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992. [OEA, 1969]

PADILHA, J., “Ônibus 174” (filme), Zanzan Produções, 2002. [PADILHA, 2002]

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI), Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. [TPI, 1998]

WAISELFISZ, J. J. Mapa da Violência: Homicídios e Juventude no Brasil. Secretaria Geral da Presidência da República, 2013. [http://www.mapadaviolencia.org.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=6utBF\]+3Hi](http://www.mapadaviolencia.org.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=6utBF]+3Hi), acesso em 07 de abril de 2014. [WAISELFISZ, 2013]



# A DISCRIMINAÇÃO EM SUA FORMA EXTREMA: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

---

**Maitê de Souza Schmitz**

Doutora e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

*“As sucessivas atrocidades e abusos que nas últimas décadas têm vitimado milhões de seres humanos em todas partes têm em definitivo despertado a consciência jurídica universal (como fonte material última de todo Direito) para a premente necessidade de reconceitualizar as próprias bases do direito internacional. Este último não se reduz, em absoluto, a um instrumental a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender às suas necessidades básicas, entre as quais se destaca a da realização da justiça.”*<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Logo após os horrores da II Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg, em um de seus julgamentos, mencionou *dicta* que até hoje é lembrado e constantemente repetido pela doutrina: *“Crimes contra o direito internacional são cometidos pelos homens, e não por entidades abstratas, e somente por meio da punição dos indivíduos que cometem tais crimes que é possível aplicar os dispositivos de direito internacional.”*<sup>2</sup> A ideia de que crimes são cometidos por indivíduos – e que, portanto, sobre eles deveria recair a responsabilidade pelo seu cometimento, embasa a maior parte dos estudos sobre as consequências das atrocidades em massa.

Aqueles que costumam citar o precedente de Nuremberg, contudo, tendem a não mencionar a ideia que antecede o seu famoso *dicta*: a

---

1 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 27.

2 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nuremberg 1947, p. 223. *“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced.”*

de que o direito internacional impõe deveres e responsabilidade sobre indivíduos, bem como sobre Estados.<sup>3</sup> O que teria servido como um modo de evitar a impunidade de indivíduos acabou tendo como efeito colateral o afastamento da responsabilidade internacional do Estado. Para pessoas envolvidas em situações de graves violações de direitos humanos, essa seria justamente a vantagem da responsabilização criminal individualizada: evitar que todo um povo seja condenado pela atitude de um grupo menor de pessoas.<sup>4</sup>

Essa perspectiva, porém, deixa de considerar que em grande parte das violações graves e sistemáticas de direitos humanos os responsáveis não são indivíduos que agem de modo isolado e randômico, mas sim um conjunto de pessoas organizadas em estruturas, frequentemente de natureza estatal. Os crimes internacionais costumam ter em comum o fator de sistematicidade e generalidade, e tendem a ocorrer em decorrência de políticas, muitas delas estatais.<sup>5</sup> Se perpetrados com o auxílio – normalmente indispensável – do Estado, se muitas vezes levados a efeito como parte de uma política estatal, estes crimes podem ensejar a dupla responsabilidade, do indivíduo e do Estado.<sup>6</sup>

Casos de genocídio e de crimes contra a humanidade têm em comum características de perseguição ou discriminação contra grupos de pessoas. O termo genocídio, que surgiu em sequência às atrocidades da II Guerra Mundial, foi criado para caracterizar a destruição (do latim *caedo*, ou “matar”) de uma raça ou grupo (do grego *genos*), que deveria ser veementemente proibida pelo direito internacional.<sup>7</sup> A determinação da ocorrência deste crime depende de prova de “dolo especial”, atinente à intenção específica de destruir,

---

3 Id. “(...) *international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States*”.

4 ICRC. *Forum: War and Accountability*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 66-69.

5 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhof Publishers, 2010. P. 372-376.

6 Nesse sentido se pronunciou a Corte Internacional de Justiça com relação ao genocídio. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Bosnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro*, 11 de julho de 1996. Parágrafo 173.

7 LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: laws of occupation: analysis of government: proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

integral ou parcialmente, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.<sup>8</sup> O dolo especial exigido para configurar o crime de genocídio levou, inclusive, tribunais internacionais penais a afirmarem que a vítima última do crime de genocídio é o próprio grupo.<sup>9</sup>

Do âmbito acadêmico, a questão trasladou-se para as Nações Unidas, onde se iniciava a discussão da proposta de uma Convenção sobre Genocídio, eventualmente adotada em 1948.<sup>10</sup> É esse mesmo tratado que confirma o genocídio como crime internacional autônomo, dado que antes a conduta era considerada como uma subcategoria de crime contra a humanidade.<sup>11</sup>

Os crimes contra a humanidade estão na confluência entre a proteção internacional dos direitos humanos e o direito penal internacional.<sup>12</sup> Após a II Guerra Mundial, o termo “crime contra a humanidade” passou a ser amplamente utilizado, com vistas a abrigar as condutas que não poderiam ser enquadradas na tradicional definição de crimes de guerra. A Carta do Tribunal Militar Internacional (“Carta de Nuremberg”), que foi anexada ao “Acordo para Julgar e Punir os Principais Criminosos do Eixo Europeu” (“*London Agreement*”), contém a primeira codificação deste crime, o qual é vinculado a situações de guerra.<sup>13</sup>

---

8 CIJ. *Bósnia v. Sérvia*, 2007, parágrafo 186; ICTY. *Promotor v. Krstic*, Julgamento em grau de Recurso, parágrafos 20 e 134; ICTY. *Promotoria v. Stakic*, Julgamento em grau de Recurso, parágrafo 21.

9 ICTY, *Promotor v. Blagojevic e Jokic*, julgamento de primeira instância, parágrafos 656-665; ICTY, *Promotor v. Popovic & outros*, Trial Chamber II, julgamento de 10/06/2010, caso IT-05-88-T, parágrafo 821; ICTR, *Promotor v. Akayesu*, julgamento de primeira instância, parágrafos 485 e 521.

10 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, conclusão em 09/12/1948, entrada em vigor em 19/01/1951, e promulgada no Brasil pelo Decreto No. 30.822, de 06 de maio de 1952.

11 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 96-97.

12 CtIADH. *Goiburú y Otros v. Paraguay* (22/09/2006). Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, par. 42.

13 Art. 6(c): “*Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*”



Os instrumentos internacionais que se seguiram confirmaram e mesmo expandiram o conceito de crimes contra a humanidade,<sup>14</sup> deixando cada vez mais clara a desnecessidade de um conflito armado para a caracterização da conduta. A Comissão de Direito Internacional (CDI), ao estudar os Princípios de Nuremberg, acrescentou que a referência normalmente feita a motivações políticas, raciais ou religiosas na definição deste crime (“*persecution on political, racial, or religious grounds*”) apenas esclarecia as bases para que se configurasse uma perseguição, não significando, por outro lado, que fossem exigidas tais motivações para criminalizar os demais atos desumanos previstos na definição.<sup>15</sup>

Casos de genocídio e crimes contra a humanidade representam atos de perseguição e discriminação em sua forma extrema. A gravidade das violações de direitos humanos nesses casos levou a respostas específicas de tribunais de direitos humanos, bem como demandou inovações no que tange às reparações das vítimas.

## 1. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

As condutas que levam à responsabilização do Estado frequentemente se dão fora de seu próprio território ou, quando ocorrem dentro dele, normalmente envolvem algum elemento estrangeiro. A aplicação dos direitos humanos, contudo, difere desse padrão: não é necessário um fator externo para concluir que determinado Estado violou suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, ainda que as ações estejam confinadas em suas fronteiras.<sup>16</sup>

---

14 Dentre os instrumentos internacionais, pode-se citar: Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal: the Report of the Sixth Committee, U.N. GAOR, 1st Sess., pt. 2, 55th plen. mtg., p. 1144, U.N. Doc. A/236 (1946); Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, Nov. 26, 1968, G.A. Res. 2391, U.N. GAOR, 23rd Sess., Supp. No. 18, p. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968); Estatuto do ICTY; Estatuto do ICTR.

15 CDI. *Report of the International Law Commission*, U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No. 12, U.N. Doc. A/1316, p. 11 (1950), p. 124 (1950)

16 STEINER, Henry J. *International Protection of Human Rights*. In EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 800-801. “*In all but a few respects, treaties and customary law abolish the citizen-alien distinction that long decided whether State abuse amounted to an international*

O reconhecimento da existência de direitos inerentes ao ser humano teve, portanto, reflexos no plano internacional, tanto no âmbito da capacidade jurídica do indivíduo quanto no da responsabilidade.<sup>17</sup> Essa nova configuração dos pólos da relação jurídica se mostra, muitas vezes, incompatível com o modelo “clássico” de responsabilidade do Estado.

Perdem sentido, no âmbito dos direitos humanos, as reações previstas no sistema clássico de responsabilidade, como contramedidas ou o descumprimento de uma cláusula de tratado em resposta a violações recíprocas da outra parte.<sup>18</sup> De forma alguma é permitido, por exemplo, que um Estado cometa violações de garantias fundamentais em resposta a ilícitos de outro Estado. Do mesmo modo, a noção de “Estado prejudicado” (*injured State*) nem sempre é aplicável na esfera dos direitos humanos, em que a vítima é o próprio indivíduo. Daí porque tampouco cabe a justificativa clássica de anuência do “Estado prejudicado” como excludente da responsabilidade internacional.

Também a noção tradicional de responsabilidade objetiva do Estado,<sup>19</sup> embora válida para o sistema de direitos humanos, não afasta a possibilidade de que, nos casos de violações de garantias fundamentais, recorra-se à tese da responsabilidade por culpa ou dolo, quando há circunstâncias agravantes.<sup>20</sup> Na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), o caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* foi o primeiro em que se abordou a questão da responsabilidade agravada do Estado. Na ocasião, a Corte Interamericana considerou que a morte da vítima se deu no contexto de padrão sistemático de operação de inteligência militar. Os magistrados evidenciaram, no julgamento, que a execução extrajudicial da vítima não decorria de ação isolada levada a cabo por agente do Estado, mas sim resultava de cuidadosa operação elaborada pelo Estado Maior Presidencial,

---

wrong. *Citizens have rights under international law against their own State with respect to its violations that have only internal effects.*”

17 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *La Protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales y la invocación indebida de inmunidades estatales*. Fortaleza: IBDH, 2013. p. 19.

18 STEINER, Henry J. International Protection of Human Rights. In EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 801.

