



DE S# GU DA DE

o flagelo do Brasil

ORGANIZADORES

Adriana Cruz
Daniel Sarmento
Roger Raupp Rios

Migalhas

As informações contidas neste livro não podem ser copiadas, reproduzidas ou redistribuídas sem a permissão do autor ou da Editora.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Desigualdade : o flagelo do Brasil [livro eletrônico] / organização Adriana Cruz, Daniel Sarmento, Roger Raupp Rios. -- 1. ed. --Ribeirão Preto, SP : Migalhas, 2022. 1.500.745 Kb ; ePub.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-86708-27-1

1. Brasil - Aspectos sociais 2. Desigualdade social 3. Direitos fundamentais - Brasil I. Cruz, Adriana. II. Sarmento, Daniel. III. Rios, Roger Raupp.

22-130479

CDD-305.0981

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Desigualdade social : Sociologia
305.0981

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

DESIGUALDADE: O FLAGELO DO BRASIL
Todos os direitos desta edição são reservados a:

Editora Migalhas

Av. Presidente Castelo Branco, 600
Ribeirão Preto, SP – CEP: 14.091-413

Telefax: (16) 3617.1344
migalhas.com.br
migalhas@migalhas.com.br

Produção: Arianne Messias e Aurélio Faleiros Lopes
Editoração e capa: Poliana Silva

APRESENTAÇÃO

PARTE 1 – GERAL

Igualdade Constitucional: Uma Leitura

Daniel Sarmento

Dignidade, Igualdade e Estado de Direito

Luiz Felipe Roque

Constitucionalismo em Perspectiva Crítica: Revolução Haitiana e Teoria
Constitucional

Marcos Queiroz

Direito da Antidiscriminação, Desigualdades e Diferenças

Roger Raupp Rios

PARTE 2 – DIMENSÕES DA DESIGUALDADE

Corrupção e Desigualdade no Brasil

Ademar Borges

Uma Crítica Feminista às Mudanças no Regime de Arquivamento dos
Inquéritos Policiais no Brasil

Adriana Alves dos Santos Cruz

Clara da Mota Santos Pimenta Alves

Sistema de Justiça e Desigualdade – O Caso do Rompimento da Barragem
do Fundão

Deborah Duprat

Sobre a Igualdade no Direito Civil Codificado

José Antônio Peres Gediél

Adriana Espíndola Corrêa

Mundo do Trabalho e Desigualdades: Ilegalidades Constitucionais e Arranjos

Normativos Excludentes

Lawrence Estivalet de Mello
Renata Queiroz Dutra

Progressividade Tributária e o Combate à Desigualdade Social

Ricardo Lodi Ribeiro

PARTE 3 – GRUPOS ATINGIDOS

Desigualdades no Existir no Direito Brasileiro: Antidiscriminação e Autodeclaração de Identidade de Gênero

Alice Hertzog Resadori
Roger Raupp Rios

Notas sobre o Conceito de Deficiência: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Paradigma Incorporado pelo Brasil

Carina Lellis

Maternidades Interditadas: A (in)justiça Reprodutiva em Circunstâncias de Radical Desigualdade

Claudia Fonseca
Lucia Scalco

Direito à Igualdade de Gênero: Uma Proposta de Densificação do Art. 5º, I, da Constituição de 1988

Cristina Telles

Por uma Teoria Queer do Direito das Pessoas e das Famílias

Daniel Borrillo

Quem é Negro no Brasil? Mestiçagem e Judicialização das Cotas Raciais na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Eduardo Adami

Discurso Público, Liberdade de Expressão e Igualdade LGBT

José Reinaldo de Lima Lopes

Interculturalidade em Construção: Novos Ventos sobre o Protagonismo
Indígena na Interpretação Constitucional

Julio José Araujo Junior

A Luta por Direitos em Contexto de Desigualdade: Movimento e Resistência
Indígena no Contexto Pandêmico Brasileiro

Luiz Eloy Terena

Inteligência Artificial e Discriminação Algorítmica: O Aprendizado de
Máquina (*Machine Learning*) e seus Processos Discriminatórios

Marcelo Cardozo da Silva

Discriminação de Cor ou Raça no Sistema Financeiro: Lições do Estudo
Acesso dos Empreendedores Afro-Brasileiros ao Sistema de Crédito e os
Desafios à Inclusão Financeira no Brasil

Marcelo Paixão

Reforma Psiquiátrica Brasileira e a Fetichização Antimanicomial do Estado
Classista, Racista e Patriarcal

Rachel Gouveia Passos

Direitos dos Invisíveis: A Política Nacional Judicial para as Pessoas em
Situação de Rua

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Renan Sotto Mayor

Aquém do Arco-íris: Os Direitos LGBTQ+ na Assembleia Constituinte de 1987-
1988

Wallace Corbo

APRESENTAÇÃO

A desigualdade é, sem dúvida, o mais importante problema nacional. O Brasil é um país profundamente injusto, e a desigualdade vem se agravando nos últimos anos, marcados pelo retrocesso democrático e pela adoção de políticas econômicas de caráter neoliberal e excludente. Nossa desigualdade é onipresente, projetando-se intensamente na economia, na cultura, na política e no cotidiano de praticamente todas as relações sociais. Ela é também escandalosa, e deveria provocar indignação e espanto, seja quando observamos dados sobre a concentração de renda e de riqueza no país ou sobre a letalidade policial voltada contra a população negra, seja quando olhamos, por exemplo, para as marquises imundas de nossas cidades, em que vive miseravelmente a nossa crescente população em situação de rua, exposta à fome, ao frio, à insegurança e ao estigma.

É uma desigualdade que não se limita à dimensão das classes sociais, norteador-se também por outros marcadores, como raça, etnia, gênero, identidade de gênero, orientação sexual e deficiência. Suas raízes são antigas e profundas – ligando-se à escravidão e ao pacto colonial –, mas a sua lógica continua se reproduzindo na contemporaneidade, alimentada também por novos elementos, como a crise climática, a precarização do trabalho e o backlash cultural anti-igualitário, associado à ascensão do populismo autoritário de extrema-direita.

Esta obra coletiva objetiva discutir diversos aspectos da desigualdade no país, tema que tem sido uma preocupação central da vida acadêmica, profissional e pessoal dos organizadores. O livro é composto de textos de juristas e de pensadores de outros campos que discutem múltiplas questões relacionadas à desigualdade, mas sempre a partir de um denominador-comum: a ideia de que ela atinge patamares absolutamente inaceitáveis no Brasil, e que combatê-la deve ser

absoluta prioridade na agenda nacional.

A obra é composta de três partes. A primeira contém artigos que tratam da desigualdade sob perspectiva mais geral. A segunda é composta por textos que discutam como a desigualdade se manifesta em campos específicos do Direito e da vida social. A terceira parte, finalmente, discute a forma como a desigualdade incide sobre grupos sociais vulnerabilizados, como negras e negros, os povos indígenas, as mulheres, a população LGBTQIA+, as pessoas com deficiência e as pessoas em situação de rua. Evidentemente, o livro não tem pretensão de esgotar o tema, que é por sua própria natureza inesgotável, e não abarca – nem teria como abarcar – todas as dimensões da desigualdade, nem seus impactos sobre todos os grupos sociais por ela afetados.

Por razões de coerência, chegamos à conclusão de que uma obra sobre desigualdade deveria ser facilmente acessível a todas e todos que tivessem interesse na sua leitura. Daí a nossa decisão de disponibilizá-la on-line de forma gratuita, para o que contamos com o indispensável apoio da Editora Migalhas, à qual muito agradecemos. Agradecemos também a todas as autoras e autores que se juntaram a nós nesse projeto. Em ordem alfabética: Ademar Borges, Adriana Espíndola Corrêa, Alice Hertzog Resadori, Carina Lellis, Clara da Mota Santos Alves Pimenta, Cláudia Fonseca, Cristina Telles, Daniel Borrillo, Deborah Duprat, Eduardo Adami, José Antonio Peres Gediél, José Reinaldo Lima Lopes, Julio José Araujo Junior, Lawrence Estivalet de Mello, Lúcia Scalco, Luiz Eloy Terena, Luiz Felipe Roque, Marcelo Cardozo da Silva, Marcelo Paixão, Marcos Queiroz, Rachel Gouveia Passos, Renan Sotto Mayor, Renata Queiroz Dutra, Ricardo Lodi Ribeiro, Valerio de Oliveira Mazzuoli e Wallace Corbo. Agradecemos também ao Eduardo Adami pela ajuda na organização do material.

Boa leitura, com votos de um país mais democrático e igualitário!

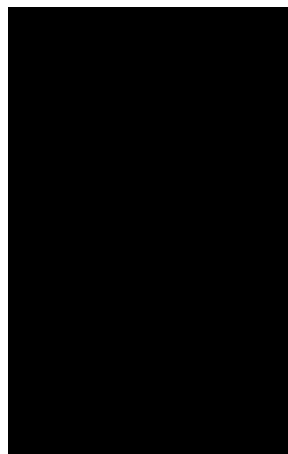
Rio de Janeiro e Porto Alegre, junho de 2022.

Adriana Cruz

Daniel Sarmento

Roger Raupp Rios

Organizadores



PARTE 1

GERAL

IGUALDADE CONSTITUCIONAL: UMA LEITURA

DANIEL SARMENTO¹

1. INTRODUÇÃO

No papel, a Constituição proclama a igualdade. No mundo real, famílias pobres – quase sempre negras – disputam ossos nos lixos para não morrer de fome e dividem marquises imundas das nossas cidades. Enquanto isso, os bilionários brasileiros vão ficando cada vez mais ricos, e quase sem pagar impostos.

A desigualdade é o mais grave problema do país. Não se trata de uma desigualdade apenas econômica, ligada à concentração de renda e de riqueza, que atingem entre nós níveis absurdos e inaceitáveis. Cuida-se de desigualdade multidimensional, que se manifesta em vários outros planos, como na submissão à violência estatal – por exemplo, pobres e negros são mortos pela polícia com muito mais frequência do que os ricos e brancos –, no acesso assimétrico a serviços públicos adequados, na sub-representação política, no desprezo às identidades não hegemônicas, na exposição desproporcional a riscos e danos ambientais.

Esses padrões desigualitários são antigos e estão profundamente enraizados em nossa cultura, economia e política. Eles têm relação com o passado escravocrata do país – o último a abolir a escravidão no Ocidente –, e com a nossa dificuldade em superar uma compreensão hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição ocupada por cada indivíduo na estrutura social. Trata-se de uma

desigualdade fortemente naturalizada, já que brasileiros são socializados desde a primeira infância para enxergar o mundo através das lentes da hierarquia social. Cada um “aprende o seu lugar” e tende a agir de acordo com as regras implícitas dessa gramática social. Isso, naturalmente, compromete a garantia concreta de direitos para grupos excluídos, pois a mentalidade predominante sabota a efetiva proteção desses direitos, mesmo quando prometidos pelos textos legais. Sujeitos subalternizados são muitas vezes excluídos do pacto social, e as violações aos seus direitos tornam-se invisíveis, não gerando reações proporcionais da sociedade e do sistema jurídico.² Em paralelo, uma reduzida elite desfruta de privilégios e é praticamente imune aos deveres, restrições e punições impostas pela ordem jurídica.

A extrema desigualdade que caracteriza o Brasil se associa a traços constitutivos da nossa sociedade, como o racismo, o desprezo aos pobres, a misoginia, o capacitismo, a homofobia e a transfobia. Essas formas de opressão a grupos vulnerabilizados não se manifestam de maneira pontual, apenas pela ação episódica de indivíduos específicos, agindo com intenção malévola e discriminatória. Pelo contrário, elas são estruturais na medida em que constituem pilares estáveis da vida social, que atravessam o comportamento cotidiano das pessoas, o modo de funcionamento da economia e a atuação das instituições públicas e privadas.³ O pertencimento simultâneo a diversos grupos vulnerabilizados tende a agravar as opressões e injustiças vivenciadas. A desigualdade de gênero, por exemplo, afeta todas as mulheres, mas as mulheres negras são, em geral, muito mais vitimizadas do que as brancas, porque também são estigmatizadas e oprimidas por conta da sua raça. Trata-se da chamada interseccionalidade da injustiça e da opressão.⁴

A desigualdade se alicerça em discursos e ideologias que buscam legitimá-la. Não fossem eles, seria praticamente impossível sustentar níveis tão elevados de desigualdade, sem que houvesse grande

instabilidade social e tentativas de ruptura provocadas pelos grupos oprimidos – que, numericamente, constituem a maioria da população. Na atualidade, ao lado da compreensão pré-moderna e estamental das relações sociais, do racismo, do patriarcado, da heteronormatividade e do capacitismo, um outro discurso de justificação das desigualdades – fortemente encampado pelo neoliberalismo – é o da “meritocracia”.⁵ De acordo com esse discurso, diferenças abissais de riqueza, poder, bem-estar e reconhecimento entre grupos e classes sociais seriam justificáveis com base no suposto merecimento maior das pessoas situadas nas posições privilegiadas – que se esforçariam mais, seriam mais empreendedoras ou mais capazes. Trata-se, evidentemente, de um discurso absolutamente enganoso, que presume uma igualdade de oportunidades inexistente, especialmente em sociedade marcada por tantas assimetrias, com tão baixa mobilidade social, na qual a pobreza e a vulnerabilidade tendem a ser transmitidas através das gerações. Mais do que isso, esse discurso gera humilhação social adicional para os integrantes das classes e grupos subalternizados da população, na medida em que os culpa pelo infortúnio que vivenciam, enquanto anestesia a consciência dos integrantes da elite, tidos como “vencedores” pelos próprios méritos.

A desigualdade em níveis extremos, além de constituir um mal em si mesma, afeta uma série de outros valores fundamentais. Ela compromete a fruição efetiva de liberdades básicas, corrói as bases necessárias para o florescimento da democracia e do regime republicano, prejudica a coesão social e o desenvolvimento econômico, e gera sofrimento, privações materiais e humilhações.

Desde a Constituição de 1988, o Brasil vinha fazendo avanços importantes na promoção da igualdade e na defesa de grupos sociais oprimidos. São exemplos a criação do SUS (Sistema Único de Saúde), a universalização do ensino fundamental, políticas de aumento do salário mínimo e de transferência de renda, como o Bolsa Família, as cotas

raciais para acesso às universidades e ao serviço público, a demarcação de terras indígenas e quilombolas e o reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Gravíssimas violações de direitos persistiam para os grupos excluídos, mas, de um modo geral, caminhávamos na direção certa – embora em velocidade muito inferior à necessária. Alguns desses avanços decorreram de ações dos poderes Executivo e Legislativo. Outros do Poder Judiciário, notadamente do STF. Em nenhum deles, porém, os direitos vieram de cima para baixo, como dádivas de governantes ou de juízes iluministas. Pelo contrário, a conquista de direitos foi o resultado de intensas mobilizações e de lutas protagonizadas pela sociedade civil e por movimentos sociais reivindicatórios, que enfrentaram reações e resistências.

Contudo, nos últimos anos tem ocorrido graves retrocessos na agenda igualitária. A desigualdade no país vem aumentando, seja pela adoção de políticas econômicas neoliberais – como o teto dos gastos públicos por 20 anos, imposto pela Emenda Constitucional nº 95/2016, e o desmonte da legislação trabalhista –, seja pelos ataques e perseguições sistemáticas e odiosas às populações vulneráveis promovidas pelo governo de Jair Bolsonaro. Um governo de extrema-direita, que vem atuando abertamente para destruir todas as políticas públicas de proteção às minorias e aos direitos humanos e para incentivar ataques contra esses grupos por integrantes da sua base social.

O que a nossa Constituição tem a ver com tudo isso? Qual a “filosofia constitucional” da Carta de 88 no tratamento da desigualdade? Este artigo pretende responder a essa questão, a partir da busca do sentido do princípio da igualdade em nossa ordem jurídica, considerando não apenas o texto e o sistema constitucional vigentes, como também a realidade social brasileira, as lutas por inclusão e os valores emancipatórios do constitucionalismo. Além de perquirir o sentido da igualdade constitucional no Brasil, o artigo propõe-se

também a examinar, ainda que com brevidade, quatro dimensões centrais em que a desigualdade se apresenta: distribuição econômica, exercício de liberdades fundamentais, acesso ao poder político e reconhecimento social.

O texto parte de duas premissas metodológicas que convém desde já desvelar, e que não terei espaço para desenvolver no artigo.

A primeira premissa é a ideia de que a interpretação constitucional – especialmente de cláusulas tão abertas e impregnadas de conteúdo axiológico como a igualdade – se abre para a uma leitura moral.⁶ Para evitar mal-entendidos, é prudente qualificar essa moral a que me refiro. Trata-se, em primeiro lugar, de uma moralidade pública, que se volta à conformação das instituições e práticas sociais vigentes em uma comunidade, e não de uma moralidade privada, destinada a definir modelos de virtude ou de “vida boa” para as pessoas.⁷ Em segundo lugar, cuida-se de uma moralidade crítica,⁸ que se propõe a interpelar os valores culturalmente hegemônicos na sociedade, examinando-os sob as lentes de uma compreensão inclusiva de justiça, e não de uma moralidade positiva, correspondente ao ethos predominante no grupo social. Esse é um alerta especialmente importante no cenário brasileiro, uma vez que, como visto, a nossa cultura social mantém um forte ranço desigualitário, que pode se infiltrar no contexto de interpretação e aplicação das normas jurídicas – inclusive do próprio princípio da igualdade.

A segunda premissa é de que o sentido da igualdade deve receber influxos das leituras e reivindicações dos movimentos sociais que lutam pela inclusão. A igualdade não é um princípio congelado no tempo, cujo sentido possa ser extraído apenas da vontade do constituinte de 87/88. Tampouco se trata de categoria cuja plena compreensão possa ser alcançada tão somente com base nas categorias da dogmática jurídica ou de teorias filosóficas. O princípio da igualdade é uma ideia viva, cujo sentido evolui e se alimenta das lutas dos

excluídos na busca da construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

2. IGUALDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: AÇÃO AFIRMATIVA, TEORIA DA ANTISUBORDINAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

A Constituição de 88 tem um compromisso profundo com a igualdade. Editada após uma Assembleia Constituinte democrática, que contou com ampla participação popular – inclusive de movimentos sociais engajados em lutas por inclusão –, a Carta de 88 pretendeu estabelecer bases mais éticas e justas para a convivência social no país. Daí a importância central atribuída ao princípio da igualdade, proclamado logo na cabeça do artigo 5º, que enuncia os direitos e garantias individuais, diferentemente dos demais direitos, espalhados pelos incisos do dispositivo.

A igualdade objetivada pela Constituição de 88 não é apenas formal, mas também material, ou substantiva. Ela não se limita a proibir discriminações em desfavor de grupos estigmatizados. A igualdade é vista como uma meta a ser perseguida pelo Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução das desigualdades presentes não apenas na economia, como também na cultura, na política e nas relações sociais em geral. Essa conclusão pode ser extraída da enunciação dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, proclamados no art. 3º, em que figuram “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Nota-se que o constituinte empregou verbos de ação ao tratar da igualdade, porque partiu da premissa de que ela, no Brasil, não é um dado da realidade, mas algo que deve ser construído, por meio da

ação enérgica do Estado e da sociedade.

A dimensão substantiva da igualdade também é percebida pela generosa consagração de direitos sociais, inclusive trabalhistas, que evidenciam a preocupação com a garantia de condições básicas de vida para os setores mais vulneráveis da população, bem como com a proteção das partes mais débeis em relações marcadas pela assimetria de poder e de riqueza.

Tal compreensão substantiva deve pautar as normas e políticas públicas do Estado, bem como as decisões judiciais. Dela resulta, por exemplo, o reconhecimento da validade de políticas de ação afirmativa, voltadas ao combate à desigualdade e discriminação de várias naturezas: racial, de gênero, social, de pessoas com deficiência etc. Tais medidas se alicerçam em diversos fundamentos legítimos e convergentes, como a promoção da igualdade material no campo da distribuição de recursos escassos, a compensação da discriminação passada, a garantia da diversidade nas instituições – fundamental para a sua legitimidade política e para a qualidade do serviço que elas prestam – e a quebra de estereótipos negativos, como o de que pessoas negras estejam naturalmente destinadas ao desempenho de funções subalternas, ou de que mulheres não sejam vocacionadas para a atuação política.

Essa tem sido a orientação firme do STF na matéria.⁹ Aliás, é possível dizer que, enquanto persistir o quadro de profundas desigualdades, as políticas de ação afirmativa destinadas à sua superação, mais do que uma faculdade, representam verdadeira obrigação constitucional do Estado. Esse entendimento, que já era perfilhado por alguns ministros do STF em seus votos sobre cotas raciais, bem como por parte da literatura especializada, foi agora expressamente consagrado pelo art. 5º da Convenção Interamericana contra o Racismo a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância,¹⁰ que foi internalizada no Brasil com estatura

constitucional, eis que aprovada através do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Carta de 88.

Tal compreensão substantiva e transformadora da igualdade deve informar o direito antidiscriminação no Brasil.¹¹ Nessa perspectiva, o melhor parâmetro para detectar uma discriminação ilegítima não se prende à existência de diferença de tratamento entre pessoas baseada em algum critério tido como suspeito – como raça, gênero, religião ou orientação sexual –, mas à presença de subordinação na prática analisada. O tema é objeto de intensa controvérsia nos Estados Unidos, em que disputam espaço duas correntes do direito antidiscriminação:¹² a que defende a perspectiva da antidiferenciação (ou anticlassificação), que reprovava tratamentos heterogêneos entre pessoas baseados em critérios considerados “suspeitos”, ainda que favoráveis aos grupos estigmatizados; e a que sustenta a perspectiva da antissubordinação,¹³ que condena os tratamentos que promovam ou mantenham situações de hierarquização. Esta última linha aceita diferenciações jurídicas que se voltem a combater desigualdades profundas, ao mesmo tempo em que critica os tratamentos aparentemente neutros, que se omitam diante de quadros materiais e culturais de subordinação dos grupos vulneráveis.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência conservadora da Suprema Corte vem se inclinando, nos últimos tempos, para a perspectiva antidiferenciação, empregando o rigoroso critério do escrutínio estrito (*strict scrutiny*) para aferir a validade das normas que estabelecem distinções para favorecer minorias estigmatizadas. No Brasil, contudo, não há espaço para essa concepção. Afinal, como já dito, a Constituição de 88 é clara ao adotar um projeto de transformação social, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva. E, para incluir os excluídos, é essencial atuar objetivando remediar as injustiças existentes, com base não apenas em instrumentos universais, como também por meio de medidas focalizadas, que envolvem a criação de

tratamento mais favorável aos integrantes desses grupos oprimidos.

Outra consequência relevante da compreensão substantiva da igualdade é o reconhecimento de que não apenas as discriminações explícitas ou intencionais são contrárias à Constituição. Medidas aparentemente neutras, mesmo que editadas sem a intenção de prejudicar grupos desfavorecidos, também são inconstitucionais, se a sua aplicação gerar um impacto desproporcional sobre os integrantes desses grupos. Trata-se da chamada discriminação indireta – conceito originário do direito norte-americano, mas hoje amplamente adotado no direito constitucional comparado e na jurisprudência internacional de direitos humanos.¹⁴ Esse conceito, que já foi acolhido pelo STF, também recebeu expressa consagração no art. 1.1 da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância – que, como dito, desfruta de hierarquia constitucional no Brasil.

Evidentemente, transformar as relações sociais para torná-las mais igualitárias importa em modificar o status quo. Para isso, é preciso em alguma medida relativizar a proteção de direitos contrapostos, como o direito de propriedade – condicionado no Brasil à sua função social (art. 5º, XXII e 170, III, CF/88) – e a autonomia da vontade de agentes econômicos, especialmente quando partícipes de relações assimétricas. Uma compreensão muito rígida e protetiva dos direitos patrimoniais representaria grave óbice para a promoção da igualdade – meta central da nossa ordem constitucional, como se infere do art. 3º da Constituição.

Por outro lado, afirmar que a igualdade possui uma importante dimensão substantiva em nosso direito não implica negar que ela também apresente uma faceta formal, que deve ser do mesmo modo assegurada. Infelizmente, até essa faceta é problemática no Brasil, pois nem mesmo a igualdade formal, alicerçada na compreensão de que as pessoas devem ter os mesmos direitos, chegou a ser plenamente

absorvida pela nossa cultura e pelas nossas práticas sociais. Assim, em muitas questões, garantir a igualdade formal para grupos excluídos já seria revolucionário no país.

Com efeito, existe amplo contingente de pessoas que simplesmente não consegue exercer, na prática, os direitos garantidos pela ordem jurídica.¹⁵ É como se estivessem fora do contrato social instaurado pela Constituição. Relacionam-se com o Estado sobretudo pelo contato com o seu aparelho repressivo-punitivo: são as vítimas da violência policial; são as pessoas que lotam as hediondas prisões brasileiras.

A inviolabilidade de domicílio, por exemplo, é garantia constitucional que, no mundo real, vale para residências de pessoas de classe média e alta, em geral brancas. Nas favelas e periferias, a polícia invade as casas de suspeitos como e quando quer. Essa assimetria ocorre até mesmo com o direito à vida, o mais básico de todos. Na atuação da polícia, a morte da população negra das comunidades é frequentemente banalizada. Execuções extrajudiciais são comuns, e quase nunca geram reação proporcional do Ministério Público e do Judiciário. As investigações dos crimes dos agentes do estado, quando ocorrem, são geralmente conduzidas de modo burocrático e dificilmente geram denúncias, muito menos condenações. Nas operações policiais em favelas do Rio de Janeiro, por exemplo, é frequente a morte por balas perdidas de moradores, inclusive crianças – “danos colaterais” que parecem ser aceitos com tranquilidade pelas autoridades e por parcela da sociedade. Todos pobres, quase todos negros. O tema é objeto da ADPF 635 no STF – a chamada ADPF das favelas –, em que sou advogado.

3. IGUALDADE, DIFERENÇA, INCLUSÃO E PRIVILÉGIO

A igualdade proclamada pela Constituição de 88 não significa a

imposição de homogeneização forçada entre as pessoas, com o apagamento das suas diferenças. Afinal, o que a igualdade postula não é o tratamento igual de todas as pessoas, mas sim o respeito a cada um *como um igual*. E tratar as pessoas como iguais implica reconhecer e respeitar as suas diferenças, que muitas vezes demandam proteções jurídicas diferenciadas.

É verdade que muitas vezes a atribuição de direitos diferenciados traduz privilégio. Em sistemas jurídicos formalmente baseados na hierarquia social, por exemplo, os direitos tendem a ser atribuídos de acordo com a inserção da pessoa em classes, estamentos ou grupos sociais específicos: os integrantes dos grupos “superiores” têm muito mais direitos do que as pessoas de menor status. Contudo, é preciso demarcar algumas diferenças importantes entre os privilégios e os direitos diferenciados baseados na igualdade. Os primeiros são tradicionalmente concedidos às elites, aos grupos hegemônicos. Os segundos são atribuídos a integrantes de grupos estigmatizados e excluídos. Ademais, os privilégios se ligam a uma visão não universalista da dignidade humana, calcada na hierarquização entre os indivíduos. Já os direitos diferenciados, na sua melhor leitura, se fundam em compreensão universalista e igualitária. Direitos especiais são conferidos não porque seus titulares sejam melhores ou piores do que as outras pessoas, mas no afã de promover a igualdade, tratando-os com o mesmo respeito e consideração que são devidos a todos os demais indivíduos.

Ocorre que tratar com o mesmo respeito e consideração as pessoas impõe, muitas vezes, a atribuição de direitos diferenciados a elas. As razões podem ser as mais diversas: corrigir injustiças estruturais e históricas; adequar as normas e práticas vigentes, moldadas a partir dos interesses e visões de mundo dos grupos hegemônicos, às especificidades de determinados sujeitos que são onerados por elas de modo desproporcional; possibilitar a sobrevivência de culturas e modos de vida tradicionais que são

constitutivos da identidade dos seus integrantes, dentre outras.

A Constituição de 88 é pródiga na consagração de direitos específicos a segmentos sociais vulnerabilizados: povos indígenas, afrodescendentes, mulheres, pessoas com deficiência, quilombolas, crianças e adolescentes, idosos, população carcerária, entre outros. Essas garantias reforçam a igualdade e evidenciam a preocupação do constituinte com a proteção reforçada aos direitos de grupos vulnerabilizados, o que deve orientar a atuação do Estado e da sociedade. Aliás, seguindo os passos da Constituição, o legislador também vem editando leis importantes voltadas à proteção de segmentos sociais desfavorecidos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Igualdade Racial, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Uma hipótese relevante de medida igualitária voltada ao respeito à diferença envolve *o direito à adaptação razoável* (ou acomodação razoável), que demanda o ajuste de políticas públicas, ambientes e práticas sociais às necessidades de determinados grupos vulneráveis e minoritários, que sofrem um impacto adverso desproporcional em decorrência delas.¹⁶ O direito à adaptação razoável está expressamente previsto no art. 5.3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,¹⁷ incorporada ao bloco de constitucionalidade brasileiro, em razão da sua aprovação de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF. Na minha ótica, ele também se estende a outros grupos sociais vulneráveis, como minorias religiosas e povos indígenas.

A ideia subjacente a tal direito é de que normas jurídicas, políticas públicas e práticas sociais, ainda quando válidas, podem ter um grave impacto sobre determinadas pessoas, em razão das suas características identitárias. Dentre outras razões, isto decorre do fato de que os grupos não hegemônicos não têm, na maior parte dos casos, a voz e o poder suficientes para influenciar na definição das referidas medidas. Com frequência, os seus interesses e compreensões são

ignorados ou atropelados na formulação e implementação de tais políticas. Por isso, ainda quando essas medidas persigam objetivos legítimos e não tenham sido elaboradas com qualquer intenção discriminatória, a sua aplicação a grupos subordinados, que sejam elas desproporcionalmente impactados, pode ser inconstitucional. Nessas hipóteses, deve-se buscar, sempre que possível, uma acomodação razoável entre os interesses do grupo desproporcionalmente afetado pela medida e o objetivo público, social ou empresarial que ensejou a sua adoção.

A adoção desta perspectiva envolve a rejeição a uma compreensão homogeneizadora de igualdade, que se satisfaz com a concessão do mesmo tratamento a todas as pessoas, ignorando que os indivíduos podem ter necessidades especiais. A igualdade, nessa ótica mais generosa, não se resume à mera integração das pessoas nas esferas sociais, sem a oposição de obstáculos ao seu ingresso. Mais que isso, a igualdade é a inclusão, que demanda que a sociedade e as instituições públicas e privadas busquem, na medida do possível, acomodar, em suas políticas e práticas, as necessidades específicas de pessoas que integram grupos vulnerabilizados. É certo, porém, que nem toda pretensão tem como ser acomodada. Torna-se necessário realizar uma avaliação, em cada caso, que considere não apenas a importância da adaptação pretendida para os direitos das pessoas atingidas, como também os ônus que decorreriam da promoção do ajuste, tanto sob a perspectiva financeira, como sob o ângulo do seu impacto adverso sobre outros direitos e interesses.

No Brasil, há casos interessantes já decididos pela jurisprudência, que podem ser enquadrados na categoria da adaptação razoável. Em matéria religiosa, por exemplo, há decisões permitindo a candidatos adventistas de sétimo dia a realização de prova de concurso público agendada para o sábado, depois do final do horário de guarda, assegurando-se, até então, o sigilo da avaliação.¹⁸ Com tal medida,

possibilita-se que tais pessoas participem do concurso, sem terem de violar os comandos da sua religião, e sem que haja quebra da isonomia em relação aos demais candidatos – pois todos fazem a mesma prova –, nem tampouco a imposição de ônus excessivo ao Estado, já que medida adaptativa envolve providências simples e pouco custosas. No campo da deficiência, ressalte-se a decisão do CNJ que recomendou a todos os tribunais brasileiros que adaptassem a sua tribuna para viabilizar a sustentação oral por advogados cadeirantes.¹⁹ Outra decisão muito interessante foi proferida pelo STF a propósito da intimação de liderança indígena para depor em Comissão Parlamentar de Inquérito. De um lado, a Constituição assegura às CPIs o poder de investigação próprio das autoridades judiciais (art. 58, § 3º), o que lhes permite convocar testemunhas. Do outro, há o direito do indígena de permanecer em suas terras, vivendo na sua própria cultura (arts. 215, 216 e 231, CF). O depoimento de um indígena numa CPI, fora do seu *habitat* e sem qualquer assistência, poderia lhe causar graves abalos e constrangimentos. Neste cenário, o STF adotou solução engenhosa para o caso,²⁰ adaptando, de forma razoável, a atuação da CPI às singularidades da identidade indígena: permitiu o depoimento, mas apenas no interior das terras indígenas, e com a presença da FUNAI e de antropólogo com conhecimento da comunidade étnica em questão.

Finalmente, é preciso reconhecer que, conquanto a Constituição de 88 consagre direitos específicos de grupos vulneráveis, nela também estão presentes alguns privilégios corporativos de duvidosa legitimidade – para categorias de servidores públicos, titulares de cartórios etc –, que certamente não mereceriam figurar em um texto constitucional igualitário. Isso já levou um renomado publicista a afirmar, ironicamente, que a Carta de 88 não seria a Constituição cidadã, como apregoava Ulysses Guimarães, mas “uma Constituição chapa-branca”,²¹ o que me parece um exagero. De todo modo, um dos papéis da interpretação moral da Constituição é buscar compreensões

que, sem desprezo ao texto positivado ou ao sistema constitucional, aproximem nossa Lei Maior dos valores emancipatórios do constitucionalismo democrático. Nessa perspectiva, essas passagens corporativistas da Constituição – que são mais a exceção do que a regra – não devem ser empregadas, por exemplo, para justificar a adoção de uma compreensão menos inclusiva e transformadora do princípio constitucional da igualdade.

4. IGUALDADE E REDISTRIBUIÇÃO ECONÔMICA

A desigualdade econômica é extrema no Brasil. Alguns dados são absolutamente escandalosos. Por exemplo, as 6 pessoas mais ricas do país – “naturalmente”, todos homens brancos – têm patrimônio equivalente ao da metade mais pobre da população brasileira, o que corresponde a mais de 100 milhões de pessoas.²² Os 5% mais ricos do país têm renda equivalente aos 95% mais pobres.²³ Nossa mobilidade social é baixíssima, o que torna até ridículos os argumentos que buscam justificar o *status quo* apelando à meritocracia.

A desigualdade econômica diz respeito, evidentemente, ao sistema de classes sociais, mas ela também onera certos grupos de modo desproporcional. Os negros são, em geral, significativamente mais pobres do que os brancos.²⁴ São mais atingidos pelo desemprego e subemprego, raramente ocupam as posições mais bem remuneradas, e recebem menos pelo desempenho das mesmas atividades do que os brancos. O fenômeno também ocorre com as mulheres. Mais ainda com as mulheres negras: de acordo com dados do IBGE de 2019, o salário médio da mulher negra é de menos da metade (44,4%) do salário médio do homem branco. Na questão de gênero, há ainda o fato de que quase todo o trabalho ligado ao cuidado – como as atividades que envolvem a casa, os filhos e familiares idosos – continua recaindo desproporcionalmente sobre as mulheres. São atividades que,

conquanto essenciais à reprodução social, não recebem nenhuma remuneração.²⁵

A desigualdade econômica brasileira tem profundo impacto sobre o acesso a serviços públicos essenciais – logo, sobre a fruição de direitos fundamentais. Os mais pobres têm muito menos acesso ao saneamento básico, à moradia, à saúde e à educação de qualidade. O Brasil, que conseguira no passado sair do mapa da fome, hoje tem mais da metade da população convivendo com algum grau de insegurança alimentar, e mais de 19 milhões de pessoas em situação de efetiva fome, sem conseguir se alimentar todos os dias.²⁶ Pobres e negros têm maior taxa de mortalidade infantil e menor expectativa de vida. Eles morreram muito mais na pandemia do coronavírus do que os ricos e brancos.

Nesse cenário sombrio, cabe indagar se é possível extrair da Constituição alguma fórmula específica de justiça social e redistribuição econômica.

O tema dos critérios de justiça para a distribuição econômica é um dos mais debatidos na filosofia política contemporânea, sobretudo após a publicação da obra seminal de John Rawls, *A Theory of Justice*, em 1971.²⁷ Nesta obra, Rawls – principal expoente de corrente de pensamento denominada de “liberalismo igualitário” – formulou princípios que deveriam reger as instituições básicas de uma sociedade justa. Para fundamentar racionalmente os seus princípios, ele recorreu à ideia de contrato social: os princípios da justiça seriam aqueles que resultassem de um acordo hipotético entre pessoas recobertas por um “véu da ignorância”, que as impediria de conhecer as suas próprias características, posição social e interesses. Para Rawls, as partes do contrato chegariam a dois princípios de justiça. O primeiro princípio (*princípio da liberdade*), ao qual Rawls atribuiu prioridade, concede a cada pessoa o mais amplo conjunto de liberdades básicas que seja compatível com o reconhecimento dos mesmos direitos para todos os

demais. Só depois de assegurado plenamente este primeiro princípio, passa-se ao segundo, que Rawls designou de *princípio da diferença*, segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a que (a) sejam sempre mantidas oportunidades abertas para todos, em condições equitativas; e (b) o arranjo traga o maior benefício possível às pessoas mais desfavorecidas.

A publicação dessa obra ocasionou uma retomada dos debates na filosofia política sobre a justiça social, com a formulação de inúmeras teorias, desde aquelas que negavam a própria ideia de redistribuição econômica, até, no campo oposto, propostas ainda mais igualitárias do que as formuladas por John Rawls.²⁸

Pois bem. Entendo que não é possível extrair da Constituição de 88 um modelo específico de justiça social. O constituinte, por razões democráticas, preservou um espaço razoável para que a própria sociedade fizesse nas urnas, de tempos em tempos, escolhas relevantes nessa matéria. Assim, quando a população elege um governo e um poder legislativo mais à esquerda, o resultado deveria ser a promoção de mais redistribuição econômica. Já quando escolhe políticos mais à direita, isso não ocorreria. É claro, contudo, que a política não pode tudo, já que se defronta com constrangimentos de diversas ordens, inclusive externos, tendo em vista a globalização econômica.

De todo modo, se a Constituição não impõe uma fórmula específica, ela ao menos delineia uma moldura no que concerne à justiça social e à redistribuição: no seu interior, as escolhas políticas são válidas, mas fora dela não o são. E a realidade brasileira encontra-se hoje completamente fora da moldura, com níveis de desigualdade econômica completamente incompatíveis com os princípios da Carta de 88.

Tal realidade não é produzida por “leis da natureza”, mas é, em grande parte, o resultado de políticas públicas e de decisões estatais que geram concentração de renda e de riqueza, além de aumento da

pobreza e da miséria. O quadro vigente é inconciliável não apenas com objetivos fundamentais da República, tais como a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III), como também com princípios de regência da ordem econômica, que, nas palavras do constituinte, “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput).

Há várias e gravíssimas falhas estatais nessa área, que impõem urgentes e profundas correções de rumo. Faço aqui brevíssimos comentários sobre duas delas, ligadas à tributação e ao gasto público.

Apesar de a nossa Constituição prever que o sistema tributário deve se basear na capacidade contributiva (art. 145, §1º), adotamos um modelo fiscal regressivo, muito dependente na arrecadação de tributos indiretos, que atingem mais pesadamente os pobres e preservam os ricos.²⁹ Em relação aos impostos diretos, como o imposto sobre a renda, empregamos, em termos comparativos, alíquota máxima muito baixa, além de consagrarmos generosas isenções fiscais que favorecem as elites – como a isenção sobre a distribuição de lucros e dividendos. Esse é um quadro persistente, que foi mantido inclusive pelos governos de esquerda, do PT.³⁰ Por imperativo constitucional, a tributação no Brasil deveria se voltar à promoção da igualdade econômica, mas ela opera quase com sinal trocado. Por que não equacionar essa questão – até mais importante do que a também necessária simplificação dos tributos – numa reforma fiscal? Parece óbvia a necessidade de implementar a mudança, mas, talvez por afetar os interesses econômicos das elites, o tema continua à margem da agenda política nacional.

No plano dos gastos estatais, vigora o teto imposto pela Emenda Constitucional 95/2016, que congelou as despesas públicas federais no Brasil por 20 anos, e com isso reduziu drasticamente os recursos disponíveis para gastos com políticas sociais, como as ligadas à garantia

dos direitos sociais e combate à miséria. Afinal, nesse intervalo de tempo, a população aumenta, assim como algumas despesas que têm crescimento vegetativo – como aquelas com folha de salários e previdência. Para as demais despesas, vai sobrando cada vez menos. Trata-se de um caso típico de austeridade fiscal seletiva, que atua contra os pobres, já que, para manter a responsabilidade fiscal – algo sem dúvida importante –, a solução de imposição do teto de gastos descarta o aumento da tributação sobre os mais ricos.

Outro problema fundamental em nossa sociedade é o fato de a desigualdade econômica afetar profundamente muitos outros campos que, pelo nosso modelo constitucional e pelo ideário democrático, não deveriam ser tão atingidos por ela. Trata-se do que o filósofo político Michael Walzer chamou de *dominância*,³¹ que ocorre quando o controle de um determinado bem deixa de ser relevante apenas na esfera social em que ele poderia operar legitimamente, e passa a ser também decisivo em todas as demais áreas da vida social, que deveriam funcionar de modo independente em relação a ele. Num sistema saudável, sem dominância, o dinheiro pode operar legitimamente na esfera ligada ao acesso a certos confortos e luxos, a certos bens e serviços de caráter não essencial. Mas o dinheiro não deve ser decisivo para as pessoas terem mais ou menos poder político, mais ou menos educação, mais ou menos saúde, mais ou menos acesso ao saneamento básico; para as pessoas estarem mais ou menos expostas à violência policial, a homicídios e a desastres ambientais.

Infelizmente, ocorre o contrário no Brasil, à revelia do que prescreve a Constituição. Quando esta consagra o regime democrático, assegura direitos fundamentais de modo universal, e impõe ao Estado o tratamento respeitoso em relação a todos os cidadãos – pobres ou ricos –, ela busca blindar determinadas esferas da influência indevida e excessiva do poder econômico. Nesse quadro, a concentração de renda e de riqueza gera uma série de outros gravíssimos problemas sociais e

éticos. Portanto, além de redistribuir de modo mais equitativo recursos econômicos, uma das tarefas que a Constituição nos impõe é tornar certas esferas da vida menos permeáveis à influência do dinheiro.

5. IGUALDADE E LIBERDADES PÚBLICAS

O tema da liberdade envolve complexidades impossíveis de discutir neste momento.³² Importa aqui destacar apenas que os grupos vulneráveis sofrem, com frequência, restrições às suas liberdades básicas que não atingem do mesmo modo os segmentos hegemônicos na sociedade. Essa é uma das formas mais graves de desigualdade.

Já mencionei acima os exemplos da liberdade de domicílio nas favelas e periferias e do direito à vida, diante da atuação das polícias. Pessoas negras e pobres são muito mais atingidas no gozo dessas liberdades fundamentais do que as brancas, de classe média ou alta. Outro exemplo é o impacto das políticas criminais sobre o encarceramento, que tem levado à superlotação das prisões brasileiras, em condições absolutamente desumanas e degradantes para os presos. Essas políticas – como a da “guerra às drogas” –, além de absolutamente ineficientes no combate à criminalidade (“enxugam gelo”), geram efeitos negativos desproporcionais sobre grupos vulneráveis, atingindo especialmente a liberdade dos negros, que compõem a absoluta maioria da população carcerária do país.³³

Mas não é só. A compreensão mais adequada do direito à liberdade não o limita à ausência de constrangimento estatal para ação do agente. Afinal, se é desejável que as pessoas sejam livres para que possam se autodeterminar e construir as suas próprias trajetórias, é preciso assegurar as condições fáticas para o exercício dessa liberdade. Para isto, não basta a remoção dos obstáculos externos às suas escolhas e atos. É também indispensável assegurar os meios necessários para que a liberdade possa ser efetivamente fruída.

Esta concepção de liberdade, mais atenta às necessidades do sujeito concreto, especialmente das pessoas mais vulneráveis, pode ser associada às mutações que este valor experimentou na passagem do Estado Liberal-burguês para o Estado Social. No novo cenário, cresceu a sensibilidade em relação ao impacto da carência econômica e da desigualdade material sobre o exercício da liberdade. Percebeu-se que o regime econômico do *laissez-faire* não proporcionava liberdade efetiva para a maior parte da população, que vivia em condições absolutamente precárias. Nas relações privadas, a liberdade da parte mais fraca para contratar era muitas vezes uma fachada que permitia a sua submissão à vontade da mais poderosa. A ampliação da intervenção estatal nas relações sociais e na economia, voltada à garantia das condições básicas de vida para as pessoas carentes, e à proteção dos mais fracos diante da opressão dos mais fortes, não foi, como algumas vezes se diz, uma opção pela igualdade em detrimento da liberdade. A mudança se orientou também para promoção da própria liberdade. O objetivo, como assinalou Carl J. Friedrich, foi “liberar o homem das restrições e limitações que dificultam o seu pleno desenvolvimento como ser humano”.³⁴

Na filosofia política contemporânea, essa ideia mais realista e completa de liberdade foi desenvolvida, dentre outros pensadores, por Martha Nussbaum, defensora do chamado *capabilities approach* para as questões de justiça social. Para Nussbaum, a mais importante variável para a justiça de uma sociedade é “o que cada pessoa é capaz de ser e fazer” naquela sociedade.³⁵ Esta análise envolve a presença de diversos elementos: liberdades formais, condições materiais, mas, além disso, também capacidades internas, desenvolvidas por meio da educação e da interação com o meio social.

Esse último ponto é muito importante. Sabemos que as escolhas que as pessoas fazem são em boa parte condicionadas pela cultura em que elas estão inseridas. Nossos projetos e planos de vida são, em

grande medida, decorrência de valores que internalizamos no processo de socialização ao qual somos submetidos desde o nascimento. E a capacidade que temos de perseguir os projetos que escolhemos também depende, em boa parte, do contexto cultural em que estamos inseridos.

Em um ambiente social muito machista, por exemplo, é mais difícil que uma mulher chegue a formular o plano de vida de se tornar uma política ou empresária influente. E, quando o fizer, ela provavelmente encontrará muito mais dificuldades do que um homem para atingir seu objetivo. Em uma sociedade racista, pessoas negras muitas vezes nem chegam a alimentar certos projetos profissionais mais ambiciosos, porque a socialização no ambiente preconceituoso lhes inculca a crença de que esse seria um sonho impossível, e de que deveriam se ajustar ao papel subalterno que a sociedade lhes destinou. Quando se rebelam contra o *script* social excludente, elas enfrentam mais dificuldades do que as pessoas brancas. Pessoas transexuais encontram enormes dificuldades para encontrar emprego, diante do preconceito generalizado existente na sociedade. Muitas mulheres transexuais acabam empurradas para a prostituição, não por escolha, mas por completa ausência de alternativas.

Em resumo, as condições necessárias para o exercício da liberdade não são apenas econômicas como também culturais. Integrantes de grupos vulnerabilizados, seja por razões econômicas, seja por motivos culturais, não conseguem fruir as suas liberdades básicas na mesma dimensão que os membros de segmentos sociais hegemônicos.

6. IGUALDADE E PODER POLÍTICO

Ao atribuir a cada cidadão um *igual direito* de participação no autogoverno da sociedade, a democracia se funda em premissas

igualitárias. No regime democrático impera o sufrágio universal, e nele se atribui a cada pessoa sempre um único voto.³⁶ Isso significa, idealmente, que cada cidadão deve ter a mesma capacidade de influir no processo eleitoral – logo, na escolha dos governantes e na consequente definição da agenda de atuação estatal.

A democracia também exige ampla capacidade eleitoral passiva (elegibilidade). Idealmente, todas as pessoas devem ter a possibilidade de disputar eleições, e de ter acesso aos cargos eletivos, caso logrem êxito nas urnas. As restrições devem ocorrer apenas em hipóteses excepcionais, que não podem ser interpretadas extensivamente.

Além de traduzir institucionalmente o ideário da igualdade, a democracia também tende a produzir resultados mais igualitários do que a autocracia ou a oligarquia. É que, ao atribuir direitos políticos a todos os cidadãos – independentemente de fatores como renda, gênero, raça, nível de instrução ou religião –, e permitir a todos que concorram com igualdade aos cargos eletivos, o regime democrático viabiliza que as demandas da cidadania, inclusive dos integrantes de grupos excluídos, sejam canalizadas para o sistema político, e possam se converter em normas e políticas públicas.³⁷

Um dos maiores problemas globais nessa matéria praticamente não ocorre no Brasil atual: as obstruções ao exercício do direito ao voto por parte de determinados grupos sociais subalternos, que visam a excluí-los do processo eleitoral.³⁸ Nos Estados Unidos, essa foi uma prática muito disseminada sobretudo nos estados sulistas, que impunham inúmeras dificuldades e exigências muitas vezes intransponíveis para o cadastramento eleitoral e voto por pessoas negras.³⁹ Infelizmente, essa prática racista vem sendo retomada nos últimos tempos, sobretudo em estados administrados por governos republicanos, que agem também por espúrio cálculo eleitoral, já que a população negra tende a votar majoritariamente nos candidatos do Partido Democrata.⁴⁰ Temos, contudo, alguns outros problemas graves

nessa matéria, dentre os quais vale destacar a sub-representação, nos governos e poderes legislativos, de grupos populacionais não hegemônicos, como as mulheres, os negros e os indígenas. No mundo real, atravessado por relações de poder e dominação, uma série de barreiras sociais, culturais e econômicas vem dificultando a eleição de representantes desses segmentos da população. Afinal, homens brancos tendem a possuir mais conexões no mundo político e partidário, a contar com mais recursos próprios e com maior acesso às fontes de financiamento, e a cultura social hegemônica, impregnada de machismo e racismo, ainda os vê como mais aptos para o exercício da atividade política. Ademais, a violência política de gênero,⁴¹ que atinge especialmente as mulheres negras, tem sido um desestímulo para sua participação eleitoral.

Essa sub-representação afeta a própria legitimidade da atuação dos órgãos representativos. Idealmente, as instituições públicas – especialmente aquelas com funções representativas – deveriam espelhar o pluralismo e diversidade presentes na sociedade. Quando a representação política é excludente, os interesses dos grupos sub-representados tendem a não ser devidamente considerados na formulação e implementação das políticas públicas, o que reforça a desigualdade em outras searas. Ademais, a participação de grupos historicamente subordinados em espaços relevantes de poder é importante por quebrar estereótipos negativos, como o de que mulheres, pessoas negras e indígenas não seriam vocacionados para atuação política, espaço adequado apenas para homens brancos.

Na atualidade, o Brasil ocupa a vergonhosa 133^a posição na representação de mulheres no poder legislativo, entre 192 nações.⁴² A representação feminina – considerados o parlamento federal, as assembleias legislativas estaduais e câmara de vereadores – é de cerca de 15%, enquanto as mulheres constituem cerca de 52% do eleitorado nacional. Fenômeno similar ocorre com os candidatos negros (pretos e

pardos). Embora estes correspondam a aproximadamente 56% por cento da população, apenas 27,8% dos candidatos eleitos nas eleições gerais de 2018 eram negros. A interseccionalidade opera claramente nesse campo: apesar de representarem 27% da população brasileira, as mulheres negras conquistaram apenas 2,36% das vagas no Congresso Nacional no pleito de 2018. E o país elegeu um único representante indígena no Congresso desde a promulgação da Constituição de 88: a Deputada Joênia Wapixana, eleita em 2018.