19 BASDEVANT, J. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 58, p. 471-692, 1936, p. 670-5.

20 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El ejercicio de la Función Judicial Internacional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 57.

responsável também por encobrir, na medida do possível, todos os autores materiais e intelectuais do crime, de modo a assegurar sua impunidade.<sup>21</sup>

No caso em tela, “a maioria das execuções arbitrárias cometidas por agentes do Estado foi complementada com outros atos e manobras destinados a evitar ou prejudicar a investigação dos juízes,<sup>22</sup> o que gerava clima de impunidade. A CtIADH determinou que a execução extrajudicial de Myrna Mack Chang, cometida por agentes estatais em cumprimento de ordens vindas do alto escalão do governo, constituiu violação do direito à vida. A Corte foi mais adiante, e concluiu que a responsabilidade do Estado era agravada, por entender que: i) na época dos fatos havia um padrão, na Guatemala, de execuções extrajudiciais seletivas impulsionadas pelo Estado; e ii) até o momento da decisão, não havia no país mecanismos judiciais efetivos nem para investigar as violações de direitos humanos, nem para punir os responsáveis.<sup>23</sup>

Trata-se de violações cuja resposta ultrapassa a responsabilização penal do indivíduo e a civil do Estado, pois parece demandar a combinação de elementos de ambos os sistemas. Em Opinião Separada no julgamento do *Myrna Mack Chang*, o Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade afirma que as circunstâncias do caso configuram crime de Estado, tanto pela execução do ato – planejado nos mais altos níveis do poder público – quanto pelo encobrimento dos fatos, a obstrução da justiça e a impunidade dos responsáveis, do que surge a responsabilidade agravada.<sup>24</sup>

O *Myrna Mack Chang* inaugurou o que ficou conhecido como o “ciclo dos casos de massacres” na Corte Interamericana.<sup>25</sup> Além dele, outros procedimentos versaram sobre violações graves e sistemáticas de direitos humanos, que levaram à condenação do Estado com base na teoria da responsabilidade agravada. Em *Plan de Sánchez v. Guatemala*, a CIDH asseverou que o massacre de *Plan de Sánchez* teria sido perpetrado “no marco de uma política genocida do Estado

21 CtIADH. *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. p. 52, 56, 89-91

22 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, “Guatemala, memoria del silencio”, de junho de 1999, tomo VI, página 369.

23 CtIADH. *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. p. 87.

24 CtIADH, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 7.

25 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El ejercicio de la Función Judicial Internacional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65

da Guatemala realizada com a intenção de destruir, no todo ou em parte, o povo indígena maia”.<sup>26</sup>

No referido caso, a CtIADH concluiu pela responsabilidade agravada do Estado guatemalteco por crimes cometidos por operações militares, com o conhecimento ou por ordem das mais altas autoridades estatais. As ações militares consistiam principalmente em assassinatos de população indefesa, no que acabou conhecido como “*operaciones de tierra arrasada*”, as quais significavam a destruição completa de comunidades, casas, material de subsistência, cultura, uso dos símbolos culturais, instituições sociais, políticas e econômicas, ademais de valores e práticas culturais e religiosas. Os crimes foram cometidos dentro de um “padrão de massacres”, do que se deprenderia seu impacto agravado para a responsabilidade internacional do Estado.<sup>27</sup>

A Corte, porém, evitou pronunciar-se sobre as acusações de genocídio, ao enfatizar que sua jurisdição é limitada a violações da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais instrumentos do sistema interamericano de proteção. Essa postura, porém, poderia ter sido matizada, já que é facultado à CtIADH recorrer a outros instrumentos internacionais não para sua aplicação direta, mas ao menos para auxiliar na interpretação das normas do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.<sup>28</sup> Ademais, ainda que falte à CtIADH jurisdição *ratione materiae* para se pronunciar sobre as alegações de genocídio, isso não exime o Estado demandado de sua responsabilidade internacional.<sup>29</sup>

---

26 CtIADH. *Plan de Sanchez*. Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 1-2 (citando o requerimento inicial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). “*La masacre [de Plan de Sánchez] fue perpetrada en el marco de una política genocida del Estado de Guatemala realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, al pueblo indígena maya. (...) La masacre de Plan de Sánchez estuvo enmarcada dentro de una estrategia estatal destinada a destruir a un grupo étnico a través de operativos militares, que significaron la masacre de miles de miembros del pueblo indígena maya, la huída de los sobrevivientes, la destrucción de sus economías de subsistencia y finalmente el sometimiento intencional de miles de indígenas mayas a condiciones de existencia de dependencia de la estructura militar.*”

27 CtIADH. *Plan de Sánchez v. Guatemala*. Julgamento de mérito. 29/04/2004. p. 11, 24.

28 A esse respeito, ver CtIADH. *Plan de Sánchez v. Guatemala*. Julgamento de mérito. Voto do Juiz Sergio Garcia Ramirez. Parágrafo 17 e seguintes.

29 CtIADH. *Plan de Sánchez v. Guatemala*. Julgamento de mérito. Voto do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Parágrafo 6 e seguintes.

Conquanto a Corte Interamericana tenha decidido abster-se de adentrar em alegações de cometimento de genocídio, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) tratou da responsabilidade do Estado por tal crime. Em *Bósnia v. Sérvia*, decidido em 2007, pela primeira vez um Estado foi julgado por acusações de genocídio. No centro da questão estava o massacre de *Srebrenica*, em que 7000 homens e meninos bósnios muçulmanos foram mortos pelo exército da “Republika Srpska”.<sup>30</sup> Nas exceções preliminares, a CIJ limitou sua jurisdição apenas a violações da Convenção sobre Genocídio, nos termos do seu artigo IX.<sup>31</sup>

A CIJ concluiu pela existência de sistema de responsabilidade internacional “dupla”, do indivíduo e do Estado, no caso de genocídio. Para a Corte da Haia, a dualidade da responsabilidade constitui “uma característica constante do direito internacional”, refletida tanto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>32</sup> quanto nos Artigos da CDI sobre responsabilidade dos Estados.<sup>33</sup> No caso da Convenção sobre o Genocídio, os dispositivos sobre a responsabilidade criminal do indivíduo não afastariam as obrigações do Estado relativas à proibição absoluta do cometimento de genocídio, com a consequente responsabilidade em caso de seu descumprimento.<sup>34</sup>

---

30 CIJ. *Bósnia v. Sérvia*. 2007.

31 CIJ. *Bósnia v. Sérvia*. Exceções Preliminares. 11/07/1996.

32 Estatuto de Roma. Art. 25(4): “O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.”

33 CDI. Artigo sobre Responsabilidade dos Estados (Anexo à Resolução da AGNU 58/63, de 12/12/2001). Art. 58: “*These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.*” Como detalhou a Comissão nos seus comentários ao artigo, “*Where crimes against international law are committed by State officials, it will often be the case that the State itself is responsible for the acts in question or for failure to prevent or punish them. In certain cases, in particular aggression, the State will by definition be involved. Even so, the question of individual responsibility is in principle distinct from the question of State responsibility. The State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. Nor may those officials hide behind the State in respect of their own responsibility for conduct of theirs which is contrary to rules of international law which are applicable to them.*” CDI. Artigo sobre Responsabilidade dos Estados, com comentários. p. 142-143.

34 CIJ. *Bósnia v. Sérvia*. 2007, p. 116-117 (parágrafos 173-174).

Também parte do “ciclo de casos de massacres” da CtIADH, o julgamento em *Masacre de Mapiripán v. Colombia* reconheceu a responsabilidade do Estado por violações dos direitos à vida e à liberdade e integridade pessoais, a qual era agravada pelo descumprimento das obrigações do Estado de proteção e de investigação dos fatos, ademais da ausência de mecanismos judiciais efetivos para punir os responsáveis.<sup>35</sup> O caso versava sobre massacre perpetrado por paramilitares, com a colaboração e aquiescência de agentes estatais, no povoado de *Mapiripán*, em 1997, com tortura, outros atos cruéis e assassinatos de aproximadamente 49 pessoas, cujo *modus operandi* tinha como um de seus objetivos aterrorizar a população.

Outros casos envolvendo massacres ou padrões sistemáticos de violações de direitos humanos chegaram à Corte Interamericana, embora nem todos com o reconhecimento da responsabilidade agravada do Estado.<sup>36</sup> Em *Almonacid Arellano y Otros v. Chile e Goiburú y Otros v. Paraguay*, porém, chega-se a avançar na noção de crime contra a humanidade, no âmbito de violações graves de direitos humanos.

Em *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*, a Corte Interamericana recorre ao histórico dos estatutos dos tribunais de Nuremberg e Tóquio e a precedentes do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY), especialmente o caso *Promotor v. Dusko Tadic*, para buscar a definição de crime contra a humanidade. A seguir, a CtIADH relata que, entre 1973 e 1990, a ditadura militar que governou o Chile estabeleceu uma política de Estado destinada a causar medo e atacou “massiva e sistematicamente setores da população civil de oposição ao regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional”, com “ao

---

35 CtIADH. *Masacre de Mapiripán v. Colômbia*. Decisão de 15/09/2005. p 141.

36 Ver, e.g. CtIADH. *Caso Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005), que envolveu violações graves da Convenção Americana (“*Los miembros de la comunidad han sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente, debido al ataque a su aldea, la posterior separación forzada de sus tierras tradicionales, y la imposibilidad de honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos y de obtener justicia por los hechos de 1986*”). Decisão de 15/6/2005. P. 44; CtIADH. *Caso Gómez Palomino v. Peru*. Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade: “*A mi juicio, tal como lo señalé en mis referidos Votos anteriores, y aquí lo reitero, reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos (correspondientes a una responsabilidad agravada) pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos.*” p. 2.

menos 3197 vítimas de execuções sumárias e desaparecimentos forçados, e 33.221 detidos, dentre os quais a imensa maioria foi vítima de tortura.” Para a Corte, portanto, a execução do Sr. Almonacid Arellano se deu no contexto de um padrão sistemático e generalizado de ataques contra a população civil, o que configuraria um crime contra a humanidade.<sup>37</sup>

Ainda que a Corte não chegue a utilizar o termo responsabilidade agravada, as auto-anistias concedidas pelo governo poderiam agravar as violações cometidas pelo Estado. A denegação de justiça, com o encobrimento deliberado da prática sistemática de atos de tortura, detenções arbitrárias, sequestros e desaparecimento forçado de pessoas, resultaria em descumprimentos adicionais da Convenção Americana. Ademais, o cometimento de atos cuja proibição absoluta constitui norma de *jus cogens* poderia configurar a responsabilidade agravada do Estado, com consequências no âmbito das reparações.<sup>38</sup>

No caso *Goiburú y Otros v. Paraguay*, a CtIADH determinou que os fatos relativos à ditadura paraguaia e à Operação Condor se deram no contexto de prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos, perpetrados por forças de segurança e inteligência do governo Stroessner. As ações marcam o caráter generalizado e sistemático da repressão a que foi submetida a população em escala inter-estatal, o que condiciona a responsabilidade internacional do Estado. Para a Corte Interamericana, a preparação e execução dos atos não poderiam ter sido realizadas sem ordens superiores da polícia, de agências de inteligência ou mesmo do próprio Chefe de Estado, nem tampouco sem sua colaboração, aquiescência ou tolerância. Os agentes estatais não só faltaram gravemente com o dever de prevenir e proteger os direitos das vítimas, mas também se utilizaram da investidura oficial e dos recursos outorgados pelo Estado para perpetrar as violações; o Estado constituiu-se no fator principal dos graves crimes cometidos, o que configurava uma situação de “terrorismo de Estado”. Como afirmou a CtIADH, “se

---

37 CtIADH. Caso *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*, julgamento de 26/09/2006, Serie C, n. 154. “*El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época.*” (p. 54, parágrafo 129).

38 CtIADH. Caso *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*, julgamento de 26/09/2006, Serie C, n. 154. Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 5-6.



*verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar”.*<sup>39</sup>

No julgamento deste caso, a CtIADH finalmente une os conceitos de crime contra a humanidade com a responsabilidade agravada do Estado. A Corte Interamericana transporta, assim, o elemento contextual do crime contra a humanidade (prática sistemática) para a dimensão estatal, e afirma:

La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.<sup>40</sup>

O termo “terrorismo de Estado” foi tratado em voto separado do juiz Sergio García Ramírez, segundo o qual a expressão (a qual critica) se refere a situações nas quais o Estado converte-se em terrorista, causando temor e alarme na população, além de angústia que perturba gravemente a paz social. O Estado assume um plano e o desenvolve por meio de determinadas condutas que se dirigem ao fim e à estratégia por ele delineados. O magistrado critica a noção de “crime de Estado” por considerá-la como eventual obstáculo à responsabilização penal do indivíduo, e por abarcar sujeitos alheios às atividades criminosas do ente estatal.<sup>41</sup>

Por sua vez, o juiz Cançado Trindade retoma o argumento de que o crime de Estado se configura como uma violação grave de norma de *jus cogens*, e se torna mais evidente na medida em que se estabelece a intenção, tolerância, aquiescência, negligência ou omissão por parte do Estado em relação a violações graves dos direitos humanos e do direito humanitário perpetradas por seus agentes, inclusive em nome de uma política de Estado. A responsabilidade dos criminosos, inclusive, não exime o Estado de sua própria responsabilidade

39 CtIADH. Caso *Goiburú y Otros v. Paraguay*, Julgamento de 22/09/2006, p. 51-53. Série C, n. 155

40 Id., p. 58-9.

41 Id., Voto Arrazoado do Juiz Sergio García Ramírez, p. 4-6.



agravada, uma vez que o Estado, dotado de personalidade jurídica, é um centro de imputação, como qualquer outro sujeito de direito.<sup>42</sup>

A jurisprudência da CtIADH promoveu maior aproximação entre as áreas de direitos humanos, direito humanitário e direito internacional criminal, por meio da configuração da responsabilidade agravada do Estado por violações de garantias fundamentais previstas na Convenção Americana. Auxiliou, outrossim, no processo de complementaridade entre as responsabilidades do Estado e do indivíduo pelo descumprimento das proibições absolutas relativas aos crimes internacionais. A aplicação das normas de distintas áreas, todavia, se dá por meio de instituições diversas, com princípios, jurisdição e procedimentos variáveis conforme a área específica de atuação.

## 2. OS MECANISMOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Na CDI, ao se tratar de temas relativos à jurisdição criminal internacional, foi lembrada discussão sobre os princípios de Nuremberg e a eventual codificação de crimes contra a paz e segurança da humanidade, ocorridas no Comitê das Nações Unidas para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação. Na ocasião, a Comissão recordou que, por maioria, o referido Comitê decidiu chamar a atenção da Assembleia Geral da ONU para o fato de que a punição de crimes internacionais pode “tornar desejável a existência de uma autoridade judicial internacional para exercer jurisdição sobre tais crimes.”<sup>43</sup>

Isso se deu pelos tribunais *ad hoc*, híbridos e pelo Tribunal Penal Internacional, no caso dos indivíduos. No âmbito estatal, a possibilidade de imputação de responsabilidade por atos que configurem crimes internacionais pode ocorrer tanto no âmbito da Corte Internacional de Justiça quanto dos tribunais de direitos humanos. Alguns autores argumentam, ademais, que violações graves e sistemáticas de direitos humanos, assim como atos de agressão, têm sido “punidos” ou “sancionados” de fato pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas,<sup>44</sup> o que vale tanto para indivíduos

42 CtIADH. Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Julgamento de 29/04/2004, Voto Razonado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, par.31-35.

43 CDI. *Yearbook of the International Law Commission*. 1950, vol. II. P. 8.

44 EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 739.

como para Estados. Tais sanções, apesar de muitas vezes terem natureza claramente penal, não seguem qualquer princípio relevante do direito criminal, como devido processo legal e presunção de inocência,<sup>45</sup> o que tem gerado diversas críticas à atuação do Conselho nesses casos.

## 2.1 A Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça, o principal órgão jurídico das Nações Unidas,<sup>46</sup> tem como função resolver controvérsias de caráter jurídico surgidas entre Estados. Ela tem como sua antecessora a Corte Permanente de Justiça Internacional (PCJI), cujo funcionamento teve início em 1922. Localizada na Haia, a PCIJ era composta por 15 juízes eleitos pela Assembleia e o Conselho da Liga das Nações. Funcionou até 1940 e foi dissolvida em 1946, principalmente devido à intenção existente de se criar uma nova Corte Internacional.

A nova Corte teve seu estatuto (muito semelhante ao da CPJI) anexado à Carta da ONU, tornando-se um dos órgãos principais da Organização. A CIJ detém jurisdição em casos contenciosos entre Estados e em casos de opinião consultiva, nos quais é solicitada, por organizações internacionais devidamente autorizadas, a apresentar seu parecer sobre qualquer questão jurídica.<sup>47</sup> A base da jurisdição da CIJ em casos contenciosos é o consentimento dos Estados partes na disputa, consentimento este que pode ser expresso de diversos modos,<sup>48</sup> como por meio de declarações unilaterais, de cláusulas

---

45 A decisão da Corte Europeia de Justiça no caso *Kadi* traz interessante discussão sobre esse ponto. Case C-402/05 P and C-415/05, P. *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351. Para uma discussão sobre a relação entre as decisões judiciais no âmbito europeu e o CSNU, ver KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 23, n. 4, 2012. p. 1015-1024.

46 ONU. Carta da Organização das Nações Unidas, art. 92.

47 ONU. Carta da Organização das Nações Unidas, art. 96: “*the General Assembly or the Security Council may request the Court to give an opinion, and also provides that other organs of the United Nations and specialized agencies, properly authorized by the General Assembly, may request advisory opinions on legal questions arising within the scope of their activities.*”

48 As regras de jurisdição estão explicitadas no art. 36 do Estatuto da CIJ. Sobre o tema, ver também BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6.ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

compromissórias em tratados, de acordos especiais “*ad hoc*”, ou pela aceitação *a posteriori* da jurisdição (*forum prorogatum*).

A CIJ estaria ligada a um sistema de solução de controvérsias tradicional entre Estados, tendo um caráter de instituição permanente e pré-constituída.<sup>49</sup> Isso amplia o seu papel para não apenas aplicar o direito, mas também para criá-lo. De fato, a integridade da função judicial da CIJ, como estabelecida na Carta das Nações Unidas e no seu Estatuto, possibilita uma ampla discricionariedade sobre como e se um caso será decidido.<sup>50</sup>

Desse modo, a CIJ tem duplo papel: de um lado, consiste em instituição voltada para a solução pacífica de controvérsias; de outro, trata-se de órgão que auxilia no desenvolvimento do direito internacional. Ademais, para Rawls, a ideia de uma justiça entre os povos está ligada, assim como no âmbito interno, a uma sociedade com instituições justas.<sup>51</sup> Segundo o autor, se as pessoas crescerem em ambiente com instituições políticas e sociais justas, estas defenderão tais instituições, que se perpetuarão. Em suas palavras:

*(...) to say that human nature is good is to say that citizens who grow up under reasonable and just institutions- institutions that satisfy any of a family of reasonable liberal political conceptions of justice – will affirm those institutions and act to make sure their social world endures. (...) There may not be such institutions, but, if they are, they must be ones that we can understand and act on, approve, and endorse.*<sup>52</sup>

Como instituição associada ao direito e à justiça, a CIJ teria, por conseguinte, também esse papel de influenciar positivamente a comunidade internacional. Mesmo sem adentrar na questão institucional, porém, a importância da Corte se faz presente como mecanismo de solução de controvérsias e como instituição

49 ROSENNE, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court*. Leyden: Sijthoff, 1965, p. 8.

50 REISMAN, W. Michael. The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: international arbitration and international adjudication. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 258, 1996, p. 51-54.

51 A ideia de justiça, aqui, é a definida pelo autor em *A Theory of Justice*: justiça como equidade. Posteriormente, Rawls estende essa concepção para o que define como o “direito dos povos”. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999; RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

52 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 7.

responsável por criar direito, por elucidá-lo e discuti-lo. Ainda que suas decisões vinculem somente os Estados partes do contencioso,<sup>53</sup> seus pronunciamentos são comumente citados para provar ou esclarecer normas do direito internacional.<sup>54</sup> Afinal, além de ser considerada fonte subsidiária de direito internacional,<sup>55</sup> a jurisprudência da CIJ é tida por muitos autores como fonte determinadora e criadora de direito.<sup>56</sup> Nesse sentido, pode-se afirmar que “os julgamentos da CIJ podem de fato criar direito do mesmo modo que juízes nacionais formulam novo direito no processo de interpretar aquele já existente.”<sup>57</sup>

A natureza essencialmente interestatal da CIJ apresenta certos desafios, inclusive processuais, para os casos que envolvem direitos individuais. Os casos *La Grand*<sup>58</sup> e *Avena*,<sup>59</sup> por exemplo, em que

---

53 CIJ. Estatuto, art. 59: “*the decision of the court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.*”

54 A esse respeito, é ilustrativa a colocação do atual Presidente da CIJ, Peter Tomka, sobre o papel da CIJ em determinar o direito (“*the important and noble role of determining existing law and rendering justice between States*”). TOMKA, Peter. Discurso proferido no Encontro de Alto Nível sobre Estado de Direito, 24 de setembro de 2012. Disponível em: [http://www.unrol.org/files/22006\\_Statement\\_ICJ.pdf](http://www.unrol.org/files/22006_Statement_ICJ.pdf) (último acesso: outubro de 2013).

<http://www.icj-cij.org/presscom/iles/0/17100.pdf> (acesso: agosto/2013).

55 CIJ. Estatuto, art. 38, 1 (d). Sobre a ideia de que o art. 38 do Estatuto da CIJ apresenta as fontes do direito internacional, afirma Shaw: “*Although this formulation is technically limited to the sources of international law which the International Court must apply, in fact since the functioning of the Court is to decide disputes submitted to it “in accordance with international law” and since all member states of the United Nations are ipso facto parties to the Statute by virtue of article 93 of the United Nations Charter (...), there is no serious contention that the provision expresses the universal perception as to the enumeration of sources of international law.*” SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 55

56 Ver, por exemplo, VILLALPANDO, Santiago. On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 26, p. 243-251: “*recent judgments still contain significant contributions to general international law (if not always to the satisfaction of all).*” p. 251.

57 SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 55-56. “*The different functions overlap to a great extent so that in many cases treaties (or conventions) merely reiterate accepted rules of customary law, and judgments of the International Court of Justice may actually create law in the same way that municipal judges formulate new law in the process of interpreting existing law.*”

58 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *LaGrand*. Alemanha v. Estados Unidos. Ordem de Medidas Cautelares. Haia, 03 de março de 1999.

59 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Avena* e outros 52 Mexicanos. México v. Estados Unidos. Ordem de Medidas Cautelares. Haia, 05 de fevereiro de 2003.

havia um híbrido entre direitos do Estado e do indivíduo, marcaram certo avanço com as medidas de proteção, determinadas por meio de cautelar, destinadas a impedir a execução da pena de morte sobre nacionais de Alemanha (*LaGrand*) e do México (*Avena*). Por outro lado, a rigidez de determinadas regras processuais da CIJ, e seu foco orientado unicamente aos Estados, demanda certa reflexão sobre os limites correntes daquele tribunal para lidar com questões de direitos humanos, direito humanitário e direito internacional criminal.

## 2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A reação a violações graves e sistemáticas de direitos humanos e de direito humanitário constitui hoje uma preocupação da comunidade internacional, especialmente nos casos de vítimas vulneráveis e sem defesa.<sup>60</sup> Por outro lado, embora muitas dessas obrigações sejam *erga omnes*, dificilmente os Estados se envolvem em violações de direitos humanos internas a outros países<sup>61</sup> e, quando o fazem, geralmente é por interesses que não guardam relação com a proteção do indivíduo. Nesse cenário, foi imperativo criar instituições internacionais capazes de ouvir diretamente as vítimas de violações de direitos humanos.