Alguns tímidos passos foram tomados para combater esse quadro. Desde 1997, há no país a previsão legislativa de que os partidos políticos devem apresentar pelo menos 30% de candidatas do sexo feminino nas eleições proporcionais (a cota começou em 20% e foi depois elevada). Em 2018, ao julgar a ADI 5.617, o STF determinou que pelo menos 30% dos recursos públicos usados pelos partidos no financiamento de campanhas deveriam ser destinados ao custeio de candidaturas femininas, aumentando-se essa cota obrigatória na mesma proporção, quando o partido apresentar candidatas em percentual superior a 30%. Outra decisão do TSE valeu-se do mesmo racional para impor divisão percentual, nas mesmas bases, do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão (Consulta 0600252-18). Posteriormente, em 2020, ao detectar que, na aplicação dessas regras, os partidos estavam priorizando as candidatas brancas em detrimento de candidaturas negras, o TSE também determinou que os recursos públicos de financiamento de campanha, bem como o tempo de propaganda gratuita em rádio e televisão, devem ser proporcionais ao percentual de candidatos negros que cada partido apresentar nas disputas eleitorais – o que vale para candidaturas tanto do sexo feminino como masculino (Consulta 0600306-47). Na ocasião, contudo, o TSE recusou-se a instituir cota em favor de candidaturas negras, afirmando que a competência para isso seria do Congresso Nacional.

As medidas adotadas, conquanto louváveis, são ainda claramente insuficientes para superação do quadro de graves

desigualdades na representação política, que opera em desfavor de segmentos sociais subalternizados. Percebe-se nítida resistência do sistema político – dominado por elite econômica de homens brancos – em avançar mais, bem como a presença de riscos permanentes de retrocessos nessa área, decorrentes de pressões daqueles que se beneficiam do *status quo* excludente.

Finalmente, é importante registrar que questão da sub-representação não se limita aos cargos políticos: é preciso ampliar a participação de integrantes de grupos excluídos também em outras áreas em que o poder é exercido, como a administração das empresas, a redação dos jornais, o sistema de justiça, o magistério superior etc. Também nessas searas existem gravíssimas desigualdades, que servem à perpetuação de um quadro social iníquo.

7. IGUALDADE E RECONHECIMENTO

O reconhecimento liga-se ao dever de respeito às identidades não hegemônicas.⁴³ Como a psicologia e as ciências sociais demonstram, o olhar do outro nos constitui: nosso bem-estar ou sofrimento, nossa autonomia ou subordinação dependem profundamente da maneira como somos enxergados nas relações que travamos com os outros. Por isso, quando a sociedade trata sistematicamente um grupo como inferior, seus integrantes tendem a internalizar uma imagem negativa de si mesmos, e por vezes passam a moldar suas escolhas e ações a partir dela. A falta de reconhecimento oprime, instaura hierarquias, frustra a autonomia, abala a autoestima e causa dor moral. Vícios no reconhecimento têm também reflexos diretos nas relações econômicas e de poder presentes na sociedade, pois “fecham portas”, criando embaraços ao acesso a posições importantes para as pessoas estigmatizadas.

O tema do reconhecimento vem sendo objeto de intenso debate

no campo da Filosofia Política. Suscitado no começo do século XIX, nos escritos de juventude de Hegel,⁴⁴ o assunto ganhou enorme projeção a partir das últimas décadas do século passado, em discussões em que despontam pensadores como Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. Esta importância renovada do debate sobre o reconhecimento se liga também à emergência de uma série de movimentos sociais, especialmente a partir dos anos 60 do século passado, que veiculam reivindicações ligadas ao respeito e valorização de identidades coletivas não hegemônicas: mulheres, negros, LGBTQI+, povos indígenas, pessoas com deficiência etc. Tais movimentos passaram a questionar formas de opressão cultural que, no passado, não eram tematizadas com a mesma frequência e radicalidade, e agregaram novos componentes à agenda da emancipação social.⁴⁵

Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento tem ligação direta tanto com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, como com o direito à igualdade. Em outro trabalho acadêmico, já sustentei a existência de um verdadeiro direito ao reconhecimento, que envolve o direito subjetivo ao igual respeito da identidade pessoal.⁴⁶ Tal direito possui uma faceta negativa, que se traduz na vedação às práticas que desrespeitem a identidade das pessoas, estigmatizando-as; e uma dimensão positiva, que impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes.

Em geral, falhas no reconhecimento decorrem da desvalorização de grupos sociais – como negros, indígenas, homossexuais, transexuais, mulheres e pessoas com deficiência – aos quais são arbitrariamente atribuídos traços negativos, que se projetam sobre todos os indivíduos que os integram. O reconhecimento envolve o direito à diferença: de poder viver a diferença, e de não ser diminuído ou estigmatizado por conta dela. Uma das ideias-chave das políticas do reconhecimento é, nas palavras de Nancy Fraser, a de se buscar a construção de “um

mundo sensível à diferença, em que a assimilação às normas culturais majoritárias ou dominantes não seja mais o preço para o igual respeito”.⁴⁷

O tema do reconhecimento vem à baila, por exemplo, em questões como a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo; a valorização da história, da estética e das contribuições culturais dos afrodescendentes e dos povos indígenas; o respeito às tradições e ao modo de vida próprio dos povos tradicionais; a adoção de um ensino que não estigmatize minorias sexuais, ou predefina os papéis sociais da mulher de acordo com concepções tradicionais e patriarcais de gênero e de família, dentre tantas outras.

Nessa seara, o Brasil vinha fazendo avanços importantes desde a redemocratização. A sociedade civil vinha se mobilizando por avanços igualitários na seara cultural, e algumas vitórias relevantes foram conquistadas – várias delas no STF, que é um tribunal razoavelmente progressista na temática do reconhecimento.

Contudo, os últimos anos têm sido de graves ameaças e retrocessos também nesse campo, com um governo federal obcecado em atacar minorias e promover uma agenda reacionária no campo cultural. Aliás, um dos fatores que explicam a ascensão ao poder do populismo autoritário de extrema-direita, no Brasil e em outras países em que ele tem ocorrido, liga-se à reação contra avanços da agenda igualitária no campo do reconhecimento: o chamado backlash cultural.⁴⁸ O questionamento e a erosão de hierarquias tradicionais ligadas à gênero, orientação sexual e raça, por exemplo, geram ansiedades e tensões entre segmentos conservadores da sociedade, aos quais essas hierarquias sempre serviram.⁴⁹ Lamentavelmente, setores expressivos da população se alinham ao discurso retrógrado e moralista de retorno à antiga ordem, em que *gays* e lésbicas tinham que ficar escondidos no armário, as mulheres deveriam obedecer aos maridos, os negros deveriam se conformar com seu lugar subalterno na sociedade e

os indígenas estavam condenados a desaparecer. Essa “ansiedade de *status*” muitas vezes se sobrepõe até a considerações sobre interesses materiais e de classe social: pobres passam a apoiar políticos de extrema-direita que se opõem aos seus interesses econômicos, porque esses abraçam o discurso moral excludente, que aplaca a sua ansiedade.

Não há dúvida de que os setores que se mobilizam contra avanços na agenda igualitária também se envolvem em “políticas de identidade”. Travam batalhas no campo cultural, em que almejam preservar ou restaurar uma ordem de valores que lhes assegura maior reconhecimento social. Apesar de defenderem privilégios de *status*, vitimizam-se como supostos alvos de uma elite esnobe, que povoa as universidades, o universo artístico e as redações dos jornais, e que se encontraria distanciada dos valores reais e cristãos do “povo” e das “pessoas de bem”. Contudo, é evidente que essas mobilizações reacionárias não cabem no direito ao reconhecimento, porque são despidas de caráter efetivamente igualitário: ao contrário, são lutas intrinsecamente anti-igualitárias, já que voltadas à manutenção ou à restauração de hierarquias, que implicam estigma e desrespeito aos integrantes de grupos não hegemônicos.⁵⁰

Há, inclusive em setores progressistas, quem defenda o abandono da agenda do reconhecimento, por estratégia política: a reconquista do apoio de setores empobrecidos da sociedade, que antes votavam na esquerda e que teriam migrado para a direita por conservadorismo no campo moral. Discordo dessa tese, por questão de princípio. O igual reconhecimento intersubjetivo é vital para a justiça de uma sociedade, bem como para a garantia da dignidade de cada pessoa. Uma sociedade que não respeite a diferença e que estigmatize pessoas pela sua identidade não é verdadeiramente democrática. Evidentemente, as lutas por reconhecimento não podem ser travadas com esquecimento das lutas por distribuição – ao modo do que Nancy

Fraser chamou de *neoliberalismo progressista*.⁵¹ aquele que abraça a plutocracia e a agenda “do mercado”, mas tem posições modernas e liberais na seara cultural. Mas a luta pela justiça social e pelo reconhecimento podem e devem ser travadas conjuntamente, até porque se reforçam mutuamente, e almejam o objetivo comum de assegurar a igual dignidade das pessoas.

8. CONCLUSÃO

A mais importante tarefa do constitucionalismo brasileiro é a inclusão dos excluídos. É preciso usar as armas da Constituição para realizar essa tarefa, lutando contra estruturas econômicas injustas, valores sociais preconceituosos e práticas políticas excludentes. Lutando na sociedade civil, no parlamento, nas ruas, na cultura, nas escolas, nas redes sociais, nas cortes, nas urnas. O pobre, o negro, a mulher, as minorias sexuais e religiosas, as pessoas com deficiência e outros grupos estigmatizados têm de ser incluídos no pacto constitucional – na realidade concreta de suas vidas e não apenas nas promessas altissonantes dos textos legais.

Essa não é uma luta fácil, e o momento que o país atravessa, em que flertamos com o abismo, a torna ainda mais árdua e complexa. De todo modo, trata-se de um dever moral e jurídico impreterível – talvez o maior da história da nossa civilização: aproximar o Brasil real do projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e preconceitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólem Livros, 2019.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *Block the Vote: How Politicians are Trying to Block Voters from the Ballot Box*, 17/07/2021.

Disponível em <https://www.aclu.org/news/civil-liberties/block-the-vote-voter-suppression-in-2020>. Acessado em 28/4/2022.

ANDERSON, Carol. *One Person, No Vote: How Voters Supression is Destroying our Democracy*. New York: Bloomsberry Publishing, 2018.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?* University of Miami Law Review, n° 59, 2003, p. 9-32.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 401 de 16/06/2021*, DJe/CNJ n° 156/2021, de 18 de junho de 2021, p. 47-59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 07/05/2014; *ADC 41*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 20/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 80.240*, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 20/06/2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n° 20.2012.4.01.3813/MG*, 5ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, julg. 31/07/2013.

BRUM, Eliane. *Brasil construtor de ruínas. Um olhar sobre o país, de Lula a Bolsonaro*. Porto Alegre: Arquipélago editorial Ltda., 2019.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *A Cidadania no Brasil: um longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

COLLINS, Patrícia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

CORBO, Wallace. *Discriminação Indireta*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

CREENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the intersection of race and class: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics*. University of Chicago Law Forum, v. 140, 1989, p. 139-167.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 1964.

FISS, Owen. *Groups and the Equal Protection Clause*. Journal of Philosophy and Public Affairs, n° 107, 1976.

FRASER, Nancy. *O velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer*. Trad. Gabriel Lande Fazzio. São Paulo: Autonomia literária, 2020.

FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation*. In: Nancy Fraser e Axel Honneth. *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange*. London/New York: Verso, 2003, p. 7.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange*. London/New York: Verso, 2003.

FREDERICI, Silvia. *O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São Paulo: Ed. Elefante, 2019.

FRIEDRICH, Carl J. *Derechos, Independencia, Libertad: Una nueva evaluación*. In: *La Filosofía del Derecho*. Trad. Margarita Alvarez Franco. México: Fondo de Cultura Económica. 6ª reimp, 1997, p. 379.

GARGARELLA, Roberto. *Las Teorías de la Justicia Después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.

HART, Herbert. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *A Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. 6ª ed., São Paulo: Vozes, 2011.

IBGE. *Desigualdades sociais por cor e raça no Brasil*, 2019. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acessado em 2/5/2022.

LAZZARI, Eduardo Alves; LEAL, Jefferson Lécio. *A política tributária brasileira sob o olhar da desigualdade: regressividade estável, persistente e duradoura*. In: Marta Arrectche, Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Farias (orgs.). *As Políticas da Política: Desigualdades e inclusão nos governos do PSDB e do PT*. São Paulo: Unesp, 2019, p. 75-101.

MARKOVITS, Daniel. *The Meritocracy Trap*. New York: Penguin Books, 2020.

MARSHALL, T. H. *Class, Citizenship and Social Development*. Garden City: Doubleday, 1964.

MARTEL, Leticia Campos Velho. *Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de uma Gramática Constitucional Inclusiva*. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, nº 14, 2011, p. 89-114.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 37, nº 2, 1994.

NINO, Carlos Santiago. *El Concepto de Persona Moral*. In: *Derecho, Moral y Política II*. Buenos Aires: Gedisa, 2007, p. 142-143.

NORRIS, Pipa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities: The Human Development*

Approach. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

OXFAM BRASIL. *Democracia Inacabada: um retrato das desigualdades brasileiras 2021*. Disponível em https://www.oxfam.org.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio_democracia_inacabada_vs07.pdf. Acessado em 2/5/2022.

OXFAM. *A Distância que nos une. Um retrato da desigualdade no Brasil*. São Paulo: Oxfam, 2017, p. 6.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Desigualdade e Tributação na Era da Austeridade Seletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RIOS, Roger Raupp Rios. *Direito da Discriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SANDEL, Michael J. *A Tirania do Mérito*. Trad. Bhuvli Libânio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. *Lua Nova: Revista de Cultura e de Política*, nº 50, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Que Constituição?* In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 347-349.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A desigualdade e a subversão do Estado de Direito*. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2008.

VIGISAN. Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN), 2021. Disponível em http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf. Acessado em 29/4/2022.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. *Visiting Scholar* da *Yale Law School* (EUA). Sócio fundador do escritório Daniel Sarmiento Advogados. Atuou por cerca de vinte anos no Ministério Público Federal principalmente nas áreas de tutela coletiva e Direitos Humanos. Coordenador da Clínica de direitos fundamentais da UERJ.

Cf. Oscar Vilhena Vieira. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Cf. Sílvia Almeida. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólem Livros, 2019.

Veja-se, por exemplo, Kimberlé Creenshaw. Demarginalizing the intersection of race and class: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics. *University of Chicago Law Forum*, v. 140, 1989, p. 139-167; Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

Veja-se, a propósito, Michael J. Sandel. *A Tirania do Mérito*. Trad. Bhuvi Libânio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020; Daniel Markovits. *The Meritocracy Trap*. New York: Pengum Books, 2020.

Tomo aqui emprestado o conceito formulado por Ronald Dworkin, que

também defende uma leitura moral da Constituição (vide, Ronald Dworkin. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996). Porém, diferentemente de Dworkin, não preconizo a hegemonia judicial nesse processo, que, em minha ótica, deve se manter aberto à sociedade civil, especialmente aos seus segmentos historicamente excluídos, em geral sub-representados na esfera judicial.

Sobre a distinção entre moralidade pública, ou interpessoal, e moral privada ou pessoal, veja-se Carlos Santiago Nino. *El Concepto de Persona Moral*. In: *Derecho, Moral y Política II*. Buenos Aires: Gedisa, 2007, p. 142-143.

Sobre a ideia de moralidade crítica, veja-se Herbert Hart. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

Vide, STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 07/05/2014; ADC 41, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 20/10/2018.

Eis o teor do art. 5º da Convenção Interamericana contra o Racismo a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo”.

Na mesma linha, e.g., Roger Raupp Rios. *Direito da Discriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e Adilson José Moreira. *Tratado de Direito*

Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

Veja-se, a propósito do debate, Jack Balkin e Reva Siegel. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? *University of Miami Law Review*, nº 59, 2003, p. 9-32.

O texto canônico da perspectiva antissubordinação é de Owen Fiss. Groups and the Equal Protection Clause. *Journal of Philosophy and Public Affairs*, nº 107, 1976.

Veja-se, a propósito, Wallace Corbo. *Discriminação Indireta*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

Veja-se, a propósito, Marcelo Neves. “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 37, nº 2, 1994.

Para um denso estudo do tópico, com foco no direito das pessoas com deficiência, veja-se Letícia Campos Velho Martel. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de uma Gramática Constitucional Inclusiva. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, nº 14, 2011, p. 89-114.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, no seu artigo 2º, estabeleceu a seguinte definição: “Adaptação razoável, significa as modificações e os ajustes necessários e adequados, que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. O art. 5.3 da Convenção, por sua vez, determinou: “A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”.

E.g., Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 20.2012.4.01.3813/MG, 5ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, julg. 31/07/2013. Destaque-se, porém, que o tema não é pacífico e existem outras decisões no sentido diametralmente oposto.

Decisão tomada em 11/03/2012, cf. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58992-tribunais-serao-orientados-a-adaptar-tribunas-para-cadeirantes>, acessado em 31/12/2015.

Supremo Tribunal Federal. HC nº 80.240, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 20/06/2001.

Carlos Ari Sundfeld. Que Constituição? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 347-349.

Oxfam. *A Distância que nos une. Um retrato da desigualdade no Brasil*. São Paulo: Oxfam, 2017, p. 6.

Idem.

Cf. IBGE. *Desigualdades sociais por cor e raça no Brasil*, 2019. Disponível em

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Sobre o tema, veja-se ainda Silvio Almeida. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro/Pólem, 2019, p. 153-208.

Cf. Silvia Federici. *O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São Paulo: Ed. Elefante, 2019.

Vide o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN), disponível em

http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf

John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

Para um resumo dessas correntes, veja-se Roberto Gargarella. *Las Teorías de la Justicia Después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.

Veja-se, a propósito, Ricardo Lodi Ribeiro. *Desigualdade e Tributação na Era da Austeridade Seletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Cf. Eduardo Alves Lazzari e Jefferson Lécio Leal. A política tributária brasileira sob o olhar da desigualdade: regressividade estável, persistente e duradoura. In: Marta Arrectche, Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Farias (orgs.). *As Políticas da Política*:

Desigualdades e inclusão nos governos do PSDB e do PT. São Paulo: Unesp, 2019, p. 75-101.

Michael Walzer. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality.* New York: Basic Books, 1983.

Tratei extensamente da matéria em Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.* 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, p. 151-210.

Cf. Juliana Borges. *Encarceramento em Massa.* São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019.

Carl J. Friedrich. *Derechos, Independencia, Libertad: Una nueva evaluación.* In: *La Filosofía del Derecho.* Trad. Margarita Alvarez Franco. México: Fondo de Cultura Económica. 6ª reimp, 1997, p. 379.

Martha Nussbaum. *Creating Capabilities: The Human Development Approach.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

Nessa linha, a Suprema Corte norte-americana formulou, em *Reynolds v. Sims* (377 U.S. 533 (1964)), o importante princípio do “one person, one vote” (uma pessoa, um voto).

Veja-se, a propósito, T. H. Marshall. *Class, Citizenship and Social Development.* Garden City: Doubleday, 1964, em que se traça uma relação entre a extensão dos direitos políticos na Inglaterra e o advento dos direitos sociais. Vale, porém, o registro de que, de acordo com o historiador José Murilo de Carvalho, esta relação não se manifestou no Brasil, em que os direitos sociais surgiram na Era Vargas, no contexto de uma ditadura (Cf. José Murilo de Carvalho. *A Cidadania no Brasil: um longo caminho.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004).

Uma exceção relevante diz respeito aos presos provisórios, que, no Brasil, têm direito de votar – este só é suspenso quando ocorre condenação criminal transitada em julgado –, mas não conseguem exercê-lo na prática, pois não existem mecanismos que viabilizem o voto no cárcere. Essa é uma grave inconstitucionalidade, que provavelmente guarda relação com a situação calamitosa dos nossos

presídios. Se os presos votassem, talvez o sistema prestasse mais atenção no respeito aos seus direitos básicos.

Cf. Carol Anderson. *One Person, No Vote: How Voters Suppression is Destroying our Democracy*. New York: Bloomsberry Publishing, 2018.

Cf. American Civil Liberties Union (ACLU). *Block the Vote: How Politicians are Trying to Block Voters from the Ballot Box*, 17/07/2021.

Disponível em <https://www.aclu.org/news/civil-liberties/block-the-vote-voter-suppression-in-2020>. Acessado em 28/4/2022.

O legislador brasileiro assim definiu a violência política de gênero (Lei 14.192/2021): “Art. 3º Considera-se violência política contra a mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher. Parágrafo único. Constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo.”

Dados obtidos no relatório da Oxfam Brasil. *Democracia Inacabada: um retrato das desigualdades brasileiras 2021*. Disponível em https://www.oxfam.org.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio_democracia_inacabada_vs07.pdf.

Tratei do *reconhecimento* em Daniel Sarmiento. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 269-332. Vide também: Nancy Fraser e Axel Honneth. *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange*. London/New York: Verso, 2003; e Charles Taylor. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

O texto mais relevante é “a dialética do amo e do escravo”, publicado na obra: George Wilhelm Friedrich Hegel. *A Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. 6ª ed., São Paulo: Vozes, 2011.

Cf. Jessé Souza. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova: Revista de Cultura e de Política*, nº 50, 2000.

Daniel Sarmiento. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. cit.*, p. 286.

Nancy Fraser. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation. In: Nancy Fraser e Axel Honneth. *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange*. London/New York: Verso, 2003, p. 7.

Sobre o fenômeno, veja-se Pippa Norris e Ronald Inglehart. *Cultural Backlash: Trump, Brexit and Authoritarian Populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

Cf. Eliane Brum. *Brasil construtor de ruínas. Um olhar sobre o país, de Lula a Bolsonaro*. Porto Alegre: Arquipélago editorial Ltda., 2019, p. 231-234.

Nancy Fraser emprega critério importante para aferição da legitimidade das demandas identitárias: a *paridade de participação*. No que concerne ao reconhecimento, demandas legítimas são as que reivindicam que “os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito para todos os participantes da sociedade e lhes garanta oportunidades iguais para conquistarem a estima social” (Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. *Op. cit.*, p. 253). Evidentemente, esse critério afasta a legitimidade de demandas reacionárias dirigidas contra mudanças inclusivas na esfera da cultura.

Cf. Nancy Fraser. *O velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer*. Trad. Gabriel Lande Fazzio. São Paulo: Autonomia literária, 2020.

DIGNIDADE, IGUALDADE E ESTADO DE DIREITO

LUIZ FELIPE ROQUE⁵²

1. INTRODUÇÃO

A preservação e o fortalecimento de instituições democráticas são pautas frequentes no debate político e jurídico brasileiro, sobretudo com a ascensão de movimentos de cunho antidemocrático ao cenário político, quando não a mandatos eleitos. Essas pautas pressupõem, no entanto, a compreensão do que está em jogo, do *conteúdo* de referidas instituições a ser defendido. O estado democrático de direito implica elementos variados: a existência e autonomia dos Poderes Judiciário e Legislativo, o sistema eleitoral, a proteção da legalidade, de liberdades, dentre outros, mas implica, sobretudo, certa ideia de dignidade (que, para os fins deste trabalho, denomino autorrespeito), pilar subestimado do liberalismo político. Por tal razão, a sustentação teórica do estado de direito (*rule of law*) em sentido restrito, formalista, como propõe certa concepção liberal, parece insuficiente. Isso porque negligencia a dignidade como componente essencial do estado de direito e permite que se reconheça um *rule of law* em regimes políticos nos quais este não se verifica.

Em reação a essa concepção formalista, neste trabalho tenho por objetivo responder se – e em caso afirmativo, como – a concepção e recepção da dignidade da pessoa humana tem reflexos na preservação do estado de direito e das liberdades básicas por ele asseguradas. A hipótese que defendo é a de que o *rule of law* faz-se inteligível somente em um sentido substantivo, que pressuponha a proteção da dignidade

de todos em nível de igualdade. O descompromisso de instituições políticas com a produção e conservação das “bases sociais do autorrespeito” – termo utilizado por John Rawls para definir o bem social primário mais importante do liberalismo político –, vai de encontro à própria ideia de igualdade perante a lei. Por isso a promoção de uma concepção de estado de direito em sentido formal, limitada à exigência de previsibilidade normativa, é questionável.

Assumo como pressuposto que a cultura jurídica e o papel desempenhado por juristas, magistrados e operadores de direito em geral são relevantes para a preservação e o aprofundamento de instituições liberais⁵³. Por um lado, a teoria do direito, a doutrina, a jurisprudência e a prática jurídica têm peso importante em tal tarefa, a depender da concepção e metodologia compartilhada por esses agentes quanto a temas como o controle judicial, a legitimidade de decisões judiciais, etc. Por outro lado, são igualmente importantes estudos a respeito do comportamento de tribunais, instituições, entre outros atores em contextos autoritários e as próprias concepções compartilhadas pelo meio acadêmico e pela prática jurídica quanto à democracia, ao *rule of law*, ao pluralismo de valores, à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Todos esses ideais devem ser cultivados integrada e reciprocamente, e como tal devem ser apreendidos em uma comunidade política e jurídica. Para defendê-lo, utilizo-me de conceitos gerais da teoria rawlsiana, bem como de bibliografia da ciência política e referências históricas relativas a contextos marcados pelo comprometimento do estado de direito: regimes autoritários. Evidenciando que tais regimes são capazes de conciliar certa ideia de *rule of law* como Estado normativo (que segue as leis, independentemente do seu conteúdo moral), sustentarei o argumento de que a definição deste requer um complemento, qual seja, a proteção e o cultivo da igual dignidade – com a qual autocracias estão

especialmente descomprometidas. Para tanto, centrar-me-ei no tratamento de minorias sexuais por esses regimes. Não o faço por entender que são as únicas minorias vítimas de repressão, ou que são mais ou menos vítimas que demais cidadãos, mas sim por julgar que reivindicações e necessidades desse grupo são, essencialmente, demandas pelo reconhecimento de sua dignidade, enquanto outras minorias podem reivindicar pautas de redistribuição em conjunto com essas demandas.⁵⁴

Na primeira seção explicito que o estado de direito pode ser compreendido, pelo pensamento liberal, em um sentido restrito ou formalista. Nela também apresento a noção de dignidade adotada, recorrendo a elementos kantianos da teoria política de John Rawls em *A Theory of Justice* para apresentá-la como um bem social primário. Ressalvo, porém, que neste trabalho não tenho por intuito realizar uma hermenêutica da teoria rawlsiana, mas sim tomá-la como ponto de partida para reflexões – o que significa, por vezes, não assumir todos conceitos e argumentos deste autor. Justifico, por fim, por que introduzo neste texto apenas o debate sobre a perseguição a minorias sexuais.

Na segunda seção reflito sobre a noção de *rule of law* em cenários em que este mostra-se comprometido – em contextos de autoritarismo. Valendo-me especialmente da análise do *rule of law* em regimes notoriamente totalitários – a de Maciej Kisilowski a respeito do socialismo polonês e a de Ernst Fraenkel a respeito do nacional-socialismo alemão –, explicito que esses regimes conseguiram conciliar a preservação de certo ideal formalista de estado de direito com as arbitrariedades e perseguições do regime, inclusive a minorias sexuais. Para dialogar com a realidade brasileira, apresento exemplos de que o regime militar de 1964-1985 também pôde conciliar um estado de direito em sentido formalista ou normativista com seus fins persecutórios contra a população LGBTQIA+.

Na terceira seção, por fim, exponho que a dignidade, como bem social primário, é elemento de inteligibilidade do *rule of law* em sentido substantivo – e como tal deve ser compreendida pelo meio jurídico, especialmente no estudo do direito em contextos de autoritarismo político. Assim, a adoção de uma concepção restrita ou formalista de estado de direito fornece apoio institucional insuficiente para sua efetiva preservação, na medida em que desconsidera a razão de ser (ou o bem) do *rule of law* (assegurar-se o efetivo exercício de liberdades básicas a todos, o que, por sua vez, pressupõe a igualdade das bases sociais do autorrespeito – ou a dignidade da pessoa humana).

Nessa seção também esclareço duas prováveis objeções a essa tese. A primeira, de que uma concepção liberal de *rule of law* não deveria resultar de uma construção teórica “importada”, como a teoria dos bens sociais primários em John Rawls, mas considerar características particulares de determinada comunidade política e jurídica. A segunda, de que uma concepção substantiva de estado de direito poderia resultar intangível à realidade de sociedades de países subdesenvolvidos como o Brasil, de modo que alegar-se-ia inexistir nessas sociedades qualquer *rule of law*. À primeira crítica, responderei que o argumento em defesa da igualdade de bens sociais primários é moral e de natureza universal – independente, portanto, de aspectos contingentes ou contextuais. À segunda, que uma concepção substantiva de estado de direito não deve verificar se há *empiricamente* igualdade nas bases sociais do autorrespeito, mas se as instituições têm por fim a efetiva promoção de tal igualdade e, conseqüentemente, da justiça.

2. ESTADO DE DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. A NOÇÃO RESTRITA OU FORMALISTA DE ESTADO DE DIREITO

Parte da tradição liberal comumente compreende o estado de direito em sentido restrito ou formalista. Para ela, este consiste na regularidade ou previsibilidade que resulta de normas pré-estabelecidas a todos em um ambiente político – normas essas que evitam que condutas sejam julgadas proibidas ou permitidas e passíveis de sanção conforme o arbítrio de autoridades. Trata-se, *grosso modo*, de um normativismo, pelo qual o Estado age na forma da lei. Exemplo dessa concepção “formalista” de estado de direito é a de Friedrich A. von Hayek, segundo o qual o *rule of law* consiste em

regras que tornam possível prever com considerável certeza como a autoridade utilizará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias e planejar os assuntos individuais com base nesse conhecimento. Assim, dentro das conhecidas regras do jogo, o indivíduo é livre para alcançar seus fins pessoais, certo de que os poderes do governo não serão utilizados deliberadamente para frustrar seus esforços.⁵⁵ (trad. livre)

É verdade que são justificáveis esforços para conservar esse sentido mínimo de estado de direito. Como se verá adiante, na Polônia socialista pós-Stálin, por exemplo, uma elite de juristas atuou pela conservação de preceitos do *rule of law* mesmo no contexto autoritário e de graves restrições a liberdades e direitos fundamentais vigente em seu país – e isso pela construção teórica da ideia de um “*rule of law*” socialista (em princípio antagônico ao estado de direito em sua concepção liberal). Segundo Maciej Kisilowski, a experiência polonesa permitiria identificar garantias do estado de direito (ainda que desacompanhadas de um processo de democratização propriamente dito), certo *rule of law*, ao menos em sentido restrito, que resume um

sistema de governança sob o qual ações do governo estão sujeitas a regras fixas e prévias.⁵⁶

A despeito disso, esse sentido formalista não parece suficiente. Isso porque o estado de direito só se faz inteligível pela proteção de um bem social, que pode ser compreendido como as bases do autorrespeito ou, em outros termos, a dignidade da pessoa humana. Se o estado de direito é, como na concepção de Hayek, a regularidade que permite que indivíduos alcancem “seus fins pessoais” sem que autoridades frustrem isso arbitrariamente, a persecução desses fins pessoais requer que todos compartilhem igualmente as bases do autorrespeito ou que as instituições visem promover tal igualdade. Na subseção a seguir, explícito em que consistem, propriamente, essas bases.

2.2 A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BEM SOCIAL PRIMÁRIO

A dignidade da pessoa humana é frequentemente referida no meio jurídico como princípio constitucional “abstrato”, de conteúdo indeterminado. Esclarecida a partir da obra de John Rawls como um *bem social primário* (*primary social good*), talvez ela possa ser melhor compreendida. Bens são fins para ações (ou “desejos racionais”⁵⁷), aquilo que deve ser perseguido ou visado. Bens sociais, por sua vez, são aqueles produzidos e conservados socialmente, ou seja, que não estão na natureza (como o meio ambiente, recursos hídricos, minerais, etc.) nem são características naturais da pessoa (a inteligência, beleza, etc.). Mas que são bens sociais *primários*? Eles são aquilo que toda pessoa dotada de razão desejaria – e desejaria mais do que menos – independentemente de seus planos de vida individuais – ou seja, dos fins particulares encadeados que orientam suas ações a partir da concepção de bem ou de “vida boa” por essa pessoa adotada. Rawls

identifica-os, *grosso modo*, como as bases sociais do autorrespeito, direitos, liberdades, oportunidades, rendas e riquezas.⁵⁸

Diferentemente do que se verifica em algumas teorias liberais, na obra rawlsiana a sociedade não é compreendida como agregado de indivíduos que agem única e exclusivamente por seus próprios fins ou por sentimentos de benevolência e alteridade⁵⁹, mas como empreendimento cooperativo para que sejam obtidas vantagens mútuas por seus participantes.⁶⁰ Partindo de tal concepção de sociedade é que a teoria da justiça como equidade (ou imparcialidade) de Rawls propõe o justo arranjo dos bens sociais primários pelas instituições políticas, arranjo esse que deve levar à produção da “maior soma de benefícios e atribuições para cada um”.⁶¹ Essa cooperação para o melhor arranjo social, no entanto, pressupõe a preservação e conservação daquilo que o autor julga *o mais importante bem social primário*: as já mencionadas bases sociais do autorrespeito (“*self-respect*”).

O autorrespeito é a (a) consciência por cada membro da sociedade de seu próprio valor como fim em si mesmo que é, e (b) sua confiança na própria capacidade de satisfazer suas intenções mesmas.⁶² Suas bases são, propriamente, um arranjo institucional que proteja em termos de igualdade e priorize liberdades fundamentais, promovendo um ambiente plural, tolerante e de respeito mútuo que assegure a cooperação de todos:

A consideração do autorrespeito como possivelmente o mais importante bem primário destacou a grande significação de como pensamos que os outros nos valorizam. Mas, em uma sociedade organizada, a necessidade de *status* vai ao encontro do reconhecimento público por instituições justas, conjuntamente à completa e diversificada vida interna de várias comunidades de interesses que as liberdades

igualmente conferidas permitem. A base do autorrespeito em uma sociedade justa não é, portanto, o compartilhamento da renda de alguém, mas a *publicamente afirmada distribuição de direitos e liberdades fundamentais*. E sendo essa distribuição igualitária, todos têm um *status* similar e seguro quando se reúnem para conduzir os assuntos comuns da sociedade em sua generalidade.⁶³ (trad. livre)

É impossível imaginar o empreendimento cooperativo da sociedade por Rawls afirmado sem a autonomia de seus membros – autonomia essa que, *grosso modo*, consiste na capacidade de escolha de planos de vida individuais, a qual simultaneamente ampara e é amparada pelo autorrespeito de cada um. Às instituições *justas* compete promover a igualdade das bases desse autorrespeito e o reconhecimento recíproco de cada membro da sociedade. O autorrespeito deve ser compreendido como a consciência da própria *dignidade* do cidadão, como pessoa humana e agente moral que é. Ele não se dá, contudo, senão pelo cultivo social e recíproco entre os membros da sociedade e, no caso da política, entre cidadãos. Semelhante leitura da obra rawlsiana amparar-se-ia na filosofia moral kantiana invocada por Rawls mesmo, pela qual a autonomia da vontade de todo ser racional, como membro do Reino dos Fins – reino este em que nunca se é um meio para a ação de outrem –, confere-lhe dignidade⁶⁴. Afirma Immanuel Kant, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que

(...) a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, *se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação*⁶⁵ (trad. livre) (grifos meus)

Na teoria rawlsiana os princípios de justiça que orientam as instituições políticas são universais, aplicáveis a todos os cidadãos e poderiam ser aceitos por membros de uma posição original – prévia à sociedade – que não tivessem consciência de seu *status* social, dos bens que possuirão, etc., para deliberarem de modo imparcial ou justo (*fair*). Esses princípios, ao tratarem da disposição de bens sociais primários e assegurarem a igualdade das bases sociais do autorrespeito, permitem a cada um agir conforme as concepções de bem (ou vida boa) por eles adotadas, contanto que estas adequem-se àqueles princípios que regem as instituições políticas (e sejam, assim, “razoáveis”).⁶⁶ Não basta, portanto, a mera legalidade ou a estrita observância desta pelo Estado. Para Rawls a adequação a princípios universais de justiça é característica intrínseca ao exercício das liberdades em uma sociedade liberal organizada, o que constitui um “pluralismo razoável”⁶⁷.

De modo semelhante, para Kant, é a capacidade de cada ser moral de agir a partir de máximas que podem ser universalizáveis, sendo um fim em si mesmo – e, portanto, autônomo – que faz do ser humano digno. E o respeito ao outro (ou à dignidade do outro), na obra kantiana, dá-se pelo respeito à lei moral, pelo tratar a si e ao outro como um fim em si mesmo. É ele que assegura que a liberdade de alguém seja compatível com a de outrem, como preceitua sua doutrina do direito:

Kant não vê quaisquer razões para restringir (relativamente) usos privados da razão. Pelo contrário, ele argumenta que a constituição de uma comunidade política justa permite ‘a maior liberdade humana possível de acordo com leis pelas quais *a liberdade de cada um tem de ser consistente com a de todos*’ (CPR [Crítica da Razão Pura] A315/B373; cf. MEJ [Elementos Metafísicos da Justiça, parte I da Doutrina do Direito], VI,

230)”⁶⁸ (trad. livre) (grifo meu).

2.3. AS MINORIAS SEXUAIS COMO PARADIGMA PARA O ESTUDO SOBRE A DIGNIDADE

As denominadas demandas (ou “lutas”) por “reconhecimento”, consistentes em reivindicações de minorias sociais de que seus membros não sejam ignorados, desprezados, violados em sua integridade física e psíquica, mas sim tratados como igualmente capazes e dignos de respeito e estima exemplificam substantivamente a dignidade e autorrespeito. Elas são demandas pelo justo arranjo das bases sociais do autorrespeito, ou pelo amplo reconhecimento de sua dignidade – dignidade essa que, como visto acima, é pressuposto do exercício de liberdades (pois essas devem ser compatíveis com as de todos). E as reivindicações da população LGBTQIA+, especialmente, são a forma mais própria de demanda por tal bem, porque não se confundem, em regra, com demandas por redistribuição econômica, que possuem outra natureza e têm em vista um bem distinto⁶⁹. O que essas minorias reclamam consiste na igualdade de direitos civis, ações afirmativas que promovam sua igual estima, etc. Não clamam, propriamente, pela solução de problemas socioeconômicos como, por vezes, demandas do movimento feminista ou movimento negro podem cumulativamente reivindicar. No caso da população LGBTQIA+, suas pautas limitam-se, em geral, a visar o bem do respeito mútuo, de direitos e liberdades e da igual consideração de seus membros como cidadãos do empreendimento cooperativo em que consiste a sociedade.

3. A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO EM SENTIDO RESTRITO EM CONTEXTOS TOTALITÁRIOS E AUTORITÁRIOS

3.1. O *RULE OF LAW* EM CONTEXTOS TOTALITÁRIOS:

ARBITRARIEDADES CONTRA MINORIAS NOS REGIMES SOCIALISTA E NAZISTA

Em “The Middlemen: The Legal Profession, the Rule of Law, and Authoritarian Regimes”, tendo por base a concepção restrita ou formalista de estado de direito de Hayek, Maciej Kisilowski afirma que o regime ditatorial do Partido Comunista soviético recepcionou a ideia de um “*rule of law* socialista” como fator de legitimação do poder, consistente em garantias mínimas de regularidade e legalidade nas ações governamentais defendidas por uma elite de juristas cujo capital político era vantajoso ao regime. Garantias essas que, em princípio, reforçavam certo positivismo jurídico, interpretações não-funcionalistas do direito (consideradas de matriz “burguesa”, pois legitimadas pela tradição liberal)⁷⁰. O predomínio do método positivista evitava que operadores do direito recorressem a interpretações jusnaturalistas incompatíveis com as bases marxistas do regime. Evidentemente, Kisilowski não realiza em seu texto uma defesa do período ditatorial socialista, mas ressalta que a preservação do *rule of law* em sentido restrito teve consequências importantes: “estabilidade e previsibilidade, ainda que não acompanhadas de legitimação democrática, podem por vezes trazer melhora às vidas das pessoas, especialmente quando a história é cheia de horrores e brutalidade arbitrária”.⁷¹

Contudo, essa estabilidade e previsibilidade não se verifica em práticas jurídicas que deixam de observar princípios de justiça formal e não se orientam por uma moralidade intrínseca ao direito, ou truísmos⁷² que conservem o sentido dessa prática, qual seja, a própria justiça⁷³. Pense-se no princípio da isonomia, que determina que o Poder Público (inclusive o Judiciário) deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Embora normas jurídicas sejam, essencialmente, de caráter geral, aplicáveis igualmente a todos, a arbitrariedade da Administração Pública (ou mesmo de tribunais) em

sua aplicação pode ir ao encontro do próprio princípio.

Mesmo o já mencionado Friedrich A. Hayek⁷⁴ atribui a regimes de cunho autoritário o repúdio a princípios de justiça formal – que, acrescento, constituem aquilo que Lon Fuller denomina moralidade interna do direito⁷⁵ – e o anseio de estabelecer a desigualdade entre particulares:

É significativo que socialistas (e Nazistas) tenham sempre protestado contra a justiça “meramente” formal, que sempre tenham objeções a um direito que não tivesse vista a quão privilegiadas deveriam ser pessoas particulares, que tenham clamado por uma “socialização do direito” e atacado a independência de juízes.⁷⁶ (trad. livre)

Também Ernst Fraenkel, cientista político e advogado alemão atuante na Berlim de 1933-38, em seu *O Estado Dual* (ou *O Estado Duplo*), publicado em 1941, percebia que o nacional-socialismo rejeitava a herança jusnaturalista de um valor intrínseco do direito, de forma que o vínculo entre direito e moral, durante o regime, não se explicava por um mínimo de moralidade que a prática jurídica devesse possuir, mas porque a moral compartilhada pelos nazistas era simplesmente assimilada por aquilo a que o direito nacional-socialista conferia validade.⁷⁷ Somente uma concepção formalista de estado de direito, apática ao funcionalismo e ao jusnaturalismo, proporcionaria esse processo de assimilação.

Para Fraenkel, o nacional-socialismo estabeleceu na Alemanha, mais que um formalismo, um Estado Dual (ou Duplo). Isso porque conciliava Estado Normativo (*rule of law* em sentido formalista) e Estado Prerrogativo (o afastamento, em matérias do âmbito político, daquele *rule of law*). Estado Dual porque juridicamente seguro/racional

na esfera econômica – alinhado aos interesses capitalistas – e arbitrário na esfera política.⁷⁸ Assim, matérias políticas, concernentes à “soberania” do *Reich*, justificavam a derrogação de normas jurídicas⁷⁹, eram isentas de atos de controle judicial – e isso, muitas vezes, por conivência do próprio Judiciário: mesmo princípios legais fundamentais deixavam de ser aplicados por tribunais alemães em razão de seu conteúdo político.⁸⁰ E mais: essas matérias eram arbitrariamente alargadas, inclusive para perseguição de minorias sexuais. É o caso, por exemplo, do enquadramento como “política” a condenação de um frade homossexual, mencionado pelo autor:

Nem a ofensa em si nem a pessoa de um absolutamente inconsequente frade tem a mínima conexão com política. *No Terceiro Reich, a sodomia torna-se uma ofensa política sempre que o tratamento político de ofensas do gênero é visto como desejável pelas autoridades políticas.* A conclusão a que se pode chegar é de que política é aquilo que as autoridades políticas decidem definir como político. A classificação de uma ação como política ou não-política determina se ela será tratada em conformidade com a lei ou conforme preferências arbitrárias das autoridades políticas.⁸¹
(trad. livre) (grifos meus)

É verdade que a própria existência do *rule of law* no Estado Dual é questionável pela prerrogativa conferida à arbitrária matéria política. Concordando-se com a hipótese de Fraenkel, da coexistência entre Estados Normativo e Prerrogativo, contudo, a conclusão à qual tanto a experiência polonesa quanto a alemã encaminham é a de que regimes autoritários não implicam, necessariamente, arbitrariedade plena e descarte absoluto dos preceitos do *rule of law*. Pelo contrário: podem

preservá-lo parcialmente, seja pelo intuito de legitimação política, seja por interesses econômicos, ou qualquer outra razão. De fato, como esclarece Bernd Rüthers ao tratar do papel desempenhado por juristas e tribunais no nacional-socialismo alemão, a renovação jurídica almejada pelo regime não pressupunha alterações constitucionais ou legislativas:

em muitos âmbitos essenciais do ordenamento jurídico o legislador nacional-socialista manteve as normas legais provenientes da época de Weimar. É o que ocorreu especialmente no direito privado. (...)

Isso não significa que os governantes estivessem inclinados, quanto a essas leis mantidas em vigor, a deixar as coisas como estavam, a aceitar os conteúdos jurídicos recebidos. Muito pelo contrário, o programa que orientava a política jurídica do nazismo era de uma completa “renovação jurídica popular baseada na ideologia nacional-socialista” (...)

Desde o princípio estava claro que somente a um prazo muito longo poder-se-ia pensar em uma completa revisão ordenamento jurídico mediante a legislação nacional-socialista. Nos primeiros anos do sonhado Reich dos mil anos, o principal trabalho para a reforma do direito deveria ser prestado pelos juristas e juízes por eles orientados. Para os métodos de aplicação, desenvolvimento e alteração do direito que poderiam servir a esse objetivo, havia uma conjuntura favorável depois de 1933.⁸² (trad. livre)

3.2. O *RULE OF LAW* NO CONTEXTO AUTORITÁRIO BRASILEIRO:

ARBITRARIEDADES CONTRA MINORIAS SEXUAIS PELA DITADURA MILITAR (1964-1985)

A experiência autoritária brasileira mais recente, correspondente aos anos da ditadura militar de 1964-1985, ainda que não seja marcada por um regime totalitário propriamente dito, leva às mesmas conclusões quanto à conservação de certo *rule of law* em sentido restrito. Esforços do governo militar em manter a aparência de normalidade institucional e conservação do estado de direito são evidenciados pela manutenção do regime constitucional vigente antes do Golpe de 1964, pela conservação, até 1968 (e, após 1978, a reabertura) do Congresso Nacional, a edição de Atos Institucionais que autorizavam medidas de repressão a civis, dentre outros aspectos históricos. Acrescente-se que, mais que conservar a Constituição e a legislação vigentes, o regime militar pautou-se por uma *produção normativa*: pelos meios legais, a Administração Pública fora reformada (vide os Decretos-leis nº 200/1967 e 900/1969), bem como o mercado de capitais (vide as Leis nº 6.404/1976 e Lei nº 6.385/1976), o sistema tributário (Lei nº 5.172/1966), etc. Nesse sentido, pode-se dizer que as autoridades agiam sob a forma da lei, em observância a um normativismo ou formalismo.

A estrita legalidade, contudo, não impediu que o regime perseguisse minorias sexuais e, mais sustentasse a discriminação e estigmatização desse grupo. Não faltam ilustrações disso. Vale a menção, por exemplo, às batidas policiais comandadas pelo delegado José Wilson Richetti em São Paulo, no início da década de 1980 – as quais, a pretexto do combate legal à criminalidade, praticavam atos de violência sobre minorias sexuais – e, notadamente, prostitutas e “travestis”. Referidos grupos, com amparo na legislação vigente, eram comumente associados à prática de crimes ou contravenções penais, sendo passíveis de prisão cautelar. Os estereótipos negativos

amplamente difundidos na mídia nacional também contribuíam à aparente legitimidade das operações.⁸³

Vale a menção, ainda, ao inquérito policial arbitrariamente instaurado em 1978 pelo regime militar contra o *Lampião da Esquina*, jornal da imprensa nanica que tratava de assuntos voltados à população GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes). O inquérito havia sido instaurado, em princípio, em respeito à legislação vigente, supostamente para devassa que verificaria as condições financeiras do jornal em se manter ou não como empresa. No entanto, o procedimento configurava verdadeira perseguição política à população GLS, como evidenciam informações oficiais prestadas pelo delegado de Polícia Federal responsável pelo inquérito, José da Silva Motta. Segundo o delegado, a instauração do procedimento teria se dado

para apurar a responsabilidade criminal dos indivíduos que compõem o Conselho Editorial do jornal LAMPIÃO DE ESQUINA, autores de publicações de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, em flagrante desrespeito às regras do artigo 17 da Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (...)

Sobre o pedido de vistas aos livros contábeis da editora do tabloide “Lampião”, órgão que, conforme o apurado regularmente e com respaldo no Parecer Censório emitido pelo Serviço de Censura e (sic) Diversões Públicas/SP/RJ, se dedica exclusivamente à apologia do homossexualismo (sic), queremos aqui esclarecer que a finalidade deste Inquérito é, não só enviar ao Estado-juiz a pretensão punitiva dos indiciados, como, por outro lado, considerando que (...) [a legislação] não tolera as publicações e

exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, solicitar enérgicas providências para a suspensão definitiva do jornal em questão⁸⁴

Os exemplos acima, que tratam especificamente da utilização de meios legais de perseguição e censura à população LGBTQIA+, evidenciam que a conservação de um estado de direito não é necessariamente incompatível com regimes autoritários. Nesse mesmo sentido, Renan Quinalha, ao tratar da repressão de minorias sexuais no regime militar, afirma que não foi a ausência de normas prévias que possibilitou a arbitrariedade repressiva, mas justamente uma estratégia de excessiva e permissiva normatização:

Os princípios que fundamentaram a posição do regime foram materializados em diplomas normativos que estabeleceram critérios para o controle político e moral das artes e das comunicações no país. A partir da análise desse aparato legal, é possível perceber que a ditadura exerceu sua violência não em um contexto de *anomia*, mas de uma *hipernomia*. Isso não é, não se tratava apenas de opor um estado de fato ao de direito, ou de sobrepor a lei pela força, mas de manipular um emaranhado legislativo e administrativo de acordo com os interesses políticos do regime em cada uma de suas fases.⁸⁵

Por fim, vale mencionar que, além da repressão acima relatada, não houve esforços públicos para a promoção do respeito mútuo na sociedade brasileira em relação aos LGBTQIA+. A indiferença das instituições políticas durante o regime militar reiterou estruturas discriminatórias e estigmatizantes da população LGBTQIA+.

conservando, assim, o ambiente de intolerância, desrespeito e injustiça a essa minoria na sociedade brasileira. É o que evidenciam, por exemplo, a inércia institucional no combate à estigmatização dessa população, o aproveitamento de tal estigmatização para controle moral, a ausência de políticas de governo voltadas a essa minoria, a segregação desta em localizações específicas do espaço urbano⁸⁶, etc.

3.3. O LEGALISMO AUTOCRÁTICO COMO ESTRATÉGIA DO AUTORITARISMO

A democracia (*grosso modo*, a atribuição de decisões políticas à vontade da maioria) e o constitucionalismo (a limitação do poder estatal, o compromisso com instituições democráticas, o sistema eleitoral, a dignidade e as liberdades individuais e de minorias presentes e futuras) são aspectos distintos da democracia liberal e podem, por vezes conflitar.⁸⁷ Líderes e regimes autocratas, como afirma K. L. Scheppele, exploram esse conflito para fins iliberais (para pôr em xeque os próprio princípios liberais, constitutivos das instituições). O que a autora chama de legalismo autocrático (“*autocratic legalism*”) consiste precisamente no uso de mandatos eleitos e instrumentos legais de mudança política em detrimento do liberalismo político.