Principalmente após a II Guerra Mundial, o tema dos direitos humanos ganhou destaque em âmbito global,<sup>62</sup> tanto internacionalmente (com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção contra o Genocídio) quanto regionalmente (no caso das Américas, com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem). No Brasil, autores como Hildebrando Accioly,<sup>63</sup>

60 Ver, e.g., CtIADH, *Caso Plan de Sánchez v. Guatemala*.

61 STEINER, Henry J. *International Protection of Human Rights*. In EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 801.

62 HARRIS, David. *Cases and materials in international law*. 5.ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998. p. 624; BUERGENTHAL, Thomas. *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*. San José: Juricentro, 1983. p. 29 (no texto, o autor afirma que, embora a preocupação com os direitos humanos tenha se destacado em âmbito global após a Segunda Guerra, tal tema já consistia, desde antes, em preocupação importante no sistema interamericano); CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 110.

63 ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2.ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956. p. 211-215.

Levi Carneiro<sup>64</sup> e Haroldo Valladão,<sup>65</sup> em suas obras, já relativizavam a ideia de soberania, dando preponderância à noção de solidariedade. Levi Carneiro foi mais adiante: ainda em 1947, ele defendia o estabelecimento de um órgão judicial internacional “autônomo, específico, perante o qual os indivíduos possam recorrer contra os Estados para a garantia de seus direitos.”<sup>66</sup>

A ideia de criar uma Corte Interamericana de Direitos Humanos partiu da delegação brasileira presente na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá no ano de 1948. A proposta do Brasil era clara já em seu título: “*Proyecto de Resolución sobre la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre*”.<sup>67</sup> Na exposição de motivos, percebe-se a posição do governo brasileiro quanto à criação de um tribunal internacional de proteção dos direitos humanos:

(...) en ciertos casos, el individuo es víctima de arbitrariedades insuperables por parte de las propias autoridades gubernamentales. Algunas veces, los propios tribunales, estrechamente subordinados a un poder ejecutivo opresor, cometen injusticias evidentes; o bien, el individuo se ve privado de acceso a los tribunales locales. En tales casos, si se trata realmente de derechos fundamentales, se impone la posibilidad de recurrir a una jurisdicción internacional. (...)

Se trata de establecer una Carta internacional de los derechos del hombre, y no se puede negar que esa carta sólo podrá tener eficiencia real si se asegura a los titulares de tales derechos, el libre acceso a un tribunal internacional.

Ainda na Conferência de Bogotá, João Neves da Fontoura, representante do governo brasileiro, afirmou que a criação de uma corte interamericana de direitos humanos geraria maior proteção não apenas aos cidadãos, mas também às nações. Isso porque,

64 CARNEIRO, Levi. *O Direito Internacional e a Democracia*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1945. p. 106-126.

65 VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e Socialização do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961. p. 53-64.

66 *Los Derechos de Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la Unesco*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949. p. 163.

67 Novena Conferencia Internacional Americana. *Actas y Documentos*. Bogotá, 1948, v. 5, p. 464.

acrescentou ele, a referida instituição influiria como um resguardo a, por exemplo, uma possível ditadura.<sup>68</sup>

A proposta que o Brasil apresentou na Conferência de Bogotá converteu-se, com algumas poucas modificações, na Resolução XXXI. Embora a IX Conferência Internacional Americana seja considerada o início formal do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos (devido à aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem), a Resolução XXXI é pouco citada entre os antecedentes que levaram à criação da Corte Interamericana.<sup>69</sup>

Na Resolução XXXI, solicitava-se ao Comitê Jurídico Interamericano a elaboração de um projeto de estatuto para a corte de direitos humanos. Em informe de 1949, este considerou prematura tal ideia, uma vez que inexistia direito positivo substantivo sobre a matéria.<sup>70</sup> É somente na X Conferência Internacional Americana (Caracas, 1954) que volta a ser discutido o assunto. Ainda assim, o tema não fazia parte da agenda de forma clara. Após a advertência feita pelo Comitê Jurídico Interamericano, preferiu-se colocar o assunto na parte de temas sociais (e não jurídicos), com o tópico “direitos humanos: medidas tendentes a promover os direitos humanos, sem menoscabo à soberania nacional e ao princípio da não-intervenção”.<sup>71</sup> Em Caracas, porém, o tema foi lembrado. Nessa ocasião, foi aprovada a Resolução XXIX, relativa à criação de uma corte interamericana de direitos humanos.<sup>72</sup>

---

68 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Parecer - O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil. Consultor: Antônio Augusto Cançado Trindade. Parecer, 16 ago. 1985. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, v. 8. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 93.

69 ZOVATTO, Daniel. *Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos. 2.ed. San José: CIDH, 1999. p. 249-255.

70 Comitê Jurídico Interamericano. *Recomendaciones e Informes. 1949-1953*. p. 107-108.

71 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Parecer - Corte Interamericana para a proteção dos Direitos do Homem. Consultor: Hildebrando Accioly. Parecer, 10 set. 1954. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, v. 5. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 237-238.

72 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (org.). *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília: FUNAG, 1984. p. 227.



A ocasião seguinte em que o tema foi levantado no sistema interamericano consistiu na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, que teve lugar em Santiago, no ano de 1959. Nela, foi aprovada a Resolução VIII, a qual contém solicitação para que o Conselho Interamericano de Jurisconsultos elabore dois projetos de convenção, um sobre a parte material (direitos humanos), outro sobre a procedimental (criação de tribunal).<sup>73</sup>

O Conselho Interamericano de Jurisconsultos elaborou, então, um projeto de Convenção de Direitos Humanos, com base em proposta apresentada pelo Uruguai.<sup>74</sup> Tal projeto só veio a ser examinado na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1965. Além desse projeto, foram apresentadas outras duas propostas, do Chile e do Uruguai.<sup>75</sup> Como resultado, foi aprovada a Resolução XXIV (Convenção "Interamericana" de Direitos Humanos), a qual esclarece que, por não ter havido tempo suficiente para as propostas serem analisadas, os projetos de convenção deveriam ser encaminhados ao Conselho da OEA, que teria o prazo de um ano para apresentar uma única versão do documento aos Estados. Estes teriam um prazo para analisar e emendar o projeto, pouco após o qual seria convocada uma Conferência Interamericana Especializada para tratar do assunto.<sup>76</sup>

Já em 1967, o Conselho da OEA procedeu à consulta aos Estados quanto à continuação dos trabalhos, dado que, no ano anterior, tinha sido aprovado o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>77</sup> A questão surgiu uma vez que, entre 1959 e 1965, período em que foi projetada a Convenção Americana, a

73 ZOVATTO, Daniel. *Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos. 2.ed. San José: CIDH, 1999. p. 260.

74 ESPIELL, Héctor Gros. Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. In: UNESCO. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. v. 3, 1984. p. 725.

75 ZOVATTO, Daniel. *Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos. 2.ed. San José: CIDH, 1999. p. 269.

76 Anuario Interamericano de Derechos Humanos - 1968. Washington: OEA, 1973. p. 68-72.

77 ZOVATTO, Daniel. *Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte



aprovação dos Pactos da ONU parecia travada. Quando, em 1966, esse quadro mudou, passou-se a questionar a necessidade de elaboração de semelhantes documentos em âmbito regional.<sup>78</sup> Mesmo assim, o conselho da OEA prosseguiu com seus trabalhos e convocou a Conferência Especializada Interamericana, a se realizar no ano de 1969, em San José, na Costa Rica.

A Conferência destinava-se a finalizar o projeto de Convenção “Interamericana” de Direitos Humanos. Percebe-se, com isso, que nesse período começou a tomar forma o sistema interamericano de proteção de garantias fundamentais. A Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José) foi aprovada em 1969 e entrou em vigor em 1978. Um ano depois, foram aprovados os estatutos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema interamericano de proteção consiste em estrutura dupla, com a Comissão, de natureza quasi-judicial, e a CtIADH. A Corte Interamericana é composta por sete juízes, eleitos pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos para mandato de seis anos.<sup>79</sup> Sua jurisdição depende de declaração específica de aceitação de competência compulsória, a qual, entretanto, comporta menor margem de discricionariedade aos Estados se comparada ao instrumento equivalente da CIJ.<sup>80</sup>

Ademais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, há também, no plano regional, as cortes europeia e africana. No plano global, há órgãos de tratados, de natureza quasi-judicial, estando a maior parte deles já estabelecidos, como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres; o Comitê contra a Tortura; o Comitê sobre os Direitos das Crianças; o Comitê para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência;

---

Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos. 2.ed. San José: CIDH, 1999. p. 278.

78 ESPIELL, Héctor Gros. Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. In: UNESCO. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. v. 3, 1984. p. 727-728.

79 CtIADH. Estatuto. Arts. 5-7.

80 CtIADH. *Caso del Tribunal Constitucional v. Peru*, 24/09/1999. Parágrafo 46.

e o Comitê sobre Desaparecimentos Forçados.<sup>81</sup> Essa miríade de órgãos, instituições e sistemas não competem entre si, mas sim complementam-se uns aos outros, por meio de coordenação que tenha em conta as características singulares da proteção internacional dos direitos humanos.<sup>82</sup>

### 3. AS REPARAÇÕES E O PAPEL DAS VÍTIMAS

Foi somente em agosto de 2012 que o TPI promulgou a esperada decisão que estabelece os princípios e procedimentos para as reparações às vítimas no caso *Promotoria v. Thomas Lubanga*,<sup>83</sup> a primeira da história do Tribunal. O Juízo de Julgamento I se absteve de analisar os pedidos individuais das vítimas, delegando a tarefa de determinar as formas de reparação e de implementá-las ao Fundo Fiduciário para as Vítimas. Uma vez que Lubanga havia sido declarado indigente pelo Tribunal, a ele não caberá o pagamento de compensação. Segundo os magistrados do TPI, a eventual participação do réu nas reparações (com pedido de desculpas, por exemplo) seria bem-vinda, mas não obrigatória.<sup>84</sup>

A primeira decisão sobre reparações no TPI recorre à jurisprudência de tribunais de direitos humanos, sobretudo a Corte Interamericana, para estabelecer os princípios aplicáveis no caso. Os magistrados pareceram adotar abordagem de direitos humanos nesta fase processual, em claro contraste com os demais julgamentos – que, como se esperaria, seguem abordagem de direito penal.<sup>85</sup>

81 ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan; STEINER, Henry. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 844-1085.

82 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights (at global and regional levels). *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 202, p. 9-435, 1987-II, p. 113-114.

83 TPI. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. *Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decisão estabelecendo os princípios e procedimentos a serem aplicados às reparações, 07/08/2012. ICC-01/04-01/06-2904.

84 *Id.*, p. 81, parágrafo 241; p. 88, parágrafo 269.

85 Essa passagem da decisão ilustra bem a mudança do paradigma penal para o de direitos humanos no que tange às reparações: "(...) *reparations, as provided in the Statute and Rules, are to be applied in a broad and flexible manner, allowing the Chamber to approve the widest possible remedies for the violations of the rights of the victims and the means of implementation*. *Id.*, p. 65, parágrafo 180.

Nesta decisão, o Juízo de Julgamento I fez menção expressa às vítimas de crimes de gênero, apesar de ter desconsiderado tais delitos como circunstâncias agravantes na fixação da pena de Lubanga. Ademais, a preocupação em evitar a perpetuação de práticas discriminatórias foi constante ao longo do julgamento, que reiteradas vezes enfatizou a necessidade de que todos os aspectos das reparações sejam inclusivos sob a perspectiva de gênero. Outro fator que distingue esta decisão daquelas de natureza penal está na mudança de foco do acusado para a vítima. Como afirmou o Tribunal, “[i]n all matters relating to reparations, the Court shall take into account the needs of all the victims”.<sup>86</sup>

Para o Juízo de Julgamento I, o direito à reparação configura direito humano básico plenamente estabelecido,<sup>87</sup> refletido em tratados internacionais e regionais. Os magistrados adotaram conceito amplo de vítimas, de modo a abarcar também as pessoas que não participaram do processo no Tribunal.<sup>88</sup> Determinaram que o Secretariado do TPI deverá decidir a melhor forma de fazer com que as vítimas sejam representadas nesta fase do processo.

Segundo o Tribunal, as reparações deverão visar, na medida do possível, à reconciliação entre o condenado, as vítimas e as comunidades afetadas. Deverá ser dada prioridade às vítimas em situação vulnerável, inclusive por meio de ações afirmativas destinadas a assegurar-lhes o acesso igualitário, efetivo e seguro às reparações. O aspecto preventivo integra, também, os princípios de reparação, a qual deverá buscar medidas para reabilitar as ‘crianças-soldado’ e reintegrá-las na sociedade.

86 Id., p. 68, parágrafo 189.

87 Id., p. 66, parágrafo 185. Nas palavras do Tribunal, “the right to reparations is a well-established and basic human right, that is enshrined in universal and regional human rights treaties, and in other international instruments, including the UN Basic Principles; the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power; the Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime; the Nairobi Declaration; the Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa; and the Paris Principles. These international instruments, as well as certain significant human rights reports, have provided guidance to the Chamber in establishing the present principles.”

88 Id., para 187: “All victims are to be treated fairly and equally as regards reparations, irrespective of whether they participated in the trial proceedings.”

Ao enfatizar que as reparações individuais e coletivas não são excludentes, o Juízo de Julgamento parece inclinar-se para a segunda opção. Ressalta, ademais, que eventuais reparações individuais devem evitar a criação de tensões e divisões dentro das comunidades afetadas. As reparações coletivas, por sua vez, poderiam incluir o provimento de serviços médicos e assistência para reabilitação, moradia, educação e treinamento.

Ainda que o art. 75 do Estatuto de Roma mencione apenas restituição, compensação e reabilitação como formas de reparação, o TPI segue o exemplo da Corte Interamericana para listar outras formas de remédio às vítimas. A decisão sugere, nesse contexto, a ampla divulgação do teor do julgamento condenatório de Lubanga, o apoio a campanhas com vistas a melhorar a situação das vítimas, o estabelecimento de programas destinados a informar as vítimas sobre os resultados do processo, bem como campanhas educacionais para reduzir a estigmatização e marginalização dos que sofreram danos com os crimes.

Não foi por acaso que o TPI recorreu aos princípios da Corte Interamericana. Ao decidir casos sobre violações de direitos humanos e determinar reparações, o tribunal de São José da Costa Rica se insere nos esforços de justiça restaurativa, especialmente nos casos de massacres e de seus efeitos em toda a população afetada.<sup>89</sup> Ademais, ao determinar reparações nos casos envolvendo violações graves, generalizadas e sistemáticas de garantias fundamentais, enquadráveis nos conceitos de crimes internacionais, a CtIADH teve de lidar com desafios hoje enfrentados pelo TPI, como a definição de vítimas, o equilíbrio entre reparações individuais e coletivas, e a necessidade de atuar de modo a causar impacto positivo nos esforços de reconciliação. Nos dois tribunais, quando há casos de massacres, muitas vezes há grande número de vítimas, nem sempre determinadas, especialmente tendo em conta o lapso temporal (em geral, considerável) entre os fatos e a decisão judicial.

---

89 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El ejercicio de la Función Judicial Internacional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 64-65. "En los esfuerzos para realizar la justicia restaurativa, se debe necesariamente tomar en cuenta los efectos profundamente traumáticos de las masacres, no sólo y obviamente en las víctimas o en sus parientes, sino también en su propio milieu social, en la propia población afectada por las masacres como un todo. De todos modos, en los complejos casos de crímenes de Estado, las reparaciones ordenadas por la CtIADH han asumido distintas formas.

No âmbito das reparações, os precedentes da CtIADH partem do princípio geral de direito internacional segundo o qual “toda violação de uma obrigação internacional que produziu dano comporta a obrigação de repará-lo adequadamente”.<sup>90</sup> Sempre que possível, a reparação do dano por ato ilícito internacional requer *restitutio in integrum*, que consiste no restabelecimento do *status quo ante*, assim como a garantia de que cessem as consequências da violação. A determinação de responsabilidade agravada pela Corte Interamericana tem implicações nas reparações, que poderiam incluir medidas de natureza “exemplar” ou punitiva, para além da compensação, como reparações de natureza não-pecuniária destinadas à reabilitação das comunidades afetadas e a garantias de não-repetição.<sup>91</sup>

A reparação, portanto, não se esgota no pagamento de bens ou serviços, que podem ser verificados monetariamente e determinados pela Corte com sua discricionariedade judicial e com base em princípios como o da equidade. A reparação pode, também, incluir a ordem de execução de atos de natureza ou repercussão pública, com vistas à recuperação da memória das vítimas e o restabelecimento de sua reputação, o que pode se dar inclusive por meio de mensagens de condenação oficial das violações dos direitos humanos no caso e o compromisso com os esforços para assegurar que elas não ocorram novamente.<sup>92</sup>

Merece destaque, no âmbito da CtIADH, a aplicação da noção de “projeto de vida”, referente a danos não-pecuniários. Em *Loayza Tamayo v. Peru*, a Corte Interamericana distinguiu a noção de

---

90 CtIADH. *Caso Ivcher Bronstein*, para. 177; *Caso Baena Ricardo et al.*, para. 201; *Caso da Corte Constitucional*. Julgamento de 31/01/2001. Series C No. 71, para. 118; *Caso Blake. Reparaciones*, para. 33; *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (Artigo 63(1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Julgamento de 20.01.1999. Series C No. 44, para. 40; *Caso Castillo Páez. Reparaciones*, para. 50; *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones*, para. 84; *Caso Caballero Delgado and Santana. Reparaciones* (Artigo 63(1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Julgamento de 19.09.1996. Series C No. 31, para. 15; *Caso Neira Alegria et al. Reparaciones* (Artigo 63(1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Julgamento 19.09.1996. Series C No. 29, para. 36; *Caso El Amparo. Reparaciones* (Artigo 63(1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Julgamento de 14.09.1996. Series C No. 28, para. 14; *Caso Aloeboetoe et al. Reparations* (Artigo 63(1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Julgamento de 10.09.1993. Series C. No 15, para. 43.

91 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El ejercicio de la Función Judicial Internacional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 72-73.

92 CtIADH. *Caso Villagrán Morales et al. V. Guatemala*. Sentença de 19.11.1999, Serie C, n. 63, pá. 84.

“projeto de vida” dos conceitos de dano emergente e lucro cessante, ao afirmar que aquela diz respeito à realização integral da pessoa afetada, “considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem razoavelmente fixar determinadas expectativas e procurar alcançá-las”. O projeto de vida está associado “ao conceito de realização pessoal que, por sua vez, se sustenta nas opções que a pessoa pode ter para conduzir sua vida e alcançar o destino ao qual se propõe”.<sup>93</sup>

Trata-se da expressão da liberdade, a qual, uma vez eliminada ou reduzida, leva à perda de um valor que deve ser tomado em consideração quando da determinação de reparações. O dano ao projeto de vida, por conseguinte, “ameaça, em última instância, o próprio sentido que cada pessoa atribui a sua existência. Quando ocorre, um prejuízo é causado ao que há de mais íntimo no ser humano: trata-se de um dano dotado de autonomia própria, que afeta o sentido espiritual da vida”.<sup>94</sup>

Ao determinar os princípios de reparação no caso Lubanga, o TPI se refere ao conceito de “projeto de vida” desenvolvido pela Corte Interamericana, por considerá-lo útil ao contexto do Tribunal.<sup>95</sup> Ademais do *Loyaza Tamayo v. Peru*, o Tribunal se refere ao caso *Cantoral Benavides v. Peru*, decidido em 2000. Nesse processo, a CtIADH deu aplicação prática à noção de “projeto de vida”, ao considerar que as ações do Estado ocasionaram graves alterações no curso de vida da vítima, especialmente no que tange à sua formação e ao seu trabalho. A Corte determinou que o Estado peruano deveria

---

93 CtIADH. Caso *Loayza Tamayo v. Perú* (Reparaciones). Sentença de 27.11.1998, Serie C, n. 42, pá. 147-148. “(...) el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”

94 CtIADH. Caso *Loaysa Tamayo v. Perú* (Reparaciones). Sentencia de 27.11.1998, Serie C, n. 42, Voto Razonado Conjunto dos Juízes A.A. Caçado Trindade e A. Abreu Burelli, par. 16.

95 TPI. Promotora v. Thomas Lubanga. P. 77-78. Parágrafo 230, nota 418.

viabilizar bolsa de estudos, em centro de reconhecida qualidade acadêmica, com a finalidade de cobrir os custos da carreira profissional escolhida pela vítima, assim como seus gastos de manutenção durante seu período de estudos.<sup>96</sup>

Algumas medidas parecem ter inspirado o TPI na sua primeira decisão de reparações. Ao reconhecer que, em muitos casos, a restituição é impossível de se atingir, o Tribunal afirma a necessidade de restaurar a vida da vítima, inclusive por meio do seu retorno à família e ao seu emprego, e por meio de educação continuada. Refere-se ao caso *Gonzalez v. México*, da CtIADH, para afirmar que as reparações devem também visar à mudança da situação de discriminações estruturais, de modo que seus efeitos ultrapassem a restituição e logrem também a retificação.<sup>97</sup>

O Caso *Villagrán Morales e outros* (Caso Meninos de Rua), da CtIADH, é também ilustrativo. Para estimar os danos morais, a CtIADH levou em conta as condições gerais adversas de abandono das vítimas, crianças de rua em situação de alto risco e sem qualquer proteção relativa a seu futuro.<sup>98</sup> Entre outras medidas, a Corte ordenou que a Guatemala implementasse sua legislação interna (legislativa, administrativa ou outras medidas necessárias para adaptar a legislação guatemalteca à Convenção), de modo a impedir que os eventos sob consideração se repetissem.<sup>99</sup>

Nota-se, portanto, que a jurisprudência dos tribunais internacionais em matéria de reparações tem em comum a abordagem de direitos humanos, o foco na vítima, e a combinação de objetivos individuais, coletivos e de mudanças sociais mais profundas. A hermenêutica e os princípios adotados pelos juízes, aqui, seguem não necessariamente a natureza (penal ou civil) da instituição, mas a matéria (reparações), a qual demanda a busca da interpretação mais favorável ao sujeito vulnerável da relação (neste caso, a vítima). Tem-se o objetivo geral de reabilitar as vítimas, sem desconsiderar o

---

96 CtIADH. *Caso Cantoral Benavides versus Perú* (Reparaciones). Sentencia 03.12.2001, Série C, n. 88, par. 80.

97 TPI. *Promotora v. Thomas Lubanga*. P 76, parágrafos 223-224.

98 CtIADH. *Caso Villagrán Morales et al. v. Guatemala* (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentença de Reparaciones e Custas, 26/05/2001, p. 40, para 90; CtIADH. *Caso Villagrán Morales et al. v. Guatemala* (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentença de 19.11.1999, Serie C, n. 63, para 188-191.

99 CtIADH. *Caso Villagrán Morales et al. v. Guatemala* (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentença de Reparaciones e Custas, 26/05/2001, par. 98.



escopo mais amplo de não-repetição e de reconciliação. No âmbito das reparações, o viés de justiça restaurativa tem primazia sobre o da justiça retributiva, mesmo no caso de tribunais de natureza penal.