Também o papel de tribunais pode ser desempenhado de formas variadas e sofisticadas em contextos autoritários, para controle de opositores, controle de servidores da própria administração, realização de reformas que implicam custos políticos (sem levá-las ao Poder Legislativo), credibilidade com a esfera econômica e, sobretudo, legitimação pela suposta normalidade institucional.⁸⁸ A aparência de institucionalidade é elemento fundamental para autocracias contemporâneas – e as ameaças ao *rule of law*, que no século passado já eram disfarçadas por ideias como a do Estado Prerrogativo ou do estado de direito socialista, ficam mais sutis, seguindo pelas vias

constitucionais (por mandatos eleitos, emendas, reformas). Tampouco é preciso levar tanques às ruas para se intervir em decisões de tribunais: a fragmentação da estrutura do Judiciário, a restrição no acesso à justiça, entre outras medidas, pode fazer valer os anseios de um regime com maior discrição.⁸⁹

Evidentemente, a manutenção de quadros institucionais e da autonomia de Cortes pode gerar perdas políticas – de forma que o recurso a tal normalidade institucional implica verdadeiro cálculo de custos e benefícios para autocratas.⁹⁰ Regimes que pretendem maior longevidade tendem a preservar este quadro de pseudo-normalidade de tribunais e outras instituições, pois a permanência no poder requer desenvolvimento institucional e disciplina administrativa.⁹¹

Em suma, uma cultura jurídica e política que preze pela conservação do estado de direito em sentido formalista não é suficiente por ao menos duas razões. A primeira, porque tal *rule of law* pode ser preservado apenas com fundamento em um positivismo metodológico estrito⁹², ou normativismo – resumido à atuação estatal a partir da forma da lei –, que renuncie a princípios de justiça formal e seja indiferente a uma “moralidade interna” ou a truísmos que todo ordenamento jurídico deve atender ou visar. A segunda razão, consequência direta da primeira, é que a observância, pelo Estado, de normas pré-estabelecidas – que supostamente geram previsibilidade no comportamento da Administração Pública em relação aos administrados –, justamente por serem compreendidas em sentido positivista e limitado, pode, ainda assim, ser arbitrária. Em outras palavras, a proteção do estado de direito em sentido restrito é insuficiente porque não impede que se trate desigualmente aqueles que se encontram em posições iguais, em afronta direta ao princípio da isonomia (o tratar de modo semelhante casos semelhantes, aplicável não apenas a tribunais, mas à Administração Pública).

4. ESTADO DE DIREITO E IGUALDADE NAS BASES SOCIAIS DO AUTORRESPEITO

4.1. O VÍNCULO NECESSÁRIO ENTRE ESTADO DE DIREITO E IGUALDADE NAS BASES SOCIAIS DO AUTORRESPEITO

A bibliografia supramencionada indica que a manutenção da institucionalidade, de um mínimo *rule of law*, é estratégia comum a regimes autoritários. Em vez de ditaduras escancaradamente militarizadas e violentas, autocracias utilizam-se da legalidade para alcance de seus interesses e, como afirma Scheppele, também podem abdicar da violência para perseguir oponentes. Em vez de torturá-los ou prendê-los arbitrariamente, os regimes exilam-nos, prendem-nos por crimes comuns (pelas vias legais), provocam sua demissão, etc.⁹³

O que tais autocracias têm de semelhante portanto, não é propriamente o desprezo à legalidade formal – como visto, podem, por exemplo, dismantelar o Estado de direito, tomando-o na versão formalista, ou constituir um estado paralelo, prerrogativo. Tampouco é o desprezo à democracia, pois a vontade da maioria pode ser elemento de amparo para autocracias do século XX. Na realidade, têm em comum o *iliberalismo*, o descompromisso com liberdades individuais dos dissidentes e dos diferentes⁹⁴, com o pluralismo e a tolerância⁹⁵ que consistem nas bases sociais do autorrespeito (na proteção da dignidade de toda pessoa humana), como os exemplos das minorias sexuais acima explicitados demonstraram.

O respeito e amplo exercício de liberdades legalmente previstas, nesses regimes, é assegurado desigualmente apenas a alguns, conforme o arbítrio de autoridades. É isso que está em jogo quando se ataca o liberalismo. Não à toa, pesquisadores que identificam no populismo uma ameaça, ou ao menos uma oposição à democracia liberal, vinculam-no igualmente à rejeição do pluralismo, a uma ideologia

monista e ao descompromisso com direitos de minorias.⁹⁶ Para o líder populista, haveria um verdadeiro jogo de soma zero: ou os interesses da maioria, ou os das minorias – e nada entre isso.⁹⁷

Por isso uma concepção formalista de *rule of law* não basta. Um estado de direito substantivo somente se sustenta plenamente sobre a dignidade que, em termos kantianos, origina e é originada pelo livre exercício de liberdades, pela autonomia da vontade que justifica o liberalismo político. A importância de regras previamente estabelecidas está na base mesma do conceito restrito de Hayek mencionado na seção 1.1 deste trabalho. E essa importância só se explica, como o próprio autor afirma, porque permite que todos alcancem “*seus fins pessoais*” sem que o Estado frustre seus esforços arbitrariamente. Em sentido semelhante, a passagem de John Rawls abaixo transcrita trata com maior clareza da relação entre a proteção do estado de direito e o exercício de liberdades:

A liberdade (...) é um complexo de direitos e deveres definidos pelas instituições. As várias liberdades especificam coisas que devemos escolher fazer, se o quisermos, e em vista de quê. Quando a natureza da liberdade torna-a apropriada, o outro tem o dever de não interferir. Mas se o preceito de nenhum crime sem [prévia] lei é violado, diga-se, por diplomas legais serem vagos e imprecisos, o que se é livre para fazer é igualmente vago e impreciso. Os limites de nossa liberdade são incertos. E, na medida em que isso ocorre, a liberdade é limitada por um receio razoável de seu exercício.⁹⁸ (trad. livre)

O exercício de liberdades pressupõe um ambiente de tolerância, plural, em que a todos sejam conferidas bases sociais do autorrespeito;

somente cidadãos cuja dignidade é protegida e reconhecida são capazes de perseguir seus fins pessoais e cooperar socialmente entre iguais como propõe um liberalismo político coerente. Por isso, o *rule of law* só ganha inteligibilidade, sentido, em uma prática compartilhada por agentes capazes que compartilhem também essas bases. É por elas que agentes produzem e conservam autorrespeito e respeito recíproco, reconhecendo um ao outro como agente dessa prática, para participarem do empreendimento cooperativo em que se inserem.

A autonomia do frade homossexual mencionado por Fraenkel, considerado “inimigo político” do regime nazista, não valia o mesmo que a de um inspetor da polícia nazista ou a de qualquer outro filiado ao partido. Igualmente, o exercício, por parte de minorias sexuais, de liberdades conferidas a *todos* os brasileiros foi especialmente restringido durante o regime militar brasileiro, em virtude de arbitrariedades praticadas sob fundamentos legais, sob amparo de um estado de direito compreendido em sentido restrito. Ora, não há igualdade nas bases do respeito quando, deliberadamente, a autonomia de um membro da sociedade é “mais autônoma” e a de outro é sujeita a juízos políticos, quando um pode perseguir seus fins pessoais e outros apenas os fins pessoais que a sociedade ou as autoridades lhe impõem. Há, nessa hipótese, fundado receio do exercício de liberdades por uma minoria estigmatizada, enquanto a maioria pode gozar de um estado de direito, ainda que em sentido mínimo. Sobre o tratamento desigual de casos iguais, o próprio Rawls afirma que

O mesmo tipo de consequências [sobre o exercício de liberdades, resultantes de leis vagas e imprecisas] dá-se se casos semelhantes não são tratados de modo similar (...). O princípio da legalidade possui um fundamento sólido, portanto, no argumento de que pessoas racionais estabelecem para si a maior amplitude de

igual liberdade. Para restar seguro na posse e no exercício dessas liberdades, os cidadãos de uma sociedade organizada vão normalmente querer conservar o estado de direito⁹⁹ (trad. livre)

Em suma, se a razão de ser do estado de direito é a preservação da liberdade, esta só pode ser plenamente atingida em um ambiente de produção e conservação das bases sociais do autorrespeito. E isso vale também para o intuito de reforma institucional de sociedades liberais: é na equalização de tais bases que se fundamenta o combate à discriminação¹⁰⁰, bem como a realização de políticas afirmativas voltadas à proteção e à promoção da estima de minorias, etc. Somente a consideração de uma concepção substantiva de estado de direito é apta a orientar o fortalecimento institucional desse conceito. Uma perspectiva que opte pelo aspecto formalista do *rule of law*, por sua vez, desconsidera o elemento que lhe dá sentido. Não pretendo elaborar aqui um conceito próprio de *rule of law* nessa dimensão substantiva, mas a consideração de seu sustentáculo na igualdade da dignidade e do respeito é o primeiro passo para todo esforço conceitual.

4.2. ESTADO DE DIREITO, IGUAL RESPEITO E JUSTIÇA: DUAS POSSÍVEIS OBJEÇÕES

Por fim, duas possíveis críticas à tese defendida nesse texto merecem esclarecimento.¹⁰¹ Uma primeira é a suposta inadequação, à sociedade brasileira, de elementos teóricos de uma comunidade política e jurídica consideravelmente distinta da anglo-saxã para que se definam as bases de um liberalismo político coerente. Neste texto, não se propõe “importar” uma teoria estrangeira como a de Rawls, mas pensar moral e universalmente. O liberalismo político é um modelo político universal que pode ser defendido moralmente, ou seja, independentemente de

contingências como as de uma comunidade ou outra. De modo análogo, a dignidade da pessoa humana só pode ser defendida se estendida à ideia de humanidade – e não à de um indivíduo situado em determinada comunidade. Evidentemente, certas culturas podem conferir maior ou menor significação e características variáveis para esses elementos, dentro daquilo que se entende como “pluralismo razoável”. No entanto, a defesa de um estado de direito que assegure o exercício de liberdades básicas e a igualdade das bases sociais do autorrespeito só pode ser feita a partir de um argumento universal, que justifique que a dignidade é atributo de todos, e não de um cidadão de uma comunidade ou outra, um gênero ou outro, uma classe ou outra, etc. Por isso uma concepção substantiva de estado de direito não precisa (nem deve) ser pensada a partir de uma sociologia própria à sociedade brasileira. O esforço conceitual é, por si mesmo, um exercício filosófico¹⁰².

Uma segunda crítica possível, complementar à primeira, é a de que uma concepção substantiva de *rule of law*, que pressuponha a produção e conservação da igualdade das bases do autorrespeito, tornaria a definição tão insensível a certas realidades institucionais (como a brasileira) que nestas sequer se poderia verificar um estado de direito. Não afirmei que o *rule of law* dá-se apenas em sociedades nas quais haja *empiricamente* igual preservação das bases sociais em questão, ou em que haja plena igualdade da dignidade de cada um. A proposta, de natureza moral, é pensar universalmente; daí o argumento de que instituições *devem orientar-se* pelo fortalecimento e pela conservação de um estado de direito no qual haja previsibilidade do quadro normativo e seja assegurada a proteção (e promoção) da dignidade de todos em um ambiente plural e tolerante, o qual assegure o exercício das liberdades que justificam o liberalismo político. Nos casos das ditaduras polonesa, alemã e brasileira mencionadas acima, verificava-se um quadro institucional aberto à arbitrariedade na

aplicação de normas isonômicas apenas em princípio, visto que estas incidiam de modo imprevisível (aleatório) notadamente sobre minorias sexuais.

Não se quer dizer, com isso, que em regimes democráticos ou liberais a população LGBTQIA+ ou outras minorias gozam de plenos direitos e conseguem efetivamente exercer suas liberdades em termos de igualdade com as majorias. É justamente a necessidade de se afirmar a igual dignidade de seus membros, característica fundamental à consolidação do estado de direito, que torna necessária a adoção de políticas afirmativas especialmente voltadas a essas minorias em uma sociedade liberal. No já mencionado *A Theory of Justice*, John Rawls afirma que

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais assim como a verdade é a dos sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais elegante e econômica, deve ser rejeitada ou revisada se falsa; igualmente, leis e instituições, independentemente do quão eficientes e bem-arranjadas, devem ser reformadas ou abolidas se injustas.

Igualmente, uma prática institucional que não alcance esses fins será injusta ou “defeituosa”, sendo passível de revisão ou abolição. Importa, contudo, que seja orientada pela ideia mesma de estado de direito ou pelo sentido daquela prática – sentido e ideia cuja defesa moral independe de contingências ou culturas particulares.

5. CONCLUSÃO

O vínculo entre proteção e fortalecimento do estado de direito e promoção da igualdade das bases sociais do autorrespeito é necessário,

conclusão que se segue uma vez apresentados e aceitos os conceitos essenciais a esse argumento – o de estado de direito, tal como comumente compreendido pela teoria liberal (em sentido restrito ou formalista), e o de bases sociais do autorrespeito (que denominei dignidade).

Com base em autores que se dedicaram ao estudo do estado de direito em contextos totalitários e autoritários e a partir de exemplos envolvendo minorias sexuais, verifica-se que autocracias podem atingir seus fins políticos e até reprimir minorias ainda que preservem uma espécie de *rule of law* em sentido restrito. Os exemplos do frade acusado de sodomia na Alemanha nazista e aqueles referentes à ditadura militar brasileira ilustraram essa possibilidade. Isso porque a perseguição à população LGBTQIA+ – aquela cujas demandas são essencialmente pelo reconhecimento de sua dignidade – foi amparada por um quadro normativo prévio que, não obstante, admitia arbitrariedades em face de minorias cuja dignidade – e cujas liberdades – não é igualmente protegida pelas instituições.

Conclui-se, finalmente, que somente uma cultura política e jurídica comprometida com a igualdade das bases sociais do autorrespeito (e, portanto, com a proteção da dignidade de toda pessoa humana e produção de um ambiente plural, tolerante, de respeito recíproco) é apta a produzir e conservar um estado de direito em sentido substantivo, que atenda à finalidade mesma do *rule of law* (a previsibilidade normativa de eventuais constrangimentos à liberdade humana e, conseqüentemente, o exercício autônomo dessas liberdades, para cooperação social e persecução de fins particulares por cada um). Em resposta a duas possíveis objeções, reforcei a ideia de que a defesa do estado de direito e da dignidade da pessoa humana requer uma argumentação moral e, nesses termos, universal, independente de contingências, e que instituições liberais devem ter por finalidade a equalização das bases sociais do autorrespeito e produção de um ambiente social de respeito mútuo – ainda que, empiricamente, não o

alcance.

Nesses termos, o debate em torno de uma concepção formalista ou substantiva do *rule of law* concerne à igualdade e à justiça. E se a concepção de estado de direito é apartada da ideia de dignidade da pessoa humana, maior a probabilidade de se renunciar a uma em prol de outra, de se tolerarem ataques a uma e se suporem normalidades institucionais inexistentes. Preservar e aprofundar o estado democrático de direito requer também a preservação e o aprofundamento das bases do respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FINCHELSTEIN, Frederico. *From fascism to populism in history*. Oakland (CA): University of California Press, 2017.

FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Oxford: OUP, 1941.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. SOUZA, J. (org.) *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

FULLER, Lon L. “Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart” in *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-672, 1958.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: CUP, 2008, p. 58-72.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito* (trad. A. R. Mendes). 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert L.A. “Positivism and the separation of law and morals” in *Harvard law review*, v. 71, n.4, fev., p. 593-629, 1958.

HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom – with The intellectuals and socialism*. London: The Institut of Economic Affairs (IEA), 2005.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (trad. Luiz Repa). São Paulo: Ed. 34, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática* (trad. Monique Hulshof). Petrópolis: Ed. Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (trad. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, 2005.

KISILOWSKI, Maciej. “The Middlemen: The Legal Profession, the Rule of Law, and Authoritarian Regimes” in *Law & Social Inquiry*, v. 40, n° 3, p. 700-722, 2015.

LANDAU, David. “Populist Constitutions” in *University of Chicago Law Review*, v. 85, pp. 521-543, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito – o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n° 42, p. 77-100, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *Revista Sur*, v. 2, n° 2, p. 64-95, 2005.

MANDLE, John; REIDY, David A (ed.). *The Cambridge Rawls Lexicon*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MUDDE, Cas. “Are populists friends or foes of constitutionalism?”. *The Foundation for Law, Justice and Society (Policy Brief)*. Oxford: CSLS/Wolfson College, 2013.

O’NEILL, Onora. “The public use of reason” in *Constructions of reason: explorations of Kant’s practical philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 28-50.

QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT (Col. Arquivos da repressão no Brasil)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. 3^a ed. (exp.). New York: Columbia University Press, 2005.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en El Tercer Reich* (trad. e introd. J. A. García Amado). Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica/Marcial Pons, 2016.

SÃO PAULO. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo. *Relatório: Tomo I – Recomendações gerais e recomendações temáticas; Parte II: Grupos sociais e movimentos perseguidos ou atingidos pela ditadura*. Disponível em: <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-ii-cap7.html>. Acesso em 1 jan. 2022.

SCHEPPELE, Kim L. “Autocratic Legalism” in *University of Chicago Law Review*, v. 85, pp. 545-583, 2018.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

Mestrando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

Em sentido análogo, Bernd Rüthers afirma, ao tratar da promoção do iliberalismo no regime nacional-socialista, que “Se vemos mais de perto tudo aquilo que concerne à evolução jurídica no nacional-socialismo, a primeira coisa que verificamos é a grande influência exercida pela

doutrina e jurisprudência” (tradução livre do original: “Si miramos más de cerca todo lo referido a la evolución jurídica bajo el nacionalsocialismo, lo primero que apreciamos es la gran influencia ejercida por la doctrina y la jurisprudência”). Assim como a cultura jurídica e jurisprudencial desempenha papel relevante para a construção de uma cultura política e jurídica iliberal, desempenhá-lo-á na construção de uma cultura liberal. RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en El Tercer Reich* (trad. e introd. J. A. García Amado). Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica/Marcial Pons, 2016, p. 51.

A distinção entre demandas por reconhecimento e por redistribuição pode ser encontrada em FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. SOUZA, J. (org.) *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001. Sobre as lutas por reconhecimento, cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (trad. Luiz Repa). São Paulo: Ed. 34, 2003. Para maior contextualização e diálogo entre a teoria do reconhecimento e a ideia de dignidade na teoria moral, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, nº 42, p. 77-100, 2000.

No original: “... rules that make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge. Thus, within the known rules of the game, the individual is free to pursue his personal ends, certain that the powers of government will not be used deliberately to frustrate his efforts”. HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom – with The intellectuals and socialism*. London: The Institut of Economic Affairs (IEA), 2005, p. 57.

KISIŁOWSKI, Maciej. “The Middlemen: The Legal Profession, the Rule of Law, and Authoritarian Regimes” in *Law & Social Inquiry*, v. 40, nº 3, p. 700-722, 2015, p. 700.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 79-80.

Ibid., p. 79.

Ibid., p. 155.

Ibid., p. 73-74.

Ibid. p. 74.

Ibid., p. 386.

No original: “*The account of self-respect as perhaps the main primary good has stressed the great significance of how we think other value us. But in a well-ordered society the need for status is met by the public recognition of just institutions, together with the full and diverse internal life of the many free communities of interests that the equal liberties allow. The basis for self-respect in a just society is not then one’s income share but the publicly affirmed distribution of fundamental rights and liberties. And this distribution being equal, everyone has a similar and secure status when they meet to conduct the common affairs of the wider society.*”. Ibid., p. 477.

Em Kant, a dignidade tem por fundamento a autonomia, que é intrínseca ao ser humano capaz e racional, o qual “não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (trad. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77. A dignidade, para o filósofo alemão, é a disposição de espírito que faz da pessoa um fim em si mesma, um valor não-relativo. Ibid., p. 77. Já a autonomia, a propriedade da vontade pela qual cada pessoa é “para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer” Ibid., p. 85. A liberdade, por fim, é um postulado da moralidade dotado de um sentido negativo (consistente na independência da vontade na formulação de leis morais) e um positivo (na própria legislação moral da razão). Idem, *Crítica da razão prática* (trad. Monique Hulshof). Petrópolis: Ed. Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2016, p. 53-54 e p. 171.

Id., *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela).

Lisboa: Edições 70, 2005, p. 85.

Daí poder-se afirmar que Rawls não possui uma concepção meramente formalista de estado de direito. Em *A Theory of Justice*, o *rule of law* é apresentado como “A administração regular e imparcial, e nesse sentido equitativa (*fair*), do direito”. RAWLS, op. cit., 1999, p. 207.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. 3ª ed. (exp.). New York: Columbia University Press, 2005, p. 63-64.

No original: “(...) *Kant does not see any reasons to restrict (relatively) private uses of reason. On the contrary, he argues that the constitution of a just polity allows “the greatest possible human freedom in accordance with laws by which the freedom of each is made to be consistent with that of all others” (CPR, A 3 1 6/B 3 7 3; cf. MEJ, VI, 2 30).*” O’NEILL, Onora. “The public use of reason” in *Constructions of reason: explorations of Kant’s practical philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 49.

Cf. FRASER, Nancy, op. cit. sobre a natureza distinta de lutas pelo reconhecimento e pela redistribuição.

Assim, para o autor, a atuação de parcela dos juristas poloneses em prol de um estado de direito *socialista* beneficiou o regime (conferindo-lhe legitimidade), conteve-o (exigindo certa previsibilidade) e beneficiou também a classe dos advogados, que sofre menor pressão política e aumenta seu capital social. KISIŁOWSKI, Maciej, op. cit., p. 712-717.

No original: “Stability and predictability, even if not accompanied by democratic legitimation, may often bring improvement to people’s lives, especially when history is full of the horrors of arbitrary brutality”. Ibid., p. 717.

A relação entre direito e princípios de justiça formal é tema clássico da filosofia do direito, notoriamente a partir do debate de Lon Fuller e Herbert Hart – se, para este, pode-se distinguir a validade do direito e sua moralidade (podendo-se verificar um direito tão iníquo que, ainda que válido, tenho o dever moral de desobedecê-lo), para aquele, o direito possui um valor intrínseco, uma moralidade interna (os princípios de justiça formal) dele constitutiva. A discussão entre Hart e

Fuller tem como pano de fundo justamente a iniquidade e juridicidade do regime nacional-socialista alemão. HART, Herbert L.A. “Positivism and the separation of law and morals” in *Harvard law review*, v. 71, n.4, fev., p. 593-629, 1958. FULLER, Lon L. “Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart” in *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-672, 1958. Em *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*, contudo, Hart esclarece que todo direito deve observar certos truísmos ligados à própria natureza humana. HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito* (trad. A. R. Mendes). 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 209-216.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito – o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 285-292.

Ressalvo que referido texto de Hayek não se propõe a uma análise historiográfica de regimes ou um estudo aprofundado de teoria política, devendo ser analisado como escrito essencialmente político (se não panfletário), antissocialista, pela interferência mínima do Estado na “liberdade individual”.

FULLER, Lon L. “Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart” in *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-672, 1958.

No original: “It is significant that socialists (and Nazis) have always protested against ‘merely’ formal justice, that they have objected to law which had no views on how well off particular people ought to be, that they have demanded a ‘socialization of the law’ and attacked the independence of judges.”. HAYEK, Friedrich A., op. cit., p. 58.

FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Oxford: OUP, 1941, p. 111.

Ibid., p. 205-206.

Ibid., p. 66.

Ibid., p. 51.

No original: “Neither the offense as such nor the person of a completely inconsequential monk has even the slightest connection with politics. In the Third Reich, sodomy becomes a political offense whenever the political

treatment of such offenses is regarded as desirable to the political authorities. The conclusion one must come to is that politics is that which political authorities choose to define as political. The classification of an action as political or non-political determines whether it will be dealt with according to law or according to the arbitrary preferences of the political authorities". Ibid., p. 42-43.

No original "... en muchos âmbitos esenciales del ordenamiento jurídico el legislador nacional-socialista mantuvo las normas legales provenientes de la época de Weimar. Tal sucedió especialmente en derecho privado. (...) Eso no significa que los gobernantes estuvieran inclinados, respecto a esas leyes mantenidas en vigor, a dejar las cosas como estaban, a aceptar los contenidos jurídicos recibidos. Muy al contrario, el programa que guiaba la política jurídica del nazismo era el de una completa «renovación jurídica popular» basada en la ideología nacional-socialista (...) Desde el principio estaba claro que solo a muy largo plazo era pensable una completa revisión del ordenamiento jurídico mediante la legislación nacionalsocialista. En los primeros años del soñado Reich de los mil años el trabajo principal para la reforma del derecho debían prestarlo los científicos y los jueces por ellos orientados. Para las metodologías de aplicación, desarrollo y cambio del derecho que pudieran servir a ese objetivo había una coyuntura favorable después de 1933.". RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en El Tercer Reich* (trad. e introd. J. A. García Amado). Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica/Marcial Pons, 2016, p. 51-55.

Cf. TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 605-610; QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT (Col. Arquivos da repressão no Brasil)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 41-98 e SÃO PAULO. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo. *Relatório: Tomo I – Recomendações gerais e recomendações temáticas; Parte II: Grupos sociais e movimentos perseguidos ou atingidos pela ditadura*. Disponível

em: <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-ii-cap7.html>. Acesso em 1 jan. 2022.

Documento transcrito por QUINALHA, Renan, op. cit., p. 167.

QUINALHA, Renan, op. cit., p. 181.

Sobre essa distribuição do espaço urbano, cf. QUINALHA, Renan, op. cit. p. 47: “Logo na primeira edição do *Lampião da Esquina* foi veiculada uma longa reportagem, de autoria de Antônio Chrysóstomo, sobre a vida noturna dos ‘caubóis’ e de outras personagens cativas do ‘triângulo da badalação entendida [ou] da prostituição masculina’ nas duas principais capitais brasileiras. Essa expressão fazia referência à Cinelândia, no centro do Rio de Janeiro, avenida São João, no centro de São Paulo e Galeria Alaska, em Copacabana, zona sul do Rio, regiões com expressiva concentração de homossexuais. A matéria já apontava o medo e a violência a que estavam sujeitos os frequentadores desses locais, sobretudo as travestis”.

SCHEPPELE, Kim L. “Autocratic Legalism” in *University of Chicago Law Review*, v. 85, pp. 545-583, 2018, p. 577 e MUDDE, Cas. “Are populists friends or foes of constitutionalism?”. *The Foundation for Law, Justice and Society (Policy Brief)*. Oxford: CSLS/Wolfson College, 2013, p. 5.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: CUP, 2008, p. 3-10.

Ibid., p. 12-20.

Ibid., p. 64.

Ibid., p. 11. Estratégia semelhante a essa de custos e benefícios verifica-se em governos populistas: caso não obtenham êxito em reformas constitucionais, por vezes ignoram tal fracasso e intimidam Cortes – e vice-e-versa, pois também perdas políticas na via judicial podem levar a respostas populistas pela via legislativa ou constitucional. MUDDE, Cas, op. cit., p. 7. Ressalvo que a fronteira entre populismo e autocracia no século XXI é estreita, mas a autocracia, como forma autoritária de governo que é, não equivale ao populismo moderno, podendo, porém, ser com ele combinada. O populismo é uma ideologia, retórica que, em

princípio, contrapõe o “povo” de uma “elite” corrompida. Neste sentido, cf. LANDAU, David. “Populist Constitutions” in *University of Chicago Law Review*, v. 85, pp. 521-543, 2018. Frederico Finchelstein, crítico de tal definição, elenca características “transatlânticas” do fenômeno populista, identificando afinidades com seu passado fascista (como os ideais do povo, do líder, da nação e de seus inimigos), mas também diferenças (como o uso retórico de inimigos ideológicos, em vez de sua perseguição). Para o autor, o populismo, diferentemente do fascismo, não *implode* a democracia, mas leva-a a seus limites. Cf. FINCHELSTEIN, Frederico. *From fascism to populism in history*. Oakland (CA): University of California Press, 2017, esp. p. 82 e pp. 101-106.

Assumo como positivismo metodológico o método que parte “... do direito tal qual é’ [e] (...) ‘serve melhor ao fim principal da ciência jurídica’ para a jurisprudência (ao fornecer esquemas de decisão e elaborar um sistema do direito vigente”, tal como o descreve, com base em Bobbio, LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., 2021, p. 53.

SCHEPPELE, Kim L., op. cit., p. 574-576.

Dissidentes são aqueles que seguem ideologias, possuem interesses e posições políticas distintos; diferentes, por sua vez, possuem identidades distintas – variadas concepções de vida boa, planos de vida e tradições culturais, etc. Sobre a distinção entre diferença e dissidência, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *Sur – revista internacional de direitos humanos*, nº 2, p. 64-95, 2005, p. 87. Tenho também um texto isso num livro organizado pela Elisa Reis. Acho que o texto completo está na minha página no Academia.edu.

SCHEPPELE, Kim L., op. cit., p. 579-580.

LANDAU, David. “Populist Constitutions” in *University of Chicago Law Review*, v. 85, pp. 521-543, 2018; MUDDLE, Cas, op. cit., p. 5.

MUDDLE, Cas, op. cit., p. 5.

No original: “Liberty (...) is a complex of rights and duties defined by institutions. The various liberties specify things that we may choose to

do, if we wish, and in regard to which, When the nature of the liberty makes it appropriate, other have a duty not to interfere. But if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes, being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise. RAWLS, John, op. cit., 1999, p. 210.

No original: “The same sort of consequences follow if similar cases are not treated similarly (...). The principle of legality has a firm foundation, then, in the argument of rational persons to establish for themselves the greatest equal liberty. To be confident in the possession and exercise of these freedoms, the citizens of a well-ordered society will normally want the rule of law maintained”. Ibid., p. 210-211.

Sobre as variadas formas de discriminação e respostas institucionais a estas, cf. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Devo aos professores Ulisses Levy Silvério dos Reis (Ufersa) e Tayara Talita Lemos (UFJF-GV), coordenadores do grupo de trabalho do qual participei no 2º Congresso *Crises da Democracia autoritarismo e liberdades* supramencionado, o apontamento de ambas as objeções possíveis, que espero terem sido adequadamente reproduzidas.

LOPES, José Reinaldo, op. cit., 2021, p. 11-18.

CONSTITUCIONALISMO EM PERSPECTIVA CRÍTICA: REVOLUÇÃO HAITIANA E TEORIA CONSTITUCIONAL

MARCOS QUEIROZ¹⁰³

1. INTRODUÇÃO

A virada do século XVIII para o século XIX é um momento decisivo na história global e na conformação dos padrões do direito moderno.¹⁰⁴ Nesta época, as bases do entrelaçamento entre direito e democracia na modernidade ganham os seus contornos fundamentais, representando a passagem dos modelos tradicionais para aqueles de caráter pós-convencional, em que a positivação do direito permite, ao mesmo tempo, a abertura e a autolegitimação do sistema jurídico. Este deixa de recorrer a lógicas metafísicas, como a tradição ou a religião, passando a ser fundamentado historicamente e politicamente. São esses elementos que delineiam as bases do constitucionalismo moderno (Carvalho Netto, 2004; Neves, 2009; Thornhill, 2012).

Segundo as narrativas hegemônicas, os movimentos revolucionários dos fins do século XVIII possuem papel central nessa conformação do direito e da constituição moderna. Articulando uma semântica específica, por meio das ideias de soberania popular, legalidade, separação de poderes e direitos fundamentais, o constitucionalismo emerge, assim, como resposta a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade (Carvalho Netto, 2004; Neves, 2009; Hobsbawn, 1981). Este período de grande efervescência política, também conhecido como “Era das Revoluções”, foi determinante para

a definição dos direitos civis e políticos e para a identificação da liberdade como instrumento de construção do direito, características essenciais para a conformação do pensamento constitucional moderno (Neves, 2006; Carvalho Netto e Scotti, 2012). Esse fenômeno não se restringiu à Europa, alastrando-se por todo o mundo Atlântico, como na Revolução dos Estados Unidos (1776-1783) e nas independências dos países latino-americanos (Knight, 2011; Guerra, 2009). Nestas novas realidades, o imaginário iluminista era reconfigurado e potencializado diante das circunstâncias locais. O discurso igualitário e liberal colocava em evidente tensão sociedades de caráter escravocrata, hierárquico e excludente, inflamando e incentivando os grupos ainda não abarcados pelo seu projeto de pretensões universalistas (Queiroz, 2017; Carvalho Netto, 1992; Lasso, 2013).

Concomitantemente, outro fenômeno de proporções globais, caracterizado pela subjugação, exploração e extermínio de outros povos, foi determinante na constituição do mundo moderno. Com o colonialismo, inicia-se o processo de desenvolvimento da sociedade mundial por meio de fluxos políticos, sociais, culturais e econômicos através do globo, os quais passam a não mais se limitar por barreiras naturais e territoriais. Neste sentido, mais do que um subenredo local de uma narrativa maior, o colonial foi a face mais evidente e o exterior constitutivo da modernidade (Hall, 2013; Duarte e Queiroz, 2016). O tráfico atlântico de seres humanos, a escravidão e as conquistas territoriais não foram apenas consequência deletéria dos excessos das metrópoles ou somente aquilo que possibilitou o desenvolvimento dos centros capitalistas, mas fenômenos que constituíram o núcleo duro da capilarização do “mundo moderno” nas mais diversas regiões do globo.

Neste sentido, constitucionalismo e colonialismo foram parte do mesmo processo de globalização da modernidade. E o colonialismo, sendo um evento de significação universal, de caráter deslocado e diferenciado (Gilroy 2012; Hall, 2013), incidiu, moldou e balizou as semânticas e tensões produzidas pelo constitucionalismo moderno. As

ideias de liberdade, igualdade, democracia, estado-nação, cidadania e território – caras à estruturação do pensamento e da filosofia política na modernidade – não foram forjadas, discutidas e redimensionadas apenas a partir dos movimentos revolucionários europeus, pois tiveram suas características delimitadas em um contexto global no qual a escravidão, o colonialismo, o racismo e o genocídio não eram só tolerados, mas eram a norma (Trouillot, 2015; Queiroz, 2017; Sala-Molins, 2006). Mais do que isso: esses conceitos não foram tematizados, refletidos e colocados em prática apenas por homens brancos europeus, na medida em que foram repotencializados por outros sujeitos políticos nas diversas localidades onde foram produzidas as contradições do sistema moderno colonial (Buck-Morss, 2009; Fischer, 2004; Sanders, 2009).

Dentro desse contexto, a Revolução Haitiana foi movimento revolucionário que diretamente enfrentou os dilemas e tensões colocados no nascedouro da modernidade. Ela estava no centro do entrelaçamento entre a afirmação universal da humanidade e a prática da discriminação racial; entre a positivação da liberdade e da igualdade e a exploração econômica por meio da escravidão; entre o nascimento dos direitos humanos e da cidadania e a exclusão das garantias jurídicas impostas aos “estrangeiros” e aos “não-cidadãos” pelo modelo do estado-nação (Fischer, 2003; Queiroz 2017; Getachew, 2016). Esses dilemas, que, em constante reconstrução, são centrais até os dias de hoje, foram enfrentados não só pelos revolucionários da ilha de São Domingos, mas também por diversos outros atores políticos do atlântico revolucionário, ainda que suas ações não tenham desembocado em um processo vitorioso como no Haiti (Fischer, 2004; Lasso, 2013; Queiroz, 2017; Sanders, 2014).

Retirar o silêncio forçado sobre esses eventos e refletir sobre as suas consequências políticas possibilita uma outra leitura do imaginário iluminista e do constitucionalismo, desencobrendo uma modernidade híbrida, subalterna e muito mais global e multicêntrica do que aquela

incrustada nos relatos hegemônicos, geralmente restritos aos feitos e desenvolvimentos ocorridos em solo europeu ou norte-americano. É neste sentido que o artigo irá apresentar, a partir da Revolução Haitiana, quatro aportes para uma outra leitura do constitucionalismo, a qual seja capaz de incorporar o impacto da escravidão, do racismo e do tráfico de seres humanos, bem como a agência dos grupos subalternos, ainda hoje silenciados pela história do direito.

2. REVOLUÇÃO HAITIANA, CONSTITUCIONALISMO E TEORIA POLÍTICA MODERNA

A compreensão da Revolução Haitiana como evento central na formação do mundo moderno faz parte do esforço de incorporar o colonialismo, a escravidão, o racismo, o tráfico negreiro e a diáspora africana como elementos constitutivos da cultura política dos últimos séculos. Dentro desse contexto, busca-se retirar a população negra da posição de objetos da história, como seres apassivados e vítimas de um enredo protagonizado por homens brancos ou por forças econômicas inanimadas, para alçá-la à condição de sujeito da história. Neste sentido, seguindo o raciocínio de Paul Gilroy, os fluxos culturais e políticos realizados e produzidos por homens e mulheres negras da diáspora africana foram elementos constitutivos da modernidade. Estes homens e mulheres não só foram os críticos mais radicais e perspicazes do mundo moderno, mas também aqueles que mais profundamente procuraram realizar as pretensões utópicas do iluminismo e da Era das Revoluções (Gilroy, 2012; Queiroz, 2017).

Tragados pelo colonialismo, postos em diáspora pela escravidão e desumanizados pelo racismo, estes homens e mulheres conviviam diretamente com a realidade contraditória da nascente modernidade e de seus princípios revolucionários. Em decorrência disso, paradoxalmente estavam em uma posição privilegiada para apontar

outros caminhos possíveis para as ideias de liberdade, igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana que incendiaram o globo a partir do final do século XVIII. Em uma política cultural transnacional espacializada nas dinâmicas e trajetórias do Atlântico Negro,¹⁰⁵ a diáspora africana disputou, profanou, potencializou, rasurou e construiu o legado da modernidade. O constitucionalismo, principal expressão do mundo moderno no sistema jurídico, também sofreu incidência da agência da população negra e teve como principal expressão desse fenômeno a Revolução Haitiana, ocorrida entre os anos de 1791 e 1804 na ilha de São Domingos e de profundas consequências, ainda que silenciadas, para as relações entre direito, política, raça e identidade nacional nos mais diversos contextos do globo (Fischer, 2004; Buck-Morss, 2009; Duarte e Queiroz, 2016; Queiroz, 2017).

Como descrito em outro momento:

Influenciada pela Revolução Francesa, que desestabilizou as relações institucionais e hierárquicas na colônia, em poucos anos os eventos em São Domingos fizeram o poder legislativo francês garantir os direitos políticos dos homens livres de cor (1792 e, posteriormente, abolir a escravidão em todas as suas colônias (1794). Os jacobinos negros impuseram derrotas aos potentes exércitos espanhol (1795) e inglês (1798), assim como, em seus derradeiros momentos, a Revolução Haitiana expulsaria as tropas napoleônicas da ilha quando começavam a retornar os boatos de restauração da escravidão (1803). Em 1805, a independência seria declarada sob o nome de Haiti, em uma forma de relembrar os primeiros habitantes de São Domingos e de afirmar ao mundo sua oposição à herança colonial-escravocrata do ocidente (Duarte e

Queiroz, 2017, p. 31).

Assim, a Revolução Haitiana põe uma disrupção nas narrativas sobre o entrelaçamento entre o desenvolvimento da teoria política moderna e os eventos ocorridos nos séculos XVIII e XIX. O processo revolucionário na ilha de São Domingos tensiona os fundamentos do que costumeiramente se entende como modernidade, na medida em que ele redesenhou e rearticulou o legado político do iluminismo, dando outros sentidos aos direitos e princípios fundamentais, e retirou o protagonismo europeu do projeto de liberdade e igualdade universal (Buck-Morss, 2009; Fischer, 2004; Getachew, 2016; Queiroz, 2017). Como argumenta o historiador haitiano Michel-Rolph Trouillot, o silêncio, o apagamento e a luta por tornar a Revolução Haitiana visível é uma batalha sobre o que pode ser tido como progresso, liberdade, igualdade e, em última instância, modernidade (Trouillot, 2015).

Desse ponto, decorrem duas consequências específicas. A primeira é que a luz lançada pelo desvelamento da Revolução Haitiana permite realizar aquilo que Edward Said (2011) chamou de “leitura em contraponto” das narrativas hegemônicas sobre o constitucionalismo, ou seja, ler a história constitucional “esforçando-nos para extrair, entender, enfatizar e dar voz ao que está calado, ou marginalmente presente ou ideologicamente representado” (Said, 2011, pp. 104-5) em seus textos. Neste sentido, ao ser considerada como um evento central na definição do mundo moderno, a Revolução Haitiana impõe uma “hermenêutica da desconfiança” (Costa, 2015) que abre o texto não só para o que está contido nele, mas para o que foi excluído, silenciado e apagado pelo autor (Said, 2011).

Mais: permite reinterpretar essas narrativas retirando o seu status de universalidade, as inscrevendo dentro do seu contexto histórico e cultural de produção e reprodução, o qual está, em grande medida, cravado pelo racismo e pela negação política de sujeitos

negros e negras. Neste sentido, permite perceber o vínculo desumanizante da marcação racial existente entre a prática colonial e o ato de narrar a história, em que a subalternização se perpetua também por meio da historiografia constitucional. Com a rasura proposta pela leitura em contraponto, busca-se, assim, desvendar a associação entre história constitucional, colonialismo e racismo, tanto no passado como no presente.

A segunda consequência de centrar a Revolução Haitiana no desenvolvimento da teoria política moderna é a reconstrução genealógica do pensamento social levando em consideração os fluxos da diáspora africana na definição da modernidade. Neste sentido, os eventos do São Domingos apontam para a necessidade de contar as “histórias não-narradas”, incluindo as ações coletivas que não se encaixam nas narrativas coerentes e identitárias do Ocidente. Ou seja, são tematizadas as lutas em torno da liberdade e igualdade não protagonizadas pelos sujeitos dominantes (e “vencedores”) da história. Assim, o que se busca não é um relativismo histórico, mas a construção de narrativas mais completas sobre a formação do mundo moderno e um esforço para descentrar a Europa, incorporando a agência histórica e política de sujeitos que foram e são desumanizados. É provincializado o léxico hegemônico que se impõe como universal.

Como argumenta a filósofa Sybelle Fischer, a Revolução Haitiana é importante:

(...) não só porque nenhum relato da modernidade estaria completo sem ele, mas porque demonstra, além disso, que alguns dos conceitos-chaves do discurso político e social moderno, sem excluir a própria modernidade, necessita ser exaustivamente revisitada se desejamos introduzir os temas da diferença e da igualdade raciais em nosso pensamento sobre a

liberdade (Fischer, 2003, p. 35).

No mesmo sentido a teórica Adom Getachew:

(...) o esforço para descentrar a Europa não é o mesmo que descartar a Europa ou pensar universais que são formados completamente à margem das tradições europeias. Mas se a pluralização das fontes da teoria política, dos atores e dos eventos irá de fato descentrar a Europa, nós também temos que ser atentos aos limites e inadequações do vocabulário normativo e conceitual europeu para lidar com as lutas pela independência colonial. Fazer isso, eu argumentei, requer uma reconstrução da constelação específica que constitui o terreno da ação política; uma orientação para os atores subalternos como agentes de inovação política mais do que implementadores de ideais políticos pré-existentes; e uma sintonização para a contingência histórica e para os processos politicamente contestados dos quais as práticas e ideais políticos emergem (Getachew, 2016, p. 19).

Assim, neste sentido, a visão que a teoria política moderna tem sobre liberdade e igualdade deve ser deslocada a partir das lutas imprimidas por sujeitos da diáspora africana, em que articulações alternativas foram pensadas e praticadas em torno dos direitos fundamentais e princípios constitucionais tendo como ponto principal o enfrentamento do problema colonial, do racismo e da escravidão.

Articulando tanto uma hermenêutica da desconfiança como a tentativa de um relato mais abrangente da modernidade, a filósofa Susan Buck-Morss argumenta que a desautorização e apagamento da

Revolução Haitiana denota um silêncio racista grave no centro da filosofia política moderna, sobretudo para a teoria do estado de direito. Falando especificamente de Hegel, Buck-Morss argumenta como o nascimento da forma constitucional moderna para o filósofo alemão está atrelada aos fluxos da empreitada capitalista no Atlântico. O comércio sem fronteiras teria moldado a nova sociedade civil burguesa, caracterizando-a como pouco patriótica e transnacional. O seu desejo pelo direito de comprar e vender infinito teria destruído as amarras das sociedades fundadas na tradição (sejam étnicas ou religiosas). Haveria assim uma incompatibilidade entre a ideia de nação e de economia burguesa. Hegel procurou resolver essa contradição entre a força da sociedade e a força do Estado, entre o burguês e o cidadão, com a introdução de uma constituição política como uma forma diferente de interdependência, a qual proveria o conteúdo ético corretivo das desigualdades sociais. Ou seja, a constituição seria o marco legal máximo de promoção de instâncias de comunicação entre a oposição sociedade-Estado (Buck-Morss, 2009; Queiroz, 2017).

O estado constitucional surge, portanto, para resgatar a nova sociedade da ausência de limites e do controle assertivo. Mas dessas considerações, uma pergunta fundamental deve ser feita: como Hegel passou do processo de mundialização da economia (com a respectiva superação da antiga sociedade civil em direção à sociedade burguesa) para a forma constitucional como instância de mediação política? De acordo com Buck-Morss, esse movimento é explicado por meio da dialética do senhor e do escravo. Contextualizando genealogicamente e promovendo uma rasura histórica no pensamento de Hegel, a filósofa dirá que a dialética hegeliana não tem origem na filosofia de Aristóteles nem no lado doméstico da Revolução Francesa, mas sim na Revolução Haitiana. Ou seja, o Estado constitucional não surge no pensamento de Hegel como uma totalização abstrata, mas como fruto das lutas de seu tempo. Portanto, a teorização filosófica da dialética do senhor e do escravo hegeliana é uma teoria da sua época. São as lutas dos jacobinos

negros no Haiti contra a servidão que darão a base para se estabelecer um Estado constitucional, pois este surge, dentro da contingência da ilha de São Domingos, como uma forma de limitar a expansão do sistema econômico colonial (Buck-Morss, 2009; Queiroz, 2017).

Essas lutas foram e são a expressão da realização da liberdade e a manifestação da história universal, na acepção hegeliana. Diante dessas questões, pode-se perguntar o que poderia ter sido contato e o que foi perdido com dois séculos de esquecimento e silenciamento histórico? Como fenômenos historicamente conectados (Hegel e Haiti; o desenvolvimento da teoria política moderna e a Revolução Haitiano; a teorização da dialética do senhor e do escravo e a luta real de negros nas Américas) tornaram-se separados através da transmissão da história? E, sobretudo, como a ocultação sobre a possibilidade de negros assumirem a forma constitucional limita a nossa imaginação moral?

3. DIÁSPORA AFRICANA, COLONIALISMO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO MODERNO

A tematização da Revolução Haitiana como evento central da modernidade e do constitucionalismo permite dar prosseguimento a uma agenda de pesquisa aberta pelo trabalho seminal da professora Dora Lúcia de Lima Bertúlio, qual seja: é preciso reconstituir e é preciso denunciar o caráter racial das categorias jurídicas; é necessário perquirir como a raça se inscreveu, ainda que de maneira silenciosa, na construção das estruturas e práticas do direito moderno (Queiroz, 2017; Bertúlio, 1989). Este movimento torna necessário o enfrentamento do sangue escravo e colonial por trás da estruturação dos direitos humanos e dos princípios constitucionais. Torna-se também fundamental iluminar como o legado iluminista foi potencializado, reestruturado e dinamizado a partir de outras lógicas justamente por

homens e mulheres que lidaram mais diretamente com o cinismo e a violência daqueles que eram ao mesmo tempo revolucionários e colonizadores – propagadores de um universalismo que esbarrava nas suas limitações racistas da ideia de humanidade.

Como argumentado em outro momento:

(...) a Revolução Haitiana, mais do que iluminar o questionamento que muitos historiadores e teóricos da diáspora africana têm se confrontado – o fato evidente de que a abolição da escravidão e a criação de estados pós-coloniais não provocaram igual liberdade e bem-estar para todos e todas –, ela ajuda a perceber que a liberdade moderna, nas suas acepções teóricas, filosóficas, políticas e práticas, nasce e depende de uma condição oriunda da empreitada colonial: é preciso ver, imaginar, mutilar e matar escravos para se sentir exaltado pela ideia de liberdade. Como coloca Fischer, a exaltação extrema da liberdade individual como um direito de propriedade inalienável e da definição final do que significa ser humano é convincente apenas quando há seres que não são realmente livres (Queiroz, 2017, pp. 81-82)

Neste sentido, os conceitos da teoria política e do direito moderno podem ser entendidos não só como discursos abstratos e filosóficos, mas como prática vivida e que respondia às realidades da escravidão atlântica. Diante da ideia de liberdade universal inalienável, era necessário desumanizar – ainda mais – uma classe de seres humanos, legitimando a continuidade da escravidão e do colonialismo. Há, assim, um giro no caráter da escravidão com o nascer da modernidade, que decorre justamente das pressões estruturais

colocadas pelas pretensões universalistas do iluminismo. Pretensões essas que estavam sendo tomadas pelas próprias mãos de insurgentes por todo o Atlântico revolucionário (Linebaugh e Rediker, 2008; Sanders, 2009). A escravidão, portanto, passa a depender cada vez mais de um processo de desumanização anterior – ver o outro como objeto ou não-humano – para que perpetue o seu poder despótico e ilimitado sobre o sujeito escravizado (Queiroz, 2017).

Dessas questões, decorrem duas consequências imediatas:

(...) a concepção moderna de liberdade como possuir a si mesmo está atrelada ao tráfico de escravos e à escravização de milhões de africanos; e o racismo, enquanto dimensão estruturante e necessária da escravidão e da empreitada colonial, ganha espaço central para a espacialização do princípio da liberdade nos discursos e práticas constitucionais dos nascentes estados-nação (Queiroz, 2017, p. 83).

A liberdade moderna, em seu significado de “possuir a si mesmo” a exemplo de um direito de propriedade sobre o próprio corpo, tinha como lado oculto a necessidade da escravidão moderna: “o controle ilimitado sobre um sujeito que virou objeto através da remoção de todos os laços de obrigação social, pertencimento e proteção tradicional”. Um direito de propriedade sobre o corpo alheio (Fischer, 2015). Além disso, a rasura provocada pela Revolução Haitiana ilumina o entrelaçamento entre insurgências negras, legitimação científica e cultural do racismo na Europa e a delimitação da ideia de liberdade. Enquanto, no Atlântico, cresciam lutas da diáspora africana procurando alargar o sentido dos direitos humanos para toda a humanidade, na Europa e nos nascentes estados-moderno, o princípio da liberdade ia cada vez mais exigindo qualificações para ser exercido em sua

plenitude. Essas qualificações estavam vinculadas aos interesses do colonialismo e da escravidão atlântica, tornando a cidadania um direito ancorado em noções racistas e excludentes de diferença (Queiroz, 2017).

Somada à invenção do Ocidente, tornou-se necessária a construção da ideia de humanidade como resposta às pressões colocadas pelo universalismo iluminista, assumido não só por europeus, mas por sujeitos escravizados na América. Em um contexto de exploração colonial, exigiu-se a divisão de seres humanos em escalas como fundamento e legitimação da dominação do sistema escravista racial atlântico. Neste contexto, o negro era construído discursivamente e materialmente como sinônimo da negatividade: ruim, feio, mau, incivilizado, degenerado, selvagem, inimigo. A nomenclatura abstrata herdada do Renascimento foi reproduzida, reforçada e confrontada pela prática colonial e pela literatura filosófica. Assim, no século XVIII, o colonialismo colocou em evidência as certidões e ambiguidades da ordem ontológica paralela à construção do Ocidente, do iluminismo e do constitucionalismo. E a continuidade e sequência da exploração colonial, confrontada pelas lutas por liberdade de negros e negras, deram mais ímpeto à transformação do etnocentrismo racista europeu em racismo científico (Trouillot, 2015; Queiroz, 2017).