A abordagem dos tribunais penais e de direitos humanos, porém, ainda não atingiu completamente a CIJ, em que prevalece a lógica tradicional de contenciosos interestatais. A situação vem mudando, gradualmente, e o caso *Ahmadou Sadio Diallo*<sup>100</sup> parece ser o primeiro passo de uma longa caminhada que deve fazer a Corte de Haia, em linha com o processo de humanização do direito internacional. Embora não verse sobre crimes internacionais, o caso reveste-se de especial importância por ser um dos primeiros em que a Corte determina a violação de instrumentos tanto universais quanto regionais de direitos humanos e em que faz referência ao trabalho de outros tribunais internacionais.

O referido litígio teve início em 1998, quando a República da Guiné submeteu requerimento na CIJ contra a República Democrática do Congo (RDC), relativo a alegadas “violações graves do direito internacional” cometidas contra Ahmadou Sadio Diallo, de nacionalidade guineense. Diallo residia há mais de trinta anos e exercia atividades econômicas na RDC, onde estavam sediadas duas empresas das quais era sócio e gerente. Sob a alegação de que suas atividades seriam contrárias à ordem pública, autoridades da RDC determinaram a sua prisão e posterior expulsão do país. Segundo a Guiné, a detenção de Diallo teria sido injusta, e sua expulsão teria ocorrido em momento no qual buscava cobrar dívidas devidas a sua empresa pelo Estado congolês.

O fundamento jurisdicional da demanda estava nas declarações unilaterais, de ambos os países, que reconheciam a competência compulsória da CIJ, nos termos do Artigo 36.2 do seu Estatuto. O caso, clássico de proteção diplomática, teve uma primeira fase de exceções preliminares, decididas em 2007, em que a CIJ confirmou sua jurisdição em relação aos direitos individuais de Diallo, mas rejeitou-a no que tange aos possíveis direitos das empresas sob a propriedade do nacional guineense.<sup>101</sup>

100 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Julgamento de Mérito. Haia, 30 de novembro de 2010.

101 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Decisão sobre Exceções Preliminares. Haia, 24 de maio de 2007.



O julgamento de mérito foi lido em audiência pública em novembro de 2010. Embora o juízo de admissibilidade já tivesse sido realizado, o julgamento, preliminarmente, teve de determinar o escopo da demanda, uma vez que, em momento avançado dos procedimentos, a Guiné estendeu o seu pedido para abranger a prisão de Diallo entre 1988 e 1989. Por razões formais, a CIJ, por maioria (oito votos a seis), considerou inadmissível o requerimento referente a este período, dissentindo os Juízes Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf e Mahiou (*ad hoc*, indicado pela Guiné).<sup>102</sup> Em Declaração Conjunta apensa ao julgamento, estes juízes consideram que o pedido se enquadrava na matéria da disputa original, uma vez que as prisões de 1988 a 1989 e de 1995 a 1996 refletiriam ações continuadas do Estado congolês contra Diallo.<sup>103</sup> Nota-se, aqui, que posição majoritária da Corte deu preferência a uma abordagem interestatal, ainda que se tratasse de um caso de direitos humanos, dotado de princípios e orientações próprios dessa área jurídica.

A decisão pode ser dividida em duas partes, a primeira referente aos direitos de Diallo enquanto indivíduo, e a segunda atinente a seus direitos na qualidade de sócio das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire. De especial interesse é a primeira parte do caso, que versa sobre as obrigações dos Estados em casos de prisão e expulsão de estrangeiros, com base nos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Carta Africana de Direitos Humanos e da Convenção de Viena de Relações Consulares.

No que tange aos instrumentos de direitos humanos, a Corte determinou que a RDC violou os artigos 13 do Pacto e 12(4) da Carta Africana, referentes à expulsão de estrangeiros, bem como os artigos 9 (parágrafos 1 e 2) do Pacto e 6 da Carta Africana, relativos à detenção arbitrária de indivíduos. Por treze votos a um, concluiu também pela violação do artigo 36.1.b da Convenção de Viena de 1963<sup>104</sup> (dissidência do Juiz *ad hoc* Mampuya, indicado pela RDC) e,

---

102 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Julgamento de Mérito. Haia, 30 de novembro de 2010.

103 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Julgamento de Mérito. Haia, 30 de novembro de 2010. Declaração Conjunta dos Juízes Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade e Yusuf.

104 Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto N. 61.078, de 26 de julho de 1967.

por doze votos a dois, considerou inexistirem elementos probatórios suficientes para condenar a RDC por maus tratos a Diallo durante seu período na prisão (dissidências do Juiz Cançado Trindade e do Juiz ad hoc Mahiou).

Com relação à segunda parte do julgamento, a Corte entendeu, por nove votos a cinco, não ter sido demonstrada violação, por parte do Congo, dos direitos de Diallo enquanto sócio e gerente das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire. Foram dissidentes os Juízes Al-Khasawneh, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf e Mahiou.

A CIJ decidiu, por unanimidade, que a RDC deveria reparar, na forma de compensação, a República da Guiné, pelas violações de obrigações internacionais constatadas no caso. Decidiu, outrossim, que as Partes teriam seis meses para se engajar em negociações com vistas a resolver o ponto relativo à compensação, somente após o que a própria Corte se envolveria na questão.

O Juiz brasileiro Cançado Trindade emitiu Opinião Separada, apensa ao julgamento, em que detalha suas discordâncias da decisão, bem como desenvolve pontos que, em sua avaliação, deveriam ter sido abordados de forma mais aprofundada no texto do julgamento da CIJ. Enfatiza a natureza continuada das violações sofridas por Diallo, e caracteriza a controvérsia como um claro caso de proteção de direitos humanos. Por essa razão, uma de suas críticas mais contundentes está no tratamento dado à questão das reparações, que teriam seguido a lógica das disputas interestatais, quando, em sua opinião, teria sido mais adequada uma abordagem na mesma linha adotada pelos tribunais de direitos humanos, em que o foco deixa de ser o Estado e passa a recair no indivíduo - vítima das violações e titular do direito à reparação.<sup>105</sup>

Uma vez que não houve acordo entre as Partes quanto às reparações, o caso foi retomado no âmbito da CIJ, que proferiu, em 2012, o julgamento que determina o valor da compensação devida pela RDC à Guiné. Para tanto, foram submetidas pelos Estados observações escritas, mas não chegaram a ser realizadas audiências nesta fase do processo. A vítima tampouco foi ouvida.

A Guiné solicitava compensação no valor de US\$ 11,590,140, ao passo que o Congo defendia o pagamento do montante de US\$

---

105 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Julgamento de Mérito. Haia, 30 de novembro de 2010. Voto em Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

30,000. A exemplo do que ocorrera na fase de mérito deste caso, a CIJ valeu-se da jurisprudência de outros tribunais, como as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, para informar sua decisão. Tal abordagem se justifica face à quase ausência de precedentes na própria CIJ de determinação do valor da compensação. O único contencioso em que foi determinado o montante da reparação devida pelo Estado demandado, o Caso do Estreito de Corfu (Reino Unido v. Albânia),<sup>106</sup> além de ter sido decidido em 1949, referia-se a disputa essencialmente interestatal, em contraste com o presente litígio, de proteção diplomática, atinente a violações de direitos individuais. Ademais, no Caso do Estreito de Corfu, a CIJ não chegou a ter de arbitrar valores, uma vez que a fase de reparações corria à revelia, e bastou à Corte avaliar o montante solicitado pelo Reino Unido.

Com base na jurisprudência de outros tribunais, a CIJ enfatizou o princípio da equidade para arbitrar o valor da compensação, destacando a importância de se levar em consideração não apenas a posição da vítima, mas também o contexto das violações. Determinou o pagamento de US\$ 85,000 pelos danos morais sofridos por Diallo, e de US\$ 10,000 referentes a danos materiais.<sup>107</sup> Embora, à primeira vista, este valor pareça pouco significativo se contrastado com o total requerido pela República da Guiné, a insuficiência de provas dos danos teve papel fundamental para o estabelecimento do montante devido pela RDC.

Nesse contexto, é digna de nota a abordagem adotada pela Corte. No presente julgamento, a CIJ ratificou o entendimento dos tribunais de direitos humanos de que os danos morais podem ser estabelecidos sem a necessidade de provas específicas. O dano moral seria, assim, consequência inevitável das violações de direitos humanos sofridas por Diallo com sua detenção arbitrária por 72 dias e posterior expulsão da RDC. O sofrimento psicológico e a perda de reputação foram, desse modo, presumidos pela Corte para determinar o pagamento da compensação, cujo valor pode ser considerado, na prática, superior à média recente dos tribunais regionais de direitos humanos, especialmente a Corte Europeia. A título de exemplo, no

---

106 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso Relativo ao Estreito de Corfu. Albânia v. Reino Unido. Decisão sobre o Valor da Compensação devida pela Albânia ao Reino Unido. Haia, 15 de dezembro de 1949.

107 NAÇÕES UNIDAS. CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo*. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Decisão sobre a Compensação devida pela RDC à Guiné. Haia, 19 de junho de 2012.

caso *Al-Jedda v. Reino Unido*, o tribunal de Estrasburgo determinou compensação de 25,000 euros por danos morais em decorrência de detenção por cerca de três anos da vítima.<sup>108</sup> No presente caso, a CIJ não chegou a adentrar nos detalhes para valorar o montante de compensação, mas destacou a arbitrariedade da prisão e expulsão como circunstâncias agravantes dos danos.

Como tampouco havia prova suficiente dos danos materiais sofridos por Diallo, a Corte arbitrou valor estimado das despesas que ele poderia ter incorrido com sua expulsão da RDC, desconsiderando os pleitos referentes à remuneração e a ganhos potenciais. A Corte rejeitou, ademais, o pedido da Guiné para que a RDC pagasse as despesas incorridas na submissão do caso, equivalentes a US\$ 500,000. Com isso, o total da compensação devida pela RDC à Guiné foi de US\$ 95,000.

Este precedente da CIJ demonstra que, se prevaleceu a lógica interestatal na atribuição de responsabilidade e no procedimento, houve maior abertura à abordagem de direitos humanos quando da fixação de reparações. Ao mencionar as circunstâncias agravantes dos danos, e ao permitir o estabelecimento de danos morais sem a necessidade de provas específicas, a Corte se aproximou da doutrina e da jurisprudência de direitos humanos. Por outro lado, os mecanismos processuais da CIJ e a defesa dos direitos do indivíduo por meio da proteção diplomática se mostram cada vez mais incompatíveis com o sistema de proteção necessário às vítimas e com a implementação dos seus direitos de acesso à justiça.

## CONCLUSÃO

A perseguição penal internacional tem sido esporádica, limitada em número e seletiva: até hoje, nenhum nacional dos cinco membros permanentes do CSNU foi julgado por um tribunal internacional.<sup>109</sup> Como afirmou Bassiouni, “(...) por vezes, tribunais se curvam às vontades das maiores potências em relação a quem processar,

---

108 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Al-Jedda v. Reino Unido*. Requerimento N. 27021/08. Estrasburgo, 07/07/2011.

109 BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Justice in Historical Perspective: the Tension Between States' Interests and the Pursuit of International Justice*. In: CASSESE, Antonio (ed.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 131.

com base em quais denúncias, e quando”.<sup>110</sup> O TPI também tem enfrentado desafios quanto à crescente participação de vítimas, e seu possível impacto na duração do processo e nos direitos dos acusados. Há dúvidas quanto à capacidade de se assegurarem reparações suficientes às vítimas, sobretudo tendo em conta que a maior parte dos réus foi declarada indigente.