Assim, descortinar a gênese dessa estreita vinculação entre liberdade moderna e a escravidão atlântica redimensiona a centralidade do racismo e da propriedade capitalista para a percepção dos limites e insuficiências das hermenêuticas hegemônicas sobre os direitos humanos e princípios constitucionais, sobretudo quando realizadas desconsiderando como esse legado do iluminismo foi e é redimensionado pelas lutas e a política cultural da diáspora africana (Queiroz, 2017).

Como apontado em outros momentos (Queiroz, 2017; Duarte e Queiroz, 2016), as constituições haitianas pós-revolucionárias foram documentos centrais na visualização dessa modernidade heterogênea e

silenciada. Nela, a política dos direitos deveria ir para além das abstrações e lidar com a realidade concreta, na qual o colonialismo, a escravidão e a “desigualdade entre as raças” eram a norma.

Nestes documentos, era possível ver os dilemas, conflitos, interesses e tendências políticas da época, nos quais distinções, tão comuns aos discursos modernos, emergiam no calor dos eventos: universalismo em defesa da igualdade racial contra particularismo de direitos decorrentes de certas especificidades oriundas do colonialismo; liberdade individual *versus* poder do Estado sobre os indivíduos como consequência das necessidades econômicas; e ética internacionalista de combate a escravidão em oposição às restrições nacionalistas para se proteger do imperialismo (Queiroz, 2017, p. 72).

A centralidade desses documentos para a história do constitucionalismo decorre, além de outros motivos, pela assunção da forma constitucional pela população negra em diáspora. São textos jurídicos que elaboraram um instigante arranjo entre o universalismo dos direitos humanos e o particularismo da experiência colonial, ampliando as fronteiras do que se entendia como liberdade e igualdade naquele momento. Nessa experiência constitucional, a igualdade racial foi determinada com o reconhecimento do exclusivismo da experiência daqueles que foram escravizados; o combate a escravidão foi trazido como razão de Estado e programa fundacional da estrutura nacional, não sendo mera metáfora nem parte de uma lista abstrata de direitos políticos; o antiescravismo radical, como parte de um movimento transnacional e transimperial, foi firmado como agenda para a diplomacia e as relações internacionais; e a cidadania diaspórica foi

estabelecida como regra, na qual a pessoa se tornava cidadão não apenas pelos laços sanguíneos ou territoriais, mas por potencialmente ter sido vítima da escravidão ou do genocídio, independentemente do seu local de nascimento ou ascendência. Alicerçadas nas ideias de cidadania diaspórica e de território livre, essas constituições apontavam para a formatação de um estado quilombola, no sentido empregado por intelectuais afro-brasileiros: a terra em que a liberdade é organizada segundo princípios diaspóricos de Beatriz Nascimento (2007); a inovação institucional emancipadora e antirracista de Abdias Nascimento (2002); e a práxis insurgente de Clóvis Moura (1988).

Ademais, a Revolução Haitiana abre possibilidades para um remapeamento da história do direito que incorpore seriamente as agências da população negra sobre a forma constitucional moderna. Com isso, é possível uma reescrita descentrada e mais democrática do constitucionalismo, a qual dê conta não só do processo revolucionário na Ilha de São Domingos, mas também dos processos políticos desencadeados e mobilizados por intelectuais e movimentos negros em torno dos significados da liberdade, igualdade e estado de direito em todo o globo (Fischer, 2004; Queiroz, 2017; Ncukaitobu, 2018; Mattos, 2007).

Neste sentido, uma história dos direitos humanos e do constitucionalismo que se preze deve ser capaz de contar as lutas por direitos daqueles que foram os principais alvos da desumanização, sob pena de reproduzir as mesmas estruturas racistas de objetificação, fossilização, apassivamento, exclusão e subalternização oriundas do colonialismo.

4. AGÊNCIA NEGRA E HISTORIOGRAFIA

O redimensionamento da Revolução Haitiana no centro da modernidade traz o problema do que se perdeu com a derrota das

insurgências atlânticas e com a respectiva imposição das histórias oficiais, as quais silenciaram as lutas dos subalternos contra o colonialismo. Neste sentido, esse deslocamento demonstra a possibilidade de narrativas que vão para além das histórias nacionais ou parciais: narrativas de atores e personagens que fizeram a conexão política contra a escravidão colonial, a imposição do trabalho disciplinado e o racismo. E que, ao fazerem esse movimento, escreveram a história da liberdade a partir de outros parâmetros, para além das versões oficiais cristalizadas nos nacionalismos de base racista, identitária e excludente.

Para dar conta de uma leitura do passado que leve em conta a diáspora africana na conformação da modernidade, a Revolução Haitiana aponta para a necessidade de diálogo entre os estudos constitucionais e os desenvolvimentos ocorridos na historiografia nas últimas décadas. Para efeitos da história do direito, essas transformações no método e na teoria historiográfica podem ser sintetizadas em dois pontos: o sentido histórico e político da agência negra; e a construção de uma perspectiva atlântica da história moderna colonial.

No que se refere ao primeiro aspecto, a consideração da agência negra desloca o debate sobre a escravidão e o colonialismo trazendo para o centro do trabalho historiográfico a ação política daqueles que se posicionaram contra os males do racismo. Além de uma abertura sobre o passado que supere o silenciamento e não reforce os locais de vitimização, essa perspectiva aponta para a necessidade de abordagens que consigam ir além de atores ligados à uma interpretação supostamente sistêmica dos fenômenos históricos (como capitalistas, governantes, estadistas, grandes lideranças políticas, etc.) (Scott, 2000). Resgata-se, assim, as ações e relações locais, como aquelas estabelecidas e mediadas por escravos, senhores, livres de cor, quilombolas e outros grupos, ensejando novos diálogos críticos entre micro e macro-história. Neste sentido, a tematização da agência em

situações de pouca liberdade e a recuperação de fontes não escritas, problemas centrais e muitas vezes de caráter quase insolúveis para a historiografia, precisam ser enfrentadas a partir de novas miradas teóricas e metodológicas, como os usos da história oral, a valorização dos ditos e não-ditos nas fontes jurídicas e o diálogo interdisciplinar com a literatura e os estudos culturais.

Especificamente no Brasil, essa mudança no ofício historiográfico se deu a partir da década de 60, ganhando mais força nos anos 80 e 90. Desde o trabalho pioneiro do sociólogo piauiense Clóvis Moura, com o livro *Rebeliões da Senzala*, publicado em 1959, iniciaram-se esforços para compreender a ação da população negra como fenômeno eminentemente político e em relação com as demais dinâmicas sociais. Afastaram-se, assim, perspectivas que enxergavam o protesto negro como processo marginal, periférico, espontaneísta, ausente de reflexão ou meramente oriundo das estruturas econômicas (Moura, 1988). Nas últimas décadas, ampliaram-se as visões sobre as práticas e as sociabilidades dos africanos e de seus descendentes no Brasil. Com esse deslocamento, há uma tentativa de compreensão das relações entre local e global – de como a população negra se apropriava e reinventava rumores, discursos políticos, ideais e todo o imaginário da época, deslocando o contexto global no qual estava inserida. Assim, esses sujeitos deixam de ser vistos como exteriores ou fragmentos marginais do colonialismo e da escravidão, passando a ser entendidos como partes constitutivas da modernidade (Queiroz, 2017).

Com a ideia de agência negra e sentido político, procura-se, portanto, retirar o silenciamento histórico sobre a experiência dos grupos subalternizados, politizando suas ações e resgatando o seu papel como sujeitos históricos. Permite também ilustrar como setores subalternizados e populares participaram de processos históricos com seus próprios projetos, cosmovisões e estratégias, redimensionando e reconfigurando dinâmicas locais e globais. Falando especificamente sobre os escravos, Flávio dos Santos Gomes argumenta:

Recuperavam-se os escravos enquanto agentes transformadores da escravidão, percebendo nas suas expectativas – entre outras coisas – uma busca por autonomia e a constituição de comunidades com culturas e lógicas próprias. Ao se forjarem como comunidades, os cativos recriaram variadas estratégias de sobrevivência e de enfrentamento à política de dominação senhorial. Não só reagiram às lógicas senhoriais, como produziram e redefiniram políticas nos seus próprios termos (Gomes, 2006, p. 20).

No que se refere ao segundo aspecto, a construção de uma perspectiva atlântica da história moderna colonial, ressalta-se que essa mudança não se restringiu somente à historiografia, pois fez e faz parte de uma transformação teórica maior que vem sendo desenvolvido nas últimas décadas por pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas áreas. Como argumenta a filósofa Sibylle Fischer, esse esforço pode ser visto como uma tentativa de retirar o colonialismo e a escravidão da penumbra da história. No entanto, esse movimento muitas vezes foi realizado de maneira dispersa e presa às amarras do academicismo, criando novas dificuldades e apagamentos advindos da curricularização da escravidão como uma subdisciplina ou então como parte das histórias nacionais. Com o objetivo de contornar estes problemas, o Atlântico emergiu, em diversas pesquisas e aportes teóricos, como campo de pensamento capaz de perceber um pano de fundo político e cultural que vá para além dos confinamentos da fragmentação disciplinar e das categorias de língua, história e literatura nacionais. Procura-se, com isso, a construção de uma estrutura que permita uma visão ampla, comum e integrada dos fenômenos históricos (Fischer, 2004).

Como argumentam os historiadores Carlos Eugênio Líbano

Soares e Flávio dos Santos Gomes:

A ideia de *mundo e cultura atlântica* tem sido resgatada de múltiplas formas. Com experiências e processos históricos complexos, povos e microssociedades variadas – nas *Américas, Europa e África* – encontraram-se e reinventaram um verdadeiro “Novo Mundo”. Reinventariam a si próprios. Apesar das relações de poder, domínio e opressão, fronteiras atlânticas estariam borradas, juntando e recriando experiências políticas, sociais, culturais, linguísticas, econômicas, entre outras. As várias margens atlânticas não estavam isoladas. Esse processo não estava restrito à lógica – nem sempre inexorável, como enfatizam alguns estudos, apesar do impacto e importância – do tráfico e da escravidão nas várias margens do Atlântico. Sociedades africanas e ameríndias não apenas foram vítimas inertes – numa perspectiva de total sujeição histórica desses complexos processos. Impactos diversos, de demográficos a linguísticos, produziram (e ainda produzem) reconfigurações coloniais e pós-coloniais (Soares e Gomes, 2002, p. 340).

Com a chave de mundo e cultura atlântica, seis apontamentos se abrem para a reescrita da história constitucional: a) a reconsideração das ideias sobre centro e periferia, na medida em que a dominação colonial era a face oculta *constitutiva* do “desenvolvimento” político e do capitalismo europeu; b) a compreensão do colonialismo e da modernidade não como processos teleologicamente determinados, apesar das suas continuidades e transformações, mas como fenômenos de incessante aprendizagem atrelado ao expansionismo

marítimo e às suas respectivas consequências globais, em que colonizadores e colonizados aprendiam táticas de dominação e de resistência diante das experiências passadas; c) o redimensionamento do papel dos africanos e dos seus descendentes na estruturação do mundo moderno; d) o entendimento do processo global, diferenciado e complexo de construção da raça como fenômeno central da dinâmica moderna e das narrativas que dela emergem; e) o rompimento com narrativas focadas em construções identitárias, como aquelas centradas nas histórias dos estados-nações; f) o esforço para uma reescrita descentrada da história, que seja condizente com o caráter transnacional e transfronteiriço dos processos de dominação e de luta por direitos, de ontem e de hoje.

5. MEDO NEGRO E CONSTITUCIONALISMO

Por fim, o último ponto aberto pela Revolução Haitiana é a tematização de como o medo da cidadania negra está encravado na gênese do constitucionalismo moderno. Como aponta a historiadora Célia Maria Marinho de Azevedo em *Onda Negra, Medo Branco*, recuperar a dimensão histórica do medo não é tarefa fácil, na medida em que esse sentimento não aparece diretamente nos documentos e narrativas do passado. Ele nunca é abertamente reconhecido e só é percebido de relance. Ademais, o medo raramente é tido como algo central nas análises dos historiadores, que preferem as explicações estruturais e racionais, “tão lógicas que acabam por provar que a história realmente só poderia ter ocorrido de uma dada maneira” (Azevedo, 2008, p. 17).

No entanto, entrelaçar a história da diáspora africana com a história do direito moderno exige a reconsideração dessa categoria, tendo em vista que o imaginário branco de uma onda negra ou de uma revolução escrava (“um outro São Domingos”) foi constituinte das

práticas, discursos e estratégias políticas das elites brancas e da formação dos estados-nações, especialmente daqueles que conviveram com a realidade da escravidão e de um contingente populacional negro considerável. Neste sentido, como integrante da modernidade, sobretudo diante dos eventos do Atlântico revolucionário, o imaginário do medo abre um leque de importantes questões, a exemplo das seguintes perguntas: como esse medo criou realidades, hábitos e práticas de dominação e subordinação? como o medo impactou crenças e reivindicações políticas? os subalternizados teriam percebido e reconstruído suas estratégias de ação política considerando o medo das elites? como o medo da “onda negra” não significou somente uma ameaça, mas também um imaginário de liberdade? não haveria formas populares e híbridas de produção cultural que escaparam das tentativas de negar e diminuir a resistência negra no Atlântico? como acessar e narrativizar a circulação de conhecimentos produzidos pelas lutas diaspóricas no mundo atlântico através de rumores, temores, músicas, contos e outras expressões? (Fischer, 2004; Queiroz, 2017).

Perante essas perguntas, a ideia do medo da onda negra articula três aberturas sobre a história constitucional: a) como esses temores se inscreveram nos discursos, práticas e normas jurídicas ao longo da história, conformando aquilo que se entende como sistema jurídico moderno; b) como aquele medo no passado está atrelado aos silêncios da historiografia no presente; c) como a permanência do medo da cidadania negra foi para além da gênese do constitucionalismo moderno, sendo elemento estrutural do direito constitucional contemporâneo.

No que se refere ao primeiro aspecto, o medo foi componente dos mais diversos espaços coloniais, sejam eles rurais ou as ditas “cidades negras”. O pavor, o pânico e o terror estavam nas fazendas, nas ruas, nos espaços privados e públicos, sendo vivenciados nas inúmeras revoltas e insurreições e na proximidade da população negra com o poder político. Por isso, essas insurgências foram tratadas nas

legislações penais, bem como fizeram emergir à consciência dos senhores a necessidade de adotar estratégias contra a possibilidade de que o sistema escravista ruísse sob os seus pés. Por outra parte, para os escravos, esse temor foi a esperança de que as lutas cotidianas poderiam criar e expandir os espaços de liberdade e, quiçá, forjar uma nova ordem social (Queiroz, 2017).

Como apontam os historiadores João José Reis e Luciana da Cruz Brito, em Salvador, logo após a Revolta dos Malês, que produziu um longo e profundo medo na Bahia, foram criadas normas provinciais que procuravam controlar o trânsito e a liberdade da população negra. Era uma tentativa de “civilizar” o perímetro urbano. Assim, por exemplo, foi criada a Lei Provincial nº 9 de 1835, que proibia africanos de possuírem imóveis; estabelecia que os africanos libertos seriam, no devido tempo, deportados de volta à África; fixava o pagamento de um imposto anual de 10 mil réis apenas aos africanos; e penalizava com deportação sumária aqueles meramente suspeitos de planejar revoltas, mesmo que não tivessem sido incriminados em inquérito policial (Reis, 2016; Brito, 2016). O medo, portanto, estava no cerne do projeto do estado-nação brasileiro e era operacionalizado por meio de dispositivos jurídicos, nos quais a África e a negritude se apresentavam como um risco à “civilização” e à homogeneidade perseguidas pela branquidade. Formava-se, assim, um aparato normativo nucleado na antinegritude e na exorcização da África no Brasil.

Outro exemplo da dimensão constitutiva do medo é apresentado por Sidney Chalhoub. Ao tratar do Rio de Janeiro no século XIX, o historiador discorre sobre o medo branco da cidade negra, que era alimentado “de vez em quando por notícias de haitianos passeando pelas ruas da Corte, por revoltas urbanas em outros lugares, ou pelos rumores de uma conspiração internacional para subverter as sociedades escravistas” (Chalhoub, 1988, p. 104). Assim, o temor branco da rede horizontal e densa constituída por negros e negras na cidade do Rio, a qual conferia sentido às vidas de escravos e libertos e

instituíam locais sociais onde o domínio branco não podia penetrar, inspirava uma articulação de dispositivos penais e retóricos que estabeleciam as figuras negras como suspeitas. E é esse mesmo medo que, já na República, fundamentará a truculência e a intolerância em relação à cidade negra, expressas nas políticas higienistas, na perseguição dos capoeiras, na demolição dos cortiços e na repressão à vadiagem (Chalhoub, 1988).

Esse medo branco da onda negra não esteve presente somente na implementação de normas jurídicas ordinárias, de controle do cotidiano e de cunho penal, na medida em que também foi estruturante de debates constitucionais, a exemplo da Constituinte de 1823. Nela, a sombra da Revolução Haitiana pairou sobre as discussões em torno da nacionalidade e da cidadania, delimitando os contornos da liberdade e da igualdade para os parlamentares. Posteriormente, inscreveu-se subrepticiamente nas definições estabelecidas na Constituição de 1824, que excluía em absoluto a possibilidade de cidadania aos africanos livres e silenciava sobre a escravidão. Como apontado em outro momento, o Haiti, as insurgências do Atlântico Negro e as insurreições locais ecoaram fortemente sobre a gênese do estado brasileiro, definindo espaços de disputa, estabelecendo discursos possíveis e armando o campo para o entrelaçamento entre direito, raça e nação (Queiroz, 2017). A articulação entre medo da cidadania negra, o uso racializado do silêncio ao tratar dos direitos dos negros e a definição das garantias jurídicas à imagem da branquidade continuam a ser ecos daquele momento definidor do direito brasileiro.

Atrelado a essas questões, há o segundo elemento tematizado pelo medo: a produção do silêncio sobre o passado. Como argumentou Trouillot para a Revolução Haitiana, as insurgências negras foram elementos políticos centrais para a conformação das práticas e ideias das elites coloniais e do pensamento moderno no período, no entanto e ao mesmo tempo, foram aquilo sobre o qual menos se queria falar abertamente (Trouillot, 2015). Ao invés disso, houve um investimento

em transformar a agência política da diáspora africana em um ato puro de violência irracional ou em ações espontâneas, sem um significado histórico e político mais abrangente. Com isso, ocultou-se as inúmeras dinâmicas de mediação política que marcaram não só a Revolução Haitiana, mas toda a produção política e cultural do Atlântico Negro e como elas foram decisivas na conformação do mundo moderno. Neste sentido, o paradoxo do medo da onda negra – sendo o Haiti o símbolo máximo – é que ele esteve sempre presente, mas somente poderia ser evocado na sua forma mais irracional, apagando a historicidade e a inscrição da diáspora africana na modernidade. Ou seja, o silêncio sobre o Atlântico Negro é a inscrição do medo branco nos relatos e narrativas sobre o mundo moderno e, especificamente, sobre o desenvolvimento do constitucionalismo (Queiroz, 2017).

Por fim, o terceiro aspecto que o medo da cidadania negra levanta para o constitucionalismo é de como o repertório do colonialismo e da escravidão continuam a delimitar a discussão sobre liberdade e igualdade na contemporaneidade. Evandro Piza Duarte, por exemplo, aponta como percepções sobre o passado, o lugar da população negra e o mito nacional balizaram os argumentos contrários às ações afirmativas e às cotas raciais, contrariando, inclusive, dispositivos da Constituição de 1988, os quais reconhecem a natureza plural e diversa da formação nacional brasileira, o compromisso com o enfrentamento ao racismo e a necessidade de reparação perante as violências cometidas pelo Estado brasileiro (Duarte, 2011).

Como no passado, por trás da discussão dos direitos dos negros, há um medo da universalização dos direitos e garantias constitucionais para além daqueles que vivem sob o signo da branquidade. Este medo, no fundo, é um medo de confronto com o nosso espelho e seus mitos, os quais sustentam uma distribuição colonial e desigual de direitos a partir de narrativas, representações e discursos racialmente calibrados, ainda que eles pretensamente não falem de raça. Distribuição desigual e também colonial não só porque “uns têm mais direitos do que os

outros”, mas porque o conteúdo desses direitos continua a ser determinado a partir da ótica do supremacismo branco, ignorando as dimensões e perspectivas que outros grupos deram para esses mesmos direitos no passado e no presente.

Por tudo isso, falar das impossibilidades e das possibilidades das utopias iluministas, encravadas nos princípios e direitos constitucionais, é tematizar raça e racismo. É necessariamente retirar o véu de medo que até hoje recobre os debates sobre identidade nacional e seu respectivo entrelaçamento com a política de direitos. O castelo racial começará a ruir quando o “lugar do negro na formação nacional” for seriamente transladado para o lugar do negro na forma constitucional.

6. CONCLUSÃO

A teoria crítica passa por uma série descrença nos direitos humanos e no constitucionalismo. A partir de enfoques diversos, paira sobre a tradição constitucional a desconfiança de que ela estaria inerentemente marcada pela experiência colonial, pelo racismo e pelo genocídio. Com isso, aposta-se na necessidade de criação de uma nova linguagem e de uma nova semântica, a qual não esteja eivada dos vícios e das chagas da prática constitucional moderna, a qual seria ontologicamente europeia, branca, patriarcal, heteronormativa, colonial e burguesa.

Talvez por ser banhado na tradição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, este texto procurou apontar para outro caminho, tendo como pano de fundo duas premissas. A primeira é de que não há uma forma específica de constitucionalismo emancipador, muito menos essências dadas e puras de articulação popular e subalterna, capazes de serem traduzidas de maneira transparente em uma política de direitos libertadora e universal. Da mesma maneira, não há forma jurídica dadas *per si* como violenta e opressora,

independentemente da contingência histórica. Ao trazer outras maneiras de pensar a história, o passado e as lutas sociais, buscou-se demonstrar que os enfrentamentos por direitos e o desenvolvimento do constitucionalismo são muito mais complexos do que apontam as leituras teleológicas ou binárias da modernidade e do colonialismo, as quais identificam muito facilmente opressores, vítimas, vencedores e vencidos – reproduzindo, na narrativa histórica, as projeções imagéticas de lugares sociais já previamente estabelecidos, em que o presente se torna a repetição inevitável do fantasma do passado.

Seguindo lideranças e movimentos negros do passado e do presente, a segunda premissa é a de continuar apostando nas pretensões do constitucionalismo na modernidade, sobretudo diante das aberturas e possibilidades colocadas pela sua contrafactualidade histórica. Além de continuar a permitir a proposição de demandas por direitos articuladas democraticamente, a abertura da forma constitucional possibilita diferentes leituras sobre o passado, o presente e o futuro, as quais continuam a balizar o conteúdo da constituição e dos direitos no nosso cotidiano.

É por isso que se tornam importantes perspectivas mais robustas e complexas da história constitucional, as quais sejam capazes de ler, ao longo da história, disputas em torno do constitucionalismo que foram para além das identidades hegemônicas e imperiais, geralmente vinculadas à nação, ao sangue e aos desígnios do capital. Como a experiência pós-revolucionária em São Domingos demonstrou, a forma constitucional não foi somente praticada pelas “mãos brancas”, mas também articulada pelos “outros”, que, nos textos haitianos, era o “nós subalternos”, elemento nodal de um constitucionalismo vinculado aos condenados da terra, em que a única identidade que os unia era a exclusão dos direitos afirmados pelo iluminismo.

Neste sentido, o Haiti está mais no núcleo do espírito moderno que as próprias constituições dos “países centrais”, as quais regridem ao fechamento identitário e limitador das pretensões de liberdade e

igualdade universal, que passam a ser restringidas por barreiras territoriais, étnicas, linguísticas, nacionais e de propriedade. Assim, no contexto da Era das Revoluções, o Haiti e suas constituições podem nos dizer mais sobre os anseios utópicos engendrados pela modernidade do que os demais movimentos revolucionários da virada do século XVIII para o XIX.

Com isso, a partir da utilização da Revolução Haitiana como chave e abertura para a teoria e a história constitucional, propõe-se a ideia de um constitucionalismo negro como mecanismo de leitura e prática do direito constitucional, tornando-o apto a lidar com o passado e o presente da diáspora africana, da colonialidade e do racismo. Ou seja, com constitucionalismo negro não se pretende afirmar mais outra forma específica e identitária de enxergar o fenômeno constitucional, mas de realizar aquilo que Guerreiro Ramos chamaria de redução sociológica, ou seja, deslocar, a partir de experiências não-hegemônicas, as categorias e narrativas tradicionais construídas pela teoria do direito.

O presente texto foi uma tentativa preliminar de apresentação do ferramental teórico e metodológico do que poderia ser esse constitucionalismo negro. Assim como a categoria de Atlântico Negro, ela objetiva uma abordagem alternativa da modernidade e pode possibilitar novas perspectivas e enfoques sobre o que entendemos como direito constitucional, no passado e no presente. Busca-se, assim, que a experiência colonial, a escravidão, o genocídio, a agência negra e a contribuição intelectual da diáspora africana não sejam mais elementos periféricos no relato do sistema jurídico moderno.

Dessa maneira será possível inverter o eixo da pergunta “como a diáspora africana recebeu e reformulou o legado do iluminismo?” para se questionar mais decisivamente “quão negro e africano é o iluminismo?”

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX*. 3a ed. São Paulo, Annablume, 2008.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Florianópolis, SC. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BRITO, Luciana da Cruz. *Temores da África: segurança, legislação e população Africana na Bahia oitocentista*. Salvador, EDUFBA, 2016.

BUCK-MORSS, Susan. *Hegel, Haiti, and universal history*. USA, University of Pittsburgh Press, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Andrade Cattoni. OLIVEIRA. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Melhoramentos Editora, 2004.

_____. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte, Del Rei, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de e SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, volume 8, nº 16, mar/ago, 1988.

COSTA, Pedro Henrique Argolo. *Entre hidra e leviatã: o nomos da terra de Carl Schmitt e o paradoxo da história universal*. Brasília, DF. Monografia em Direito. Universidade de Brasília, 2015.

DUARTE, Evandro C. Piza e QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, no 49, jul/dez, 2016.

DUARTE, Evandro C. Piza. *Do medo da diferença à igualdade como liberdade: as ações afirmativas para negros no ensino superior e os procedimentos de identificação de seus beneficiários*. Brasília, DF. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2011.

FISCHER, Sibylle. Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias. *Casa de las Américas*. Octubre-diciembre, 2003.

_____. *Modernity Disavowed: Haiti and the cultures of slavery in the age of revolution*. USA, Duke University Press, 2004.

_____. Ontologias Atlânticas: Sobre Violência e Ser Humano. *E-misférica – Rasanbaj Caribenho*, volume 12, número 01, 2015.

GETACHEW, Adom. Universalism After the Post-colonial Turn: Interpreting the Haitian Revolution. *Political Theory*, volume 44 (6), August, 2016.

GILROY, Paul. *O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora 34; Rio de Janeiro, Universidade Candido Mendes, Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 2012.

GOMES, Flávio dos Santos. *Histórias de quilombolas: mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

GOMES, Flávio e SOARES, Carlos Eurgênio. Sedições, haitianismo e conexões no Brasil escravista: outras margens do Atlântico Negro. *Novos Estudos*, nº 63, 2002.

GUERRA, François-Xavier. *Modernidad e Independencias: ensayos sobre las Revoluciones Hispánicas*. Madrid, Ediciones Encuentro, 2009.

HALL, Stuart. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. Organização Liv Sovik; Tradução Adelaine La Guardia Resende... [et al]. 2a ed. Belo Horizonte, UFMG, 2013.

HOBBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções 1789-1848*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1981.

KNIGHT, Franklin. La Revolución Americana y La Haitiana en el Hemisferio Americano, 1776-1804. *Historia y Espacio*. nº 36, enero-junio, 2011, pp. 101-116, 2011.

LASSO, Marixa. *Mitos de armonía racial: Raza y republicanismo durante la era de la revolución, Colombia 1795-1831*. Bogotá, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Historia, Ediciones Uniandes, 2013.

LINEBAUGH, Peter e REDIKER, Marcus. *A hidra de muitas cabeças: marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

MATTOS, Hebe. Ciudadanía, racialización y memoria del cautiveiro en la Historia de Brasil. Trad. Francisco Ballén. In: Claudia Mosquero. ROSERO-LABBÉ. Luiz Claudio. BARCELOS. *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y razales*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales (CES), 2007.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 4a ed. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1988.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista*. Brasília/Rio de Janeiro, Fundação Palmares/OR Editor, 2002.

NASCIMENTO, Beatriz. O conceito de quilombo e a resistência cultural negra. In: Alex. RATTS. *Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de*

Beatriz Nascimento. São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Instituto Kuanza, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

NCGUKAITOBU, Tembeka. *The Land is Ours. South Africa: South Africa's First Black Lawyers and the Birth of Constitutionalism*. South Africa, Penguin Random House, 2018.

QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

REIS, João José. De escravo a rico liberto: a história do africano Manoel Joaquim Ricardo na Bahia oitocentista. *Rev. Hist.* (São Paulo), nº 174, jan-jun, 2016.

SANDERS, James. E. Atlantic Republicanism in Nineteenth-Century Colombia: Spanish America's Challenge to the Contours of Atlantic History. *Journal of World History*, volume 20, n. I, 2009.

_____. *The Vanguard of the Atlantic World: Creating Modernity, Nation, and Democracy in Nineteenth-Century Latin America*. Bogart, GA, USA, Duke University Press, 2014.

SAID, Edward. *Cultura e Imperialismo*. São Paulo, Companhia de Bolso, 2011.

SALA-MOLINS, Louis. *Dark Side of the Light: Slavery and the French Enlightenment*. USA, University of Minnesota Press, 2006.

SCOTT, Rebecca. Small-scale dynamics of large-scale processes. *The American Historical Review*, volume 105, Nº 2, Apr, 2000.

THORNHILL, Christopher. Niklas Luhmann y la sociologia de la Constitución. Hugo.

CADENAS et al (eds). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoria. Aporte para el análisis de la complejidad social contemporânea*. Santiago, RiL editores, 2012.

TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the past: power and the production of history*. USA, Beacon Press, 2015.

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, com sanduiche na Universidad Nacional de Colombia (Programa Abdias Nascimento) e na Duke University (Fulbright). Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. marcosvlq@gmail.com

O texto é uma versão reduzida do artigo “Constitucionalismo Negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana”, publicado no v.13, n.1 (2021), p. 85-109, da *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*.

Para Paul Gilroy, o “Atlântico Negro” é uma unidade de análise única e complexa do mundo moderno a partir de uma perspectiva transnacional e intercultural. Ela busca superar a imagem consolidada, nas visões sobre a história da escravidão no mundo atlântico, na qual os negros e negras escravizados eram percebidos como objetos ou seres passivos – e, portanto, objetos passivos da história, incapazes de articular resistências, projetos políticos, revoltas, discursos e lutas de liberdade contra o sistema que os objetificava e explorava. Assim, o “Atlântico Negro” seria uma realidade geográfica e espaçamento discursivo-cultural que foi constantemente ziguezagueado por movimentos dos povos negros (não só como sujeitos escravizados, mas também nas suas lutas por emancipação, autonomia e cidadania). Ao dar centralidade ao fluxo incessante e massivo de ideias e pessoas, propicia um meio valioso para “reexaminar os problemas de nacionalidade, posicionamento, identidade e memória histórica” (Gilroy,

2012, p. 59)

DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO, DESIGUALDADES E DIFERENÇAS

ROGER RAUPP RIOS¹⁰⁶

1. INTRODUÇÃO

Em sociedades tão complexas e diversas como a brasileira, discriminações, desigualdades e diferenças se apresentam de modo dramático e urgente quando se tem a democracia como horizonte de futuro. Nela, as reivindicações por justiça na distribuição de bens sócio-econômicos e pelo respeito devido aos diferentes indivíduos e grupos impactam e impulsionam o pensamento e a ação nos mais diversos domínios, desde a vida privada e a constituição da subjetividade, até o funcionamento do Estado, as políticas públicas e a ordem econômica.

Dentre tantas frentes, o campo jurídico apresenta particular interesse, dada sua importância institucional e por constituir uma das arenas onde as lutas por igualdade são travadas de modo intenso, constante e explícito. Não obstante a igualdade seja invocada em tantos ramos do ordenamento jurídico – como se dá, por exemplo, no direito previdenciário, no trabalhista e no direito eleitoral –, é no direito da antidiscriminação que este princípio busca ganhar corpo e musculatura. Fruto de elaboração e desenvolvimento recentes, no direito da antidiscriminação é que são forjados categorias, perspectivas e institutos jurídicos cuja tarefa é responder a injustiça de determinadas desigualdades e diferenças, informando respostas legislativas, jurisprudenciais e acadêmicas.

Esta reflexão busca fornecer um panorama da elaboração jurídica antidiscriminatória, articulado em torno das ideias de

desigualdade e de diferença. Para tanto, desdobra-se em quatro partes: na primeira, propõe uma compreensão dos conceitos de desigualdade e diferença, buscando apontar quando desigualdades e diferenças se mostram juridicamente ilícitas e proibidas pelo direito da antidiscriminação; na segunda, ao expor o conceito jurídico de discriminação e as modalidades de discriminação busca sublinhar como desigualdades e diferenças são apanhadas em tais categorias; na terceira, mostra a centralidade dos critérios proibidos de discriminação como *locus* privilegiado da consideração das desigualdades e das diferenças pelo direito da antidiscriminação; por fim, na quarta parte, pretende explicitar o quão decisivas são as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação na tensão entre o reconhecimento e o apagamento das diferenças quando o direito da antidiscriminação ambiciona superar desigualdades perniciosas.

2 DESIGUALDADE E DIFERENÇA NO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Demandas por igualdade surgem, antes de tudo, como reivindicações pelo enfrentamento de determinadas desigualdades e diferenças. É imprescindível, portanto, explicitar quais desigualdades e quais diferenças impelem medidas antidiscriminatórias, uma vez que, dada a extensão e a variedade das compreensões de desigualdade e de diferença, nem toda desigualdade, nem toda diferença, serão objeto de atenção pelo direito da antidiscriminação.

Desigualdade e diferença são termos cujos conceitos suscitam polêmica sobre uma miríade de fenômenos e situações, cuja compreensão revela amplas e significativas variações, que se apresenta não só como objeto de interesse específico em diversas áreas do conhecimento, tais como economia (SHAW, GALO BARDES; LAWLOR; LYNCH; WHEELER; SMITH, BRUNA; DEBBIE, Bruna; Debbie A, 2007;

WIEMER SALVERDA, BRIAN NOLAN & TIMOTHY M. SMEEDING, 2009; MEDEIROS, 2012), ciências sociais (BARRY, 2002; DUMONT,, 2000; SILVA, HALL E WOODWARD, 2000; BRAH, 2006), como também ponto de encontro e intersecção multidisciplinar (TEMKIN, 1993; RAKOWSKI, 1991).

Neste breve estudo, parte-se de uma conceituação operacional, em que a estipulação das ideias de desigualdade e de diferença tem como finalidade explicitar sua articulação com o direito da antidiscriminação, possibilitando uma compreensão comum.

Com efeito, sempre que a igualdade e a desigualdade são invocadas, de imediato se coloca a pergunta “em que” e “entre quem”; ao tratar de igualdade, e, por conseguinte, de desigualdade, estamos diante de “... um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?*”. (BOBBIO, 1996, p. 12).

Este caráter relacional, em que as desigualdades tomam sentido no binômio igualdade/desigualdade, possibilita entrever a trajetória, na dogmática jurídica, que exigiu acrescer o mandamento jurídico antidiscriminatório à tradicional enunciação das dimensões formal e material do direito de igualdade. De fato, tratamentos desiguais podem merecer, tantas vezes, chancela jurídica pelo direito de igualdade, uma vez aferida sua legitimidade, como ilustra, por exemplo, o regime de incapacidade civil de recém-nascidos para celebrar contratos em contraste com pessoas adultas, o que não ocorreria acaso tal diferenciação fosse referida à identidade étnico-racial, hipótese que deflagraria mais que a declaração da invalidade da diferenciação, requerendo medidas de enfrentamento à discriminação.

A mesma lógica relacional está presente no apelo à diferença. Tomando o exemplo do conflito entre servos e croatas, Kathryn Woodward (2000, p. 9,) sintetiza:

“Essa história mostra que a identidade é relacional. A identidade sérvia depende, para existir, de algo fora dela: a saber, de outra identidade (croácia), de uma identidade que ela não é, que difere da identidade sérvia, mas que, entretanto, fornece as condições para que ela exista. A identidade sérvia se distingue por aquilo que ela não é. Ser um sérvio é ser um “não-croata”. A identidade é, assim, marcada pela diferença.”

Como ocorre com a desigualdade, marcada pelo caráter relacional e seu respectivo binômio (igualdade/desigualdade), também a diferença emerge assinalada pelos contrastes em que produzidas as identidades. No direito da antidiscriminação, o binômio identidade/diferença impele a eleição de fatores cujo emprego diferenciador é permitido ou proibido, tópico fundamental que reclama perguntar-se sobre os critérios proibidos de discriminação, o que será retomado na próxima seção.

Nesse cenário, as contemporâneas polêmicas e disputas envolvendo igualdade e identidade, desigualdade e diferença submetem as respostas jurídicas antidiscriminatórias a elevada tensão. Examiná-las levando em conta cada uma das concepções acerca destas disputas e destes conceitos, a par de impraticável neste artigo, conduziria a inquérito infundável.

Sendo assim, ao prosseguir a leitura do direito da antidiscriminação articulada às ideias de desigualdade e diferença, mostra-se proveitoso alinhar três premissas medulares, úteis para orientar a pergunta sobre a relação entre estes termos (antidiscriminação, desigualdade e diferença). Tais premissas, com papel basilar na fundação da modernidade ocidental, são: (a) a antecendência do indivíduo sobre a sociedade na equação dos valores

cardeais da liberdade e da igualdade; (b) a igualdade formal entre todos os indivíduos na esfera política e econômica e (c) a proposição do sujeito de direito como categoria universal, abstrata e genérica. Tais concepções, verdadeiros pilares da ideologia do individualismo moderno, carregam conteúdos e descerram consequências de grande magnitude no desenho e nas controvérsias do direito da antidiscriminação.

Enquanto disciplina jurídica particular, o direito da antidiscriminação começa a afirmar-se no pós Segunda Guerra Mundial não só como iniciativa, no plano institucional internacional, desecandada pelo racismo dos regimes nazifascistas, como no interior de diversos ordenamentos jurídicos. Nutrido pelas lutas dos movimentos sociais, dos direitos civis da população negra nos Estados Unidos, dos direitos das mulheres, das pessoas com deficiência, dos povos indígenas e das pessoas LGBTQIA+ mundo afora, e das lutas anticolonialistas, o direito da antidiscriminação se afirma, se espalha e se robustece.

Nesse processo, a denúncia e o enfrentamento de atos individuais e coletivos, institucionais e estruturais de discriminação, passam a tensionar as bases ideológicas do individualismo moderno, desvelando que, na essência da reivindicação por liberdade da Revolução Francesa, o que se encontra é a reivindicação por igualdade, mesmo porque, para as categorias inferiores, a restrição da igualdade significa ausência de liberdade (Dumont, 1997, p. 62). Enquanto disciplina científica e prática jurídica, a elaboração e o desenvolvimento do direito da antidiscriminação carregam as tensões inerentes do individualismo moderno, na medida em que no interior deste horizonte ideológico se colocam visões distintas quanto à relação entre o indivíduo e a sociedade, o que repercute diretamente no “aspecto igualitário do individualismo” (DUMONT, 2000, p. 90).

Em rápidas pinceladas, sem adentrar na arena da filosofia política, basta referir, mais uma vez na esteira de Louis Dumont, que os

expoentes do contratualismo clássico – Hobbes, Locke e Rousseau –, depararam-se com a dificuldade de conciliar igualdade e diferenças (de poder e de condição), na sociedade e no Estado (DUMONT, 2000, p. 93). Ao encetar este debate, que poderia ser hoje descrito em termos de igualitarismo individual e igualitarismo social, apontam conteúdos de grande serventia para a compreensão da tensão entre as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação no direito da antidiscriminação, como será visto na próxima seção.

Dificuldades e controvérsias desta ordem, presentes na filosofia política, podem em muito contribuir para desnudar lógicas e dinâmicas sociais cujo enfrentamento está no cerne do direito da antidiscriminação. Isso porque aferrar-se às premissas do individualismo moderno (que fazem anteceder o indivíduo sobre a sociedade e dão primazia à igualdade formal na sociedade e na política), sem enfrentar suas limitações, resulta em desconsiderar as subordinações decorrentes da vida em sociedade, onde operam as desigualdades, de poder e condições, e atuam os diferencialismos repressivos.

Neste cenário, desigualdades e diferenças convocam respostas do direito da antidiscriminação tanto no âmbito público estatal, quanto no âmbito social e privado. Disputas envolvendo direitos políticos, como o direito ao voto de grupos discriminados em virtude de identidade étnico-racial, bem como impedimentos ao reconhecimento jurídico de comunidades familiares em virtude de orientação sexual, bem exemplificam a vasta gama de situações a que o direito da antidiscriminação é convocado. Respostas antidiscriminatórias cuja formulação é requerida em face de desigualdades de respeito, poder e de riqueza, bem como de opressões voltadas contra identidades radicadas em diferenças socialmente produzidas.

Diante das dinâmicas da igualdade/desigualdade e da identidade/diferença, são as desigualdades injustas e as diferenciações opressoras que contam para o direito da antidiscriminação, cuja

articulação enseja mútuo nutrimento: relações de poder e dominação, ao estabelecer desigualdades injustas, atuam na produção social de diferenças degradantes, que, por sua vez, realimentam as desigualdades subordinantes.

3. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO: CONCEITO JURÍDICO E MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO

Como visto na seção precedente, ao direito da antidiscriminação interessam desigualdades injustas e diferenças degradantes, cuja origem e dinâmica convocam intenso debate em variados campos do conhecimento (político, social, filosófico, histórico, etc.). Diante de tais injustiças, tem sido levado a cabo um esforço de compreensão e de efetivação do princípio jurídico da igualdade enquanto mandamento antidiscriminatório, do qual resultam conhecimento teórico especializado e a formulação de legislação e jurisprudência específicas. A litigância, a sistematização e a pesquisa acadêmica nestes campos acabaram por demarcar estes domínios da prática e do conhecimento jurídicos, conhecidos como “*direito da antidiscriminação*”. Assim designado, tal campo surge a partir da experiência jurídica estadunidense (McCRUDDEN, 1991), com os avanços do movimento de direitos civis pós II Guerra Mundial (POLE, 1993, p. 311), tendo como marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso “*Brown vs. Board of Education*”, de 1954 (SCHWARTZ, 1993, p. 286; RUTHERGLEN, 2001), passando a exercer uma influência seminal também no continente europeu, tanto nos direitos nacionais (BURCA, 2011), como no direito comunitário europeu (COUNCIL OF EUROPE, 2011).

Enquanto a compreensão tradicional do princípio da igualdade expõe o conteúdo e a extensão dessa cláusula constitucional de modo estático, por meio da enunciação de suas respectivas dimensões formal

e material arbitrárias (FREDMAN, 2002, p. 7; RIOS, 2002, p. 33; MOREIRA, 2017, p. 17), o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico. Passa-se a atentar para os prejuízos injustos suportados pelos destinatários de tratamentos desiguais, objetivando enfrentar situações de estigma e subordinação experimentadas por grupos discriminados (RIOS, 2008, p. 36; MOREIRA, 2017, p. 67; SOLANKE, 2017). A discriminação enfrentada pelo direito da antidiscriminação é, portanto, tomada por uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade prejudicial e injusta, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como alerta a dimensão material do princípio da igualdade (o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades).

Na leitura do direito da antidiscriminação à luz dos binômios igualdade/desigualdade e identidade/diferença ganham centralidade as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação, para o que contribui um panorama de seus conceitos fundamentais, quais sejam: o conceito, as modalidades e os critérios proibidos de discriminação.

4. CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO

O conceito de discriminação requer algumas considerações no sentido de tornar mais clara sua compreensão e de facilitar sua concretização no campo jurídico e nas políticas públicas. Diferentemente do preconceito, que designa percepções mentais e internas negativas em desfavor de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados, discriminação é a materialização de atitudes arbitrárias, acarretando violações de direitos. O termo preconceito é utilizado de maneira mais frequente nos domínios da psicologia e das ciências sociais, enquanto o termo discriminação é mais difundido no

vocabulário jurídico.

Neste sentido, a partir da análise conjunta da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, o conceito jurídico de discriminação é “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública.” (RIOS, 2008, p. 20). Saliente-se que tal conceito jurídico de discriminação acabou por ser incorporado, com estatura constitucional, no direito interno brasileiro, em virtude da recepção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância⁴ foi no mesmo sentido, definindo discriminação como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.” Note-se que a inserção do fragmento “em qualquer área da vida pública ou privada” alargou a amplitude conceitual da discriminação, censurando sua ocorrência em qualquer âmbito da vida social.

A discriminação em nada se confunde com a adoção de medidas de diferenciação positiva, visto que estas possuem caráter positivo, objetivando a efetivação dos direitos, sem, portanto, a ilicitude que caracteriza comportamentos discriminatórios. Nas medidas de diferenciação positiva, encontramos não somente as ações afirmativas, mas também a adoção de medidas de tratamentos especiais requeridos por uma especificidade de um indivíduo ou grupo (RIOS, 2008, p. 22).

5. MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO

No direito da antidiscriminação, discriminação direta e indireta são as categorias jurídicas que designam as modalidades de discriminação enfrentadas (SCHIEK; WADDINGTON; BELL, 2007; BAMFORTH; MALIK; O’CINNEIDE, 2008; FREDMAN, 2002; RIOS, 2008; MOREIRA, 2017). Com efeito, a partir do conceito jurídico de discriminação, apresentam-se de imediato pelo menos duas modalidades de discriminação, cuja distinção terminológica se expressa pela menção ao “propósito” (discriminação direta) e ao “efeito” (discriminação indireta) das distinções, exclusões, restrições e preferências danosas ao reconhecimento, gozo e exercício, em pé de igualdade, de direitos.

Em sua modalidade direta, a discriminação pode se dar de maneira intencional e consciente; na sua modalidade indireta, decorre de condutas e contextos desprovidos de propósito discriminatório, mas com efeitos e impactos discriminatórios, produzindo resultados danosos desproporcionais para determinados grupos (RIOS, 2008, p. 89-153).

A discriminação direta se manifesta de modo variado, podendo estar (a) explícita em determinada medida (discriminação direta explícita; por exemplo, o racismo em discurso neonazista), (b) decorrer da aplicação mais gravosa, de medida originalmente sem intenção discriminatória, contra determinado grupo de medida (discriminação direta na aplicação da medida; por exemplo, aplicação intencionalmente mais rigorosa de regulamento de trânsito contra jovens negros), ou, (c) desde a origem da concepção e formulação de determinada medida, revelar-se intenção discriminatória (discriminação direta na concepção ou no desenho; por exemplo, o estabelecimento de certo regulamento com o fim de tornar inviável a participação de mulheres ou de pessoas com deficiência).

A discriminação indireta, a seu turno, ocorre quando

determinadas medidas contextos, ainda que desprovidos de intenção, impactam, de modo diferenciado e prejudicial, indivíduos e grupos discriminados. Ela pode (a) enraizar-se a uma motivação inconsciente (discriminação indireta inconsciente; por exemplo, a perpetuação desapercibida de mentalidade discriminatória por indivíduos, grupos ou instituições), (b) resultar de negligência diante de efeitos discriminatórios de medidas sem propósito discriminatório (discriminação indireta por negligência; por exemplo, a omissão não-intencional na adoção de medidas de conscientização diante do sexismo), (c) estar arraigada em práticas formais informais reproduzidas institucionalmente (discriminação indireta institucional; por exemplo, a perpetuação de critérios de promoção aparentemente neutros que tem impacto prejudicial para grupos historicamente discriminados em determinada instituição) e (d) decorrer da invisibilidade de vantagens e de privilégios em favor de certos indivíduos e grupos com prejuízos aos demais outros (discriminação indireta por invisibilidade de privilégios; por exemplo, em países com passado escravocrata, os efeitos presentes da escravidão).

Discriminação direta e indireta, cada uma dessas respostas antidiscriminatórias a seu modo, buscam enfrentar prejuízos decorrentes e dinâmicas produtoras de desigualdades e diferenças, cuja incidência engendra e recai sobre identidades e escolhas fundamentais desenvolvidos por meio da categoria “critérios proibidos de discriminação”.

6. CRITÉRIOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO

Dentre os elementos centrais do direito da antidiscriminação, a enumeração dos critérios proibidos de discriminação merece lugar preeminente, como testemunham os diversos instrumentos internacionais de direitos humanos e os ordenamentos jurídicos

nacionais.

6.1 AMPLITUDE E FUNÇÃO

Como visto, a mera interdição abstrata de arbitrariedade nas distinções, assente na formulação das dimensões formal e material do direito de igualdade, tem se mostrado insuficiente para responder às discriminações desferidas contra grupos subordinados (RIOS, 2008; MOREIRA, 2017). A percepção e superação das diversas formas de discriminação exige, a cada momento histórico, a definição e a compreensão evolutiva dos critérios protegidos de diferenciações prejudiciais no reconhecimento, gozo e exercício de direitos, em pé de igualdade, entre indivíduos e grupos.

Mais que simples procedimento técnico-jurídico, a definição dos destinatários da proteção antidiscriminatória, que serão explicitados no ordenamento jurídico por meio da lista de critérios proibidos de discriminação, reflete a repercussão jurídico-institucional de lutas sociais, nas quais grupos politicamente marginalizados lutam por proteção antidiscriminatória (GERSTMANN, 1999, p. 34). Os critérios proibidos de discriminação funcionam como mandamentos negativos que determinam que, como base em certo critério, alguém não seja discriminado e receba igual proteção da lei. Ao reprovarem condutas e efeitos discriminatórios, protegem de tratamento prejudicial indivíduos e grupos que se enquadrem no critério protegido, seja em virtude de sua condição identitária (como raça ou sexo, por exemplo), seja por escolhas fundamentais juridicamente protegidas (como convicções políticas e filosóficas ou afiliação religiosa, por exemplo).

6.2 INTERPRETAÇÃO E ENUMERAÇÃO DOS CRITÉRIOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO

Os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas na enumeração dos critérios proibidos de discriminação. Alguns elaboram listas taxativas por meio de legislação específica, enquanto outros se valem de previsões amplas e genéricas; um terceiro grupo adota técnica mista, enumerando de forma exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. No primeiro grupo, a decisão sobre os critérios proibidos de discriminação é restrita ao poder legislativo, ao passo que nos demais esta tarefa cabe também a outros ramos do estado, o que ocorre por meio do trabalho de agências e comitês executivos de combate à discriminação, como também aos tribunais.

Nesta trajetória, o acréscimo de novos critérios ou a extensão da proteção antidiscriminatória a grupos antes desamparados por meio da aplicação de critérios já estabelecidos se dá mediante a atualização da compreensão dos critérios existentes ou pela explícita adição de um critério antes não-previsto. Para tanto, são levados em conta parâmetros como: (a) se o grupo é historicamente perseguido; (b) se é estigmatizado; (c) se recebe tratamento desigual prejudicial; (c) se sofre preconceito, estereótipos negativos e hostilidades; (d) se constitui minoria politicamente em desvantagem; (e) se a característica distintiva do grupo, constitutiva de sua identidade, é imutável ou modificável somente a alto e inexigível custo e (f) se tal característica desencadeadora da discriminação em nada impede a participação positiva do grupo na sociedade (WINTEMUTE, 1995).

Um sem-número de questões se coloca na aplicação dos critérios de proibição. O direito brasileiro demonstra essa realidade. A primeira dessas questões, que toma a atenção de imediato, diz respeito à enumeração exemplificativa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, que possibilita a inclusão de novos critérios proibidos de discriminação; outra questão, muito relevante, concerne à interpretação de cada um dos critérios enumerados. No campo do gênero e da sexualidade, as disputas hermenêuticas são particularmente polêmicas, dada a extensão que se pode verificar na

compreensão da enumeração do “*sexo*” como critério proibido de discriminação, bem com o influxo das dinâmicas sociais de gênero e sexualidade nesses processos.

No direito internacional dos direitos humanos, este processo de interpretação e ampliação concretizadora do mandamento antidiscriminatório se verifica de modo exemplar no direito interamericano dos direitos humanos, como ilustra a enumeração prevista na Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância:

Art. 1.1. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

Ainda neste panorama dos critérios proibidos de discriminação, é relevante salientar o conceito de discriminação múltipla, dada a complexidade do fenômeno discriminatório.

Os diferentes contextos, redes relacionais, fatores intercorrentes e motivações que emergem quando, no trato social, indivíduos e grupos são discriminados, não se deixam reduzir a um ou outro critério isolado (MACÊDO, 2008, p. 12). Não basta reprovar a discriminação racial e a discriminação sexual, pois a injustiça sofrida por mulheres brancas é diversa daquela vivida por mulheres negras, assim como a discriminação experimentada por homens negros e por mulheres

negras não é a mesma. É preciso ir além de um soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação, ainda que haja cuidado e esmero na enumeração de todos os possíveis fatores de diferenciação injustificadamente incidentes em tratos diferenciados^[1]. Perceber a discriminação interseccional, decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, é ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade, tanto para as ciências sociais, quanto para a ciência jurídica.

A perspectiva interseccional revela-se necessário para o conhecimento e a prática jurídica. Ao tornar visíveis situações discriminatórias não percebidas, há a possibilidade de visibilidade de indivíduos e de grupos até então ignorados, conduzindo a maiores chances de sucesso por parte das políticas públicas contra a discriminação (DORLIN, 2012, p. 10). Como afirma Mara Viveros Vigoya, com a interseccionalidade possibilita-se a compreensão teórica e política das relações sociais de poder e de como se dá o seu real funcionamento, muito além da enumeração formal de critérios proibidos de discriminação, indo além de concepção matemática das desigualdades (VIGOYA, 2008). Daí a compreensão da interseccionalidade como “... uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes (...)”. (CRENSHAW, 2002, p. 177).

7. PERSPECTIVAS NO ENFRENTAMENTO DE DESIGUALDADES E DIFERENÇAS: PREVALÊNCIA, CONVERGÊNCIA OU CONFLITO ENTRE ANTIDIFERENCIAÇÃO E ANTISSUBORDINAÇÃO

Antidiferenciação e antissubordinação são perspectivas presentes no debate jurídico antidiscriminatório, com consequências decisivas para as categorias jurídicas deste campo do direito e, por conseguinte, para o enfrentamento das desigualdades e das diferenças miradas pelo direito da antidiscriminação. Disso decorre a relação direta e central entre tais conceitos e a atuação do direito da antidiscriminação.

7.1 A PERSPECTIVA DA ANTIDIFERENCIAÇÃO

A perspectiva da antidiferenciação, como o próprio nome revela, reprovava tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, considerados os critérios proibidos de discriminação. Ao almejar que indivíduos e instituições sejam neutros na adoção de suas medidas, ela acaba por adotar a perspectiva do agente de eventual discriminação, voltando seu foco para a correção de condutas discriminatórias. Daí que, primordialmente, oriente-se para a proteção de indivíduos vítimas de discriminação intencional.

Nessa lógica, a perspectiva da antidiferenciação mostra-se hostil a ações afirmativas, tendo-as discriminatórias em relação aos grupos que não se destinam, assim como refuta medidas específicas, assimilando-as a uma espécie de “direito especial”, como privilégios incompatíveis com o direito de igualdade, compreendido como mandamento de igual e indistinto tratamento, seja diante de quem for.

A perspectiva da antidiferenciação pode ser entendida como uma manifestação radical da igualdade formal enquanto proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, gerando um “direito à indiferença (LOCHACK, 1998, p. 60). Tal perspectiva é eficaz e suficiente no enfrentamento da discriminação direta, onde indivíduos e grupos têm seus direitos restringidos, não importando se de modo explícito ou dissimulado.

A perspectiva da antidiferenciação costuma ser associada aos valores de imparcialidade, objetividade e universalidade, afeiçoar-se a visões de mundo individualistas e meritocráticas (SANDEL, 2020), resultando em uma aplicação simétrica do princípio da igualdade (FISS, 1991).

Dentre as críticas que lhe são endereçadas, destacam-se o esvaziamento e descontextualização que acaba por imprimir ao princípio da igualdade e aos ideais de universalidade, imparcialidade e objetividade; em seu horizonte, por exemplo, não há diferença entre manter um regime oficial de segregação entre brancos e negros em piscinas públicas e simplesmente fechar todas as piscinas públicas para evitar a integração, com a perpetuação do racismo, ou entre tolerar um regime de seguridade social discriminatório contra homossexuais e privar toda a população de tais benefícios sociais, ao argumento de que a supressão para todos seria igualitária.

Outra dificuldade da perspectiva da antidiferenciação é a definição dos parâmetros de comparação nos juízos de igualdade. Dado que discriminar é distinguir, e que a tarefa do direito da antidiscriminação é evitar distinções injustas, coloca-se em todos os momentos a pergunta sobre o referencial levado em consideração na decisão sobre a justiça ou não de determinado tratamento, o que remete diretamente ao caráter relacional das desigualdades e das diferenças, como visto na seção antecedente.

Como se verifica nas premissas da ideologia moderna do individualismo, a perspectiva da antidiferenciação considera os indivíduos de modo abstrato, apartados das realidades raciais, sexuais, religiosas, sociais, econômicas, etc. Tal abstração e universalidade plasmam um igualitarismo individualista, resultando, concretamente, na assunção das características e preferências dos grupos dominantes como parâmetro de comparação (raça branca, sexo masculino, religião cristã, orientação sexual heterossexual, etc)^[10]. Ademais, a relação da

perspectiva da antidiferenciação com tal individualismo acaba restringindo o direito da antidiscriminação apenas aos casos de discriminação intencional, limitando decisivamente a possibilidade de respostas diante da discriminação não-intencional, de cunho institucional.

Por conseguinte, a perspectiva da antidiferenciação tem dificuldades ao deparar-se com o tratamento das diferenças. Forjada por ideais de neutralidade e abstração, ela não está apta, nem disposta, a reconhecer diferenças que justifiquem medidas positivas específicas, como pode ser verificado em face de diferenças religiosas e culturais que reclamem acomodações apropriadas como exigências de igualdade. Na lógica antidiferenciadora merece censura, por exemplo, a demanda, por parte de um fiel adventista, de realizar teste físico em concurso público marcado para às vésperas de domingo, por configurar um “direito especial”, privilégio ofensor do direito de igualdade.

Na dogmática do direito de igualdade, a perspectiva da antidiferenciação revela-se primordialmente de dois modos. Primeiro, pela postulação de que o princípio da igualdade atuaria somente de modo negativo, proibindo diferenciações e ordenando uma postura neutra diante da realidade. Segundo, pela compreensão da igualdade material como mero dever de racionalidade na aplicação da citada máxima aristotélica do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, sem acrescentar ao raciocínio jurídico nenhum outro conteúdo substantivo próprio (BANDEIRA DE MELLO, 1993; FERREIRA FILHO, 1990; DANTAS, 1948; PONTES DE MIRANDA, 1979).

A doutrina jurídica brasileira ilustra esta compreensão. Francisco Campos, por exemplo, comentando o caráter negativo do princípio da igualdade, salienta que

“... sua finalidade consistia tão-somente em suprimir e

impedir que renascesse a estrutura social, que a revolução acabava de desmontar ou destruir. (...) Embora já fosse corrente na filosofia social e política do século XVIII, e constituísse um dos temas da propaganda revolucionária, a ideia de que a igualdade entre os homens deveria ser completa e radical, o certo é que a declaração constitucional da igualdade tinha como foco particular de incidência o regime ou a estrutura social que vinha de ser abolida. A acentuação tônica do princípio da igualdade teria de recair precisamente sobre o seu conteúdo negativo. Ele era, então, um conceito polêmico e, como é próprio do conceito polêmico, a sua significação ou o seu conteúdo se define melhor de modo negativo do que positivamente, mais por oposição ou negação concreta do que de maneira geral e abstrata.” (CAMPOS, 1956).

7.2 A PERSPECTIVA DA ANTISUBORDINAÇÃO

A perspectiva da antissubordinação, por sua vez, centra-se não na uniformidade de tratamento, mas postula o enfrentamento e a superação de tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação. Sendo assim, admitem-se tratamentos diferenciados, cujo objetivo seja ultrapassar situações de discriminação, como considera discriminatórios tratamentos neutros que perpetuem ou reforcem subordinações. Por voltar-se aos efeitos experimentados por indivíduos e grupos subordinados, resultantes de atos, práticas, instituições e estruturas discriminatórias, com ou sem intencionalidade, associa-se à antissubordinação a perspectiva do discriminado.

A perspectiva da antissubordinação, por conseguinte, admite ações afirmativas, sempre que estas se revelarem necessárias e eficazes

no combate às discriminações, sem nelas ver qualquer violação a direitos de grupos direta ou indiretamente privilegiados pelo *status quo*. Adotada a perspectiva da antissubordinação, é a superação das discriminações, não a neutralidade, a mola propulsora da atuação antidiscriminatória, amoldando o ponto de vista do discriminado em vez daquele do perpetrador da discriminação, como se dá na abordagem da antidiferenciação.

Daí que medidas específicas, necessárias em virtude da situação de grupos subordinados, tais como a proscrição de atos de ódio contra minorias e a obrigatoriedade de deveres de adaptação, longe de serem privilégios, direitos especiais, discriminações “invertidas” ou “benignas”, são consideradas exigências antidiscriminatórias do direito de igualdade, cuja ausência ou omissão deliberada configura violação do direito de igualdade. Em vez da polêmica antidiferencialista entre “direitos gerais” e “direitos especiais” (eventualmente tolerados como exceções indesejáveis ao princípio da igualdade), a antissubordinação indaga-se sobre a potencial injustiça das desigualdades e os efeitos deletérios de determinadas diferenciações. A disputa entre a simetria e neutralidade, de um lado, e, de outro, a necessidade de assimetria e contextualização, em face do reconhecimento, gozo e exercício dos direitos, move-se para a suspeita sistemática diante da abstração e da indiferença presentes na vida social.

Nessa lógica, a perspectiva da antissubordinação, vê no princípio da igualdade um mandamento constitucional de igual proteção, através do direito, aos membros de grupos em situação de desvantagem social, econômica, religiosa, cultural, sexual, racial, etc. É o que se pode vislumbrar, com muita nitidez, na advertência de Tussman e tenBroek (1949), em artigo clássico no direito estadunidense; ancorado na literalidade da XIV Emenda, destaca-se sua redação: “the equal protection of the laws”, ao invés de “the protection of equal laws”.

Contrastada à perspectiva da antidiferenciação, da tarefa da igual proteção aos membros de grupos subjugados empresta conteúdo

substantivo ao direito de igualdade, a ser concretizado em cada momento histórico tendo presente quais são estes grupos e as formas pelas quais a discriminação ocorre. A perspectiva da antissubordinação proporciona substância e dinamismo ao princípio da igualdade, emprestando-lhe historicidade e o comprometendo com respostas concretas em face de desvantagem e subordinação, desveladas pela injustiça das desigualdades e pela produção social de diferenças degradantes. Como consequências da postura antissubordinante, podem-se elencar, no exame da discriminação indireta, a atenção aos “efeitos presentes da discriminação passada” ou a distinção da discriminação segundo as modalidades *de facto* e *de jure discrimination*, temas representativos do debate havido com quem busca salvaguardar uma aplicação pretensamente neutra e abstrata do princípio da igualdade.

Os desdobramentos da perspectiva da antissubordinação conduzem à concretização de uma das funções mais caras aos direitos fundamentais nas democracias contemporâneas, qual seja, a proteção das minorias. Com efeito, a função protetiva de minorias é mais adequadamente desempenhada por um princípio da igualdade atento à situação dos grupos subordinados, na medida em que se atribui ao direito da antidiscriminação algo mais que um mero teste de racionalidade na eleição de critérios de diferenciação tendo em vista certas finalidades¹.

No direito constitucional brasileiro, a perspectiva da antissubordinação apresenta-se não só pela previsão de deveres de proteção a grupos subordinados e minoritários (como expressamente faz o texto constitucional, ao reconhecer a situação dos indígenas ou de idosos, por exemplo) e de mandamentos expressos de promoção da igualdade (como faz o artigo 5º, ao elencar em seu *caput* o direito à igualdade, ou as previsões de cotas eleitorais para mulheres nos partidos políticos ou de reserva de vagas para deficientes físicos em

concursos públicos), bem como do reforço ao reconhecimento constitucional de direitos fundamentais sociais, cuja implementação tem efeito decisivo para a manutenção ou enfrentamento de desigualdades e para o convívio das diferenças.

Dito de outro modo, antidiferenciação e antissubordinação formulam as exigências antidiscriminatórias do princípio da igualdade, respectivamente, como direito a igual tratamento e direito a ser tratado como igual (TRIBE, 1999). O *direito a igual tratamento* proíbe medidas diferenciadas em face de certos critérios e conduz a uma aplicação mais restrita do princípio da igualdade, diante dos requisitos de neutralidade e universalidade e da consideração dos indivíduos de modo abstrato. Já o *direito a ser tratado como igual* aponta para a consideração das diferenças concretamente experimentadas por indivíduos e grupos, reclamando proteção jurídica específica apta a afastar desvantagens e subordinações no reconhecimento, gozo e exercício de direitos.

8. ANTIDIFERENCIAÇÃO E ANTISSUBORDINAÇÃO: PREVALÊNCIA, CONVERGÊNCIA OU CONFLITO?

A convivência das perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação coloca a pergunta sobre a prevalência de uma ou de outra no direito da antidiscriminação, indagação análoga à interrogação sobre o convívio entre as dimensões formal e material da igualdade no direito de igualdade. Assim como ocorre no direito estadunidense (DORF, 2002), também no direito brasileiro (RIOS, 2017), não se vislumbra hegemonia desta ou daquela diretriz na jurisprudência, muito menos adoção definitiva ou acabada.

Nesta linha, pode-se perceber que o direito da antidiscriminação atua mediante a consideração de valores substantivos e que a aplicação do princípio jurídico da igualdade vai além de um mero teste de racionalidade entre meios e fins. A ofensa à igualdade é o considerar

certos tratamentos discriminatórios decorre, juridicamente, da proteção de certos conteúdos e da legitimidade ou não de certos objetivos, mais do que da mera correlação de compatibilidade lógica entre meios e fins. A forte e sistemática suspeição constitucional de diferenciação fundada em critério racial exemplifica um conteúdo substantivo decisivo na aplicação do princípio da igualdade, assim como a importância reconhecida pela Constituição ao pluralismo religioso pode conduzir à rejeição, por considerações substantivas, de certas exigências laborais que limitam a liberdade religiosa de um ou mais grupos, mesmo em face de certos objetivos econômicos, como a maximização do lucro.

Neste quadro, antidiferenciação e antissubordinação podem ser consideradas perspectivas convergentes no direito da antidiscriminação, ou, pelo menos, que a perspectiva da antidiferenciação não pode ignorar preocupações centrais para a perspectiva da antissubordinação. De fato, até mesmo a mais radical profissão de fé antidiferenciadora não pode furtar-se, em sua aplicação, à consideração de certas indeterminações (BALKIN e SIEGEL, 2003). Listo, nos próximos parágrafos, algumas delas.

A um, um direito da antidiscriminação antidiferenciador tem que responder quais critérios merecem proteção e, portanto, quais distinções devem ser proibidas, ensejando a aplicação do princípio da igualdade. Esta eleição, que está no centro das preocupações da perspectiva da antissubordinação, faz-se, de fato, mediante considerações valorativas a respeito da posição de indivíduos e grupos e do mérito ou demérito de sua situação.

A dois, a aplicação da perspectiva antidiferenciadora necessita responder se a utilização de um critério proibido conjuntamente com outros tantos critérios permitidos é causa de invalidação da medida ou não (por exemplo, se a participação em medidas especiais para combate à exclusão pode valorizar, além da condição econômica, do grau de instrução e da condição de saúde, o critério étnico) – indagação que vai além de um mero exame de neutralidade.

A três, certas decisões exigem da perspectiva da antidiferenciação distinguir entre a utilização permitida e a proibida de certos critérios (por exemplo, separação por sexo de banheiros públicos ou a proteções contra violência doméstica cujo destinatário específico sejam mulheres).

A quatro, na aplicação da antidiferenciação, é mister separar medidas protetivas de grupos em situação de desvantagem com eventuais benefícios indevidos a tais grupos, tarefa que requer valoração além da neutralidade (por exemplo, a distinção entre medidas paternalistas, medidas necessárias e privilégios exagerados para determinado grupo no mercado de trabalho ou a distinção entre medidas protetivas e necessárias e medidas eventualmente excessivas, visando à inclusão de pessoas com deficiência).

A cinco, a perspectiva da antidiferenciação, em si mesma, não fornece critério algum diante das questões do impacto diferenciado. Como avaliar a legitimidade da utilização de um critério aparentemente neutro em um processo seletivo que, sabe-se de antemão, provocará a exclusão desproporcional e injustificada de negros e mulheres (determinadas espécies de testes de conhecimento e específicas exigências biométricas, por exemplo). Em que medida deve ser exigida a correlação de um ou outro requerimento, tendo presente as peculiaridades de cada processo seletivo e o contexto em causa? Quais os motivos que podem justificar este impacto diferenciado e perante quais tais resultados serão considerados discriminatórios?

A seis, o direito da antidiscriminação antidiferenciador não fornece diretriz sequer para a aplicação da igualdade em face dos critérios proibidos de discriminação, como ilustram os debates sobre discriminação por motivo de sexo: elas abrangem ou não a discriminação por motivo de orientação sexual, considerada como modalidade de discriminação sexual? (WINTEMUTE, 1995). Discriminação dirigida contra mulheres grávidas constitui uma modalidade de discriminação por motivo de sexo?

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem novidade ou surpresa, o breve caminho percorrido neste estudo faz divisar, na gênese e no desenvolvimento do direito da antidiscriminação, o esforço conceitual e instrumental que anima o forjar respostas jurídicas diante de desigualdades e diferenças injustas e deletérias. Desde o conceito jurídico de discriminação, plasmado a partir de experiências nacionais e lições mundiais, até as modalidades de discriminação juridicamente proibidas, atentas aos critérios proibidos de discriminação, é o conteúdo do direito de igualdade como mandamento antidiscriminatório que vai se concretizando.

Tudo isto convoca a concentração para o saber ver e o saber responder às desigualdades e diferenças que, constitutivas de nossos modos de ser, viver e conhecer, desafiam a construção do direito. Nesse esforço, a mais perfeita compreensão possível dos fenômenos discriminatórios e o melhor desenho possível do direito antidiscriminatório são tarefas mais que necessárias, pois urgentes.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack; SIEGEL, Riva. *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?* disponível, em [_](#), acesso em 20 set. 2021.

BAMFORTH, Nicholas; MALIK, Maleiha; O'CINNEIDE, Colm. *Discrimination Law: theory and context*. Londres: Sweet & Maxwell.

BARRY, Brian. *Culture & Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BURCA, Grainne De." *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law.*" *NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW*

PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES. WORKING PAPER N° 11-80. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1950697>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRAH, Avtar. “Diferença, diversidade, diferenciação”. *Cadernos PAGU* (26), janeiro-junho de 2006: pp. 329-376.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1956.

COUNCIL OF EUROPE – European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European Non-Discrimination Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2011/handbook-european-non-discrimination-law-2011-edition>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CRENSHAW, Kimberlè. “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”. *Revista de Estudos Feministas*, v. 7, n° 12, 2002, p. 171-188.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante lei e “due process of law”*, Rio de Janeiro: Revista Forense, abril, 1948.

DORF, Michael. ‘A partial defense of an antidiscrimination principle’, *The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, disponível em <http://www.bepress.com-ils-iss2-art2>, em 22-10-2002.

DORLIN, Elsa (2012). “L’Atlantique féministe. L’intersectionnalité en débat”. *Papeles del CEIC*, v. 2012/2, n° 83, p. 1-16.

DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.

FISS, Owen M., ‘Groups and the Equal Protection Clause’, in *Equality and preferential treatment*, org. Marshall Cohen, Thomas Nagel e Thomas

Scanlon, Princeton: Princeton University Press, 1991.

FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

GERSTMANN, Evan. *The Constitutional Underclass. Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

LOCHAK, Danièle. Égalité et différence. *Reflexions sur l'universalité de la règle de droit*, in *Homosexualités et droit – da la tolerance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel Borrilo, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

MACÊDO, Márcia dos Santos (2008). *Na trama das interseccionalidades: mulheres chefes de família em Salvador*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10983/1/Dissertacao%20Marcia%20Macedoseg.pdf>> Último acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

McCRUDDEN, Christopher. *Anti-Discrimination Law*. New York: New York University Press, 1991.

MEDEIROS, Marcelo. *Medidas de Desigualdade e Pobreza* Brasília: Editora UnB, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, S.Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando. 2017.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, Liberdade e Igualdade – Os três caminhos*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979.

POLE, J. R. *The pursuit of Equality in American History*. Berkeley: University of California Press, 2ª Ed, 1993.

RAKOWSKI, Eric. *Equal Justice*. Oxford: Clarendon, 1991.

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

RIOS, Roger Raupp. “O princípio da igualdade no direito brasileiro: desenvolvimento histórico e concretização pelo Supremo Tribunal Federal”. In: *Direito francês e brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas*. Coord. Michel Fromont, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 425-467.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RUTHERGLEN, George. *Employment Discrimination Law*. New York: Foundation Press, 2001.

SANDEL, Michael. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

[SHAW](#); [GALOBARDES](#); [LAWLOR](#); [LYNCH](#); [WHEELER](#); [SMITH](#), [BRUNA](#); [DEBBIE](#), Bruna; Debbie A. *The Handbook of Inequality and Socioeconomic Position: Concepts and measures*. Bristol: Police Press, 2007.

SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa e BELL, Mark. *Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SILVA, Tomas Tadeu da Silva (org.), HALL, Stuart Hall, WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

SOLANKE, Iyiola. *Discrimination as Stigma. A theory of Anti-Discrimination Law*. Portland: Hart Publishing, 2017.

TEMKIN, Larry. *Inequality*. Oxford: OUP, 1993.

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*, N.Y.: West Academic, 1999.

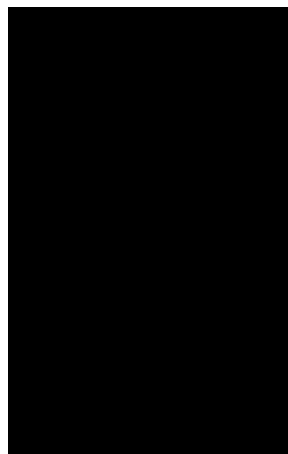
TUSSMAN e tenBroek, ‘*The Equal Protection of the Laws*’, *California Law Review*, 1949, p. 342.

VIGOYA, Mara Viveros. *La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual*. 2008. Disponível em:
> Último acesso em 27 de março de 2013.

WIEMER SALVERDA, BRIAN NOLAN & TIMOTHY M. SMEEDING (eds.), Oxford University Press, 2009.

WINTERMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 1995.

Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), Pós-Doutor em Direito (Universidade de Paris II), Professor do PPGD UNISINOS e PPG Mestrado Profissional ENFAM/STJ, Desembargador Federal (TRF4). (roger.raupp.rios@gmail.com).



PARTE 2

DIMENSÕES DA DESIGUALDADE

CORRUPÇÃO E DESIGUALDADE NO BRASIL

ADEMAR BORGES¹⁰⁷

1. INTRODUÇÃO

Depois de mais de trinta e três anos de vigência da Constituição democrática de 1988, o Brasil ainda não conseguiu superar o problema da *corrupção sistêmica*¹⁰⁸ que atinge gravemente o funcionamento do Estado: compromete a formulação de políticas públicas, mina a imparcialidade da atuação dos agentes estatais, e corrói a crença da população nas instituições democráticas¹⁰⁹. A literatura produzida sobre o tema da corrupção dedicou mais energia, nos últimos anos, à identificação dos resultados negativos que ela produz na economia¹¹⁰ e, de maneira ainda mais relevante, no aumento das desigualdades.

Há vasta comprovação empírica da relação negativa entre corrupção e desenvolvimento econômico: países mais corruptos enfrentam maiores dificuldades para crescer e aumentar a renda da população¹¹¹. Também não há dúvidas de que índices elevados de corrupção produzem desperdício de recursos públicos valiosos para a implementação de direitos fundamentais. Seja em razão dos efeitos negativos que gera para economia seja pela ineficiência que produz nas mais diversas atividades estatais, a corrupção contribui decisivamente para o aprofundamento da desigualdade.

Com efeito, a dimensão mais conhecida da complexa relação entre corrupção¹¹² e desigualdade é a que assinala que países corruptos produzem maiores níveis de desigualdade econômica e social¹¹³. Isso se dá de diferentes formas: a corrupção impede o

aumento de investimentos em programas sociais, dificulta o acesso à educação pública de qualidade, sustenta um sistema tributário regressivo que transfere renda dos pobres para os ricos e, ainda mais diretamente, produz desvio e desperdício de recursos públicos cuja aplicação é necessária para a redução da própria desigualdade¹¹⁴.

Apesar da enorme relevância dos estudos que mostram os impactos negativos da corrupção no combate à desigualdade, neste trabalho procuro enfatizar uma outra dimensão menos explorada da relação entre corrupção e desigualdade e que diz respeito ao modo como *a desigualdade cria condições favoráveis para o enraizamento da corrupção*. Embora pareça correto representar a relação de fortalecimento recíproco entre corrupção e desigualdade como uma espécie de *ciclo vicioso* – em que uma reforça a outra –, a maior parte da literatura nacional tem destacado os efeitos que a corrupção causa na desigualdade em detrimento do modo como a desigualdade potencializa as chances de generalização de práticas corruptas nas relações sociais, econômicas e políticas.

Ao enfatizar as consequências que a corrupção produz na desigualdade – sem dar a mesma importância à direção oposta dessa relação, isto é, aos efeitos negativos da desigualdade na produção da infraestrutura da corrupção –, especialistas costumam buscar soluções para a redução da corrupção olhando para as falhas no funcionamento das instituições que permitem ou incentivam práticas ilícitas. Não por acaso, tornaram-se pontos centrais do debate sobre como superar o alto nível de corrupção no Brasil as propostas de *reforma política* e de *aperfeiçoamento dos órgãos de controle e punição* dos atos de corrupção.

De um lado, os sucessivos episódios de corrupção que informaram a construção de coalizões parlamentares de sustentação aos governos sugerem a necessidade de redesenhar institucionalmente o modo como o Poder Executivo pode obter maioria no Congresso Nacional, sem incentivar a lógica da compra de apoio com uso de

recursos públicos¹¹⁵. Do *mensalão* à *lava jato*, comprovaram-se uma série de episódios de compra direta de apoio parlamentar, ou de distribuição em favor de parlamentares de cargos em órgãos públicos e empresas estatais, com objetivo de desviar recursos públicos para campanhas eleitorais ou até mesmo para enriquecimento pessoal¹¹⁶.

De outro, as iniciativas recentes mais efetivas de punição de corruptos e corruptores alimentam uma crescente expectativa de que a *superação da cultura da impunidade* poderia ter papel decisivo na solução do problema da corrupção no país¹¹⁷. É certo que o Brasil experimentou, pelo menos até o auge da *lava jato*, uma intensificação do controle penal da corrupção. Os sucessivos escândalos de corrupção confirmados pelo Judiciário são prova da magnitude do problema. Nenhum observador isento da cena nacional pode negar que um dos grandes desafios ao desenvolvimento nacional e à realização de direitos fundamentais é a corrupção generalizada que se instalou em quase toda parte do Estado brasileiro. Para usar a expressão de Luís Roberto Barroso, esta não é meramente uma nota de pé de página na história nacional¹¹⁸.

Apesar dos sinais de que a imunização de uma elite política e econômica ao sistema de justiça criminal foi de algum modo perturbada, a Transparência Internacional ressaltou que os fatores estruturais da corrupção brasileira seguem inabalados e que o país não foi capaz de atacar de forma eficaz o problema¹¹⁹.

Hoje, com a desmobilização e aparelhamento de órgãos de persecução criminal pelo governo de perfil autoritário que a *lava jato* ajudou a eleger, é fácil perceber a fragilidade dos esforços pontuais de superação da corrupção sistêmica por meio do direito penal¹²⁰. Para esse fracasso, somaram-se, no contexto brasileiro, as limitações estruturais do sistema de justiça criminal na superação de um problema complexo (ou policêntrico) como a corrupção, e as falhas do funcionamento desse sistema particularmente verificadas no contexto

da operação *lava jato* (e.g. abandono, em casos relevantes, dos parâmetros de imparcialidade e neutralidade política, desprezo sistemático da legalidade penal, utilização abusiva de meios de comunicação, entre outros)¹²¹.

De modo geral, o senso comum teórico dos juristas brasileiros aposta na interação e sinergia entre *reforma política* e *justiça penal eficiente* para superar os elevados índices de corrupção que caracterizaram, até aqui, a vida nacional. Sem desconhecer a relevância que reformas institucionais no campo político-eleitoral e na esfera da justiça penal podem produzir no aperfeiçoamento das respostas ao fenômeno da corrupção no Brasil¹²², pretendo mostrar que esses esforços, quando não são acompanhados de programas estruturais e efetivos de combate à desigualdade, estão fadados ao insucesso. Com base nessa lógica, defendo que os níveis inaceitáveis de desigualdade econômica, social e política verificados no Brasil produzem as condições estruturais da consolidação e generalização de práticas corruptas; e, depois de fixar a premissa segundo a qual o combate à corrupção depende da superação desses níveis de desigualdade, proponho um reposicionamento do papel a ser desempenhado pelos órgãos de persecução criminal.

O principal problema nacional é a desigualdade¹²³. Por isso mesmo é que a aposta em reformas marginais dos mecanismos de controle e punição da corrupção tem se mostrado pouco efetivas desde a redemocratização do país. Sem endereçar adequadamente o dramático quadro de desigualdade, as relações sociais, econômicas e políticas continuarão a padecer da *falta de reciprocidade*. Em um país tão profundamente desigual como o nosso, faltam incentivos para que as pessoas balizem suas condutas com base na repercussão que podem produzir na vida de outras pessoas dignas de igual respeito e consideração.

Nas mais diferentes camadas sociais e por diferentes razões, a

falta de senso de alteridade compromete a construção de relações baseadas na *confiança* e desarticula as possibilidades de construção de um sentimento de pertencimento à mesma *comunidade* e de compartilhamento de algum tipo de *destino comum*. A *falta generalizada de confiança social* e de *reciprocidade* produzidas pelos altos níveis de desigualdade constituem o alicerce com base no qual as práticas corruptas são construídas. Por isso que se pode afirmar que, sem resolver o problema da desigualdade, não escaparemos do *ciclo vicioso da corrupção*. É o que procurarei mostrar nas linhas que se seguem.

2. DESIGUALDADE E CORRUPÇÃO: UM CICLO VICIOSO

A corrupção é um fenômeno complexo, multidimensional (ou policêntrico), influenciado por uma variedade de fatores (nem sempre uniforme), e que produz consequências diversas (nem sempre lineares) nas diversas esferas da economia, da política e das relações sociais em perspectiva mais ampla. Daí não se estranhar a profusão de trabalhos científicos, notadamente nas últimas três décadas, que tem buscado identificar as principais causas da corrupção. A maior parte da literatura especializada sugere que as condições institucionais determinam o maior ou menor nível de corrupção. Nessa linha, é vasta a produção acadêmica que correlaciona, por exemplo, autoritarismo/democracia, presidencialismo/parlamentarismo, centralização/descentralização com aumento ou diminuição da corrupção¹²⁴.

De fato, um conjunto importante de pesquisas comparadas demonstram que as características institucionais impactam os níveis de corrupção. Alguns estudos revelaram que os sistemas presidencialistas são mais corruptos que os sistemas parlamentaristas¹²⁵. Outros apontaram que sistemas eleitorais proporcionais de lista fechada e distritos eleitorais menores estão associados a níveis mais elevados de corrupção¹²⁶.

Faz parte do conhecimento convencional a ideia de que a corrupção tende a diminuir sistematicamente com a consolidação da democracia, adoção de sistemas parlamentaristas, aumento da estabilidade democrática e efetiva proteção da liberdade de imprensa¹²⁷. Esses fatores conduziriam, de maneira geral, ao incremento das chances de acordos políticos programáticos – reduzindo custos de transação para a formação dos governos – e ao aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência e *accountability*, os quais tendem a reduzir os índices de corrupção.

Mas esse conhecimento convencional também tem sido objeto de importantes contestações. Não exatamente porque a democracia e seus valores não tenham aptidão para reduzir a corrupção. Mas pelo simples motivo de que o aumento de grau de democratização dos países não produz uma correlativa e segura diminuição dos níveis de corrupção. Há fortes evidências de que democracias parciais ou falhas podem aumentar a corrupção em comparação com regimes autoritários¹²⁸. Outros estudos mostraram que a eficácia do governo e a própria democracia só reduzem a corrupção quando estão associadas ao aumento do desenvolvimento econômico¹²⁹. Em perspectiva mais ampla, as diferenças entre os sistemas de governo e eleitoral – *i.e.* representação proporcional *vs.* majoritários ou plurais, lista fechada *vs.* lista aberta, magnitude dos distritos – revelam-se insignificantes quando outros elementos como a duração da democracia, a desigualdade e o desenvolvimento econômico são levados em consideração¹³⁰.

A particular atenção que as ciências sociais e econômicas têm dedicado ao estudo do fenômeno da corrupção não foi capaz de produzir consensos amplos e seguros acerca das causas da elevação e redução da corrupção nos mais diferentes cenários. A maior parte dos estudos sobre corrupção captou dimensões parciais do problema – por meio de associações relevantes entre democracia, sistemas de governo e político-eleitorais, *de um lado*, e as diversas formas de abuso de poder

público para ganhos privados, *de outro* –, mas não foi capaz de explicar, por exemplo, o motivo pelo qual, mesmo entre as democracias mais jovens (na América Latina, Europa oriental e Ásia), algumas conseguiram bons resultados na contenção da corrupção enquanto outras tiveram piora nos níveis de corrupção pública e privada.

Em verdade, como bem observou Mark Tushnet, é crescente o consenso na literatura sobre o tema de que o *design* institucional não tem essencialmente relação com o sucesso ou o fracasso do combate à corrupção¹³¹. Na melhor das hipóteses, e na esteira da advertência de Bo Rothstein, a importância das instituições formais tem sido bastante superestimada no enfrentamento à corrupção¹³². A excessiva aposta nas reformas institucionais – especialmente no aperfeiçoamento dos órgãos de *enforcement* – tem se mostrado claramente insuficiente. Afinal, como as pesquisas recentes têm revelado, a responsabilização penal funciona melhor onde a corrupção já é baixa e, portanto, é consideravelmente fácil punir o número relativamente pequeno de corruptos e corruptores¹³³.

Para ficar apenas no exemplo brasileiro, o inovador desenho institucional dos órgãos de controle e persecução criminal não foi capaz de abalar a fundação das relações de corrupção no país. Apesar do elevado otimismo de grande parcela da população brasileira em relação à experiência recente da *lava jato* – *i.e.* da intensificação da atuação do Ministério Público e da Polícia Federal nesse setor –, a avaliação internacional do país indica uma piora considerável nos índices de corrupção nos últimos anos¹³⁴.

É nesse contexto de relativa incerteza sobre os fatores estruturais que podem explicar de maneira mais generalizada o fenômeno da corrupção que se insere o influente estudo de Jong-Sung You, que comparou as experiências da Coreia do Sul, de Taiwan e das Filipinas e demonstrou que os níveis de *democracia* e *desenvolvimento econômico* não explicavam adequadamente o motivo de Coreia do Sul e

Taiwan terem conseguido reduzir estruturalmente o grau de corrupção enquanto Filipinas simplesmente não se livrou da cilada da corrupção sistêmica¹³⁵. Para o autor, a principal explicação para essa diferença de trajetória reside no fato de que Coreia e Taiwan, diferentemente das Filipinas, tiveram êxito da redução dos níveis de desigualdade econômica e social, notadamente por meio de bem-sucedidas reformas agrárias de amplo espectro.

Essa chave de explicação da corrupção pela desigualdade não havia assumido, até então, a centralidade que alguns trabalhos passaram a lhe conferir¹³⁶. A literatura prevalecente já havia conseguido reunir provas robustas da relação “*da corrupção para a desigualdade*”¹³⁷, mas é relativamente recente o esforço científico voltado à demonstração do outro lado da moeda dessa relação, isto é, “*da desigualdade para a corrupção*”¹³⁸. Essa ideia de que altos níveis de desigualdade produzem as condições favoráveis à corrupção foi assim resumida por Jong-Sung You:

Proponho dois mecanismos causais principais que ligam a desigualdade à corrupção por meio de instituições democráticas. Primeiro, argumento que a desigualdade aumenta a probabilidade de poderosos interesses privados capturarem os processos de formulação e implementação de políticas. A captura de processos legislativos e burocráticos e a erosão da autonomia do Estado podem ser alcançadas por meio de influência (ou seja, lobby legal e conexões) ou corrupção (ou seja, meios ilegais, como suborno). Em segundo lugar, argumento que a desigualdade aumenta a prevalência e a persistência de políticas clientelistas, inibindo o desenvolvimento de políticas programáticas. O clientelismo normalmente envolve várias formas de

corrupção eleitoral, como a compra de votos. Políticos clientelistas são mais propensos a se envolver em corrupção durante o processo de formulação de políticas para recuperar grandes despesas de campanha e mobilizar ainda mais recursos clientelistas para eleições subsequentes. O clientelismo também envolve a oferta de empregos de clientelismo no setor público em troca de apoio eleitoral. A nomeação clientelista para a burocracia estatal é uma forma de corrupção que viola o princípio do recrutamento meritocrático. Aumenta ainda mais a corrupção durante o processo de implementação de políticas porque os burocratas clientelistas são mais propensos a buscar promoção por meio de clientelismo do que por mérito¹³⁹.

A tese central de Jong-Sung You é a de que a alta desigualdade produz uma política clientelista – baseada na corrupção eleitoral –, incentiva nomeações puramente clientelistas na burocracia estatal e facilita a captura do Estado por interesses privados, fatores que contribuem para a maior prevalência da corrupção política, burocrática e corporativa. Em outras palavras: a desigualdade funciona como uma mola propulsora para o *clientelismo* e para *captura*, dois pilares que fundam a corrupção.

Altos níveis de desigualdade fazem com que seja racional para o cidadão a pretensão de obter benefícios particulares em troca do voto ou do apoio político, e atrativo para elite usar a mobilização clientelista para paralisar o desenvolvimento de qualquer política programática com potencial redistributivo. Além do clientelismo, a desigualdade, ao criar elites superpoderosas em face de um universo de excluídos, também facilita a captura do Estado por interesses privados¹⁴⁰.

Essa formulação teórica de Jong-Sung You não despreza o papel das instituições democráticas na contenção da corrupção, mas supõe que a sua efetividade depende da redução da desigualdade. A corrupção é mais resiliente nos regimes democráticos que toleram níveis graves de desigualdade. A própria capacidade da democracia responder aos desafios do combate à corrupção depende mais da redução da desigualdade do que dos resultados econômicos positivos gerados em um ambiente de crescente *accountability*.

De acordo com os resultados da pesquisa de Jong-Sung You, a desigualdade tem efeitos mais importantes na corrupção do que o nível de desenvolvimento econômico. Isso não apenas porque a desigualdade favorece o *clientelismo* e a *captura* – fenômenos sociais que fazem da política uma instituição tendencial e generalizadamente corrupta –, mas também porque altos graus de desigualdade e pobreza inibem a capacidade dos mais pobres de monitorar e fiscalizar atividades corruptas das elites econômica e política¹⁴¹.

Segundo essa perspectiva, a desigualdade cria uma estrutura social que aumenta a tolerância à participação dos indivíduos em práticas corruptas. A despeito da ênfase que Jong-Sung You deu aos estímulos materiais que a desigualdade acentuada gera para o *clientelismo* e para a *captura*, o autor não deixou de observar que sociedades mais justas e com distribuição de renda adequada produzem fortes incentivos para a elevação dos níveis de *confiança interpessoal* e, com isso, padrões de comportamento confiável incompatíveis com altos níveis de corrupção¹⁴².

Sob essa ótica, a *ausência generalizada de confiança social* tem sido apontada como um *subproduto da desigualdade* que incentiva a corrupção¹⁴³. A lógica é a de que “a menor confiança generalizada (ou ‘interpessoal’, como prefere Inglehart) estaria associada à incerteza, a maior predisposição a comportamentos não cívicos, menor cooperação e, conseqüente, mais corrupção”; ou, “inversamente, quanto maior o estoque de

confiança interpessoal em uma sociedade, menor a tendência a trair essa confiança para se beneficiar de um ganho privado”¹⁴⁴.

Ainda no contexto daqueles que identificam na desigualdade a principal causa da corrupção, ganhou notoriedade o modelo defendido Eric M. Uslaner segundo o qual desigualdade, desconfiança, e corrupção reforçam-se mutuamente. Para esse autor, o círculo vicioso da corrupção poderia ser assim graficamente representado: desigualdade => baixa confiança => corrupção => mais desigualdade¹⁴⁵. Para o autor, a ligação entre desigualdade e corrupção é indireta, ou seja, mediada pelo *déficit de confiança social*:

A desigualdade leva à corrupção porque leva ao ressentimento daqueles que estão fora do grupo e aprimora a identidade interna do grupo. A confiança generalizada, o valor que se baseia na crença de que muitos outros fazem parte de sua comunidade moral, é a base da “sociedade bem ordenada”. Quando acreditamos que “a maioria das pessoas pode ser confiável”, é mais provável que nos doemos e cuidemos do bem-estar dos outros. Quando acreditamos que “você não pode ser muito cuidadoso ao lidar com as pessoas”, provavelmente estaremos na defensiva e sentiremos pouco escrúpulo em tirar vantagem de outras pessoas que podem não ter nossos melhores interesses em mente. [...]

Baixos níveis de confiança generalizada devem levar a uma maior corrupção. Quando as pessoas não confiam em pessoas que são diferentes delas – e reservam sua confiança para sua própria espécie (confiança particular) – elas se sentirão menos culpadas por agir

desonestamente com pessoas que não fazem parte de sua comunidade moral. Onde a desigualdade é alta, as pessoas não veem um destino comum com membros de grupos externos, quer eles definam esses grupos em termos econômicos, étnicos ou raciais. Se não compartilhamos interesses ou um destino em comum, agir desonestamente com você não me incomodará por me comportar mal com aqueles cujo destino compartilho¹⁴⁶.

Essa explicação para a ligação entre desigualdade e corrupção é bastante convincente. Nas palavras de Usler, “a armadilha da desigualdade começa com alta desigualdade e funciona por meio de baixa confiança generalizada (e alta confiança interna) que leva a altos níveis de corrupção – e de volta a mais desigualdade”¹⁴⁷. De fato, parece razoável supor que a desigualdade leva a baixos níveis de confiança entre as pessoas, de modo que restam poucas sanções morais para quem opta por enganar ou prejudicar aos que estão fora dos grupos ou facções. O que resta de confiança em sociedades desiguais é interna aos próprios grupos ou facções – confiança esta que é, de resto, necessária aos pactos de corrupção. Nesse sentido, a desigualdade gera a corrupção indiretamente na medida em que volta as pessoas para dentro dos seus grupos internos (“entre os iguais”) e reduz as sanções, tanto externas quanto internas, daqueles que tiram vantagem dos outros (“os não iguais”).

Como visto, a estrutura básica desse tipo de formulação teórica é a de que a desigualdade leva à baixa confiança generalizada e à alta confiança particularizada, e estas, juntas, levam a altos níveis de corrupção, que por sua vez produz mais desigualdade¹⁴⁸. Esse tipo de leitura conduz a uma releitura dos argumentos culturais de explicação da corrupção. A sociedade brasileira não é mais corrupta do que a

dinamarquesa por causa da tradição lusitana de cooptação econômica e políticas levada a efeito pelas elites colonialistas. As pessoas que se envolvem em práticas corruptas não o fazem exatamente porque não enxergam problemas morais nessas condutas ou ainda porque não são capazes de perceber o dano social por elas produzido, mas porque existe um círculo vicioso mais estrutural no modo como as relações sociais são forjadas a partir da alta desigualdade e baixa confiança generalizada. Corruptos e corruptores estão, na linguagem de Uslaner, “presos nessa armadilha da desigualdade e dificilmente estão felizes com isso”¹⁴⁹.

De acordo com essa lógica, os sistemas políticos profundamente desiguais – que buscam prover benefícios para grupos sociais particulares – impossibilitam a criação de laços de solidariedade social e estimulam a prevalência da confiança particularizada ou interna nos diferentes grupos sociais em detrimento da confiança generalizada em toda a sociedade.¹⁵⁰ Em ambientes nos quais as expectativas sobre como os demais se comportarão são muito negativas, impera a lógica do “salva-se quem puder”: cada um buscará obter as maiores vantagens particulares dentro dos seus círculos de confiança em detrimento da coletividade¹⁵¹.

Essa formulação não é, em si mesma, inovadora. É conhecida a noção de que a desigualdade impede o reconhecimento recíproco entre os privilegiados e os oprimidos, e, com isso, incentiva práticas de corrupção. Isso porque “a desigualdade social afugenta os cidadãos do bem público e gera uma prevalência dos interesses particulares. Ao operar essa divisão surge uma espécie de privatização dos interesses individuais e a liberdade deixa de ser um valor aprazível. Esse arranjo, portanto, não condiz com uma perspectiva política republicana balizada no bem público e na liberdade”¹⁵².

De fato, em um mundo profundamente desigual, as pessoas do grupo dominante (privilegiados) tendem a não enxergar suas práticas

corruptas como um tipo de traição em relação aos mais pobres (não-sujeitos de direitos). Por outro lado, as pessoas menos favorecidas terão pouca escolha a não ser jogar o mesmo jogo, mesmo que possam se ressentir das vantagens que o sistema oferece aos mais ricos¹⁵³. Nesse sentido, a alta desigualdade reforça os laços das pessoas que fazem parte dos mesmos grupos e cria hostilidade em relação às pessoas que estão fora dele, pavimentando o caminho para a corrupção¹⁵⁴.

Para reduzir a corrupção, instituições fortes devem estar ligadas a sociedades mais igualitárias. Não por acaso, estudos recentes têm demonstrado que a saída para essa armadilha que une desigualdade e corrupção está na promoção de políticas universais de bem-estar social, as quais, pelo aumento da confiança e redução da desigualdade, alimentam o grau de reciprocidade entre as pessoas e as libertam da dependência de padrões corruptos¹⁵⁵. É que uma distribuição mais justa de recursos cria as condições materiais para o estabelecimento da crença de que as pessoas compartilham um destino comum e possuem valores básicos semelhantes¹⁵⁶. Em sociedades mais igualitárias, portanto, as pessoas têm maior propensão a perceber interesses comuns com os outros; ao passo que, em sociedades profundamente desiguais, os privilegiados e os excluídos tendem a sentir que têm pouco em comum com os demais.

Por isso que a desigualdade gera desconfiança e, no limite, esvaziamento da noção de reciprocidade, isto é, na ideia de que cada indivíduo é dotado de igual valor moral, devendo, por isso mesmo, merecer igual respeito e consideração. As pesquisas que enfatizam a especial relevância da desigualdade na criação de uma cultura de corrupção convergem com as formulações teóricas que explicitam, em um plano mais geral, as razões morais pelas quais as pessoas obedecem às leis. Afinal, como Oscar Vilhena destacou com simplicidade e precisão, a igualdade constitui o fundamento básico da noção de reciprocidade¹⁵⁷.

Com base nessa conexão indissociável entre igualdade e reciprocidade é que Oscar Vilhena apresenta sua tese segundo a qual a profunda desigualdade social e econômica que caracteriza a sociedade brasileira – por causar a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados¹⁵⁸ – faz com que as pessoas deixem de ter incentivos para obedecer a lei, cooperar e criar laços de solidariedade com os demais.

Nesse sentido, o vínculo causal que liga a desigualdade à corrupção constitui uma forma de especificação ou de concretização da noção mais ampla de que “a desigualdade sócio-econômica corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo”¹⁵⁹. Esse argumento de que a desigualdade atua contrariamente à construção de reciprocidade e, exatamente por isso, mina a possibilidade de criação de condições morais para o respeito generalizado à lei e aos direitos das outras pessoas foi apresentado por Oscar Vilhena nos seguintes termos:

Por instigar disparidades maciças de poder dentro da sociedade, a desigualdade coloca os mais carentes em uma posição desvantajosa, na qual eles são socialmente marginalizados aos olhos daqueles em melhor condição, bem como aos olhos dos agentes públicos, que são atraídos pelos interesses daqueles que possuem mais poder dentro da sociedade. Isso cria uma sociedade hierarquizada, onde os indivíduos de nível inferior não conseguem atingir um patamar real de completa cidadania e não são totalmente reconhecidos como detentores de direitos (mesmo que eles o sejam formalmente). A discriminação, nesse sentido, tende a arruinar os laços de reciprocidade

dentro da comunidade, afrouxando o sentimento de dever moral dos mais poderosos para com os excluídos. Uma vez que eles não são mais vistos como sujeitos dignos de valor, não demora muito para que se retire deles o conjunto de direitos de cuja proteção os outros cidadãos desfrutam. Dessa maneira, torna-se difícil promover a reciprocidade em uma sociedade onde grandes hierarquias e desigualdades entre os indivíduos existem. Consequentemente, a lei dificilmente será efetiva como um instrumento de organização e pacificação social.

A mesma racionalidade pode ser aplicada ao impacto da reciprocidade auto-interessada na construção de uma ordem social pacífica. Se os interesses recíprocos dos agentes nas relações de troca, que tornam possível a produção e a circulação de riqueza dentro de uma comunidade, não forem satisfeitos; os agentes menos privilegiados dificilmente terão razões para agir conforme as regras do jogo que sistematicamente prejudicam seus interesses. De outro lado, os mais privilegiados sentem que não há nenhum constrangimento social à maximização de seus interesses. Essa situação elimina incentivos nos dois pólos para obedecer às leis e respeitar os direitos dentro de uma esfera de relações interpessoais¹⁶⁰.

É verdade que a *desigualdade* acentuada e persistente impede a construção de um senso de *reciprocidade*. É igualmente certo que a *ausência de reciprocidade* torna *menos provável* que as pessoas respeitem as leis, de modo geral, e *abandonem práticas corruptas*, de maneira

específica. Não se desconhece que o argumento é dotado de algum grau de abstração. A rigor, toda a construção filosófica em torno da ideia de Estado de Direito está baseada na consideração de que o respeito generalizado à lei – seja por parte dos agentes públicos seja por parte dos indivíduos – depende da garantia de certo grau de igualdade formal e material entre as pessoas¹⁶¹.