Os avanços no sistema de direitos humanos podem servir (e têm servido) de inspiração para o TPI em matéria de reparação e, em menor grau, de participação de vítimas. O mais importante, porém, está na demonstração de que apenas medidas de justiça retributiva não são suficientes nos casos de crimes internacionais, muitas vezes marcados por violações generalizadas e sistemáticas de garantias fundamentais.

A coexistência de distintos sistemas para responder a crimes internacionais não é sinal de “fragmentação”,<sup>111</sup> mas sim de desenvolvimento do direito, o qual amplia o leque de possibilidades para que seja buscada a justiça. Forma-se, dessarte, uma rede de proteção e responsabilização importante, ainda que esteja longe de ser completa e universal. Assim que sistemas de direitos humanos complementam os de direito internacional criminal: casos de atrocidades em massa frequentemente demandam medidas de justiça retributiva e restaurativa. A ênfase na retribuição e na restauração variará caso a caso: os tratamentos podem variar conforme a situação no terreno e os anseios de justiça da população afetada. O importante, porém, é que haja instrumentos para que as vítimas possam ser reabilitadas, para que seja promovida a dissuasão à prática de crimes internacionais, e para que, afinal, possa-se avançar nos valores básicos de paz e justiça.

---

110 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2.ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 642-643. O autor prossegue: “no evidence allowing such exceptionalism or hegemonic influence appears anywhere. There are no fingerprints, but those working in the niveyards of international criminal justice get the message. If not, they unexpectedly find their work slowed down by bureaucratic entanglements, dried-up funding, and negative media publicity, followed by personal attacks and the threat of removal from office.”

111 A coexistência de distintos sistemas e normas jurídicas para a mesma conduta foi muitas vezes inserida na discussão relativa ao que ficou conhecido como a “fragmentação do direito internacional”. Nesse sentido, ver, e.g., KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi Leino. Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties? *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 553-579.

## IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO Á LUZ DAS AÇÕES E POLÍTICAS AFIRMATIVAS

---

**Nelson Joaquim**

Professor universitário (FSJ), advogado (UFRJ) mestre em Direito, (UGF), Pós-graduação com Especialista em Direito Civil, Romano e Comparado (UFRJ), Pós-graduação com Especialização em Educação a Distância (SENAC), professor e consultor Especialista em Direito Educacional, palestrante.

Site: [www.direitoeducacional.com.br](http://www.direitoeducacional.com.br)

Email: [nelson@direitoeducacional.com.br](mailto:nelson@direitoeducacional.com.br)

A Constituição Federal declara que “todos são iguais perante a lei”, mas a desigualdade social é histórica e a discriminação social é permanente, pois faz parte da atual realidade brasileira, que exige medidas compensatórias e ações afirmativas.

A Constituição Federal declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...] (art. 5º caput)”. Então, por que falar em discriminação? Infelizmente a discriminação é histórica e sempre existiu, sendo praticada pelos indivíduos, pelos governos e pela própria sociedade. Todavia, hoje, observamos que as nações, inclusive o Brasil, estão tomando medidas para reduzir as desigualdades e contribuir para a inclusão social.

Afinal, igualdade formal e igualdade real significam a mesma coisa? O que é discriminação? Preconceito, discriminação e racismo significam a mesma coisa? E o estereótipo? Ação afirmativa e cotas significam a mesma coisa? Qual a importância das políticas públicas para reduzir as desigualdades e combater a discriminação social e racial? Toda discriminação é negativa? Para responder essas indagações precisamos definir preconceito, racismo, estereótipos, discriminação, ação afirmativa, cotas, discriminação positiva, políticas públicas. Além disso, examinar a legislação e fazer uma reflexão sobre a dívida histórica do poder público brasileiro, quanto a inserção dos segmentos sociais discriminados.

O nosso objetivo é contribuir para eliminação gradativa da discriminação, quer seja social ou/e racial e, por outro lado, contribuir de forma didática e pedagógica para construção da cidadania e

formulação de políticas afirmativas na educação e no mercado do trabalho. Trata-se de um tema interdisciplinar, suprapartidário e de responsabilidade do Estado e da sociedade. Para tanto, inicialmente vamos definir, compreender e contextualizar os termos abaixo.

**1. Preconceito** – É um julgamento prévio ou pré-julgamento de uma pessoa com base em estereótipos, ou seja, simples carimbo. Este conceito prévio nada mais é do que preconceito. “Trata-se de umas atitudes negativas, desfavoráveis, para com um grupo ou seus componentes individuais. É caracterizado por crenças estereotipadas, mas ninguém nasce com preconceitos, daí precisamos estar muito atentos quando formos proferir julgamentos sobre uma pessoa, uma ideia ou sobre uma crença”. A atitude resulta de processos internos do portador e não do teste dos atributos reais do grupo. “Nas ciências sociais, o termo preconceito é usado quase exclusivamente em relação aos grupos étnicos. Mas os psicólogos, em geral, se referem a uma atitude como preconceito, quando ela não está de acordo com testes adequados da realidade dos atributos do grupo contra o qual é dirigida, nem se baseia neles.(Dicionário de Ciências Sociais – Fundação Getúlio Vargas – MEC). P. (962)”.

O preconceito localiza-se na esfera da consciência e/ou afetiva dos indivíduos e, por si só, não fere direito. Aliás, embora violando as normas do bom senso e da afetividade, o preconceito não implica necessariamente em violação de direitos. Isto porque ninguém é obrigado a gostar, por exemplo, do portador de deficiência, do homossexual, do idoso, do índio ou do afrodescendente. Mas todos tem o dever de respeitar os seus direitos.

**2. Racismo** – É uma doutrina ou ideologia que defende a existência de hierarquia entre grupos humanos, ou seja, algumas raças são superiores a outras, assim os superiores teriam o direito de explorar e dominar os inferiores. As teorias racistas surgem na Europa, em meados do século XIX, preconizando superioridade do povo europeu em contrapartida à inferioridade dos povos não europeus. E atualmente, em várias partes do mundo, as teorias racistas servem para justificar a exploração e dominação de determinados grupos humanos sobre outros. Trata-se de um equívoco, pois além das dificuldades de definir uma raça pura, não existem raças superiores, e sim culturas e valores diferentes. No Brasil 98% de brasileiros reconhecem que existe racismo, mas 95% declaram que não são racistas. Percebe-se que apesar da existência do racismo, ele muitas

vezes é oculto ou/e invisível, manifestando-se em determinadas situações e momentos.

Na realidade, ninguém nasce racista ou/e com preconceito, estas atitudes são adquiridas na convivência social, inicialmente na família e também na sociedade, inclusive devido aos padrões ou/e estereótipos criados no contexto social e institucional.

**3. Estereotipo** – O termo deve ser claramente distinguido do preconceito, pois pertence à categoria das convicções, ou seja, de um fato estabelecido. Uma vez “carimbados” os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele “atributo”, as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo carimbo. Exemplo: todo judeu é sovina; todo português é burro; todo negro é ladrão; toda mulher não sabe dirigir.

**4. Discriminação** – Diferentemente do preconceito, a discriminação depende de uma conduta ou ato (ação ou omissão), que resulta em viola direitos com base na raça, sexo, idade, estado civil, deficiência física ou mental, opção religiosa e outros. A Carta Constitucional de 1988 alargou as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no país. Algumas delas como, por exemplo, discriminação contra a mulher, discriminação contra a criança e o adolescente, discriminação contra o portador de necessidades especiais, discriminação em razão da idade, discriminação em razão de credo religioso, discriminação em virtude de convicções filosóficas e políticas, discriminação em função do tipo de trabalho. Além disso, é oportuno combater a discriminação contra o índio, o homossexual, o cigano, a história e cultura afro-brasileira. e prática do preconceito e racismo. (JOAQUIM, 2009, p.255).

• **A propósito, segundo o jurista constitucionalista José Afonso da Silva:**

“A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibiu-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI). ” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2003, p. 222).



A discriminação racial está em foro Constitucional, que considera prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, incisos XLI e XLII), Para o direito penal brasileiro, a prática da discriminação e preconceito por raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional consiste em delito previsto na lei 7.716/89, alterada pela lei 9.459/97. Aqui, segundo art. 140, parágrafo terceiro do Código Penal: *Se a injúria utilizar elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião ou origem*, a pena é de reclusão, pena é de reclusão de 1(um) a 3(três) anos e multa. De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de judeu, pretão, negão, crioulo, miserável, preto, fanático religioso, pobretão, etc., desde que com intenção ou vontade de lhe ofender a honra e a dignidade relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, [1] sujeita o autor a uma pena prevista na lei penal.

Da mesma forma a prática da discriminação constitui-se, em matéria civil (art. 186 do Código Civil) um ato ilícito praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano à vítima comete ato ilícito, criando o dever de repará-lo. (MARTINS, Sergio, 1999, p. 27). A discriminação racial ocorre com a manifestação exteriorizada do preconceito do racismo.

Para Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966:

*“Discriminação racial significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha por objeto ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.”* [2]

Vale lembrar que uma das mais graves discriminações ocorre quando o direito de ser educado de uma pessoa e/ou de uma geração ou de um segmento social é negado e atingido. O direito à educação é um direito natural, humano, social e fundamental para o ser humano. Aliás, do ponto de vista histórico o direito à educação foi negado aos descendentes de escravos após a abolição da escravatura no Brasil. Não foi proporcionado a este segmento social educação para a sua inserção no mercado de trabalho.

*“O termo discriminação abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua,*

*opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino". (Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino – adotada pela conferência Geral da Unesco em Paris, 1960 – promulgada pelo Decreto nº 63.223, de 6 de setembro de 1968) [3].*

O repúdio ao racismo nas relações internacionais foi, também, expressamente estabelecido no art. 4º inciso VIII da Constituição Federal: "A república Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios [...] repúdio ao terrorismo e ao racismo". Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor, especialmente contra os negros, não estão ausentes das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo nas relações com entidades públicas. [4]

Vale lembrar, que o Estado e a sociedade brasileira demoraram a perceber que o princípio da igualdade de todos perante a lei não é suficiente para defender uma ordem social justa e democrática, pois as desigualdades foram acumuladas no processo histórico. Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade formal é necessária o tratamento desigual a situações desiguais, ou seja, a igualdade real ou material.

*Aliás, quando afirmamos que todos são iguais perante a lei, é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem; e b) igualdade em quê? Todos são iguais, porém alguns são mais iguais do que outros. (BOBBIO, Norberto, 1996, p. 12).* Para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III), se faz necessário tratar os desiguais de forma desigual, através de políticas públicas e ações afirmativas.

Por isso, surgem às inovações na Constituição Federal e nas demais leis ordinárias. Uma inovação constitucional importante encontra-se na situação jurídica do trabalhador deficiente. A Constituição Federal estabelece a "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência". (Art. 7º XXXI). Ainda em relação às pessoas portadoras de deficiência no caso dos cargos e empregos públicos, a constituição determinou que a lei reservasse percentual, ou seja, cotas para deficiente físico no mercado de trabalho e na universidade.