Mas essa noção geral de que a cultura de respeito à lei depende da consolidação de uma sociedade mais igualitária pode ser facilmente ilustrada no campo do estudo acerca da relação entre desigualdade e corrupção. Afinal, é intuitivo que a corrupção representada pelo *clientelismo*, por exemplo, só tem lugar porque a *profunda desigualdade* cria incentivos para relações de venalidade entre quem precisa ceder à corrupção para acessar bens materiais básicos e quem pretende manter a estrutura de desigualdade como condição para a captura privada do Estado pelos poderosos.

Também não é estranho ao senso comum a constatação de que as elites políticas e econômicas, ao se envolverem em grandes episódios de corrupção, não percebem as vítimas desses acordos espúrios como pessoas dignas de igual respeito e consideração. As vítimas são invisíveis, não-sujeitos de direito, uma simples massa amorfa de pessoas em relação às quais os corruptos não nutrem mínimo grau de identificação. Os excluídos, por sua vez, não possuem qualquer incentivo para cooperar e respeitar as leis precisamente porque não são destinatários de políticas públicas inclusivas ou mesmo de tratamento imparcial por parte das elites. A esse déficit de moralidade que caracteriza relações sociais em países profundamente desiguais – *i.e.* a ausência generalizada de reciprocidade – somam-se os incentivos materiais mais tangíveis para práticas corruptas que essa assimetria produz – *e.g.* clientelismo e captura.

Altos níveis de corrupção são resultado de processos sociais complexos e que dificilmente podem ser explicados com base em

relações causas simples e incontestáveis. Não se pode afastar o risco de que as pesquisas promovam correlações causas frágeis ou até inexistentes. Para piorar, mesmo as explicações amparadas em robustas evidências empíricas possuem exceções importantes. De qualquer forma, como se viu, convém enfatizar que as pesquisas recentes mais importantes sobre o tema passaram a indicar uma fortíssima relação de causalidade entre níveis elevados de desigualdade social e econômica e o aumento ou a persistência de alto grau de corrupção.

A experiência brasileira no tema é um exemplo marcante da procedência dessa formulação teórica: por aqui, a *falta generalizada de confiança social* e a *falta de reciprocidade* produzidas pelos altos níveis de desigualdade constituem o alicerce com base no qual as práticas corruptas são construídas. A aposta que o país realizou na intensificação do controle penal da corrupção não se fez acompanhar de programas mais amplos e estruturais de redistribuição de renda e de combate ao racismo. Hoje, os índices de percepção da corrupção pioram gravemente e não há sinais de possa haver qualquer melhora no futuro próximo. Daí porque se faz necessário enfatizar a centralidade que a desigualdade possui no debate das políticas anticorrupção. Partindo dessa premissa, pode-se avançar de maneira mais apropriada na direção do aperfeiçoamento do papel do sistema de justiça criminal no combate à corrupção.

3. LIÇÕES PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: DA LUTA CONTRA A DESIGUALDADE AO FUNCIONAMENTO ADEQUADO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Como se vê, o diagnóstico proposto por autores como Jong-Sung You e Eric Uslaner sobre as causas da corrupção impacta decisivamente os objetivos a serem perseguidos pelos programas que pretendem reduzir a corrupção. Se a principal causa da corrupção é

desigualdade, reformas anticorrupção que não enderecem adequadamente o problema da desigualdade estão fadadas, pelo menos no longo prazo, ao insucesso. Isso é o que explica o relativo ceticismo em relação aos programas anticorrupção baseados exclusivamente no aperfeiçoamento do funcionamento das instituições encarregadas de prevenir e punir práticas de corrupção. Como assinalou Uslaner, a corrupção não é fácil de erradicar se for amplamente baseada na distribuição de recursos (desigualdade econômica) e na cultura de uma sociedade (falta de confiança em pessoas que podem ser diferentes de você)¹⁶².

Ao perder de vista um diagnóstico realista sobre as causas mais profundas da corrupção – ligadas aos padrões inaceitáveis de desigualdade no país –, corremos o risco de ceder às tentações de um tipo de pensamento *lavajatista* – caracterizada por Edson Fachin como “*doença infantil que surgiu da Lava Jato*”¹⁶³ –, que propugna pelo rompimento dos padrões de clientelismo e captura do Estado por meio do direito penal¹⁶⁴. A proposta não é apenas irrealista, como mais uma vez a experiência veio de comprovar, mas é também especialmente perigosa para a democracia, com potencial para aprofundar as desigualdades antes existentes.

Assim como há uma relação causal (indireta, mas nem por isso menos densa) entre desigualdade e corrupção, pode-se afirmar que uma política anticorrupção errática – ilegítima sob o prisma do direito e ineficaz como instrumento de dissolução das bases sociais da corrupção – tem potencial para produzir efeitos negativos sobre o Estado de Direito e sobre a democracia, obstaculizando a construção de soluções adequadas para endereçar o problema da desigualdade. Essa é uma dinâmica particularmente perigosa que pode associar o fracasso dos esforços para combater a corrupção com a desarticulação dos mecanismos de participação social e erosão da qualidade da democracia, tudo em reforço à própria dinâmica da corrupção.

O sistema punitivo, quando sobrecarregado por um fardo maior do que o que pode carregar – *e.g.* missão de mudar a estrutura social que informa as práticas corruptas –, acaba pressionado para operar à margem da lei, já que o funcionamento regular das instituições encarregadas de operar o direito penal nunca foi capaz de corrigir deficiências institucionais que produzem uma injustificada impunidade para um grupo seletivo de privilegiados. O roteiro é conhecido: o combate à corrupção torna-se a meta prioritária do país, assume-se que o direito penal comum (aquele legislado) nunca foi capaz de realizá-la e, como consequência, propugna-se pela ideia de que apenas um novo direito penal (criado pragmaticamente à luz das necessidades concretas) seria apto a banir a corrupção sistêmica vigente no país.

A sobrecarga que incide sobre o direito penal nessas circunstâncias acaba sendo canalizada para a construção de um novo direito penal – quase sempre sem o correspondente amparo na lei – supostamente mais apto ao desafio de alterar as engrenagens sociais, políticas e econômicas da corrupção. A racionalidade que está por trás desse raciocínio é a de que o direito penal é o principal instrumento capaz de reduzir estruturalmente os níveis de corrupção, pois produziria uma renovação da política e das relações sociais que permitiriam, ao final desse ciclo, reduzir as desigualdades que assolam o país. A premissa é, em si mesma, desprovida de base empírica, como os estudos mais recentes sobre o tema têm demonstrado. Mas o principal problema desse projeto não é a sua problemática e contestável eficácia, mas as consequências negativas para o Estado de Direito e para a democracia que pode produzir.

Ao se imputar ao direito penal um papel tão necessário e nobre como urgente e inadiável – a ampla refundação do país por meio do funcionamento adequado do sistema de justiça criminal¹⁶⁵ –, cria-se uma ambiência favorável à *suspensão temporária da lei e da Constituição* para fins de libertar a política e a sociedade civil da “chaga da

corrupção”. Como se percebe, esse discurso favorece a ascensão da *lógica da exceção*: o respeito aos direitos passa a ser condicionada à eficácia da meta coletiva de combate à corrupção. Os direitos deixam de funcionar como trunfos do indivíduo contra a vontade da maioria e se descaracterizam como mecanismo de contenção da arbitrariedade do poder estatal.

Tudo isso cria um ambiente institucional de maior tolerância em relação à violação de direitos fundamentais dos investigados e acusados e à entronização de uma cultura de sistemático abandono da lei como parâmetro de atuação dos agentes estatais¹⁶⁶. Essa preocupação foi bem captada por Daniel Sarmento, que alertou para o fato de que o ideário da *lavajato* admitia o sacrifício de direitos fundamentais como preço a pagar para tornar mais republicano o sistema de justiça criminal:

Como já ressaltado, a “república” vem sendo invocada com frequência cada vez maior no Brasil, geralmente para criticar práticas que se desviam do seu ideário. Trata-se de bom sinal, de que condutas erradas, contrárias aos valores republicanos, estão deixando de ser toleradas pela sociedade. Há, porém, alguns abusos nessa invocação, que devem ser denunciados e combatidos. [...] A operação Lava-Jato tem dado, certamente, grande contribuição ao país, por revelar as entranhas da corrupção na máquina pública, e levar o Direito Penal ao andar de cima da pirâmide social, desafiando a sua histórica seletividade. Mas ela tem também produzido em grande escala esse republicanismo dos heróis mascarados, muito danoso para o Estado de Direito e para os próprios valores republicanos. A crença na salvação nacional pela ação

de vingadores mascarados gera vários problemas. Nessa lógica, a república deixa de ser concebida como uma construção da cidadania, dependente do funcionamento adequado das instituições e do engajamento cívico das pessoas, para se converter em dádiva concedida por heróis, e deles dependente. O povo não é visto como agente de transformação, mas como mero espectador de um filme de faroeste, cabendo-lhe apenas torcer para que os *cowboys* derrotem os bandidos. Pior ainda, cria-se ambiente de tolerância em relação a excessos e violações de direitos cometidas pelos “heróis”. Esses excessos são muitas vezes aplaudidos pela sociedade, e qualquer crítica contra eles, ou tentativa institucional de limitá-los, é logo vista como manifestação de apoio e de cumplicidade diante de práticas corruptas. Contudo, o republicanismo não rima com a tirania ou com o culto à personalidade. A república é a antítese do despotismo. Por isso, o *republicanismo dos heróis mascarados* tampouco é compatível com o princípio da república, nos termos em que está consagrado em nossa ordem constitucional. Há ainda o *jacobinismo republicano*, que aceita sacrificar direitos fundamentais no “altar da república”. A defesa dos valores republicanos – especialmente, o combate à corrupção – é vista como fim maior, que legitima graves restrições aos direitos humanos. O objetivo é promover a “salvação pública” e a nobreza do fim justifica qualquer meio empregado. O jacobinismo republicano tem pontos de contato com o republicanismo dos heróis mascarados, mas dele se diferencia por não envolver necessariamente a veneração personalista

dos supostos salvadores da pátria. O jacobinismo republicano é também perigosíssimo. Ao longo da história, ideias e movimentos similares já eliminaram milhões de vidas. Direitos fundamentais são “trunfos”, que não devem ser sacrificados, mesmo que para a promoção de objetivos muito relevantes, tais como a luta contra a corrupção. O republicanismo que vale à pena não é avesso ou indiferente aos direitos fundamentais. Pelo contrário, ele toma a proteção e promoção desses direitos, em bases equânimes e igualitárias, como uma das suas maiores missões. Ele não concebe a existência de um “bem superior” cuja preservação justifique o generalizado atropelo a direitos fundamentais. Muito menos aceita a instituição, em seu nome, de um estado de exceção, em que tudo se torne aceitável, desde que voltado ao objetivo maior de “purificar” a sociedade dos seus vícios¹⁶⁷.

Não se nega que o sistema de justiça criminal pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia na medida em que impeça que a desigualdade seja reproduzida nas instâncias de aplicação da lei e, de maneira mais geral, cultivando uma cultura de respeito às leis e à Constituição. De fato, a atuação imparcial e obediente aos parâmetros legais por parte dos órgãos de persecução penal e da própria justiça criminal pode contribuir para o aumento da adesão social aos valores da Constituição, inclusive do devido processo legal e da legalidade penal.

O respeito a esses parâmetros pelo sistema de justiça exerce um papel simbólico de elevada importância ao reafirmar a necessidade de obediência às leis mesmo nos momentos de maior pressão popular para

o atingimento de certos objetivos, como o combate à corrupção. A impopularidade pontual em relação a determinadas decisões judiciais que não satisfazem os anseios difusos de luta contra a corrupção é fartamente compensada pelo incentivo contínuo à fidelidade às determinações da Constituição.

Se é verdade que o direito penal anticorrupção pode favorecer uma cultura de respeito à lei e uma ampliação da ideia de reciprocidade a partir da igualdade, o contrário também é verdade: um sistema de justiça penal parcial e que não se deixa pautar pela objetividade da lei corrói a pretensão de enraizamento de um “sentimento constitucional”, isto é, de uma adesão coletiva aos seus valores fundamentais. Em outras palavras, incentiva a noção de que a justiça criminal pode realizar melhor seus objetivos a partir do desprezo pelas regras do jogo estabelecidas na Constituição. Esse tipo de erosão dos pilares do Estado de Direito – *i.e.* legalidade, imparcialidade e igualdade perante a lei – dificilmente fica confinado apenas ao âmbito do funcionamento interno do sistema de justiça criminal.

Afinal, quando boa parte da população passa a acreditar que o próprio Estado está autorizado a abandonar ou suspender as regras do jogo para realizar objetivos alegadamente mais nobres, a sociedade já não está mais disposta a processar as diferenças a partir dos valores básicos expressados pela Constituição. Instaura-se um clima de “valeduto” que pode transitar, com facilidade, do campo penal para outros terrenos antes colonizados pela Constituição. Não é difícil enxergar, por exemplo, a conexão entre os sucessivos episódios de quebra das regras legais e constitucionais pela *lava jato* com o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff e, posteriormente, com as explícitas intervenções do sistema de justiça criminal na disputa eleitoral de 2018¹⁶⁸.

A suspensão temporária da legalidade no âmbito das políticas anticorrupção cobra um preço elevadíssimo de toda a sociedade: além

de reduzir a adesão social aos valores mais básicos da Constituição, abre as portas para outras formas ainda mais graves de violação aos seus preceitos. A brecha à supremacia da Constituição aberta pelo funcionamento do sistema de justiça criminal com base em regras *ad hoc* é a mesma pela qual viriam a passar outras formas de ataque às instituições e à democracia no Brasil¹⁶⁹. É cada vez mais aceita a constatação de que o *autoritarismo judicial* praticado no contexto da luta anticorrupção está profundamente associado ao *autoritarismo político* viria a se consolidar no país com a eleição de Jair Bolsonaro:

O processo descrito nos itens anteriores indica que a partir do Mensalão houve um deslocamento da autoridade moral do político para o jurídico (FONTAINHA; EVELYN, 2019), e o combate à corrupção foi elevado ao status de principal valor simbólico e moral da democracia no Brasil. Essa inflexão situou o Judiciário e o MPF como instituições que demarcaram o espaço de atuação da classe política e criaram profundos desequilíbrios político-institucionais nos anos recentes. Dentre eles, uma profunda erosão na legitimidade do sistema representativo, a debilidade crescente dos princípios políticos orientadores da democracia e um processo de deslocamento da classe política em favor de burocracias não eleitas. O combate à corrupção envolveu a ação voluntarista de numerosos agentes do sistema de Justiça, que incrementaram as incertezas políticas e afetaram significativamente o equilíbrio de poder no âmbito do sistema político. A configuração político-institucional do sistema tornou-se caótica e o processo de combate à corrupção não resultou em um

sistema político mais responsivo ou transparente. Ocorreu justamente o oposto. Emergiram múltiplas estratégias fragmentadas e conflitantes por parte de atores políticos e de coalizões de defesa de interesses e o sistema não incrementou sua transparência. A cada nova investida jacobina do sistema judicial o sistema político se desorganizava e marginalizava tradicionais lideranças político-partidárias, abrindo espaço para atores não responsivos e aventureiros políticos.

Essa foi a configuração do gradual processo de surgimento e enraizamento institucional de um autoritarismo sistêmico em camadas mais subterrâneas do aparato estatal e particularmente dentro do sistema de Justiça do país¹⁷⁰.

Ao abandonar os parâmetros mais elementares de imparcialidade e neutralidade política, o sistema de justiça criminal brasileiro colocou em risco não só os resultados de investigações de episódios graves de corrupção, mas também os pilares do nosso Estado de Direito e da nossa democracia. Hoje, depois da devastação institucional causada pelo governo autoritário que as agências penais anticorrupção ajudaram a eleger, ficou mais clara a relação entre o autoritarismo judiciário que marcou a “cruzada anticorrupção” e os danos que provocou na democracia brasileira¹⁷¹.

Na literatura estrangeira, Mark Tushnet, em seu mais recente livro “The New Fourth Branch”, chamou a atenção “*a acumulação de ações próximas da margem de investigação politicamente motivada*”. Em sua visão, o timing eleitoral das investigações contra Lula, a conexão bastante vaga entre os pagamentos para a reforma de um apartamento e os casos típicos de corrupção e a gravação ilegal posteriormente

vazada pelo Sérgio Moro de conversas entre Dilma e Lula deixaram cada vez menos plausíveis as leituras ingênuas sobre a neutralidade e imparcialidade de algumas dimensões da conhecida *operação lava jato*¹⁷².

O próprio STF, ao reconhecer a parcialidade com que Moro atuou nos processos contra Lula, depois de apontar seis graves ilegalidades praticadas pelo ex-juiz do caso – algumas delas reveladoras de abuso de autoridade e fraude processual –, concluiu o julgamento afirmando que Moro foi diretamente beneficiado pela condenação do ex-Presidente. Para o STF, “*a extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional*”¹⁷³.

Não é exagero lembrar que a Suprema Corte brasileira proferiu duas decisões – uma delas pela 2ª Turma¹⁷⁴ e outra pelo Plenário¹⁷⁵ – reconhecendo a ilegitimidade constitucional dos processos instaurados contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e das respectivas condenações, por violação às garantias da imparcialidade judicial e do princípio do juiz natural. Depois disso, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, em recentíssima decisão, concluiu “[a] *investigação e o processo penal contra o ex-presidente Lula da Silva violaram seu direito a ser julgado por um tribunal imparcial, seu direito à privacidade e seus direitos políticos*”¹⁷⁶. Seria difícil imaginar um caso em que o sistema de justiça criminal produziu danos à democracia tão explícitos e severos como esse que resultou da acumulação de investigações e acusações criminais ilícitas movidas contra o ex-Presidente Lula no auge do prestígio da *lava jato*.

A trágica experiência brasileira nesse campo é um sinal importante do modo como uma aposta desmedida no papel que as agências punitivas podem desempenhar na redução da corrupção sistêmica do país pode, a um só tempo, desmobilizar a sociedade civil (incentivando a criação artificial de “salvadores da pátria”) e

deslegitimar o funcionamento de instituições de controle (pela propagação de uma mentalidade autoritária que enfraquece a supremacia da Constituição como estratégia para redução da corrupção). A combinação desses fatores com uma atuação politicamente orientada (ao menos pontualmente nos casos que interferiam diretamente no resultado as últimas eleições presidenciais) contribuíram para a profunda crise atual da democracia no Brasil¹⁷⁷.

A ascensão do *neoliberalismo autoritário* instalado no país desde 2019 capturou órgãos de controle, reduziu a transparência nos negócios públicos e, como era de esperar, levou a uma piora significativa dos níveis de corrupção. O autoritarismo brasileiro deu novo impulso aos traços de *clientelismo* e *captura* que marcam a vida política nacional. Mais do que isso, aprofundou as desigualdades – descartou explicitamente práticas inclusivas e o *ethos* pluralista que caracterizam a Constituição de 1988¹⁷⁸ – e, com isso, reduziu as possibilidades de mudanças nas estruturas sociais que informam e incentivam o enraizamento de práticas corruptas entre nós.

4. CONCLUSÕES

As sucessivas ondas de intensificação do controle penal da corrupção não foram capazes, até aqui, de responder adequadamente à demanda social de redução da corrupção. Há sinais bastante robustos de que o fracasso das tentativas de combate à corrupção no Brasil está associado à persistente desigualdade social e econômica que caracteriza a sociedade brasileira. Essa constatação poderia incitar a um tipo de inércia ou de paralisia: se para vencer a corrupção é preciso mudar o padrão social e econômico de desigualdade, então se poderia pensar que há pouco a fazer para reduzir a corrupção no Brasil, dadas as imensas dificuldades de promoção de políticas públicas estáveis e eficazes para redução da desigualdade.

Tudo isso é dificultado pelo fato de que o elevado grau de corrupção é também responsável pela manutenção da desigualdade. Daí porque se fala em “armadilha da desigualdade” para expressar a ideia de que desigualdade e corrupção se reforçam mutuamente e dificultam a implementação de medidas aptas a abalar esse nefasto equilíbrio. Nem por isso podemos abandonar a pretensão de construir soluções eficazes para a redução da corrupção. É preciso também nesse terreno combinar pensamento programático, imaginação institucional e uma boa dose de realismo para traçar estratégias realistas e eficazes.

Com efeito, o debate programático tem sido limitado, nos dias atuais, por um dilema assim sintetizado por Mangabeira Unger: *de um lado*, as propostas que se afastam da realidade existente acabam sendo vistas como fantasias utópicas, cuja capacidade de transformar a realidade social parece bastante reduzida ou nula; *de outro*, as propostas que se mantêm muito próximas da realidade social existente sugerem ajustes tão marginais que dificilmente produzem mudanças relevantes e pelos quais dificilmente vale a pena lutar. A imaginação programática tem alternado entre esses extremos, vale dizer, entre a redefinição sem esforço e a rendição incondicional¹⁷⁹.

Esse dilema, como enfatiza Mangabeira Unger, é falso. Qualquer transformação institucional de caráter estrutural pode ser descrita sob essa dupla perspectiva: pela parcial proximidade com a realidade sobre a qual incide e pelo seu parcial distanciamento dessa mesma realidade. O importante é situar o pensamento programático na direção certa e decidir sobre o próximo passo a ser tomado.¹⁸⁰ Se é certo que a direção pode ser claramente identificada, também é possível supor que os primeiros passos podem e devem ser trilhados simultaneamente pelo direito e pela política: construir políticas públicas de redistribuição de riqueza e de oportunidades – para reduzir a desigualdade social e econômica – e aperfeiçoar os mecanismos de aplicação imparcial da lei – para garantir que o sistema de justiça reafirme, dentro das suas

possibilidades, a noção de igualdade e de reciprocidade. Essa proposta singela tenta fugir desse dilema contemporâneo de classificar as alternativas progressistas em utópicas (redução da desigualdade) ou triviais (apostando apenas no adequado funcionamento das instâncias formais de aplicação da lei penal).

Há um aparente paradoxo entre o propósito das ideias tidas como fundamentais – que propõem a radical exigência de superação dos padrões de desigualdade da sociedade brasileira – e a apatia que elas podem gerar no contexto atual em que vige um certo tipo realismo político e social.¹⁸¹ Mas esse paradoxo não é real. O reconhecimento de que o combate à corrupção depende da progressiva superação dos níveis inaceitáveis de desigualdade da sociedade brasileira não pode produzir apatia ou desestímulo à justa expectativa social sobre a urgência de endereçar adequadamente o problema da corrupção entre nós. Isso porque os programas mais estruturais de redução da desigualdade não excluem e muito menos exaurem as possibilidades de mobilização cidadã e tampouco de melhorias das condições de funcionamento das instituições democráticas, inclusive das agências de investigação e punição de práticas corruptas.

Nessa perspectiva, o presente ensaio defende a ideia de que o sistema de justiça criminal pode contribuir, dentro do marco da legalidade e dos limites funcionais do Poder Judiciário, para a implementação de mudanças institucionais relevantes, embora fragmentárias e incompletas, no combate à corrupção. Para isso, deve ser capaz de garantir a aplicação imparcial do direito penal a partir do mais rigoroso respeito aos direitos fundamentais e de uma aderência forte às exigências do Estado de Direito, notadamente do parâmetro da legalidade estrita. Contudo, é preciso reconhecer que, enquanto os níveis indecentes de desigualdade não forem superados, continuaremos a reproduzir as mesmas condições materiais que têm produzido, ao longo da nossa história, altos índices de corrupção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vital Francisco Celestino. *A relação entre a desigualdade e a corrupção política na filosofia de Rousseau*. *Griot: Revista de Filosofia*, [S. l.], v. 17, n° 1, p. 85–96, 2018.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MARTINS, Mariana Boer. *Corruption, populism and the crisis of the rule of law in Brazil = Corrupção, populismo e a crise do “rule of law” no Brasil*. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, n° 2, p. 21-43, 2020.

ANDRADE, D. P.; CÔRTEZ, M.; ALMEIDA, S. *Neoliberalismo autoritário no Brasil*. *Caderno CRH*, [S. l.], v. 34, p. e021020, 2021.

BARBOSA, Thiago de Azevedo. *Da influência dos valores culturais na percepção e prática da corrupção: de perspectivas teóricas a evidências empíricas*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 44-45.

BATISTA, Mariana; MARQUES, Radamés. *Instituições políticas e corrupção: uma análise da literatura comparada*. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 21, n° 1, p. 7-42, 2012.

BELLO, Enzo; CAPELA, Gustavo e KELLER, Rene José. *Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia*. *Revista Direito e Práxis* [online]. 2021, v. 12, n° 03, pp. 1665-1667.

BENTZEN, Jeanet Sinding 2012. “*How Bad is Corruption? Cross-Country Evidence of the Impact of Corruption on Economic Prosperity*.” *Review of Development Economics* 16.1: 167–84.

BERGAMO, Mônica. *Quem ganha leva; quem leva respeita as regras e os direitos dos outros, diz Barroso*. Folha de São Paulo, Brasília, 26 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leva-quem-leva-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz->

barroso.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Corrupção empresarial e Administração Pública: uma abordagem integrada do arranjo normativo-institucional brasileiro para o enfrentamento da oferta de corrupção*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 49-57.

CAVALCANTE, Pedro. *A questão da desigualdade no Brasil: como estamos, como a população pensa e o que precisamos fazer*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2020, p. 21-22. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10263/1/td_2593.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CHANG, Eric C. C.; GOLDEN, Miriam A. 2007. “*Electoral Systems, District Magnitude and Corruption.*” *British Journal of Political Science* 37: 115–37.

CHARRON, Nicholas; LAPUENTE, Victor. 2010. “*Does Democracy Produce Quality of Government?*” *European Journal of Political Research* 49.4: 443–70.

DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. (2016). *The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective*. *German Law Journal*, 17(1), p. 68.

DOBEL, J. P. *The corruption of a State*. *The American political Science Review*, nº 72, 1976, p. 958-973.

F DE ARAUJO FILHO, Valdemar; DE ARAUJO FERNANDES, Pedro. *Judicialização, Corporativismo e Autoritarismo na Crise da Democracia Brasileira*. *Desigualdade & Diversidade* (PUCRJ), v. 21, p. 74-97, 2021.

FULLER, L. L. *The Morality of Freedom*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 21-25.

GANLEY, Karla Yvonne; LAGUNES; Paul Felipe. *Lava Jato's Lessons, Leaks, and Lasting Impacts*. In: LAGUNES, Paul; SVEJNAR, Jan.

Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America, 2020, p. 230.

GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid R.; ALONSO-TERME, Rosa 2002. “Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty?” *Economics of Governance* 3: 23-45.

Índice de capacidade de combate à corrupção (CCC): uma análise da capacidade da América Latina de detectar, punir e prevenir a corrupção. Americas Society/Council of the Americas; Control Risks, 2021. Disponível em: https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC_Relatorio_Portugues_2021.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

JANOT, Rodrigo. *Nada menos que tudo: bastidores da operação política que colocou o sistema político em xeque*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2016.

Jong-sung, Y. & Khagram, S., 2005. *A Comparative Study of Inequality and Corruption. American Sociological Review*, 70(1), pp. 136-157.

KUNICOVÁ, J.; ROSE-ACKERMAN S. 2005. “Electoral Rules and Constitutional Structure as Constraints on Corruption.” *British Journal of Political Science* 35: 573–606.

LAMBSDORFF, JohannGraf. *Causes and Consequences of Corruption: What Do We Know from a Cross-Section of Countries? International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar Publishing, 2006.

Lava-Jato: Lições para o futuro do combate à corrupção. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/licoes-para-o-futuro-do-combate-corrupcao.html>. Acesso em: 27.4.2022.

MELO, Marcus André. *Corrupção sistêmica. Folha de S. Paulo*. São Paulo: 29 mai. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/05/1887989-corrupcao-sistemica.shtml>. Acesso em: 4 abr. 2022.

NUBLAT, Johanna (Coord); BRANDÃO, Bruno; STASSART, Joaquim; MOHALLEM, Michael. *Retrospectiva Brasil (2021)*. Transparência Internacional Brasil, 2022. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

NUNES, Wálter. *Autoritarismo de Bolsonaro é legado da lava-jato, diz criminalista Alberto Toron*. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/autoritarismo-de-bolsonaro-e-legado-da-lava-jato-diz-criminalista-alberto-toron.shtml>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

OLEN, Célia Mara Ladeia. *As covariantes da confiança política na América Latina*. *Opin. Publica*, Campinas, v. 16, nº 1, p. 1-27, jun. 2010.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. *Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil*. In: POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (Ed.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

PINTO, E. C.; PINTO, J. P. G.; SALUDJIAN, A.; NOGUEIRA, I.; BALANCO, P.; SCHONERWALD, C.; BARUCO, G. *A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a crise brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro*. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, v. 54, dez. 2019, p. 125.

REIS, Bruno Pinheiro Wanderley. *Sistema eleitoral, corrupção e reforma política*. *Revista do CAAP*, vol. XIX, nº 01, p. 10-22, 2013.

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*. 2^a ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016.

ROTHSTEIN, Bo. “*Fighting Systemic Corruption: The Indirect Strategy*.” *Daedalus*, vol. 147, n° 3, 2018, pp. 35-49.

ROTHSTEIN, Bo; USLANER, Eric M. (2005). *All for all: equality, corruption, and social trust*. *World Politics*, 58 (1): 41-72.

SADEK, Maria Tereza Ainda. *Combate à Corrupção: novos tempos*. *Revista da CGU*, v. 11, n° 20, p. 1276-1283, 2019.

SARMENTO, Daniel. *O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva*. *Revista da Emerj*, v. 20, n° 3, p. 296-318, set./dez. 2018.

SILVA, Márcia Regina de Lima; PRATES, Ian. *Desigualdades raciais no Brasil: um desafio persistente*. In: *Trajetórias das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos* [S.l: s.n.], 2015; e, ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

SODRÉ, Flavius Raymundo. *Os impactos da corrupção no desenvolvimento humano, desigualdade de renda e pobreza dos municípios brasileiros*. Recife – PE, 2014.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 381.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

STF. *HC 164493*, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 23/03/2021.

STF. *HC 193726* AgR, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em

15/04/2021.

STF. *Inq 4259*, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 07/03/2018.

TREISMAN, D. 2007. “*What Have We Learned about the Causes of Corruption from Ten Years of Cross-national Empirical Research?*” *Annual Review of Political Science* 10: 211–44.

TEIXEIRA, Matheus. *Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a lava-jato, diz Fachin*. Folha de São Paulo, Brasília, 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml>>. Acesso em: 20.4.2022.

TUSHNET, Mark. *The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy*. New York: Cambridge University Press, 2021, p. 96.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. 3a ed. Londres: Verso Books, 2015, p. 104.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005.

USLANER, Eric M. *Corruption, Inequality, and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

VERGARA, Camila. *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A desigualdade e a subversão do Estado de Direito*. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos* [online]. 2007, v. 4, nº 6, p. 29-51.

YOU, Jong-Sung. “*A Comparative Study of Corruption, Inequality, and Social Trust*.” Ph.D. dissertation, Harvard University, 2006.

YOU, Jong-Sung. *Corruption and Inequality as Correlates of Social Trust: Fairness Matters More Than Similarity*. The Hauser Center for Nonprofit Organizations and The John F. Kennedy School of Government Harvard University. November 2005. Working Paper N° 29, p. 02.

YOU, Jong-Sung. *Democracy, Inequality, and Corruption: Korea, Taiwan, and the Philippines Compared*. Cambridge University Press; Cambridge, 2015.

YOU, Jong-Sung; KHAGRAM, Sanjeev. 2005. “A Comparative Study of Inequality and Corruption.” *American Sociological Review* 70.1: 136–57.

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

O quadro de corrupção sistêmica reflete a existência daquilo que Marcus Melo chamou de armadilha social da corrupção e da sua tendencial manutenção no contexto no qual ela se estabeleceu como parte das “regras do jogo”. Cf. MELO, Marcus André. Corrupção sistêmica. *Folha de S. Paulo*. São Paulo: 29 mai. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/05/1887989-corrupcao-sistemica.shtml>>. Acesso em: 4 abr. 2022.

Cf. sobre os efeitos negativos da corrupção na legitimidade popular dos regimes democráticos, POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil. In: POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (Ed.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

Estudos recentes têm confirmado a existência de uma relação de causalidade entre corrupção de baixo desenvolvimento econômico. Cf., nesse sentido, BENTZEN, Jeanet Sinding 2012. “How Bad is Corruption? Cross-Country Evidence of the Impact of Corruption on Economic Prosperity.” *Review of Development Economics* 16.1: 167–84.

Cf., nessa perspectiva, ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*. 2^a ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016.

Para os fins deste artigo, refiro-me à corrupção não em seu sentido jurídico-penal, mas em termos mais amplos, isto é, como *abuso de poder público para ganhos privados*. Para um estudo completo sobre este preciso significado de corrupção, cf. Jong-sung, Y. & Khagram, S., 2005. A Comparative Study of Inequality and Corruption. *American Sociological Review*, 70(1), pp. 136-157. A escolha e utilização deste conceito se justifica por nos permitir acessar e comparar um conjunto amplíssimo de experiências estrangeiras, além de abrir caminhos para uma melhor compreensão sobre a relação entre atividades corruptas e desigualdade.

Como destacou Pedro Cavalcante, a propósito de pesquisa empírica nesse campo, “Quando perguntados especificamente se a ‘corrupção contribui muito para as desigualdades’, quase 90% dos respondentes concordam com essa afirmação (gráfico 4). Não obstante, não é nenhuma surpresa a referência à corrupção como causadora de desigualdades, seja por motivação lógica ou baseada em conhecimento científico, como também por fatores de caráter conjuntural do Brasil. Embora menos frequente no debate internacional, os estudos sobre essa relação há tempos demonstram que o crescimento da corrupção nos países gera elevação da concentração de renda (Gupta, 1998).” CAVALCANTE, Pedro. A questão da desigualdade no Brasil: como estamos, como a população pensa e o que precisamos fazer. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2020, p. 21-22. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10263/1/td_2593.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

Cf., sobre a influência negativa da corrupção na educação, saúde e distribuição de renda, LAMBSDORFF, Johann Graf. (2006) *Causes and Consequences of Corruption: What Do We Know from a Cross-Section of Countries? International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward

Elgar Publishing. Para uma análise dessa influência no caso brasileiro, cf. SODRÉ, Flavius Raymundo. Os impactos da corrupção no desenvolvimento humano, desigualdade de renda e pobreza dos municípios brasileiros. Recife – PE, 2014.

Cf., a respeito, REIS, Bruno Pinheiro Wanderley. Sistema eleitoral, corrupção e reforma política. *Revista do CAAP*, vol. XIX, nº 01, p. 10-22, 2013.

Vale referir, a esse respeito, expressiva passagem de voto do Ministro Edson Fachin no julgamento de uma das várias ações penais ajuizadas contra parlamentares no âmbito da operação *lava jato*: “Nessa toada, como se depreende das lições acima transcritas, a própria configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do sistema presidencialista brasileiro, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. Como mencionado acima, a partir do que se sustenta na doutrina, em tese, essa dinâmica não é, em si, espúria e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, numa participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do poder executivo. Entretanto, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função parlamentar, ao menos nos moldes em que organizado o sistema constitucional político-partidário brasileiro.” (STF. Inq 4259, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 07/03/2018) Embora essa posição seja equivocada sob o ponto de vista estritamente jurídico-penal – não é possível imputar o delito de corrupção passiva por atos que não estão inseridos no feixe de atribuições funcionais do funcionário público –, a passagem expressa

com precisão o modo como o apoio parlamentar ao governo foi construído nos últimos anos, ainda que episodicamente, na realidade brasileira.

Cf., nessa perspectiva, SADEK, Maria Tereza Ainda. Combate à Corrupção: novos tempos. *Revista da CGU*, v. 11, nº 20, p. 1276-1283, 2019.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leva-quem-leva-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz-barroso.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

No índice de percepção da corrupção de 2017, o Brasil caiu da 79ª para a 96ª posição no ranking mundial. Estudo disponível em: <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

Cf., nesse sentido, AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MARTINS, Mariana Boer. Corruption, populism and the crisis of the rule of law in Brazil = Corrupção, populismo e a crise do “rule of law” no Brasil. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, nº 2, p. 21-43, 2020.

Para um resumo dessas falhas de funcionamento do sistema de justiça criminal especificamente verificadas na *lavajato*, cf. o meu: <Lava-Jato: Lições para o futuro do combate à corrupção. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/licoes-para-o-futuro-do-combate-corrupcao.html>>. Acesso em: 27.4.2022.

A relevância do direito penal, nesse contexto, é bem menor do que a expectativa social de punição exemplar dos envolvidos em atos de corrupção. O direito penal não dá conta, isoladamente, da extensão e profundidade dos problemas brasileiros nesse campo. Como destaquei em outra oportunidade, “[a] forte demanda social por soluções capazes de refrear a corrupção no Brasil recaiu quase que exclusivamente sobre o Poder Judiciário. Embora a expectativa por uma revolução republicana da vida pública e privada brasileira pela via judiciarista

pareça pouco plausível, não há dúvida de que o Judiciário tem um papel relevante a cumprir em relação ao crônico problema da corrupção. Esse papel punitivo exercido (sempre retrospectivamente) pelo Poder Judiciário, apesar de relevante para reafirmar a crença de que o trato da coisa pública deve ser balizado pela moralidade e pela transparência, não possui aptidão para promover, sozinho, as mudanças estruturais que fazem da corrupção um modo natural de estabelecer a relação entre o público e o privado.” (SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 381).

A expressão desigualdade é aqui empregada para designar um problema relacionado às desigualdades sociais em geral. No Brasil, contudo, é importante registrar que a questão racial é um elemento indispensável para o entendimento das desigualdades sociais em sentido amplo. Cf., a esse respeito, SILVA, Márcia Regina de Lima; PRATES, Ian. Desigualdades raciais no Brasil: um desafio persistente. In: *Trajetórias das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos* [S.l: s.n.], 2015; e, ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

Para uma revisão dessa bibliografia na literatura estrangeira, cf. BATISTA, Mariana; MARQUES, Radamés. Instituições políticas e corrupção: uma análise da literatura comparada. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 21, nº 1, p. 7-42, 2012.

Cf., a propósito, o influente estudo que buscou demonstrar que sistemas presidencialistas com legislaturas eleitas pelo modelo de representação proporcional são mais propensos à corrupção: KUNICOVÁ, J.; ROSE-ACKERMAN S. 2005. “Electoral Rules and Constitutional Structure as Constraints on Corruption.” *British Journal of Political Science* 35: 573–606.

Cf., nesse sentido, CHANG, Eric C. C.; GOLDEN, Miriam A. 2007. “Electoral Systems, District Magnitude and Corruption.” *British Journal*

of Political Science 37: 115–37.

DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. (2016). The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective. *German Law Journal*, 17(1), p. 68.

Cf. TREISMAN, D. 2007. “What Have We Learned about the Causes of Corruption from Ten Years of Cross-national Empirical Research?” *Annual Review of Political Science* 10: 211–44.

Cf. CHARRON, Nicholas; LAPUENTE, Victor. 2010. “Does Democracy Produce Quality of Government?” *European Journal of Political Research* 49.4: 443–70.

Cf. YOU, Jong-Sung. *Democracy, Inequality, and Corruption: Korea, Taiwan, and the Philippines Compared*. Cambridge University Press; Cambridge, 2015, p. 236.

TUSHNET, Mark. *The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy*. New York: Cambridge University Press, 2021, p. 96.

ROTHSTEIN, Bo. “Fighting Systemic Corruption: The Indirect Strategy.” *Daedalus*, vol. 147, n° 3, 2018, pp. 35-49.

USLANER, Eric M. *Corruption, Inequality, and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 55.

Segundo a Americas Society/Council of the Americas, por exemplo, o Brasil foi o país que teve a queda mais acentuada no setor do combate à corrupção em toda a América Latina. Disponível em:

<https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC_Relatorio_Portugues_2021.pdf>.

Acesso em: 17 abr. 2022. De acordo com a transparência internacional, o desempenho do Brasil no combate à corrupção é inferior não apenas à media mundial, mas também à média da América Latina. Disponível em:

<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Cf. YOU, Jong-Sung. *Democracy, Inequality, and Corruption: Korea,*

Taiwan, and the Philippines Compared. Cambridge University Press; Cambridge, 2015.

Vale referir, contudo, a existência de importante contribuição científica, ainda na década de 70 do século passado, no sentido de demonstrar que altos níveis de desigualdade e falta de coesão social estavam na base do fenômeno da corrupção. Cf. DOBEL, J. P. The corruption of a State. *The American political Science Review*, nº 72, 1976, p. 958-973.

Cf. GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid R.; ALONSO-TERME, Rosa 2002. “Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty?” *Economics of Governance* 3: 23-45.

Cf., como um marco nesse campo de pesquisa, YOU, Jong-Sung; KHAGRAM, Sanjeev. 2005. “A Comparative Study of Inequality and Corruption.” *American Sociological Review* 70.1: 136-57. Posteriormente, a tese de doutorado de Jong-Sun You demarcou uma nova fase nos estudos sobre o tema, enfatizando, agora de maneira mais definitiva, a importância da desigualdade na produção da corrupção. Cf. YOU, Jong-Sung. 2006. “A Comparative Study of Corruption, Inequality, and Social Trust.” Ph.D. dissertation, Harvard University.

YOU, Jong-Sung. *Democracy, Inequality, and Corruption: Korea, Taiwan, and the Philippines Compared*. Cambridge University Press; Cambridge, 2015, p. 12-13.

Trata-se de uma generalizada *oligarquização do poder político* que dá sentido ao que Camila Vergara denominou de verdadeira *corrupção sistêmica*, isto é, da falta de efetivo controle social do poder. Cf. Vergara, Camila. *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

YOU, Jong-Sung; KHAGRAM, Sanjeev. 2005. “A Comparative Study of Inequality and Corruption.” *American Sociological Review* 70.1: 136–57.

YOU, Jong-Sung. Corruption and Inequality as Correlates of Social Trust: Fairness Matters More Than Similarity. The Hauser Center for Nonprofit Organizations and The John F. Kennedy School of Government Harvard University. November 2005. Working Paper Nº 29,

p. 02.

A literatura nacional aponta que “[o] mesmo processo pode ocorrer em relação à confiança política: em um ambiente marcado pela desigualdade acentuada, como é a América Latina, a percepção de que o sistema político e o sistema econômico beneficiam diferencialmente os indivíduos pode levar a uma sensação de que as instituições não são confiáveis.” (COLEN, Célia Mara Ladeia. As covariantes da confiança política na América Latina. *Opin. Publica*, Campinas, v. 16, nº 1, p. 1-27, jun. 2010)

BARBOSA, Thiago de Azevedo Da influência dos valores culturais na percepção e prática da corrupção: de perspectivas teóricas a evidências empíricas/ Thiago de Azevedo Barbosa – Brasília: Senado Federal, 2015, p. 44-45.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 24.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 48 e 49-50.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 5.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 54.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 6.

ROTHSTEIN, Bo; USLANER, Eric M. (2005). All for all: equality, corruption, and social trust. *World Politics*, 58 (1): 41-72.

Essa perspectiva teórica parte da tentativa de analisar a corrupção como um problema de ação coletiva, e não como um problema de agência. Para uma visão precisa dessas duas correntes teóricas, cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Corrupção empresarial e Administração Pública: uma abordagem integrada do arranjo normativo-institucional brasileiro para o enfrentamento da oferta de corrupção*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade

do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 49-57.

ALVES, Vital Francisco Celestino. A relação entre a desigualdade e a corrupção política na filosofia de Rousseau. *Griot: Revista de Filosofia, [S. l.]*, v. 17, n° 1, p. 85–96, 2018.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 6.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 50.

ROTHSTEIN, Bo; USLANER, Eric M. (2005). All for all: equality, corruption, and social trust. *World Politics*, 58 (1): 41-72.

USLANER, Eric M. Corruption, Inequality, and the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 51-52.

Nesse sentido, o autor destacou: “A implementação do Estado de Direito seria consideravelmente mais fácil naquelas sociedades em que os indivíduos valorizassem os outros e seus direitos, na mesma proporção em que dessem valor a si próprios. Os direitos igualmente distribuídos não são um presente dos céus, mas sim uma construção social; uma decisão feita pela comunidade para valorizar os indivíduos em termos eqüitativos e para fundamentar o exercício do poder nesses direitos básicos. Isso significa que as decisões coletivas são apenas válidas se derivarem da vontade de indivíduos autônomos e se eles respeitarem a esfera da dignidade humana delineada por esses mesmos direitos. Esse é um sistema governado por regras, no qual cada cidadão recebe o status de sujeito de direito, sendo a ele conferida uma esfera de proteção ao entrar em contato com outros cidadãos e com o Estado, esse último também subordinado ao princípio da reciprocidade. Nesse sentido, a autocontenção, que implica respeito pelos direitos dos outros, é a base fundamental para a generalização de expectativas relacionadas com o estabelecimento do Estado de Direito. Na medida em que essas expectativas de respeito aos direitos de todos são generalizadas, a implementação de um autêntico Estado de Direito também se torna possível.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do

Estado de Direito. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos* [online]. 2007, v. 4, n° 6, p. 38-39).

A propósito, vale referir as seguintes passagens: “Para muitos que não experimentaram a sensação de serem tratados com igual consideração e respeito por aqueles responsáveis por aplicar a lei e pela sociedade em geral, não existe razão alguma para que ajam em conformidade com o Direito. Em outras palavras, para aqueles criados como invisíveis em sociedades não tradicionais, há ainda menos razões morais ou instrumentais para respeitar as leis. [...] Demonização, portanto, é o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito. [...] Numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se vêem como seres acima da lei e imunes às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas. [...]” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos* [online]. 2007, v. 4, n° 6, p. 43-45).

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos* [online]. 2007, v. 4, n° 6, p. 29.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos* [online]. 2007, v. 4, n° 6, p. 46-47.

Cf., por todos, FULLER, L. L. *The Morality of Freedom*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 21-25.

USLANER, Eric M. *Corruption, Inequality, and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 24.

Entrevista disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml>>. Acesso em: 20.4.2022.

Cf., a propósito: “Rodrigo Janot, o Procurador Geral da República,

explicitou esta missão redentora ao comparar a refundação do Brasil, promovida pela Lava Jato, com o fim da escravidão, ao afirmar que: “[...] da mesma forma que o Brasil, há mais de cem anos, descartou a escravidão e o sistema que simbolizava a resistência ao seu fim, hoje também a sociedade brasileira está pronta e sedenta por uma outra virada histórica: o fim da impunidade e o duro combate à corrupção no trato da coisa pública (JANOT, 2016, p. 6).” (PINTO, E. C.; PINTO, J. P. G.; SALUDJIAN, A.; NOGUEIRA, I.; BALANCO, P.; SCHONERWALD, C.; BARUCO, G. A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a crise brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política, v. 54, dez. 2019, p. 125).

Esse programa foi resumido com precisão na seguinte passagem: “No contexto de crise econômica e com apoio expressivo, a operação Lava Jato, que nasceu desvinculada do bloco no poder, conseguiu deslocar o centro de poder do Estado brasileiro para suas mãos, com o objetivo de seguir na caçada à corrupção que, para eles, resultaria na refundação do Brasil, deixando para trás o capitalismo brasileiro patrimonialista” (PINTO, E. C.; PINTO, J. P. G.; SALUDJIAN, A.; NOGUEIRA, I.; BALANCO, P.; SCHONERWALD, C.; BARUCO, G. A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a crise brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política, v. 54, dez. 2019, p. 124).

O propósito de refundar o país por meio da persecução criminal foi o que “permitiu que a operação avançasse no combate à corrupção sem que as hierarquias superiores do judiciário e parte do sistema político estancassem o seu mecanismo de flexibilização das regras” (PINTO, E. C.; PINTO, J. P. G.; SALUDJIAN, A.; NOGUEIRA, I.; BALANCO, P.; SCHONERWALD, C.; BARUCO, G. A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a crise brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política, v. 54, dez. 2019, p. 124).

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da

Constituição de 88: por uma república inclusiva. *Revista da Emerj*, v. 20, n° 3, p. 296-318, set./dez. 2018.

Cf., a propósito, BELLO, Enzo; CAPELA, Gustavo e KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. *Revista Direito e Práxis* [online]. 2021, v. 12, n° 03, pp. 1665-1667. Mesmo as versões mais ingênuas a esse respeito admitem que “ao expor a corrupção no sistema democrático brasileiro, a Lava Jato contribuiu para uma cadeia de eventos que torna a ameaça do autoritarismo maior hoje do que era antes de 2014” (GANLEY, Karla Yvonne; LAGUNES; Paul Felipe. Lava Jato’s Lessons, Leaks, and Lasting Impacts. In: LAGUNES, Paul; SVEJNAR, Jan. *Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America*, 2020, p. 230)

Cf., nesse sentido, a entrevista de Alberto Toron para a Folha de São Paulo: “Esse autoritarismo [do Governo Bolsonaro] é um legado da Lava Jato, porque ela representou uma desconstrução do devido processo legal. Ela forçou a legitimação de atos de repressão a pretexto de se coibir a corrupção. O legado disso é um caldo de cultura do arbítrio, do autoritarismo, e o presidente Bolsonaro encarnou essa figura na candidatura e encarna como presidente da República. O legado da Operação Lava Jato no Brasil chama-se Jair Messias Bolsonaro.” Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/autoritarismo-de-bolsonaro-e-legado-da-lava-jato-diz-criminalista-alberto-toron.shtml>>.

Acesso em: 21 abr. 2022.

F DE ARAUJO FILHO, Valdemar; DE ARAUJO FERNANDES, Pedro. Judicialização, Corporativismo e Autoritarismo na Crise da Democracia Brasileira. *Desigualdade & Diversidade* (PUCRJ), v. 21, p. 74-97, 2021.

No Brasil, alguns trabalhos procuraram explicar de maneira mais analítica como a *lavajato* viabilizou seu projeto audacioso de tutelar a política nacional. A dissertação de mestrado da juíza federal Fabiana Alves Rodrigues, intitulado “*Lavajato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*”, mostrou em detalhes as estratégias adotadas pela

operação para ampliar seu raio de ação e fugir aos controles dos Tribunais Superiores: interceptação de escritório de advocacia e de advogados por engano, descumprimento de requisitos procedimentais para a troca de informações com autoridades nacionais e estrangeiras, gestão do tempo de andamento de processos específicos e intensificação do uso da prisão preventiva para incentivar a celebração de acordos de colaboração premiada. Cf. RODRIGUES, Fabiana Alves. *Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

TUSHNET, Mark. *The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy*. New York: Cambridge University Press, 2021, p. 104-105.

Consta da ementa do acórdão do STF: “O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente.” (STF: HC 164493, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 23/03/2021)

Consta da ementa do acórdão do STF: “O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente.” (STF:

HC 164493, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 23/03/2021)

STF. HC 193726 AgR, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15/04/2021.

Cf. a síntese da decisão Comitê de Direitos Humanos da ONU – cuja íntegra ainda não foi publicada até a submissão deste ensaio aos organizadores da obra coletiva – disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/moro-e-procuradores-da-lava-jato-foram-parciais-contralula-afirma-comite-da-onu.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

Cf., a propósito, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

Cf., sobre o sentido da categoria “neoliberalismo autoritário” no Brasil contemporâneo, ANDRADE, D. P.; CÔRTEZ, M.; ALMEIDA, S. Neoliberalismo autoritário no Brasil. *Caderno CRH*, [S. l.], v. 34, p. e021020, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. 3a ed. Londres: Verso Books, 2015, p. 104.

Mangabeira Unger, a esse respeito, afirma que “os dois mais importantes aspectos da proposta são a definição da direção e a definição dos primeiros passos pelos quais, a partir de onde estamos agora, podemos nos mover naquela direção. Nós podemos formular qualquer proposta que valha a pena pensar sobre os pontos que são relativamente próximos de como as coisas são agora ou relativamente longe” (UNGER, Roberto Mangabeira. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005, p. 21).

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005, pp. 21-22.

UMA CRÍTICA FEMINISTA ÀS MUDANÇAS NO REGIME DE ARQUIVAMENTO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS NO BRASIL

ADRIANA ALVES DOS SANTOS CRUZ¹⁸²

CLARA DA MOTA SANTOS PIMENTA ALVES¹⁸³

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre a supressão do controle judicial do arquivamento dos inquéritos policiais no Brasil tem sido predominantemente marcado por opiniões que enxergam na iniciativa uma porta para o aperfeiçoamento do sistema acusatório no país (Aras, 2020). A mudança havida após a edição da Lei nº 13.964, de 2019, denominada de “pacote anticrime”, teve como justificativa primordial a de que seria uma ferramenta voltada a incrementar a repressão à criminalidade e de separar as funções de julgamento e de acusação.

Essa visão pode, no entanto, ser problematizada. No intuito de deslocar o eixo das análises que recaem sobre essa mudança, o presente artigo defende que tanto a proposição do texto legislativo quanto a decisão da sua suspensão pelo Supremo Tribunal Federal apagaram a perspectiva de vítimas genderizadas e racializadas que, em suas múltiplas experiências, geralmente necessitam da superposição de instâncias de fiscalização e controle durante a apuração de delitos que resvalam em violações aos direitos humanos. Assim, as alterações do denominado “*pacote anticrime*”, quando agem cegas a essa realidade, representam mais um episódio em que se contrapõem perspectivas institucionais liberais e outras estruturalmente antidiscriminatórias.

Considerando os índices de violência contra vulneráveis

experimentados no Brasil¹⁸⁴, este trabalho problematiza o não-lugar das vítimas na discussão sobre a política criminal que as afeta. O argumento é desenvolvido a partir do marco de teorias feministas de viés interseccional (Crenshaw, 2002; Collins; Bilge, 2021), que relacionam as variáveis de gênero e raça sem descurar que outros marcadores sociais demandam preocupação idêntica. A propósito desse aspecto, Lélia Gonzalez (2020), intelectual de referência, sustenta que a raça informa e, por que não dizer, conforma a classe no Brasil. Assim, inevitavelmente, a alta taxa de homicídios de pessoas negras no país e a letalidade policial são fatores relevantes nesse cenário, derivando, não raro, dos assim denominados “autos de resistência”. Persiste, entre nós, a epidemia do falseamento das circunstâncias fáticas de homicídios como forma de encobrimento da violência estatal.¹⁸⁵

Defendemos, como ideia central, que o processo legislativo e a atuação judicial passaram ao largo da aplicação de metodologias que ritualizam a incidência das perspectivas de gênero e raça nas ações do Estado, o que ganha especial importância se considerarmos a recente edição de um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero por parte do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, no ano de 2021.¹⁸⁶

Este texto é dividido em três seções. Primeiro, tratamos da mudança legislativa no procedimento de arquivamento das investigações, o qual passou a se submeter apenas a recurso interno no âmbito dos próprios Ministérios Públicos. No tópico seguinte, discutimos e propomos uma crítica feminista à invisibilidade das vítimas mulheres no discurso público acerca da mudança. Formulamos essa proposta, especialmente a partir da experiência latino-americana, que se materializa na jurisprudência da Corte Interamericana. Por fim, no terceiro momento do artigo, caminhando para um fechamento que não pretende ser conclusivo, mas que articula uma possível distinção que confira tratamento particular às violações de direitos humanos sofridas por vítimas mulheres.

2. ALTERAÇÕES NO REGIME DOS ARQUIVAMENTOS DE INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

No sistema processual penal brasileiro, a atribuição privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública tornou assente na doutrina a compreensão de que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório¹⁸⁷. Em consequência, não é nova a percepção de que alguns dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 – CPP não foram recepcionados ou demandam uma interpretação conforme à Constituição. Não por outro motivo, ajustes no texto pelo legislador têm se sucedido no tempo. Assim, observa-se o advento da chamada minirreforma de 2008¹⁸⁸ que, entre outras disposições, alterou o procedimento para inquirição de testemunhas e conferiu ao interrogatório do réu a inequívoca dimensão de instrumento de autodefesa. Ainda a título de exemplo, é pertinente mencionar o artigo 531, que em sua redação original vigente até 2008¹⁸⁹, estabelecia, quanto ao procedimento sumário, a possibilidade de os processos relativos a contravenções penais serem iniciados, de ofício, por portaria do juiz.

A separação entre as atividades de julgar e acusar se apresenta como garantia fundamental nas democracias constitucionais contemporâneas, em contraposição ao sistema inquisitorial dos estados absolutistas e tem sido objeto de preocupação constante daqueles que atuam com a persecução penal, seja no plano legislativo, na práxis forense ou na academia.

O chamado pacote anticrime, consolidado na Lei 13.964/2019, se insere nesse contexto. O esforço legislativo teria sido orientado para eliminar ao máximo os resquícios inquisitoriais do processo penal¹⁹⁰, como mecanismo para fortalecer os direitos à ampla defesa e a um julgamento imparcial. Os debates na doutrina sobre as modificações, sob esse enfoque, têm se concentrado na figura do juiz de garantias e

no novo tratamento do arquivamento do inquérito policial, dispositivos, que como alguns outros, tiveram sua vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹¹. Sob esse enfoque, Nucci (2020, p. 1) assim se refere às alterações:

“No contexto do Código de Processo Penal, introduziu-se a figura do *juiz de garantias*, que não se transformou num juiz instrutor, longe disso, mas num magistrado que fiscaliza a investigação e defere (ou não) medidas restritivas de direitos individuais. Consagra-se um ponto a mais para a adoção do sistema acusatório de Direito Processo Penal. De nossa parte, a medida é excelente.”

No que concerne especificamente ao arquivamento, a redação original do artigo 28 do CPP, que ainda vigora por força da decisão judicial citada, estabelece a atribuição do Ministério Público para sua promoção, sob controle judicial. Havendo discordância do juízo com as razões invocadas, procede-se à remessa das peças de informação ou inquérito ao procurador geral. Este, por seu turno, se igualmente discordar da promoção deverá designar outro órgão do ministério público para promovê-la, em respeito à independência funcional de seus integrantes. Havendo insistência no arquivamento por parte da autoridade, o juízo fica obrigado a atender.

Na nova redação do dispositivo, ordenado o arquivamento, o órgão do Ministério Público deverá comunicar a decisão à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para instância de revisão ministerial para fins de homologação. Se a vítima, ou seu representante não concordar com o arquivamento, terá recurso no prazo de 30 dias à instância de revisão ministerial. Tratando-se de crime contra a administração pública, a legitimidade para o pedido

caberá à chefia do órgão a quem couber a representação judicial.

O controle judicial do arquivamento sempre foi objeto de crítica pela doutrina, por considerar uma das mais explícitas violações ao sistema acusatório. Ao colocar a magistratura em posição de se contrapor à não persecução penal, a lei estaria transferindo indevidamente à pessoa de quem julga interferência na formação da *opinio delicti*, vulnerabilizando, assim, os direitos do investigado.

Neste sentido é a crítica de Gustavo Badaró (2020, p. 160-163), para quem a alteração do artigo 28 adequou o procedimento de arquivamento ao sistema acusatório. O autor aponta, ainda, outros doutrinadores que o acompanham nessa compreensão, como Afrânio da Silva Jardim, para quem a atividade judicial no arquivamento não havia sequer sido recepcionada pela Constituição Federal, e Geraldo Prado, destacando, em relação a esse último a compreensão de que a manifesta discordância ao pedido de arquivamento ensejaria mácula à imparcialidade judicial.

Igualmente contra o controle judicial dos arquivamentos, Mauro Messias (2020, p. 30) aponta quatro argumentos que, na sua ótica, justificam a alteração legal: (i) controle de qualidade da *opinio delicti* negativa, que não mais estaria sujeito à autoridade de mesmo grau que o Ministério Público oficiante, passando a ser revisado por órgão ministerial superior; (ii) celeridade processual, com a diminuição de sobrecarga do Poder Judiciário; (iii) pragmatismo, à luz das hipóteses em que o Judiciário já não se pronunciaria, como nos feitos de atribuição originária do Procurador Geral de Justiça e Procurador Geral da República e; (iv) preservação do sistema acusatório.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 indicou que a dinâmica de arquivamento então adotada tinha por objetivo dirimir as dúvidas surgidas nas hipóteses em que o promotor se recusava a oferecer denúncia. O projeto de lei que redundou na atual Lei 13.964/2019 foi fruto da condensação de três projetos de lei iniciados na Câmara dos Deputados (PL nº 10.372/18, PL nº 10.373/18

e PL nº 882/19). A nova redação do artigo 28 ali prevista emergiu do substitutivo ao Projeto de Lei 10.372/18 e, assim, como na redação original, estabelece de forma clara o procedimento a ser seguido na hipótese de o Ministério Público oficiante decidir não denunciar, mantendo a tramitação do inquérito no plano exclusivamente administrativo.

Este dispositivo teve sua eficácia suspensa por força de decisão liminar proferida nos autos da ADI 6305, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. O fundamento da impugnação e consequente concessão da medida foi o curto período de *vacatio legis* estabelecido (30 dias), que, na visão da autora, inviabilizaria a adaptação das Procuradorias à nova realidade. Neste sentido, ao tempo que a inicial da ação constitucional louvou a alteração no mérito, sob o argumento de que a nova medida preservaria a imparcialidade judicial e o protagonismo ministerial, que se apresentam, nas palavras da autora, como “*medidas estruturais do sistema acusatório*”, apontou “*a falta de razoabilidade e proporcionalidade da alteração para sua vigência*”, em razão dos impactos a serem gerados na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público.

A decisão liminar acolheu os argumentos afirmando que o legislador desconsiderou a dimensão superlativa sob a perspectiva econômica a ser gerada pelo novo procedimento. O dispositivo foi suspenso, portanto, por violação aos artigos 169 e 127 da Constituição Federal.

Todas as reflexões, portanto, têm por marco de análise, exclusivamente, a maximização do sistema processual acusatório em detrimento de um sistema inquisitorial, considerando-o, por si só, suficiente para a preservação de direitos fundamentais. A contestação judicial do dispositivo, por outro turno, teve por foco, apenas, questões de ordem econômico-financeira e de gestão administrativa. Nenhuma consideração acerca da supressão de uma das instâncias de controle até então vigente foi colocada em cena.

Sustentamos que o tratamento da questão exclusivamente nessa perspectiva é insuficiente para compatibilizar todos os interesses envolvidos no tema. A invisibilidade das pessoas atravessadas por importantes marcadores sociais da diferença, como raça, gênero e classe, nas análises e reflexões que envolvem o processo penal coloca em xeque a consistência e amplitude da própria noção do que se entende por sistema de garantias a ser fortalecido por alterações legislativas.

Vale ressaltar que a ausência absoluta de controle judicial da atividade de arquivamento pode derivar em subtração de espaço da própria atividade judicante. Nesse sentido, merece referência decisão da Ministra Rosa Weber no Inquérito 4875, que problematizou a noção corrente de que a *opinio delicti* do órgão máximo do Ministério Público não estaria sujeita a controle judicial de qualquer ordem.

Ao rejeitar pedido de arquivamento de investigação de crime de prevaricação ao fundamento de atipicidade da conduta, a Ministra consignou que o sistema acusatório não subtrai do magistrado a atividade hermenêutica. Invocou, na oportunidade, diversos precedentes da Corte que afirmam que no pedido de arquivamento fundado em ausência de crime ou extinção da punibilidade, diferentemente da afirmação de ausência de base informativa, o Ministério Público não detém a última palavra, pois, nessas hipóteses, configura-se decisão de mérito apta a gerar coisa julgada¹⁹².

O fato de a alteração legislativa não contemplar essa distinção, tendo silenciado, inclusive, sobre as hipóteses nas quais o desarquivamento seria cabível, nem tampouco considerar os impactos da supressão de instâncias de controle em relação a sujeitos vulnerabilizados nos convoca a olhar para a crítica feminista como referência importante para problematizar o próprio conteúdo das balizas protetivas na persecução penal, o que passamos a fazer no próximo tópico.

3. CONSTRUINDO UMA CRÍTICA FEMINISTA À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA OU PARA QUE VIDAS DE MULHERES NÃO SEJAM “ARQUIVADAS”

A história de crimes brutais perpetrados contra vítimas vulneráveis no Brasil é marcada pelo silenciamento e não pela pronta resposta estatal às ocorrências. O relatório “Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha” (CNJ, 2018) informa, por exemplo, que 10,7 mil processos sobre feminicídios encerraram o ano de 2017 sem nenhuma solução. A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL, 2022) apontou ainda que o Brasil teria os piores indicadores de violência de gênero do continente latino-americano, apresentando baixa confiabilidade de estatísticas, dado o grau relevante de subnotificações. Ainda, as diretrizes nacionais para aplicação da Lei nº 13.104, de 2015, “Lei do feminicídio”, reforçaram a necessidade de que tais crimes sejam investigados com perspectiva de gênero, pois grassaria na região um cenário de impunidade que retroalimenta o ciclo de violência. O documento cita, nesse particular, relatório da Relatora especial sobre a violência contra a mulher das Nações Unidas, do ano de 2006, segundo o qual:

“a impunidade pela violência contra a mulher agrava os efeitos de dita violência como mecanismo de controle dos homens sobre as mulheres. Quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade tolera, expressa ou tacitamente, tal violência, a impunidade não só estimula novos abusos, como também transmite a mensagem de que a violência masculina contra a mulher é aceitável, ou normal. O resultado dessa impunidade não consiste unicamente na denegação da

justiça às diferentes vítimas/sobreviventes, mas também no fortalecimento das relações de gênero reinantes, e reproduz, além disso, as desigualdades que afetam as demais mulheres e meninas”.

A constatação de que existem especiais direitos das vítimas mulheres e de seus familiares na fase de investigação, compreensivos das perspectivas de informação, assistência, proteção e reparação, foi reiterada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na conclusão de julgamento do caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*. A Corte deixou claro que a decisão de *não investigar* crimes cometidos com violência de gênero é, em si, uma atitude discriminatória quanto ao gênero e que “o dever de investigar tem um alcance adicional quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal em um contexto geral de violência contra as mulheres”, devendo ser deflagradas investigações *ex officio* que apurem os fatos e não se direcionem a criar factoides e falsas linhas de investigação sobre a reputação das vítimas.¹⁹³

A partir do caso concreto, narra-se na sentença do caso *Barbosa de Souza vs. Brasil* que não houve apuração em relação a alguns dos envolvidos no delito sob a justificativa de “excesso de trabalho” dos órgãos de persecução, redundando-se no arquivamento do inquérito por falta de elementos probatórios:

“Em setembro de 2001, o Delegado responsável pelas investigações informou que, devido ao acúmulo de trabalho, não havia realizado as diligências requeridas pelo Ministério Público. Assim, em dezembro de 2001 o Ministério Público voltou a solicitar as diligências supra referidas. De igual modo, em março de 2002, o Delegado informou que não havia sido possível

proceder com os trâmites requeridos devido ao acúmulo de trabalho causado pela falta de pessoal e a falta de veículos em condições de trabalho. Outrossim, em dezembro de 2002, o Delegado novamente manifestou não ter podido cumprir o que lhe havia sido ordenado. Em março de 2003, o Ministério Público recomendou o arquivamento dos autos por insuficiência de prova, o que foi determinado pelo Juiz. [...] Quanto à devida diligência na investigação de outros possíveis responsáveis, a Comissão ressaltou que, no relatório policial de 21 de julho de 1998, não foram individualizados os atos que constituíram os delitos do então deputado estadual e das outras quatro pessoas suspeitas. Argumentou que não foram produzidas todas as provas para poder determinar a responsabilidade, sem nenhuma justificção por isso, e que a investigação foi arquivada por falta de provas. Dessa maneira, concluiu que o Estado descumpriu o dever de investigar com a devida diligência”.

Conforme texto recente de Mazzuoli et al. (2022), a Corte efetivamente tratou da deficiente atuação do Ministério Público naquele feito. Os autores narram que “o referido inquérito policial restou paralisado durante um ano (1999) em virtude de consecutivas suscitações de impedimento por motivo de foro íntimo de três promotores de Justiça”. Após, “sucedeu-se na esfera daquele inquérito policial um inaceitável cenário de falta de devida investigação sobre os fatos”. Os autores concluem que a Lei nº 14.245/2021 (*Lei Mariana Ferrer*) teria sobrevivido para endereçar esse tipo de abuso e discriminação de gênero perpetrada contra vítimas que tentam acessar o sistema de justiça.

Outros elementos relevantes da decisão da Corte IDH dizem respeito ao direito à integridade pessoal dos familiares, os quais titularizam interesse próprio de reparação à sua dignidade, e à impossibilidade de invocação de estereótipos de gênero pelas autoridades. Sobre estereótipos que não podem representar menoscabo e indiferença para com as vítimas mulheres, disse a Corte:

“em particular, a Corte reconheceu que os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando em sua percepção para determinar se ocorreu ou não um fato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima. Os estereótipos “distorcem as percepções e dão lugar a decisões baseadas em crenças preconcebidas e mitos, em lugar de fatos”, o que por sua vez pode dar lugar à denegação de justiça, incluindo a revitimização das denunciantes”.

No âmbito do sistema interamericano, existem outros casos paradigmáticos que revelam dificuldades quase intransponíveis às mulheres para que os Estados criem capacidades e aparelhem minimamente a investigação e a repressão à violência contra a mulher. No precedente *González vs. México (Campo Algodonero)* do ano de 2009, a Corte assentou que, diante de reiterados e bárbaros feminicídios, as autoridades mexicanas de Ciudad Juárez adotaram posturas notoriamente discriminatórias e dilatórias da apuração, situação que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) descreveu como um “alarmante padrão de resposta e concepções estereotipadas das mulheres desaparecidas”. Em particular, o padrão “se manifestava

na percepção dos funcionários estatais de que a busca e proteção de mulheres mencionadas como desaparecidas não era importante” e implicava que no princípio as autoridades se negavam a investigar”. Em suma, os feminicídios não eram percebidos como um problema e as mulheres, conquanto vítimas, eram repreendidas por suas condutas, como se fossem algozes de si mesmas. Conforme consta nessa decisão da Corte IDH,

“[a] conduta arrogante de alguns funcionários públicos e sua manifesta indiferença diante [...] destes crimes permitem concluir que muitos deles foram deliberadamente deixados de lado pela simples razão de que as vítimas eram ‘somente’ garotas comuns e, portanto, não eram consideradas uma grande perda. Temo que, como consequência dos atrasos e das irregularidades, tenham se perdido tempo e dados importantes. [...] Os representantes afirmaram que “as autoridades minimizavam os fatos ou desacreditavam” as denúncias dos familiares das vítimas sob o pretexto de que eram mocinhas que ‘andavam com o namorado’ ou ‘andavam de paqueras’”.¹⁹⁴

O caso somou-se a outros em que se cunhou, regionalmente, um dever de proteção e de efetiva investigação de atos de violência de gênero contra as vítimas mulheres, o qual se acha fundamentado no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará. Tal dever de proteção foi, de plano, assentado pela própria Corte quando da análise do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, no ano de 1988. Lá atrás, firmou-se como claro que os Estados integrantes do sistema deveriam “investigar toda situação de violação de direitos humanos protegidos pela

Convenção”, pois o aparato do Estado deve se mover fazendo com a violência não mais ocorra e a impunidade não se estabeleça.

Sem a pretensão de esgotar a análise da jurisprudência interamericana num ensaio curto, lembramos ainda que os casos *Barbosa de Souza* e *Campo Algodonero* dialogam com outras decisões importantes, notadamente com os precedentes *Caso del Penal Miguel de Castro Castro vs. Peru*, *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, bem como, no contexto brasileiro, com o trabalho da CIDH no histórico caso Maria da Penha Fernandes.

A despeito dessa vasta experiência latino-americana e do dever de proteção dela emanado, na sua análise do objeto da ADI nº 6305, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal optou por sacar um argumento de índole econômica para suspender a alteração ao artigo 28 do Código de Processo Penal. Como mencionado no tópico anterior, a decisão sustentou que a nova norma sobre arquivamento de inquéritos do “*pacote anticrime*” implicaria uma mudança acentuada na estrutura dos Ministérios Públicos, sem que houvesse dotação orçamentária para tanto. Também as vozes que analisaram a alteração legislativa o fizeram obliterando a existência de crimes contra vítimas subalternizadas e realçando o que seria um caráter positivo da nova norma, dado o reforço havido ao sistema acusatório (Garcia, 2020). Escapou ainda à decisão do STF o recente movimento do Conselho Nacional de Justiça de instituir diretrizes para julgamento com perspectiva de gênero.¹⁹⁵

A invisibilização de pessoas subalternizadas que podem ser afetadas pela não-persecução penal, como visto, não é um dado particular a essa decisão e aos comentários formulados sobre ela pela academia voltada a analisar política criminal. Antes, ela constitui uma realidade da prática e do discurso hegemônicos.

O não-lugar de pessoas subalternizadas e sua invisibilização há tempos têm sido objeto de preocupação, denúncia e reflexão por parte

dos grupos diretamente atingidos. É muito relevante nesse cenário o pensamento de Lélia Gonzalez (1983, p. 224):

“Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza a neurose cultural brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular.”

No âmbito dos estudos sobre epistemologia, no campo do pensar sobre o pensar, avolumam-se críticas à suposta racionalidade que aparta o saber “*científico*” dos seus destinatários e de evidências sobre a realidade social. Maria do Mar Pereira (2017, p. 45) deixa claro que, historicamente, a filosofia da ciência marcou-se pelos esforços contínuos voltados a distinguir e especializar o que seria o discurso científico. A autora esclarece que pesquisadores que partem de lentes feministas, antirracistas e de perspectivas críticas em geral compartilham a crença de que “os fundamentos normativos que conferem o status de ‘científica’ a uma atividade não são autoevidentes, de modo que os descobrir é mais um projeto sociopolítico do que um exercício de determinação de critérios formais de racionalidade apartados de circunstâncias particulares”.

Também Sandra Harding (1986) resume que há um esforço de construção de uma nova epistemologia, voltado a “estender e reinterpretar as categorias de diversos discursos teóricos de modo a tornar as atividades e relações sociais das mulheres analiticamente visíveis no âmbito das diferentes tradições intelectuais”.

Promovendo um resumo do estado da arte das epistemologias feministas, especialmente no que se refere aos estudos sobre política criminal, Soraia Mendes (2017) nos lembra que convivem empirismo, a *standpoint theory* e o que seria um feminismo pós-moderno, cujas

reflexões versam sobre a capacidade de subverter e problematizar a linguagem e a construção de identidades. Todas essas abordagens, por sua vez, se sustentariam “como um contraponto à tradição científica positivista, que busca a verdade absoluta a partir de uma concepção de ciência marcada, de um lado, pela neutralidade e, de outro, por uma metodologia imune às influências sociais”. Soraia Mendes (2017, p. 176) propõe, assim, que esse giro feminista de abordagem parta e considere as experiências das mulheres, situando o saber e a reflexão. Segundo ela,

“o paradigma feminista implica uma radicalização completa na medida em que perspectiva de gênero não é um “aditivo”, como ocorre em análises criminológicas realizadas sob o paradigma da reação social. Ademais, o reconhecimento do processo de custódia, construído ao longo de séculos, e vigente até nossos dias, torna impossível a adoção do sistema de justiça criminal como o objeto principal (no mais das vezes único) do campo de conhecimento. Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, rés ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida como “um novo ingrediente” nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias”.

Já Biroli e Miguel (2014) nos informam que novas epistemologias implicam também a utilização de novos métodos, os quais podem se basear mais livremente em “dados estatísticos, experiências pessoais,

análises sociológicas e depoimentos de pessoas próximas, bem como inferências mais fundamentadas ou mais intuitivas, baseadas na literatura de ficção, no discurso da mídia ou em trabalhos acadêmicos”.

O retrato de subordinação de saberes que fogem dos esquemas de suposta racionalidade amalgamada ao que se supõe ser próprio da masculinidade gera reflexos diretos na atividade não apenas científica, mas também jurídico-institucional. Em nosso país, a cultura jurídica formalista faz com que aquilo se compreende como doutrina adentre as decisões judiciais e estatais em geral. Em termos mais amplos, diversas autoras e autores, ao tempo em que apontam outras iniquidades produzidas pelo direito, propõem mecanismos para procedimentalizar a análise jurídica com perspectiva de gênero (Severi, 2016; Facio, 2009; Cook; Cusack, 2011). Se, no plano normativo, o desfazimento de estereótipos de gênero é uma imposição decorrente de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no plano concreto, a operacionalização de testes e métodos capazes de retirar o véu discriminatório que encobre práticas judiciais tem sido tematizada mais recentemente, estando em processo de consolidação. Enquanto Cook e Cusack (2011, p. 42) construíram um rol de perguntas mais abertas no sentido de *como* uma lei ou política estereotipifica mulheres e quais os danos que a sua aplicação gera, Alda Facio (2009) propõe uma parametrização mais estruturada. Para ela, os passos para um julgamento com perspectiva de gênero incluem: i) a “tomada de consciência da subordinação do sexo feminino”, ii) “identificação das distintas formas em que se manifesta o sexismo”; iii) “identificar a mulher que está presente ou invisibilizada no texto legal”. Por fim, após esse momento da identificação dos estereótipos, a autora defende que haja um aprofundamento da consciência e coletivização do problema.

Diante de tudo isso, nos parece que uma ferramenta central ao êxito da persecução de violações aos direitos de mulheres como é essa do controle sobre o que se arquiva ou se persegue precisa ser endereçada por uma análise jurídica compreensiva da metodologia de

julgamento com perspectiva de gênero e, a um só tempo, por desenhos normativos e institucionais que permitam o maior controle dos agentes estatais que trabalham exercendo a persecução penal.¹⁹⁶

4. CONCLUSÃO: MAPEAMENTO DA CRÍTICA E CAMINHOS POSSÍVEIS

A crítica constante do presente artigo tem um escopo e uma pretensão limitados. Não se quer dizer que necessariamente a manutenção do arquivamento tal como era antes praticado, por si só, garantia a observância dos direitos fundamentais. Antes, a reflexão que se pretende articular neste texto é, sobretudo, quanto ao direcionamento do debate e à possibilidade de construção de distinções para crimes que afetam de modo nuclear direitos humanos e suas vítimas históricas. É dizer: podemos abstrair a perspectiva de gênero em sua dimensão interseccional ao fazer a pergunta sobre o que acaba sendo “*engavetado*” no Brasil? Quem controla as nossas omissões investigativas quando são vítimas aquelas e aqueles aliçados de posições de poder social e econômico?¹⁹⁷

A crítica que se faz nesse trabalho poderia ser contraposta sob o argumento de que o sistema de arquivamento estruturado pelo pacote anticrime estabelece a remessa obrigatória à instância de revisão. No entanto, destacamos que o aporte de argumentos de diferentes perspectivas perante a instância revisora maximiza a qualidade da decisão a ser proferida. A atuação judicial, nesse sentido, pode se apresentar como mais uma camada de proteção por meio da análise equidistante dos fatos. Eventual compreensão de que a imparcialidade judicial poderia ser maculada, pode ser contornada pela determinação de redistribuição do feito a juízo diferente, na hipótese de eventual processamento.

É importante notar que compreendemos a imparcialidade

judicial e a separação das funções de acusar e julgar como essenciais a um processo penal democrático e compatível com a Constituição Federal de 1988. Sem embargo, vislumbramos outros caminhos que preservem essas garantias sem que sejam ignoradas as demandas de proteção de grupos vulnerabilizados.

Não é pouco relevante na análise que aqui é feita o reconhecimento de que o direito é aplicado de forma contingente, tendo em conta circunstâncias de tempo, espaço e subjetividades envolvidas. A precariedade de acesso à informação e possibilidades reais de acompanhamento do inquérito pelas vítimas é uma realidade que não pode ser ignorada¹⁹⁸. Para além disso, a dificuldade de acesso à assistência jurídica também é um fato que precisa ser endereçado. Sem embargo do empenho e excelente trabalho desenvolvido pelas Defensorias Públicas no Brasil, a carência de recursos para exercer suas funções básicas e sempre crescentes é notória.

Nesse sentido, não é possível ignorar o esforço hercúleo especialmente desenvolvido pelas vítimas de crimes e atos infracionais para acompanhamento dos feitos, especialmente nos casos de graves violações a direitos humanos, não só, mas especialmente, por parte do Estado.

A esse propósito, vale registrar, inclusive, que a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais foi recentemente alterada para determinar que os tribunais instituam Centros Especializados de Atenção às vítimas. A medida é fruto da mobilização de movimentos de mães e familiares de vítimas da violência por agentes estatais, que sofrem de forma mais agudizada as dificuldades de acesso à informação e boa prestação aos serviços judiciários que afetam vítimas em geral¹⁹⁹.

Cabe aqui uma afirmação de princípio. Não contrapomos de forma alguma os direitos e garantias individuais do investigado com a perspectiva de proteção à vítima, de forma a relativizar os mecanismos

que visam a um processo justo contra aquele que tem o aparato persecutório do Estado dirigido contra si. O que nos move é a ideia de maximizar em abrangência e profundidade o âmbito de proteção de todos os envolvidos em um fato criminoso.

Imbuídas de tal espírito, neste texto, buscamos percorrer a trajetória do regime anterior e atual de arquivamentos de investigações, para, em seguida, contextualizar esse quadro normativo na realidade da vivência experimentada em nosso continente à luz da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos e, no caso brasileiro, dos recentes avanços quanto à institucionalização de julgamento com perspectiva de gênero e raça. Antes de oferecer respostas fechadas, interessa-nos, por ora, problematizar a forma pela qual o debate público tem sido posto, propondo uma agenda de pesquisa e reflexão crítica quanto aos silêncios do direito penal e da política criminal acerca das vítimas subalternizadas e das múltiplas violências sofridas por elas que permanecem sem resposta. Pensamos que a construção, para elas, de camadas superpostas de fiscalização quanto à inação do Estado é um ponto de partida válido para que mudanças institucionais e estruturais possam ter espaço.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Comentários ao Pacote Anticrime, Ano 2020. Disponível em: vladimiraras.blog. Acesso em: 1 mai. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Feminismo e política: Uma introdução. Boitempo Editorial. Edição do Kindle, ano 2014.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Aplicada (Ipea). Atlas da Violência, ano 2021. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em 1 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debfb866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf. Acesso em 1 mai. 2022.

BUTLER, Judith. Gender trouble: feminism and the subversion of identity. Routledge, 1990.

BILGE, Sirma; COLLINS, Patricia Hill. Interseccionalidade. São Paulo: Boitempo, 2020.

CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina. Femicide and International Women's Rights. An epidemic of violence in Latin America. Disponível em: <https://theglobalamericans.org/reports/femicide-international-womens-rights/>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

COLLINS, Patricia Hill. Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment. 1990.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. Gender stereotyping: transnational legal perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. In: **Estudos feministas**. Ano 2002.

CRUZ, Adriana Alves dos Santos. Captação ambiental: o pacote anticrime e as modificações da Lei 9.296/1996. In SOUZA, Renee do Ó. Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. 1ª ed., reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

FACIO, Alda. Metodologías para el análisis de género del fenómeno

legal. In.: SANTAMARÍA, R. A.; SALGADO, J.; VALLADARES, L. (comp.). El género en el derecho. Ensayos críticos. Equador: Ministério de Justicia y derechos humanos, 2009.

FILHO, Orlando Zaccone D'Elia Filho. Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GARCIA, Emerson. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 77, jul./set. 2020.

GONZALEZ, Lélia. “Racismo e sexismo na cultura brasileira”. In: SILVA, L. A. et al. Movimentos sociais urbanos, minorias e outros estudos. *Ciências Sociais Hoje*, Brasília, ANPOCS nº 2, p. 223-244, 1983

HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. **Journal of Women in Culture and Society**, vol. II, nº 2, Summer, 1986, pp. 645-664.

HENRIQUE, Gustavo. Processo Penal. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZZUOLI, Valério; FARIA, Marcelle; Oliveira, Kledson. Condenação do Brasil pela Corte IDH no caso Barbosa de Souza. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/corte-idh-condenacao-brasil-caso-barbosa-de-souza-07022022>. Acesso em 3 de mai. 2022.

MENDES, Soraia. Criminologia Feminista. Editora Saraiva. Edição do Kindle, 2017.

MESSIAS, Mauro. O novo arquivamento. In: Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/19. Renee do Ó Souza (Org.). Belo Horizonte, São Paulo:

D'Plácido, 2020. 29-42.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERRONE, Patrícia Campos Mello; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. Watchdogs da Democracia: proteção democrática em rede In Democracia e Resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 1988. Patrícia Perrone Campos Mello e Thomas da Rosa de Bustamante (Org.). Espanha: Bosch Editor, 2022. p. 101 a 133.

PEREIRA, Maria do Mar. Power, Knowledge and Feminist Scholarship: An Ethnography of Academia (Transformations) (English Edition), 1ª Edição, eBook, 2017.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 3, nº 3, p. 574-601, 2016.

YANG, Crystal S. Free at Last? Judicial Discretion and Racial Disparities in Federal Sentencing. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper N° 661, 2013.

Juíza Federal. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. adrianaasc@puc-rio.br

Juíza Federal. Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). claramota@usp.br

Segundo o Atlas da Violência, no ano de 2019, as pessoas negras, soma de pretos e pardos de acordo com a classificação do IBGE, representaram 77% das vítimas de homicídios no Brasil, com taxa de 29,2 homicídios por 100 mil habitantes. “Comparativamente, entre os não negros (soma dos amarelos, brancos e indígenas) a taxa foi de 11,2 por cada 100 mil habitantes”. A questão de gênero também está marcada. De acordo com o relatório “um total de “66% das mulheres

assassinadas no Brasil eram negras. Em termos relativos, enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 2,5, a mesma taxa para as mulheres negras foi de 4,1. Isso quer dizer que o risco relativo de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que o de uma mulher não negra, ou seja, para cada mulher não negra morta, morrem 1,7 mulheres negras”. O Brasil é ainda o quinto país do mundo com maior incidência de feminicídios. Ainda, conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “1 em cada 4 mulheres brasileiras (24,4%) acima de 16 anos afirma ter sofrido algum tipo de violência ou agressão nos últimos 12 meses, durante a pandemia de covid-19. Isso significa dizer que cerca de 17 milhões de mulheres sofreram violência física, psicológica ou sexual no último ano”.

Destacamos aqui o problema dos autos de resistência e remetemos à leitura de Orlando Zaccone D’Elia Filho (2015). Assim, também, a pesquisa “Onde Mora a Impunidade”, desenvolvida pelo Instituto Sou da Paz (2021), e que explicita a necessidade de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. Disponível em: <https://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#5529>. Acesso em: 30.abr.2022.

O protocolo acha-se disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 1 mai. 2022.

A esse propósito, remetemos o leitor às considerações de Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 553-9).

Leis 11.689, 11.690 e 11.718, todas de 2008.

A redação original do artigo 531 do CPP, revogada pela Lei 11.719/2008, dispunha: O processo das contravenções penais terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Sobre as matrizes autoritárias do Código de Processo Penal de 1941,

ver Silva Júnior, (2008, pp. 145-153).

As considerações sobre a lei 13.964/19 como um todo extrapolam o objeto do presente artigo e demandam reflexões que só poderão se apresentar mais consistentes com o tempo. Anotamos, no entanto, como já pontuado por Cruz (2020), para a maior organicidade do direito processo penal, seria desejável a edição de um novo código. O prazo da *vacatio legis* de 30 dias prevista foi menor do que aquele estabelecido, como regra, pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42, art. 1º). Por decisão do Ministro Dias Toffoli, em regime de plantão, a eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º E e 3º-F foi em um primeiro momento suspensa pelo prazo máximo de 180 dias a partir da publicação do *decisum*. A eficácia dos artigos 3º-D, parágrafo único e 157, § 5º foi suspensa *sine die*, este último em decorrência da imprecisão textual. Na antevéspera de vigência da lei, o Ministro Relator suspendeu *sine die* todos os dispositivos relacionados à criação da figura do juiz de garantias, bem como as alterações dos arts. 28, *caput*, 157, § 5º e 310, § 4º do CPP. A decisão, indicou, também, a designação de audiências públicas no curso do processamento. ADI 6298-MC. Rel. Min. Luiz Fux. Decisões disponibilizadas, mas não publicadas na data de elaboração da versão original do presente trabalho. Outras questões, no entanto, deveriam merecer atenção em futuro próximo. Cito como exemplo: (i) o artigo 28-A relaciona as condições relativas ao acordo de não persecução, dispondo, contraditoriamente, que o rol apresentado deve ser ajustado cumulativa e alternativamente e (ii) foi introduzido § 2º no artigo 287 do CPP, que veda a concessão de liberdade provisória ao agente reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. O texto, no entanto, faz referência à denegação de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, o que parece não fazer sentido (Cruz, 2020).

Os impasses que podem ser gerados pela ausência de controle judicial sobre a atividade dos órgãos máximos do Ministério Público nos planos

estadual e federal também merecem ser analisados sob a perspectiva dos mecanismos institucionais de fortalecimento dos chamados *watchdogs* ou vigilantes democráticos, na perspectiva apresentada por Patrícia Perrone Campos Mello e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf (2022, pp. 101-133).

Cf. trecho sentença aposto à p. 39: “A Corte recorda que, quando existem indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades sobre possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher pode constituir em si mesmo uma forma de discriminação baseada no gênero.²²¹ A ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça”. Tais conclusões associam-se a precedente anterior havido nos casos *Véliz Franco e outros Vs. Guatemala* e caso *Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*.

A Corte deixa claro que também o Ministério Público retardou, injustificadamente, as investigações, conforme se lê no seguinte trecho da decisão: “Por otra parte, durante la audiencia pública la Corte fue informada sobre los resultados de la segunda etapa de las investigaciones y el plan de trabajo a seguir por parte del Ministerio Público. Sin embargo, no existen resultados de las diligencias anunciadas por el Agente del Ministerio Público a cargo de la investigación, tales como el estudio de ciertas prendas, nuevos análisis genéticos y la investigación en torno a presuntos responsables”.

O protocolo sobre julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça decorreu da atuação de Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria CNJ nº 27, de 02 de fevereiro de 2021, e se

tornou, no ano de 2022, uma recomendação direcionada a todas as juízas e juízes do país.

Historicamente, a falta de controle institucional, a ampliação de margens de discricionabilidade – não favorece grupos minoritários, facilitando o acesso a vieses e as condutas discriminatórias. A experiência da justiça criminal norte-americana indica que o aumento da discricionabilidade dos julgadores, através da derrubada de parâmetros objetivos para aplicação das penas (*caso United States v. Booker*) levou a um agravamento geral das penas impostas aos réus negros (Yang, 2013).

Para além da implicação mais imediata com a violência de gênero, o problema da não-persecução e ausência de investigação recai hoje sobre a questão de racismo estrutural e violência experimentada nas comunidades periféricas das cidades brasileiras, tema que se acha judicializado na denominada “ADPF das favelas” (ADPF nº 635/RJ).

A esse respeito, são abundantes no Brasil os movimentos de familiares de vítimas de crimes e os relatos que apresentam sobre as dificuldades de acesso à informação. Citamos, como exemplo, a pesquisa levada a efeito no âmbito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, acerca das principais falhas do Estado brasileiro no combate ao desaparecimento forçado de crianças e adolescentes. Relatórios de pesquisa Nupegre. O desaparecimento forçado de meninas no Rio de Janeiro: desafios do sistema de justiça. Rio de Janeiro:EMERJ, 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução 253, de 4 de setembro de 2018, com a redação da Resolução 386, de 9 de abril de 2021. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3858>.

SISTEMA DE JUSTIÇA E DESIGUALDADE – O CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO FUNDÃO

DEBORAH DUPRAT²⁰⁰

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país historicamente desigual. Pero Vaz de Caminha, em sua carta à coroa portuguesa, enaltecia as belezas, as riquezas e a abundância do novo mundo, ao mesmo tempo em que afirmava a ausência de marcas de civilização. Os povos aqui encontrados, segundo ele, não tinham organização social, armas e povoados, e esse vazio epistêmico e civilizatório vai ser a marca da alteridade ao longo do percurso nacional, com desdobramento do projeto colonial em inúmeras outras modalidades.

Com a Constituição de 1988, a sociedade nacional é convocada a enfrentar o seu passado, e o Estado é configurado como uma instância descolonizadora, que incorpora a diferença e a valoriza. Há, no texto constitucional, uma ênfase significativa no sistema de Justiça. Trata-se não só de prever direitos, mas de contar com uma organização que, a um só tempo, amplie o acesso à Justiça e garanta alguma simetria entre as partes, considerando que, em um dos polos, há sujeitos que apenas se tornaram visíveis para o direito no contexto dessa Constituição emancipadora. Significa ainda a inteligibilidade desses novos atores, permitindo-lhes contar a sua história e verbalizar a sua vontade.

Passados mais de 30 anos de sua promulgação, não é fácil chegar a uma avaliação exaustiva sobre como o sistema de Justiça, mais

especificamente o Judiciário brasileiro, vem atuando no sentido da busca da igualdade e da não-discriminação. Há, no entanto, um campo em que esse propósito inegavelmente não se cumpriu: empresas que violam direitos humanos. Seria possível uma historiografia a respeito de inúmeros casos em que os danos provocados por esse segmento contaram, em alguma medida, com o endosso judicial. A opção dessa análise é outra: fazer uma espécie de etnografia de um caso concreto, o rompimento da barragem do Fundão, de propriedade da empresa Samarco Mineração S/A, controlada pela Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., e o papel do Poder Judiciário nas políticas de mitigação e de reparação dos inúmeros danos causados pelo desastre, na perspectiva das populações atingidas, em especial aquelas historicamente mais vulnerabilizadas.

1. O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO FUNDÃO

Conforme fartamente divulgado na imprensa nacional e internacional, em 15 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento da barragem do Fundão, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro de Mariana (MG), o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos de mineração, que levou à morte dezenove pessoas e despejou mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério no meio ambiente, contaminando a bacia do Rio Doce, nos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, até alcançar o mar territorial brasileiro.

Em ação proposta em 30 de novembro de 2015 (ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400), distribuída à 12ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, contra as três empresas mineradoras, a União Federal e os estados de Minas Gerais e Espírito Santo, além de suas agências especializadas, apresentaram estudos preliminares sobre os danos inicialmente identificados, com uma

estimativa provisória do valor de R\$ 20.204.968.949,00 (vinte bilhões, duzentos e quatro milhões, novecentos e sessenta e oito mil, novecentos e quarenta e nove reais). A trajetória do desastre vem assim descrita na inicial:

No dia 5/11/2015, conforme amplamente noticiado na mídia nacional e internacional, ocorreu o rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, em Mariana-MG. A barragem, de propriedade da Empresa Samarco, controlada pelas corréis Vale e BHP Billiton, continha aproximadamente 50 milhões de m³ de rejeitos de mineração de ferro, sendo que 34 milhões de m³ desses rejeitos foram lançados ao meio ambiente com o rompimento e os 16 milhões de m³ restantes estão sendo carreados, aos poucos, em direção ao mar, no Estado do Espírito Santo, razão pela qual o desastre ambiental continua em curso.

Inicialmente, esse rejeito atingiu a barragem de Santarém, logo a jusante, causando seu galgamento e forçando a passagem de uma onda de lama por 55 km no Rio Gualaxo do Norte até desaguar no Rio do Carmo. Em seguida, a onda de água e lama atingiu a localidade de Bento Rodrigues, causando mortes e destruição do povoado.

A gigantesca onda de água e lama percorreu os rios Gualaxo e Carmo, entrando no curso do Rio Doce, onde percorreu cerca de 680 km até sua foz em Linhares-ES. No caminho percorrido, a onda de lama destruiu comunidades, estruturas urbanas, áreas de preservação permanente, alterou de forma drástica a

qualidade da água, levando ao extermínio da biodiversidade aquática, incluindo a ictiofauna, e também de indivíduos da fauna silvestre.

[...]

Os níveis de turbidez da água levaram à interrupção das atividades econômicas e do abastecimento de água dos municípios com captações nos rios atingidos. Além das vítimas fatais e dos feridos, ao longo do trecho afetado, foram constatados danos ambientais e sociais diretos, tais como a destruição de moradias e estruturas urbanas, destruição de áreas de preservação permanente, isolamento de comunidades, mortandade de animais de produção, impacto em plantações nas áreas rurais, restrições à pesca, danos à saúde, mortandade da fauna silvestre e doméstica, dificuldade de geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas, suspensão do abastecimento de água e danos às áreas ambientalmente sensíveis.

O relatório preliminar de avaliação dos danos ambientais elaborado pela Coordenação Geral de Emergências Ambientais – CGEMA da Diretoria de Proteção Ambiental – DIPRO do Ibama (ANEXO) avalia, qualifica e detalha os inúmeros danos ambientais causados pelo evento catastrófico. A NOTA TÉCNICA nº 24/2015/CEPTA/DIBIO/ICMBIO (ANEXO), por sua vez, detalha as consequências parciais na biodiversidade aquática da bacia do Rio Doce, provocadas pelo rompimento da barragem do Fundão.

Os danos estimados foram sumariados dessa forma:

Ao longo do trecho atingido, foram constatados danos ambientais e sociais diretos, tais como: a morte e desaparecimento de pessoas; isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; mortandade de animais de produção e impacto à produção rural e ao turismo, com interrupção de receita econômica; restrições à pesca; mortandade de animais domésticos; mortandade de fauna silvestre; dizimação de ictiofauna silvestres em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água, bem como a suspensão de seus usos para as populações e a fauna, como abastecimento e dessedentação; além da sensação de perigo e desamparo da população em diversos níveis.

A ação chama a atenção para o fato de que os danos então identificados eram dinâmicos e estavam em expansão, e a maneira correta de enfrentá-los seria mediante o custeio de programas que abrangessem “a bacia hidrográfica do Rio Doce como unidade de planejamento para as ações de recuperação” e que contemplassem, “da forma mais eficiente possível, a reparação integral dos danos ambientais causados às atuais e futuras gerações e dos danos socioeconômicos ocasionados às populações atingidas”. Para tanto, também deveriam “ser previstos o engajamento e a mobilização da população nas atividades desse programa, visando contribuir com o seu reposicionamento diante da sua relação com o meio ambiente e as suas inter-relações sociais (urbana, campo e estuário)”.

Os fatos e as respectivas responsabilidades são hoje incontestes, na medida em que as empresas Samarco, Vale e BHP firmaram acordo nesse sentido com os autores da ação²⁰¹.

Posteriormente, o Ministério Público Federal ingressa com nova ação civil pública contra as empresas mineradoras, mas também contra a União, os estados de Minas Gerais e Espírito Santo, bem como as respectivas agências temáticas (ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800), por razões que serão especificadas no capítulo seguinte. A peça, que tem 359 páginas e conta com mais de 10 mil páginas de laudos técnicos, relatórios de inspeção e depoimentos que a instruem, estima o valor da reparação em R\$ 155.052.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais), valor baseado nos gastos já realizados para custeio da reparação dos danos provocados pelo desastre da Deepwater Horizon, ocorrido no Golfo do México em 2010, responsável pelo vazamento de cerca de 4,9 milhões de barris de óleo, com impacto direto em 180.000 km² de águas marinhas e morte de 11 pessoas. Ou seja, área atingida e número de mortes inferior aos provocados pela Samarco, Vale e BHP. A ação, proposta em 2 de maio de 2016, evidencia que àquela altura os atingidos não tinham sido sequer devidamente cadastrados, não estavam presentes nos planos de recuperação e no auxílio emergencial, não contavam minimamente com informações socioambientais e socioeconômicas de seu interesse, inclusive de modo a possibilitar o cadastramento, e não eram beneficiários das políticas públicas mais fundamentais, como trabalho, moradia, saúde e educação. E dentre eles havia povos indígenas – Krenak, em Minas Gerais, e Tupiniquim e Guarani, no Espírito Santo – além de outros povos e comunidades tradicionais, como quilombolas, ribeirinhos e pescadores artesanais.

Mais uma vez, os fatos e responsabilidades restam incontestáveis porque objeto de “Termo de Ajustamento Preliminar” entre o Ministério Público Federal e Samarco, Vale e BHP, envolvendo as duas ações antes

referidas²⁰².

O Conselho Nacional de Direitos Humanos – CNDH realizou missão no local logo após o rompimento da barragem do Fundão, no período de 12 a 14 de dezembro, e posteriormente outras duas, produzindo relatório²⁰³ que levou em conta não só o desastre, mas o início do desenrolar do processo de reparação, objeto do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta– TTAC – em face da ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400. Informações então colhidas em relação à situação trabalhista davam conta de que: (i) como a Samarco teve suspensão a licença de operação de barragem, “instalou-se um clima de desemprego, em muito estimulado pelo discurso da empresa, que criou crescente ambiente de hostilidade e discriminação contra os atingidos, como se eles fossem os responsáveis pela empresa ter interrompido suas atividades”; (ii) os trabalhadores terceirizados da empresa foram demitidos e, em relação aos contratados, a empresa ofereceu “Programa de Demissões Voluntárias”, que contou com a adesão inicial de 923 empregados; (iii) os desligados por força do PDV ficaram sem direito a receber o seguro-desemprego, à vista da Resolução CODEFAT 467, de 21/12/2005.

Quanto aos atingidos de Bento Rodrigues, Ponte do Gama e Paracatu de Baixo, foi consignado que a Samarco: (i) não fornecia informações sobre os procedimentos de reconstrução das áreas atingidas; (ii) não garantia opções de reconstrução das moradias em lugares mais seguros; (iii) não dava certeza quanto à continuidade da verba de manutenção e alugueis das casas (prazo de 1 ano); (iv) não assegurava isonomia entre os atingidos, inclusive no que diz respeito ao próprio reconhecimento como tal; (v) não oferecia assessoria técnica própria e autônoma aos atingidos, o que só foi posteriormente garantido em face da intervenção do Ministério Público; (vi) promovia uma política institucional que “enaltece a empresa e não dá voz aos atingidos”.

Os atingidos de Barra Longa, por sua vez, relatam as mesmas dificuldades, acrescentando que agentes da empresa boicotam e estigmatizam movimentos sociais e lideranças populares, “como se fossem baderneiros que atrapalham a reconstrução”.

No que diz respeito ao TACC, todas as informações convergem no sentido de que não houve qualquer participação dos atingidos na sua elaboração e tampouco na Fundação Renova, “ente responsável pela criação, gestão e execução dos programas socioambientais e socioeconômicos que têm o objetivo de reparar, restaurar e reconstruir as comunidades impactadas pelo rompimento da barragem do Fundão”. Em setembro de 2016, a Renova anunciou o “Programa de Indenização Mediada” (PIM), mais uma vez sem qualquer participação de atingidos e com uma perspectiva exclusivamente individual. O mesmo ocorreu com a criação do Comitê Interfederativo, cuja função é “orientar e validar os atos da fundação instituída pela Samarco e suas acionistas, Vale e BHP Billiton, para gerir e executar as medidas de recuperação dos danos resultantes da tragédia”, sendo “presidido pelo Ibama e composto por representantes da União, dos governos de Minas Gerais e do Espírito Santo, dos municípios impactados e do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce”. O CNDH observou:

A situação que salta aos olhos no CIF e suas Câmaras Técnicas, as quais têm expedido recomendações para as empresas, é a total ausência de participação dos atingidos em seus processos deliberativos, de critérios, prazos, prioridades, deliberações que não possuem dimensão unicamente técnica.