Outra inovação da Constitucional de 1988 ocorreu com a superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres (art. 5º, I). A questão mais complexa consiste na discriminação sofrida pelos homossexuais. “Aqui, embora a constituição não mencione a expressão textualmente, entende-se que é proibida a discriminação de qualquer natureza, inclusive em razão de opção sexual”. Quanto à criança e ao adolescente, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humanos previstos no art. 227 da Constituição Federal:

*“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.”*

Da mesma forma, o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme dispõe o art. 9º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 01/10/2003):

*“É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”*

Neste caso, cabe também ressaltar, como mais uma forma de Ação afirmativa, o que contém a Lei nº 10.173/01 (Estatuto do idoso), na qual se deu prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais onde figure como parte, pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos: “Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância”.

A concepção de uma igualdade puramente formal, ou seja, com base apenas na lei está sendo questionada, pois contribui para aumentar as desigualdades. Neste contexto, não podemos deixar de destacar as ações e políticas afirmativas, que vem sendo adotadas desde o Programa Nacional de Direitos Humanos de 1995. [5] Nesse sentido, temos no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo de modalidade de ação afirmativa, as Leis n.º 9.100/95 e 9.504/97, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições.

Outro exemplo está no art. 37, VII, da Constituição Federal, e nas Leis n.º 7.835/89 e 8.112/90, que regulamentaram o dispositivo constitucional referido, no qual há reservas de vagas em concurso público para os portadores de deficiência física. Aqui, temos também cotas para deficientes físicos no mercado de trabalho e na universidade. Aliás, a Lei 8.213/91 chamada Lei de cotas para deficientes, determina uma cota mínima para pessoas com alguma deficiência em empresas com mais de 100 empregados.

Na área da educação, temos o Programa Universidade para Todos (Prouni), que é destinado à concessão de bolsas de estudos integrais e bolsas de estudos parciais de 50% (meia bolsa), para curso de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de Ensino Superior com ou sem fins lucrativos. E aqui, há cotas para negros e indígenas. [6]

Já a Lei Federal n. 12.711, de 29 de agosto de 2012 é uma ação afirmativa que contemplou as cotas sociais e raciais. Esta Lei dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Cotas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e autodeclarados pretos, pardos e indígenas. Trata-se de cotas sociais e raciais, que atendem os segmentos sociais que não estão no mesmo plano de igualdade daqueles que estudaram ou tem condições de estudar nas melhores escolas e Faculdades.

Esta Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7824/2012, que define as condições gerais de reservas de vagas e a regra de transição para as instituições federais de educação superior. Temos também a Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação, que estabelece os conceitos básicos para aplicação da lei, prevê as modalidades das reservas de vagas e as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento das vagas reservadas.

Vale mencionar também a recente Lei 12.290/2014, que estabeleceu cotas raciais em concurso público. A Lei reserva aos negros que se declararem pretos ou pardos no ato da inscrição, 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso público federal para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal. Semelhante o que ocorre com os portadores de deficiência na Lei constitucional e ordinária, por razões de discriminações históricas.

Mas afinal! O que é Ação afirmativa? Significa a mesma coisa que cotas? – Ação afirmativa é o reconhecimento de que o princípio da igualdade de todos perante a lei é insuficiente para garantir a plena cidadania. É oportuno lembrar que podemos formular ações ou políticas afirmativas, sem utilização de cotas, pois esta é apenas uma modalidade ou forma de ação afirmativa. É o caso, da iniciativa do Frei David, que em diversos bairros da baixada fluminense criou o chamado pré-vestibular para negros e carentes (PVNC). Este movimento ganhou tamanha dimensão nacional e internacional que, em 1994, a PUC-RIO resolveu dar bolsas de estudos para alunos provenientes do PVNC, que passassem no vestibular e o governo brasileiro passou a apoiar a iniciativa. [7]

Joaquim Barbosa Gomes, Ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal, autor do livro “Ação Afirmativa – princípio constitucional da igualdade – O Direito como instrumentos de transformação social, nos dá uma definição de ação afirmativa:

*Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista 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.* (Ação afirmativa, 2001: p. 40).

As primeiras experiências de ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos, em 1963, editando-se a lei sobre igualdade de salário, em 1964, referente a direitos civis, e a lei a respeito da igualdade de oportunidades no emprego, em 1972. [8] O termo, também, surgiu nos Estados Unidos, no pós-guerra, já na década de 1960, quando as sociedades ocidentais cobravam a presença de critérios mais justos na reestruturação dos Estados de Direito. No campo da educação, os primeiros programas de ação afirmativa foram postos em prática no início dos anos 60, logo após o Presidente Kennedy haver determinado, através de decreto executivo, que fossem tomadas medidas positivas no sentido de promover a inserção dos negros no sistema educacional de qualidade, historicamente reservado às pessoas de raça branca, como diz Joaquim Barbosa Gomes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal. [9]

No caso brasileiro é importante esclarecer que as cotas são instrumentos provisórios específicos da ação afirmativa, que visam

ampliar o acesso dos grupos historicamente discriminados. Aliás, como comentamos, apesar da abolição da escravatura e a liberdade concedida aos escravos, a educação e a qualificação para o trabalho foram negadas aos descendentes de escravos. Vale lembrar, ainda, que as chamadas ações e políticas afirmativas são consideradas discriminação positiva, pela finalidade de inclusão social dos segmentos historicamente excluídos, mas também alcança outros segmentos sociais como medida compensatória.

As discussões sobre a necessidade e validade ou não da aplicação de ação afirmativa datam das últimas décadas do século XX e início do século XXI. Inicialmente no âmbito das organizações do movimento negro nacional e alguns espaços acadêmicos. Em 1997 um projeto de lei de iniciativa do senador Abdias do Nascimento (nº 75/1977) dispõe sobre medidas de ação compensatórias para implementação do princípio da isonomia social dos afro-brasileiros no mercado de trabalho e no ensino. (Publicação no D.O do Senado Federal, de 25-04-97). A participação do Brasil na 3ª Conferência Mundial de combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e intolerância correlata na África do Sul, em 2001, fortaleceram o movimento nacional para implementação de ações afirmativas. Afinal, o Brasil e o segundo país do mundo de maior população negra, superado apenas pela Nigéria. Ademias, a maioria da população brasileira é de negros, mulatos e mestiços.

O Decreto nº 4.228/2002 criou o Programa Nacional de Ações afirmativas no âmbito da administração Pública; Programa de Ação Afirmativa do Ministério da Justiça, que reserva 20% de seus cargos de direção e assessoramento superior (DAS) a afro-brasileiros (Portaria 1.156/2001); Programa de Ação Afirmativa do Supremo Tribunal Federal, que estabelece cota de 20% para afro-brasileiros nas empresas, que prestam serviços autorizados a essa Corte. [10]

No ano de 2003 no Brasil foi posta em prática a primeira política de cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro. Tal iniciativa constitui-se como paradigma para outros estados da Federação. Dê lá para cá, mais de setenta (7) instituições universitárias adotaram políticas afirmativas. Durante os últimos 12 anos as ações afirmativas e cotas têm marcado profundamente os debates públicos e acadêmicos, bem como despertando interesse no contexto educacional e no mercado de trabalho.

As discussões e os debates sobre cotas e ações afirmativas chegaram a mais alta corte da justiça brasileira (STF), através de demandas judiciais e audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal. A mais alta corte do país reconheceu a constitucionalidade das cotas sociais e raciais, bem como das ações afirmativas. Todavia, na educação os programas de ações afirmativas pressupõem investimentos de várias ordens, que possibilitem a permanência do aluno e preserve a qualidade do ensino, com acompanhamento pedagógico e programas específicos. As ações afirmativas no mercado de trabalho também passam pela educação e qualificação para o trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atendendo ao nosso propósito inicial, espero ter proporcionado modesta contribuição para redução gradativa da discriminação social, em todos os níveis e situações, para consolidação de uma igualdade real através de ações e políticas afirmativas ou compensatórias. Do ponto de vista teórico percebemos os avanços de concepções sobre os termos preconceito, racismo e discriminação e, por outro lado, os avanços da legislação internacional e nacional no que diz respeito ao reconhecimento da fragilidade do princípio formal da igualdade para reduzir as desigualdades e discriminação social.

Contudo, não basta o reconhecimento institucional e da sociedade sobre a existência do preconceito, do racismo e da discriminação social. Apesar da discriminação, quer seja social ou racial, está positivada e proibida em foro Constitucional, o Poder Público ainda não assumiu o compromisso de combatê-la na prática. Além disso, a sociedade, por sua vez, ainda não se conscientizou o suficiente para entender a importância da lei, tampouco se mobilizou o suficiente para denunciar e combater todo tipo de preconceito, racismo e discriminação social.

Por fim, o direito e garantia da igualdade para todos e o combate à discriminação de toda natureza, como pretende a lei, depende do acesso e qualidade da educação básica na rede pública e melhorar o desempenho dos alunos no ranking da educação. Além disso, preservar o respeito à dignidade do ser humano e aos direitos humanos. Mas, para isso, precisamos das contribuições efetivas das ações afirmativas, políticas afirmativas, quer sejam públicas e/ou



privadas e medidas compensatórias, até porque vivemos num país com índice elevado de desigualdades sociais e regionais.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

*Acesso à justiça*. Organizador: Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade* – tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

Brasil, gênero e raça. *Todos unidos pela igualdade de oportunidade - Teoria e prática* – Brasília: Ministério do Trabalho, 1997.

*Direitos humanos: instrumentos internacionais* – documentos diversos. Brasília: Senado Federal, 1997.

*Discriminação: estudos/ Marcio Túlio Viana, Luiz Otávio Linhares Renault coordenadores*. São Paulo: LTr, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O Direito como instrumento de transformação social – A experiência dos EUA* – Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

LIMA, Jean Carlos. *Direito educacional*. São Paulo: Avercamp, 2005.

MARTINS, Sergio. *Direito e legislação antirracista*. Rio de Janeiro: publicação do CEAP, 1999.

JOAQUIM, Nelson. *Direito educacional brasileiro – História, teoria e prática*. (prefácio Agostinho Reis Monteiro). Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

*Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da justiça, 1996.

SILVA, Benedito. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA Jr, Helio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

[1] SISS Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: Quartel; Niterói, PENESB, 2003. [1]



“Etnia refere-se a um conjunto de dados culturais – língua, religião, costumes alimentares, comportamentos sociais – mantidos por grupos humanos não muito distantes em sua aparência, os quais preservam e reproduzem seus aspectos culturais no interior do próprio grupo, sem estejam necessariamente vinculados por nacionalidade comum, ainda que compartilhem um território comum e se organizem, em determinados casos, como população geral deste território. [...] No Brasil, japoneses, ciganos, índios, afro-brasileiros são exemplos típicos de grupos étnicos.” (Cf. Silva Jr, Hélio. Direito de igualdade, p.18)

[2] Direitos humanos: instrumentos internacionais – senado federal. 1997, p. 304.

[3] Ibid, op cit., p. 260.

[4] SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional Positivo. 22º edição. São Paulo – Editora Malheiros, 2003, p. 223.

[5] “O Programa Nacional dos Direitos Humanos foi elaborado a partir de ampla consulta à sociedade. Algumas dezenas de entidades e centenas de pessoas formularam sugestões e críticas, participaram de debates e seminários. [...] Direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e migrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoa, deve ser respeitada, e sua integridade física protegida e assegurada”.

[6] Lima, Jean Carlos. Direito Educacional. São Paulo: Avercamp, 2005, p. 161.

[7] Siss. Ahyas. Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa. Rio de Janeiro: Quartet, 2003, p. 157.

[8] Apud. BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000, p. 68

[9] Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

[10] A Constituição brasileira menciona o adjetivo-pátrio afro-brasileiro, o qual tem por característica acentuar a origem, o continente de origem dos membros da população negra brasileira. (Cf. Silva Jr, Helio. Direito de igualdade, p. 18).