O relatório do CNDH, apresentado em maio de 2017, identificou os seguintes direitos violados:

I. Direito à informação e à participação, na medida em que não houve participação dos atingidos na discussão e elaboração do acordo (TTAC) firmado entre os responsáveis estatais e privados pelo desastre; os atingidos não possuíam informação sobre os riscos que corriam por residirem a jusante da barragem de Fundão; nem todos os atingidos estão recebendo informação prévia e independente sobre seus direitos; o Comitê Interfederativo tem aprovado critérios, valores, direitos e procedimentos sem a participação dos atingidos; não houve participação pública na aprovação do Dique S4;

II. Direito à justa negociação, tratamento isonômico, conforme critérios transparentes e coletivamente acordados, na medida em que os critérios, conceitos, propostas de reparação não estão sendo objeto de negociação coletiva, haja vista estarem sendo pactuados entre os responsáveis pelo desastre no âmbito do CIF e na sequência sendo praticados pela Fundação Renova, como vem ocorrendo no Programa de Indenização Mediada e, também, na medida em que o tratamento isonômico entre os atingidos não está sendo assegurado, com propostas diferentes de atuação, elaborada unilateralmente pelas empresas por meio da Fundação, sem nenhum controle social legítimo e sem a fiscalização do Ministério Público;

III. Direito à reparação justa de todas as perdas, na medida em que passado um ano do desastre, apenas as reparações emergenciais foram desenvolvidas, e de forma desigual;

IV. Direito à moradia adequada, na medida em que o desastre destruiu e causou danos nas moradias dos

atingidos de Mariana e Barra Longa, sendo que até o momento não foi iniciado o processo de reassentamento das famílias; na medida em que os atingidos estão tendo custos acrescidos (energia e transporte) nas novas moradias; haja vista a morosidade nos reparos das moradias em Barra Longa e, ainda, considerando que o desastre causou a elevação dos preços dos alugueis em Mariana e Barra Longa para toda população destas cidades;

V. Direito à alimentação adequada, na medida em que ocorreu o comprometimento da dieta alimentar, com a redução da agricultura de várzea e dos estoques pesqueiros em toda a Bacia do Rio Doce, além de ter sido impossibilitado, pela lama, o uso dos quintais onde se cultivavam hortas ou pequenas plantações, como na cidade de Barra Longa/MG;

VI. Direito dos povos indígenas e tradicionais à posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, na medida em que o desastre está causando impactos irreversíveis ao modo de vida e cultura dos mesmos – inclusive na relação que vivenciavam com o rio Doce –, modificação de seus hábitos de vida tradicionais, custos de vida acrescidos que não podem suportar, desagregação de povos e famílias;

VII. Direito à manutenção dos modos de vida, cultura e do ambiente de convivência comunitária original, com melhoria contínua das condições de vida, na medida em que está ocorrendo a quebra das relações de vizinhança e de vínculos familiares, o deslocamento compulsório ou mesmo estimulado por compensações meramente financeiras, maior

dependência dos serviços de assistência social, a eliminação de atividades econômicas tradicionais e fontes de renda dos atingidos, o não reconhecimento de várias categorias de atingidos, a diminuição da área de cultivo agrícola, a perda do local de trabalho e moradia, a desestruturação de atividades produtivas e a diminuição de peixes no rio;

VIII. Direito de acesso à justiça, na medida em que a maioria dos atingidos não possuem assistência técnica e jurídica independente, o que deve ser proporcionado pelas empresas e entes federativos, por meio de equipes multidisciplinares que possam ser definidas por cada comunidade, respeitando-se a autonomia dos atingidos para apresentar propostas de reparação de seus direitos perante as empresas e entes federativos corresponsáveis, garantindo-se a sua legítima participação em todo o processo de reparação.

IX. Direito à liberdade de reunião, associação e expressão, na medida que defensores de direitos humanos estão sendo discriminados e sofrem repressão por participarem de atividades de mobilização e ação coletiva dos atingidos, em especial aqueles que se organizam no Movimento de Atingidos por Barragens; e na medida que a não recomposição das condições de vida existentes antes do desastre tem comprometido o direito à liberdade e autodeterminação das pessoas deslocadas compulsoriamente.

X. Direitos sociais, em especial direito à saúde e à educação, de toda a população atingida, devendo ser estabelecidos mecanismos de compensação ao Sistema Único de Saúde por parte das empresas

responsáveis pelo desastre, seja pelo aumento do número de casos de doenças – como dengue, doenças respiratórias, de pele e outras –, seja pela maior demanda sobre o SUS que o próprio processo de reparação socioambiental acarreta, como externalidade negativa decorrente do significativo afluxo de terceirizados envolvidos no referido processo;

XI. Direito à água, das populações que ficaram desabastecidas e tiveram sua fonte de captação impactada pelo desastre, bem como pela ausência de informações oficiais claras sobre a qualidade, potabilidade e segurança do uso da água para consumo humano e para a realização de atividades cotidianas;

XII. Direito ao trabalho e renda dos trabalhadores diretos demitidos por meio do subterfúgio do PDV, dos trabalhadores terceirizados demitidos e dos mais de milhares de pescadores, ribeirinhos, agricultores, faiscadores e outras profissões, que não podem trabalhar em razão dos impactos do desastre, atentando-se para;

XIII. Direito à dignidade da pessoa humana, na medida em que, no seu conjunto, as violações de direitos humanos ocorridas no desastre e as que continuam ocorrendo impossibilitam a reestruturação da vida individual e coletiva, com graves impactos sobre a identidade, a estima e as perspectivas de futuro; e também na medida que os atingidos estão sendo estigmatizados, segregados pelas comunidades locais, as quais passaram a considerá-los os “culpados” e não as vítimas dos resultados e consequências que o

desastre tem causado a toda população.

XIV. Direito a um ambiente saudável e à saúde – num quadro de saneamento básico que já era precário, tornaram-se dramáticas as condições de saneamento ambiental após o rompimento da barragem; o quadro é agravado pela situação constatada de que mesmo um ano após o desastre, o vazamento de rejeito continua. Ademais, há que considerar que os custos acrescidos de garantia de saúde nos casos de doenças respiratórias pela poeira em níveis acima do recomendado pela Organização Mundial da Saúde – OMS –, os quais devem ser imputados a quem provocou a elevação destes custos, no caso, as empresas responsáveis pelo desastre;

XV. Direitos das crianças e adolescentes impactados pela tragédia pessoal da morte de familiares, deslocamento compulsório, com as consequentes mudanças de escola e desfazimento de laços de amizade entre estudantes transferidos de escolas, sendo conhecidos os riscos a que estes segmentos da população ficam expostos quando de situações como a que vivenciaram;

XVI. Direitos dos idosos e dos portadores de necessidades especiais – É sabido que pessoas idosas sofrem muito mais com transformações bruscas em seus modos de vida, sobretudo quando envolvem mudanças de local de moradia e consequente ruptura de redes de sociabilidade – das quais, via de regra, os idosos são mais dependentes que os jovens. Por esta razão, os idosos necessitam e merecem uma atenção particular quando submetidos a situações como as que foram vividas pelos atingidos pelo desastre;

XVII. Direito à propriedade, na medida que proprietários ainda não receberam indenizações pelos danos causados pelo desastre, houve a interrupção provisória da disponibilidade da propriedade (Barra Longa), até mesmo o impedimento de acesso às casas e terrenos (Bento Rodrigues) e, por fim, a restrição do direito de propriedade para fins de construção do dique S4;

XVIII. Direito cultural ligado à manifestação do sentimento religioso, em razão das restrições de acesso a Bento Rodrigues e da construção do dique S4 e, ainda, incerteza da população quanto à remoção do cemitério da comunidade.

Integrantes do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos foram a Mariana (MG) e se reuniram com vítimas do rompimento da barragem do Fundão para ouvir os atingidos pelo desastre²⁰⁴. Posteriormente, em 12 de maio de 2016, foi apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU um relatório mais abrangente, envolvendo outros empreendimentos com sede no Brasil²⁰⁵. Quanto ao desastre provocado pela Samarco, um dos principais aspectos apontados diz respeito ao comportamento da empresa no tocante à falta de informações aos atingidos, seja em relação ao desastre e sua possibilidade de ampliação, seja quanto à reconstrução de suas vidas. Por isso, além de recomendar a participação dos atingidos nos processos de compensação e reparação, chama a atenção para as dimensões não monetarizadas do desastre.

Um ano após o rompimento da barragem do Fundão, diversos relatores da ONU para direitos humanos produziram a seguinte nota²⁰⁶:

Na véspera do primeiro aniversário do colapso

catastrófico da barragem, de propriedade da Samarco, instamos o governo brasileiro e as empresas envolvidas a darem resposta imediata aos numerosos impactos que persistem, em decorrência desse desastre.

As medidas que esses atores vêm desenvolvendo são simplesmente insuficientes para lidar com as massivas dimensões dos custos humanos e ambientais decorrentes desse colapso, que tem sido caracterizado como o pior desastre socioambiental da história do país.

Após um ano, muitas das seis milhões de pessoas afetadas continuam sofrendo. Acreditamos que seus direitos humanos não estão sendo protegidos em vários sentidos, incluindo os impactos nas comunidades indígenas e tradicionais, problemas de saúde nas comunidades ribeirinhas, o risco de subsequentes contaminações dos cursos de água ainda não recuperados, o avanço lento dos reassentamentos e da remediação legal para toda a população deslocada, e relatos de que defensores dos direitos humanos estejam sendo perseguidos por ação penal.

Relembramos ao Governo e às empresas que um desastre dessa escala – que despejou o equivalente a 20.000 piscinas olímpicas de rejeitos – requer resposta em escala similar.

Apelamos ao Estado Brasileiro para que forneça evidências conclusivas sobre a segurança da qualidade da água dos rios e de todas as fontes utilizadas para consumo humano e que estas atendem aos padrões legais aplicáveis. Estamos preocupados com relatos sugerindo que alguns dos cursos de água nos 700km

afetados, sobretudo do vital Rio Doce, ainda estejam contaminados pelo desastre inicial. Especialmente, de que níveis de alguns metais pesados e de turbidez ainda estariam violando os limites permissíveis.

Tal quadro é particularmente urgente, à luz de relatos de que comunidades afetadas pelo desastre estarem sofrendo efeitos adversos sobre sua saúde. Receamos que o impacto sobre as comunidades ribeirinhas seja resultado não apenas da contaminação da água, mas também da poeira resultante do ressecamento da lama.

Destacamos ainda as conclusões do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), indicando que os esforços das empresas envolvidas – Samarco, Vale e BHP Billiton – para deter os contínuos vazamentos de lama da barragem de Fundão, no Estado de Minas Gerais, estejam sendo insuficientes. Receamos que mais rejeitos possam atingir as regiões de jusante quando a temporada chuvosa iniciar, daqui a algumas semanas.

Além de estarmos solicitando urgentes esclarecimentos sobre a qualidade da água e a saúde das vítimas, estamos preocupados também com o destino das comunidades que foram forçadas a abandonar suas casas devido ao desastre. Após um ano, o processo de reassentamento está longe de concluído. Devem ser tomadas medidas de restituição e reassentamento que incluam a reinstalação de povos indígenas e comunidades locais deslocados para terras, territórios e recursos de igual qualidade, tamanho e estatuto jurídico às terras de onde foram forçados em decorrência do desastre.

Acreditamos que o Governo Brasileiro e as empresas envolvidas necessitam acelerar o processo de reassentamento e assegurar que esteja em consonância com o marco internacional dos direitos humanos. Atenção especial deve ser prestada aos direitos dessas comunidades, à melhoria progressiva de suas condições de vida, e ao respeito a seus valores culturais.

Anteriormente, elogiamos a suspensão do acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, devido a várias preocupações quanto a seus termos. No entanto, observamos que este acordo ainda se encontra sem solução nas instâncias judiciais inferiores. Reiteramos a nossa grave preocupação com os efeitos adversos que alguns dos termos do acórdão podem provocar no direito das populações de acesso à justiça.

Ainda que sejam positivas as iniciativas para a conciliação e o acesso rápido a medidas reparatórias, o acórdão não deve desproteger as comunidades afetadas quanto a um acesso pleno a soluções efetivas a longo prazo.

Instamos as empresas a se absterem de tomar qualquer ação que traga intimidação do trabalho dos defensores dos direitos humanos, e a assegurarem que qualquer medida para a proteção de suas propriedades seja proporcional aos fatos e não conflitem com o direito da população à liberdade de expressão e acesso à justiça.

Apelamos ao Governo Brasileiro para que intensifique seus esforços de prover uma solução a esse impasse legal, de modo a evitar subsequentes impactos sobre os direitos humanos das comunidades afetadas e a

alcançar uma integral reparação. Isto deve incluir garantias de que desastre semelhante jamais se repita. Reconhecemos alguns passos importantes que as empresas vêm tomando para interagir com o Ministério Público, os procuradores da justiça e lideranças comunitárias, para se encontrarem soluções comuns e resolver todas as pendências o mais rapidamente possível.

É preciso agora redobrar todos os esforços, para assegurar que os direitos humanos de todos os afetados, incluídos os familiares das 19 pessoas falecidas em decorrência do desastre, sejam integral e rapidamente cumpridos.”

2. AÇÕES JUDICIAIS E TERMOS DE AJUSTE

Ao rompimento da barragem do Fundão seguiu-se uma sequência de ações judiciais, tanto na Justiça Federal como nas Justiças estaduais das duas unidades federativas atingidas pelo desastre e respectivos municípios. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência 144.922/MG, deliberou pela prevenção da 12^a Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

A principal ação a gerar essa prevenção é exatamente aquela referida no capítulo anterior, em que a União e os estados de Minas Gerais e Espírito Santo movem contra a Samarco, a Vale e a BHP (ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400). A ação, em si, é curiosa: os seus autores, que deveriam fiscalizar e monitorar as atividades das empresas, atuam como se não tivessem responsabilidade alguma pelo desastre e pelo desenrolar posterior das medidas de mitigação, compensação e reparação. Daí a subsequente ação do Ministério Público Federal (ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800), adequadamente posicionando entes

públicos e empresas na condição de réus.

Após a concessão parcial de pedidos liminares na ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400, o Poder Público e as empresas celebraram Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta e requereram homologação judicial do mesmo perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. No entanto, após decisão pelo juízo competente, o TTAC foi submetido ao Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região –SistCon1, onde a Desembargadora Federal coordenadora, em audiência de conciliação, decidiu por homologar um acordo ainda mais generoso.

O Ministério Público Federal opôs, contra a decisão, embargos de declaração com efeitos infringentes e pedido de suspensão de eficácia da decisão, porque: (i) o Tribunal Regional Federal da 1ª Região seria incompetente para a homologação do acordo; (ii) descumprimento à decisão do Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual apenas as medidas urgentes poderiam ser apreciadas e pelo juízo provisoriamente designado, a 12ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais; (iii) ausência de intimação com vistas dos autos ao Ministério Público Federal; (iv) falta de legitimidade da Advocacia Pública para transacionar direitos dos atingidos; (v) violação à participação dos colegitimados [ausência de participação dos atingidos]; (vi) violação aos princípios subjetivos da lide [pretensão de que o acordo figure como mecanismo de transação exaustivo em relação ao evento e a todos os seus efeitos]; (vii) violação ao princípio do poluidor-pagador, tanto por criar um limite aos aportes das empresas para a adoção de medidas reparatórias e compensatórias, como por conferir tratamento diferenciado à Vale e à BHP, vulnerando a garantia de responsabilização solidária, da mesma forma como desonerou o Poder Público dessa mesma responsabilidade solidária pelo pagamento do dano, além da utilização de uma interposta pessoa, a Fundação Renova; (viii) insuficiência dos programas socioeconômicos e socioambientais, (ix) inconstitucionalidade do Comitê Interfederativo;

(x) cláusulas nulas e falta de efetividade das cominações; (xi) indevida transação sobre o dano extrapatrimonial coletivo; e (xii) omissões e contradições entre o conteúdo das notas taquigráficas e da ata de audiência de conciliação.

Ao mesmo tempo, o MPF formulou pedido de reclamação ao STJ, autuada sob número 31.935. A ministra Diva Malerbi – desembargadora convocada do TRF/3ª Região – considerou que o acordo homologado pelo Sistema de Conciliação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região afrontou decisão do STJ no Conflito de Competência 144.922/MG, que determinou a competência do Juízo Federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG para processar e julgar os processos que envolvem a empresa Samarco no caso do rompimento da barragem de Mariana, MG. Essa Reclamação, ao final, foi julgada prejudicada em razão de acórdão do TRF-1ª Região ter anulando o acordo. Parte inferior do formulário

Posteriormente, o Ministério Público Federal ingressou com a ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800, uma vez que persistia o ajuste homologado pela 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG. Alguns aspectos dessa ação merecem registro. Primeiro, a imputação de responsabilidade indireta à União, aos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, bem como aos respectivos órgãos especializados, tanto na sua concepção retrospectiva – dever legal de evitar a ocorrência de danos ambientais – como na versão perspectiva – obrigação de adotar todas as medidas necessárias à mitigação, recuperação e compensação do dano ambiental. Segundo, a impugnação do acordo, em face de: (i) “ausência de participação efetiva dos atingidos nas negociações, violando a lógica do devido processo legal coletivo”; (ii) “limitação de aportes de recursos por parte das empresas para a adoção de medidas reparatórias e compensatórias”; (iii) concessão injustificada de “tratamento beneficiado à VALE e à BHP, vulnerando a garantia de responsabilização solidária”; (iv) desconsideração da “responsabilidade solidária do Poder Público para a

reparação do dano”; e (v) ausência de “mecanismos jurídicos capazes de garantir a efetividade do cumprimento das obrigações assumidas pelas empresas, o que transformou o ajustamento em algo próximo de uma carta de boas intenções”. Terceiro, a compreensão de que o ajustamento, em seus pontos positivos, serve de garantia mínima da adoção de todas as medidas necessárias para reparar, mitigar, compensar e indenizar os danos decorrentes do desastre ambiental, não podendo ser considerado mecanismo de transação exaustivo em relação ao evento e seus efeitos, e tampouco prejudicar a iniciativa de outros interessados e co-legitimados coletivos. Quarto, a impugnação à sistemática de elaboração, gestão e financiamento dos programas e projetos socioeconômicos e socioambientais, especialmente no ponto em que se prevê que os próprios réus da ação realizem o diagnóstico dos danos, proponham os programas e os projetos e validem a adequação e suficiência dos mesmos, sem o respaldo técnico de perícia independente. Quinto, a afirmação de que o Programa de Negociação Coordenada das empresas rés com os atingidos deve assegurar “a informação necessária e a paridade de armas, sobretudo àqueles em situação de vulnerabilidade”, sendo necessária a submissão dos “parâmetros materiais e procedimentais da negociação à prévia aprovação desse Juízo, ouvido o Ministério Público”.

Em 18 de janeiro de 2017, Ministério Público Federal, Samarco, Vale e BHP firmam Termo de Ajustamento Preliminar – TAP²⁰⁷, por meio do qual as empresas passam a contratar e custear organizações que irão prestar assessorias técnicas para o MPF, assim especificadas: LACTEC, para o diagnóstico socioambiental; INTEGRATIO, para o diagnóstico socioeconômico e assistência aos atingidos; RAMBOLL, para a avaliação e monitoramento dos Programas de Reparação Socioambiental e Socioeconômica; e BANCO MUNDIAL, ou outra entidade definida pelas partes, para coordenação dos trabalhos e consultoria ao MPF.

Posteriormente, em 17 de novembro de 2017, o Ministério Público Federal e o Ministério Público de Minas Gerais assinam, com as empresas rés, Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar²⁰⁸, com o propósito de assegurar, em toda a bacia do Rio Doce, o direito a assessorias técnicas independentes, escolhidas pelas populações atingidas em diversos territórios, com condução do processo pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos, que realizará a coordenação metodológica das assessorias que forem contratadas pelas empresas. Nesse Termo, também está prevista a contratação da Fundação Getúlio Vargas, para a elaboração de diagnóstico abrangente dos danos socioeconômicos na bacia do Rio Doce, bem como assegurada a realização de consulta prévia, livre e informada para a reparação dos danos sofridos por povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais atingidos pelo desastre. Os “considerandos” do ajuste merecem transcrição:

CONSIDERANDO

(...)

- 4) A necessidade de adequar as atividades relacionadas ao Eixo Socioeconômico em substituição aos termos do **TAP**, no tocante às contratações referentes (i) ao diagnóstico dos impactos socioeconômicos, e (ii) à assessoria técnica aos atingidos e apoio à realização de audiências públicas e consultas prévias, a serem realizadas pelos órgãos públicos, aos povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais;
- 5) A necessidade de se viabilizar assessoria técnica aos atingidos, a ser desempenhada por entidades técnicas idôneas, capacitadas, com expertise prática reconhecida no meio em que atuam, com atuação

independente e baseada na confiança da comunidade a ser atendida;

6) A concepção contemporânea de Direitos Humanos, que abrange os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, como a noção que rege, inspira e orienta este **Aditivo** e todos os projetos, ações e atividades dele decorrentes;

7) O respeito à centralidade das pessoas atingidas como eixo norteador de todas as atividades e medidas adotadas;

8) O teor, os conceitos e as recomendações constantes do Relatório sobre Violações de Direitos dos Atingidos por Barragens, propugnados pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, aprovados pelo então Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Comissão Especial “Atingidos por Barragens” – Resoluções n.s 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07 Brasília/DF, no que for pertinente;

9) A necessidade de fomentar a contínua e progressiva transparência, comunicação e devida fundamentação das intenções das partes para que se possa alcançar a autocomposição dos litígios mencionados mediante a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta Final (“**TACF**”).

(...)

Mais adiante, em 26/6/2018, é firmado o TAC Governança²⁰⁹, assinado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público de Minas Gerais, Ministério Público do Espírito Santo, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais, Defensoria Pública do Espírito Santo, a União Federal, os estados de Minas Gerais e Espírito

Santo, bem como os respectivos órgãos temáticos, Samarco, Vale, BHP e Fundação Renova, onde se acorda a criação de novas estruturas para garantir a efetiva participação dos atingidos nas decisões referentes à reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem do Fundão.

Com esses acordos, as partes pleiteiam e o juiz defere a suspensão da chamada “ACP dos R\$ 155 bilhões” (ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800).

Na audiência judicial realizada em 19 de setembro de 2019, o juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte homologou a escolha das assessorias técnicas pelas comunidades atingidas pelo desastre e autorizou a imediata contratação das entidades pela Fundação Renova. Em 4/3/2020, as instituições do sistema de Justiça requerem àquele juízo que determine às empresas Samarco, Vale e BHP a adoção de todos os atos necessários para a formalização das contratações das entidades escolhidas pelas comunidades atingidas para lhes prestar assessoria técnica independente²¹⁰.

Em 30/3/2021, as instituições do sistema de Justiça signatárias dos termos de ajuste acima referidos ingressam com arguição de suspeição em face do Juiz Federal substituto da 12ª Vara Federal Cível e Agrária de Belo Horizonte, basicamente pelos argumentos a seguir sintetizados, naquilo que interessam à presente análise. Na ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400, o juiz arguido elegeu doze “eixos prioritários”, por ele conduzidos – e não pelas instâncias criadas nos acordos originais – formando autos específicos. O Eixo Prioritário nº 07 (autos nº 1000415-46.2020.4.01.3800) foi criado para dirimir controvérsias acerca do tema “Cadastro e Indenizações”, mas não contou com um único despacho até o momento da arguição. Em paralelo a esse Eixo, surgiu um sistema indenizatório, cuja iniciativa os arguentes atribuíam ao juiz federal da 12ª Vara de Belo Horizonte, em conjunto com a Fundação Renova. A Renova teria produzido estudos a

partir de outros desastres existentes no mundo e trouxe a “Teoria do Rough Justice” (traduzida como “justiça possível”), que resultou na matriz de danos adotada por aquele juízo. A partir daí, as decisões a respeito de pleitos indenizatórios só alcançaram as pessoas que aderiram a esse sistema simplificado, ignorando aquelas que pretendiam apresentar a sua própria matriz de danos ou alguma outra resultado de construção coletiva. Os arguentes também questionam a justeza do procedimento, na medida em que não se fundamenta em laudos, pareceres, estudos e dados pertinentes às indenizações. Ao contrário, são valores hipotéticos, consideravelmente inferiores para fins de quitação integral e imediata. E apontam a privatização do processo coletivo, uma vez que o sistema simplificado não prescinde da contratação de advogados pelos atingidos e resulta em ganhos de honorários multimilionários.

O arguido, em suas razões, defende o “sistema indenizatório simplificado implementado no caso Samarco”, por ser uma construção teórica e prática que parte da premissa de que o Judiciário “não tem condições de tratar, de forma célere e isonômica, milhares de casos individuais decorrentes de **indenizações em massa**” (destaque no original). E prossegue:

Trata-se de um sistema totalmente digital, moderno, acessível por meio de plataforma online (via web), permitindo que **categorias informais** (carroceiros, ambulantes, camelôs, pescadores artesanais, faiscadores, garimpeiros artesanais, artesãos, areeiros, lavadeiras, etc), desprovidas de provas materiais dos danos alegados, a partir das flexibilizações empreendidas, possam acessar o sistema e obter a justa indenização.

Trata-se de um sistema dinâmico, flexível, que vai

sendo aperfeiçoado de acordo com as características de cada território.

[...]

O fato de se destinar apenas para pessoas maiores e capazes, versando sobre direitos patrimoniais individuais e disponíveis, garante às mesmas a gestão privada de seus interesses jurídicos, já que **não dependem** de autorização (ou consentimento) de qualquer instituição. Pessoas maiores e capazes **não estão** sujeitas a *regime tutelar ou curatela* dos órgãos do Estado quanto aos seus direitos patrimoniais, individuais e disponíveis.

O fato de se exigir a presença obrigatória de advogado/defensor público em todas as fases do sistema, escolhido pela própria vítima, garante que a mesma terá orientação jurídica adequada e independente, sem qualquer interferência das mineradoras. (destaques no original).

O propósito aqui não é analisar a suspeição do magistrado – que, inclusive, foi negada pela Desembargadora Federal relatora da respectiva arguição, com recurso de agravo interno apresentado pelos arguentes²¹¹ – mas como se comporta o Poder Judiciário em face do processo de reparação de um desastre com as dimensões verificadas pelo rompimento da barragem do Fundão.

3. DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou os “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” elaborados pelo Professor John

Ruggie. São 31 princípios orientados em torno de três eixos: “proteger” (obrigação dos Estados nacionais de proteger os direitos humanos), “respeitar” (a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos) e “reparar” (a existência de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento desses direitos pelas empresas).

Sob o título “Acesso a Mecanismos de Reparação”, o princípio fundamental, inscrito no princípio 25, é do seguinte teor: “[c]omo parte de seu dever de proteção contra violações de direitos humanos relacionadas com atividades empresariais, os Estados devem tomar medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas, legislativas ou de outro meios que correspondam, que quando se produzam esse tipo de abusos em seu território e/ou jurisdição os afetados possam acessar mecanismos de reparação eficazes”.

O princípio 26, por sua vez, estipula:

Os Estados devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a eficácia dos mecanismos judiciais nacionais quando abordem as violações de direitos humanos relacionadas com empresas, especialmente considerando a forma de limitar os obstáculos jurídicos, práticos e de outras naturezas que possam conduzir para uma negação do acesso aos mecanismos de reparação.

Em relação às empresas, o princípio 29 estabelece a necessidade de que estas promovam ou participem de “mecanismos de denúncia eficazes de nível operacional à disposição das pessoas e comunidades que sofram os impactos negativos”. Tais mecanismos, de acordo com o princípio 31, devem ser:

A. Legítimos: suscitar a confiança dos grupos de

interesse aos quais estão destinados e responder pelo correto desenvolvimento dos processos de denúncia;

B. Acessíveis: ser conhecidos por todos os grupos interessados aos quais estão destinados e prestar a devida assistência aos que possam ter especiais dificuldades para acessá-los;

C. Previsíveis: dispor de um procedimento claro e conhecido, com um prazo indicativo de cada etapa, e esclarecer os possíveis processos e resultados disponíveis, assim como os meios para supervisionar a implementação;

D. Equitativos: assegurar que as vítimas tenham um acesso razoável às fontes de informação, ao assessoramento e aos conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito;

E. Transparentes: manter informadas as partes num processo de denúncia de sua evolução, e oferecer suficiente informação sobre o desempenho do mecanismo, com vistas a fomentar a confiança em sua eficácia e salvaguardar o interesse público que esteja em jogo;

F. Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as reparações sejam conforme aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos;

G. Uma fonte de aprendizagem contínua: adotar as medidas pertinentes para identificar experiências a fim de melhorar o mecanismo e prevenir denúncias e danos no futuro;

Os mecanismos de nível operacional também deveriam:

H. Basear-se na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados, para os quais esses mecanismos estão destinados, sobre sua concepção e seu desempenho, com especial atenção ao diálogo como meio para abordar e resolver as denúncias.

Se a observância de tais parâmetros é necessária no âmbito extrajudicial, com mais razão ainda o é dentro do Judiciário, cuja principal responsabilidade é assegurar a simetria das partes. Para tanto, é fundamental que as vítimas tenham acesso razoável às fontes de informação e que a elas sejam assegurados assessoramento e acesso a conhecimentos especializados. Apenas sob essas condições é possível iniciar um procedimento ético de negociação, com respeito aos direitos humanos, e que depois funcione de maneira pedagógica para todos os envolvidos.

Muito se fala a respeito do caráter não vinculante desses princípios, uma vez que seriam meras orientações. Há aqui enorme incompreensão sobre o direito universal dos direitos humanos. Primeiro, porque, se são universais, é inconcebível a existência de um setor ou segmento da sociedade, seja local ou mundial, imune à sua observância. Segundo, porque os “Princípios Orientadores” não inauguram uma nova “dimensão” ou “geração” de direitos humanos, mas simplesmente organizam, a partir da temática específica das empresas, uma série de direitos já consagrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Terceiro, porque a responsabilidade acionada nos âmbitos regionais e internacionais de direitos humanos é dos Estados nacionais. E o Brasil, nos termos da sua Constituição de 1988, rege-se, tanto na ordem interna como em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em várias observações gerais²¹², tem consignado que mesmo que apenas os Estados sejam parte no Pacto, as empresas, os sindicatos e todos os membros da sociedade têm responsabilidades para fazer efetivos os direitos nele previstos.

Ainda no âmbito internacional, várias relatorias de direitos humanos fizeram observações sobre a existência de obrigações que vinculam as empresas e outros atores econômicos aos direitos humanos. O Relator Especial das Nações Unidas sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes ressaltou que “para que a proibição absoluta e irrevogável da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes se faça realidade na prática, se deve prever também a proteção contra as vulnerações por parte de agentes não-estatais²¹³. O Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e associação exortou expressamente as empresas para que “cumpram suas obrigações de respeitar os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, o que inclui respeitar dos direitos de todos os trabalhadores a formar e a filiar-se a sindicatos e associações laborais e participar em negociações coletivas e outras ações coletivas, incluindo o direito à greve”²¹⁴. O Relator Especial sobre a situação dos defensores de direitos humanos também se manifestou claramente: “seja por um vínculo direto ou indireto, todas as empresas têm a responsabilidade de assegurar que os defensores possam fazer frente aos impactos de suas operações em direitos humanos de maneira eficaz e segura”²¹⁵. A Relatora Especial sobre moradia adequada manifestou a necessidade de se prestar maior atenção às obrigações que as empresas do setor imobiliário e financeiro têm em face ao direito à moradia, uma vez que, em muitos casos, a aquisição de imóveis é usada como produtos financeiros especulativos, aumentando seu valor de mercado e afetando o acesso à moradia, particularmente pelas populações em maior situação de

vulnerabilidade²¹⁶. O Relator Especial sobre as obrigações de direitos humanos relacionadas a um meio ambiente saudável ressaltou que as empresas devem cumprir todas as leis ambientais vigentes, pôr em marcha processos de devida diligência em matéria de direitos humanos, responder sobre o impacto ambiental que provocam e facilitar a reparação dos danos que causem²¹⁷.

Em 2019, a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – REDESCA, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentou o “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”²¹⁸, no qual se consigna que os “Princípios Orientadores” são uma base conceitual dinâmica e evolutiva sobre o tema e coexistem com outros estatutos jurídicos de caráter vinculante. Nesse sentido, o Informe tem “por objeto principal esclarecer o conteúdo das obrigações dos Estados neste âmbito e os efeitos que em nível geral podem produzir sobre as empresas tendo como base central os principais instrumentos interamericanos, em particular a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Convenção Americana ou CADH) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), a jurisprudência interamericana existente sobre a matéria e a inclusão articulada de avanços internacionais a este respeito”. Chama também a atenção para a centralidade do uso da interpretação evolutiva dos direitos humanos como princípio fundamental do direito internacional dos direitos humanos, que tem sido aplicado consistentemente por órgãos de supervisão internacional. Consigna que “é essencial também tomar em conta o conjunto crescente de instrumentos internacionais que guardam relação com a proteção de direitos humanos frente a empresas na medida que permitem dotar de conteúdo as obrigações internacionais dos Estados e influir na proteção das pessoas que se encontram sob sua jurisdição”.

O documento traz inúmeras medidas cautelares onde a CIDH

analisou situações de risco para os direitos humanos em que se alegava envolvimento de empresas. Por exemplo, as medidas cautelares outorgadas a favor da Comunidad de San Mateo de Huanchor en Perú, há mais de 14 anos, onde os solicitantes denunciavam que uma empresa de mineração realizava suas atividades violando os padrões ambientais, especificamente pelos danos à saúde da população em razão do uso de substância altamente tóxicas, como o chumbo, o mercúrio e o arsênico²¹⁹. Mais recentemente, em 2017, foram outorgadas medidas de proteção à comunidade nativa Tres Islas²²⁰ e às comunidades Cuninico e San Pedro²²¹, também no Peru, por conta de atividades de mineração e petróleo, respectivamente. A CIDH também decidiu outorgar medidas de proteção para famílias indígenas na Guatemala, ao serem desalojadas de uma área que seria reclamada por uma empresa²²². No início de 2018, a CIDH ordenou a Honduras que adotasse medidas para mitigar, reduzir e eliminar as fontes de risco consistentes na contaminação do rio Mezapa por uma empresa hidrelétrica, atingindo a população local consumidora. Foi determinado ao país que realizasse os diagnósticos médicos necessários e pertinentes, bem como assegurasse à população identificada o acesso à água potável²²³. Em 23 de abril de 2019, a CIDH outorgou medidas cautelares a favor do “ejido” Emiliano Zapata em Chiapas, México, para proteger os direitos dessa população à vida, integridade pessoal e saúde, por conta de contaminação relacionada a um “lixão” a céu aberto e a um aterro sanitário conduzidos por uma empresa privada²²⁴.

Do mesmo modo, a Corte Interamericana de Derechos Humanos conta com uma jurisprudência sólida sobre o tema. Nesse sentido, a Opinião Consultiva de 2003, solicitada pelo México, onde afirmou que os Estados não podem permitir que os empregadores privados violem direitos de trabalhadores migrantes, nem que a relação contratual vulnere os padrões mínimos internacionais²²⁵. Igualmente, na temática de trabalho escravo, no caso “Trabajadores da Fazenda Verde”,

concernente ao Brasil²²⁶; o caso dos povos indígenas Kaliña y Lokono, a respeito do Suriname, relacionado ao impacto da indústria extrativa²²⁷; o caso “Lagos del Campo”, concernente ao Peru, relacionado à falta de garantias para a liberdade de expressão, associação e direitos trabalhistas de um dirigente dos trabalhadores em um empresa privada²²⁸; e o caso Muelle Flores, relacionado à violação do direito à seguridade social de um idoso por descumprimento de decisões judiciais no marco de processo de privatização de uma empresa estatal no Peru²²⁹.

Provavelmente o julgamento mais recente da Corte IDH envolvendo o tema “direitos humanos e empresas” foi o caso “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil”, em 15 de julho de 2020²³⁰. É interessante a transcrição da ementa do caso, tal como submetido e apreciado pela Corte, pela similaridade com a hipótese presente:

Em 19 de setembro de 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). De acordo com a Comissão Interamericana, o caso se relaciona à explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram e seis sobreviveram, entre elas 22 crianças. A Comissão determinou que o Estado violou: i) os direitos à vida e à integridade pessoal das supostas vítimas e de seus

familiares, uma vez que não cumpriu suas obrigações de inspeção e fiscalização, conforme a legislação interna e o Direito Internacional; ii) os direitos da criança; iii) o direito ao trabalho, pois sabia que na fábrica vinham sendo cometidas graves irregularidades que implicavam alto risco e iminente perigo para a vida e a integridade pessoal dos trabalhadores; iv) o princípio de igualdade e não discriminação, pois a fabricação de fogos de artifício era, no momento dos fatos, a principal e, inclusive, a única opção de trabalho dos habitantes do município, os quais, dada sua situação de pobreza, não tinham outra alternativa senão aceitar um trabalho de alto risco, com baixa remuneração e sem medidas de segurança adequadas; e v) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas.

A Corte afirmou, na ocasião:

115. De acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana, os Estados têm a obrigação erga omnes de respeitar e garantir as normas de proteção e a efetividade dos direitos humanos reconhecidos em seu texto. **Desse modo, a responsabilidade internacional do Estado se fundamenta em ações ou omissões de qualquer de seus órgãos ou**

poderes, independentemente de sua hierarquia, que violem os direitos reconhecidos na Convenção. Por conseguinte, os Estados se comprometem não só a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (obrigação negativa), mas também a adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva). Nesse sentido, a Corte estabeleceu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre. (destaque acrescido).

Significa dizer que os parâmetros de proteção aos direitos humanos, na interface com empresas, alcançam todos os poderes do Estado. E, em relação ao acesso à justiça, a Corte entende que ele “pode ser verificado quando o Estado garante, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares de tomarem todas as medidas necessárias **para conhecer a verdade sobre o ocorrido** e, caso seja pertinente, punir os eventuais responsáveis”. A questão da verdade tem muitas implicações em termos de reparação: de um lado, para as vítimas, o seu direito de saber sobre todas as consequências dos fatos violadores de seus direitos; de outro, para a empresa, o caráter pedagógico para fins de não repetição.

A Corte mais uma vez afirmou que “a reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior” e que há dano de natureza imaterial, que “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições

causados pela violação como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de vida das vítimas”.

Por fim, por ocasião da condenação, a Corte ordenou ao Brasil que, “no prazo de um ano, apresente um relatório sobre a implementação e aplicação de Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos”.

Retornando ao “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, ao estabelecer seus critérios fundamentais, o primeiro é certamente o da centralidade da pessoa e da dignidade humana:

El ámbito de empresas y de derechos humanos debe hacer suya esta centralidad, en tanto la calidad de la dignidad humana representa el eje dinamizador e interpretativo de todo el sistema de protección de los derechos humanos, lo que implica la búsqueda de asegurar que en toda decisión se aplique el principio “pro persona”, en aras de alcanzarse el resultado que mejor proteja al ser humano y menos limite la realización de sus derechos fundamentales.

Um outro critério ressaltado no “Informe” é sobre a importância dos “defensores de direitos humanos” na implementação universal dos direitos humanos, na existência de uma democracia plena e duradoura e na consolidação do estado de direito:

De allí que la CIDH y su REDESCA enfatizan la necesidad de tener en cuenta los estándares relacionados con la protección del derecho a defender los derechos humanos en el ámbito de empresas y

derechos humanos, en particular para identificar los posibles patrones de ataques, agresiones y obstáculos que enfrentan defensoras, defensores, líderes comunitarios, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, población campesina y operadores de justicia por parte de empresas y agentes económicos, como para prevenirlos y en su caso castigarlos. El Estado debe establecer un marco legal claro, que prevea sanciones contra empresas que están involucradas en la criminalización, estigmatización, abusos y violaciones contra quienes defienden los derechos humanos, incluyendo empresas privadas de seguridad y contratistas que actúan en nombre de la empresa involucrada.

Os outros critérios fundamentais são: transparência e acesso à informação, consulta livre, prévia e informada e mecanismos gerais de participação, prevenção e devida diligência e prestação de contas e efetiva reparação.

Partindo da jurisprudência regional e dos “Princípios Orientadores”, o Informe considera a existência de quatro deveres estatais claros para dar cumprimento à obrigação de garantia no contexto das atividades empresariais: (i) dever de regular e adotar disposições de direito interno; (ii) dever de prevenir violações aos direitos humanos no marco de atividades empresariais; (iii) dever de fiscalizar tais atividades; e (iv) dever de investigar, sancionar e assegurar o acesso a reparações integrais para vítimas nesses contextos. Em relação a esse último ponto, e apoiando-se em jurisprudência da Corte IDH, é dever do Estado orientar-se pela determinação da verdade.

O Informe, também com base na jurisprudência da Corte, chama a atenção para o fato de que a desigualdade econômica das partes

litigantes gera uma desigual possibilidade de defesa, razão por que o Estado está obrigado a adotar medidas de compensação de modo a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam a defesa eficaz dos próprios interesses.

Por fim, há ainda um outro documento – ao qual o Brasil não aderiu até a presente data – o “Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe”, o Acordo de Escazú²³¹, que também organiza ideias constantes de tratados e convenções regionais e internacionais relativas à proteção ao meio ambiente e ao combate à desigualdade e à discriminação.

O Brasil, ao menos desde a promulgação das Convenções de Haia, em 1907 (ratificada em 1914) e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção de direitos humanos.

Nesse processo participou ativamente da promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948. E, mais recentemente, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos direitos humanos por força de decisão de sua própria Constituição, que determina que o Estado se regerá em suas relações internacionais com base no princípio da prevalência desses direitos (art. 4º, II). Tal preceito é reforçado pelas normas ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes do §§ 2º a 4º do artigo 5º.

Segundo Peter Häberle²³², na atualidade, são reconhecidas tendências no campo do direito constitucional de vários países ocidentais “que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo

a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional”²³³. Estaria a caminho uma conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo, assim resumidamente apresentado²³⁴:

- Abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização ‘cooperativa’.
- Potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material.
- Solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional).

A Constituição brasileira, como já referido, contém vários dispositivos que apontam no sentido de um Estado cooperativo: a previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º); a equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados com quórum específico (art. 5º, § 3º); a submissão

do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º); relações internacionais determinadas, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, incisos II, VIII e IX, respectivamente).

Isso significa que, a despeito de o Brasil ainda não ter ratificado o Acordo de Escazú, ele é um importante norte hermenêutico em tema de reparação de direitos por conta de desastres ambientais. Convém anotar que esse acordo é derivado da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável sediada no Brasil, no Rio de Janeiro (Rio+20), cuja Declaração Final, em seu princípio 10, consagra a participação social como um dos pilares da justiça ambiental. Em seu artigo 8, ao tratar do “acesso à justiça em questões ambientais”, o Acordo de Escazú assim disciplina:

3. Para garantir o direito de acesso à justiça em questões ambientais, cada Parte, considerando suas circunstâncias, contará com:

- a. órgãos estatais competentes com acesso a conhecimentos especializados em matéria ambiental;
- b. procedimentos efetivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciais e sem custos proibitivos;
- c. legitimação ativa ampla em defesa do meio ambiente, em conformidade com a legislação nacional;
- d. a possibilidade de dispor medidas cautelares e provisórias para, entre outros fins, prevenir, fazer cessar, mitigar ou recompor danos ao meio

ambiente;

- e. medidas para facilitar a produção da prova do dano ambiental, conforme o caso e se for aplicável, como a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova;
- f. mecanismos de execução e de cumprimento oportunos das decisões judiciais e administrativas correspondentes; e
- g. mecanismos de reparação, conforme o caso, tais como a restituição ao estado anterior ao dano, a restauração, a compensação ou a imposição de uma sanção econômica, a satisfação, as garantias de não repetição, a atenção às pessoas afetadas e os instrumentos financeiros para apoiar a reparação.

4. Para facilitar o acesso do público à justiça em questões ambientais, cada Parte estabelecerá:

- a. medidas para reduzir ou eliminar as barreiras ao exercício do direito de acesso à justiça;
- b. meios de divulgação do direito de acesso à justiça e os procedimentos para torná-lo efetivo;
- c. mecanismos de sistematização e difusão das decisões judiciais e administrativas correspondentes; e
- d. o uso da interpretação ou tradução de idiomas distintos dos oficiais quando for necessário para o exercício desse direito.

5. Para tornar efetivo o direito de acesso à justiça, cada Parte atenderá as necessidades das pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade

mediante o estabelecimento de mecanismos de apoio, inclusive assistência técnica e jurídica gratuita, conforme o caso.

Também aqui, a centralidade dos atingidos, a paridade de armas, a transparência e a informação são princípios estruturantes para apuração da responsabilidade e do seu conteúdo no tema de danos socioambientais.

4. OS “ATINGIDOS POR BARRAGENS” E O RELATÓRIO DO ANTIGO CDDPH – CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA²³⁵

Esse relatório foi produzido a partir da análise de inúmeras denúncias sobre violação de direitos humanos no planejamento, licenciamento, implantação e operação de barragens. Apesar de não tratar especificamente das medidas decorrentes dos danos provocados pelo rompimento dessas barragens, permite inferir que o desastre já se dá em territórios fortemente impactados pela própria implantação e operação do empreendimento. Dentre os principais problemas identificados no relatório, estão:

Falta de informação

- a. O acesso à informação qualificada é fundamental para a garantia do direito à participação democrática. Isso não obstante, conforme igualmente observado pela Comissão, são muitas as razões que acabam impedindo que as informações pertinentes cheguem, de fato, aos principais interessados. Entre outras, pode-se

mencionar:

- b. omissão ou recusa de fornecer aos interessados informações relevantes, como, por exemplo, resultados de levantamentos cadastrais ou, até mesmo, a lista de famílias e/ou propriedades consideradas pela empresa como atingidas, assim consideradas pelas empresas;
- c. falta de assessoria jurídica;
- d. uso de linguagem inacessível ao público de não especialistas;
- e. fornecimento de informações contraditórias ou, mesmo, falsas;
- f. precariedade e insuficiência dos estudos ambientais, além da falta de oportunidade efetiva para participação, como a não-ocorrência de audiências públicas ou realização de audiências e outros fóruns cujo formato não favorece a participação popular efetiva;

(...)

Omissão das especificidades socioeconômicas e culturais das populações atingidas

As deficiências dos estudos ambientais têm sido reiteradamente assinaladas na literatura científica e em relatórios de órgãos governamentais e agências multilaterais. Os estudos desconhecem, omitem, ou mesmo sonegam informações relevantes sobre os processos sociais complexos que são afetados pelo planejamento, implantação e operação de barragens. A realidade complexa das populações atingidas é simplificada, assim

como suas relações com as bases físicas e bióticas que constituem seu meio ambiente.

A ignorância acerca dos meios e modos de vida, associada à ausência ou inconsistência da participação popular, acaba por produzir, e mesmo legitimar, sob a aura de um discurso “técnico”, procedimentos que não reconhecem nem reparam adequadamente as perdas impostas, e, em alguns casos, acarretam a degradação das condições de vida.

(...)

Nem mesmo o Judiciário, a quem caberia, em última instância, garantir o respeito à legislação e preservar os direitos humanos, tem operado de maneira eficaz. O recurso ao Judiciário para fazer valer estes direitos, ao contrário e paradoxalmente, quase sempre termina em frustração. Enquanto empresas engajadas na construção e operação de barragens podem contar com advogados bem pagos, enquanto o Estado pode mobilizar estruturas jurídicas próprias e goza de tratamento judicial privilegiado, os atingidos raramente conseguem apoio ou assessoria jurídica adequada. Como se isso não bastasse, defrontam-se com o costumeiro distanciamento de juízes e tribunais das situações concretas da realidade social. A rapidez na cassação de liminares favoráveis a atingidos e na concessão de interditos proibitórios em favor das empresas tem como contraface a lentidão e os artifícios protelatórios quando são questionadas ações das empresas – de que são prova reiterada

os processos em que se questiona valores de indenizações, para citar um exemplo.

O relatório também incorpora estudo produzido pela Comissão Mundial de Barragens, de 2020, a partir de uma amostra de 150 barragens construídas em todo o mundo, que constata:

A aceitação pública de decisões fundamentais é essencial para o desenvolvimento equitativo e sustentável de recursos hídricos e energéticos. A aceitação surge quando os direitos são reconhecidos, os riscos são admitidos e estipulados, e as prerrogativas de todas as populações afetadas são salvaguardadas – particularmente as dos povos indígenas e tribais, das mulheres e de outros grupos vulneráveis. Processos e mecanismos decisórios específicos que permitam a participação esclarecida de todos os grupos de pessoas devem ser adotados, resultando na aceitação demonstrável das principais decisões. Quando os projetos afetarem povos indígenas e tribais, tais processos deverão ser guiados pelo consentimento livre, prévio e esclarecido dessas populações.

(...)

Reconhecer os direitos e avaliar os riscos constituem a base para se identificar e incluir todas as partes envolvidas na tomada de decisões sobre o desenvolvimento de recursos hídricos e energéticos.

Todas as partes envolvidas – particularmente povos indígenas e tribais, mulheres e outros grupos vulneráveis – devem ter livre acesso a informações e

contar com apoio jurídico para que possam ter uma participação esclarecida nos processos decisórios.

A aceitação pública demonstrável de todas as principais decisões é obtida através de acordos negociados em processos abertos e transparentes, conduzidos em boa-fé e com a participação esclarecida de todas as partes envolvidas.

Sobre os mecanismos de reparação, há importantes considerações levadas a efeito pelo relatório e que merecem ser aqui reproduzidas:

A literatura e os agentes sociais envolvidos com a problemática têm reconhecido que uma das principais mudanças sociais introduzidas pela barragem está no deslocamento compulsório e nos processos sociais, econômicos, políticos e culturais associados. Por outro lado, a reparação – reposição, indenização ou compensação – dos efeitos negativos destas mudanças constituem, até hoje, o principal desafio. Mesmo nos exemplos de maior sucesso, entre os quais, no Brasil, se poderia citar a UHE Salto Caxias, a ruptura de trajetórias de vida e de laços sociais tecidos ao longo de décadas, o stress social e perdas culturais e simbólicas impõem custos enormes aos deslocados.

Na maioria dos casos, entretanto, as perdas são ainda mais importantes. A literatura acadêmica e técnica, assim como os casos estudados por esta Comissão Especial, apontam para a degradação generalizada das condições materiais e imateriais da vida social, familiar e individual.

O consultor sênior do Banco Mundial, Michael Cernea, registra a tendência de empobrecimento da população deslocada:

“A acumulação de dados empíricos nos autoriza a identificar regularidades básicas em uma infinidade de processos similares e comparáveis. No deslocamento forçado, a regra dominante é o empobrecimento da maioria dos reassentados” (Cernea, 2004).

Detalhando os componentes deste processo de empobrecimento, o mesmo autor alinha: “falta de terra, desemprego, falta de teto, marginalização, morbidade e mortalidade crescentes, insegurança alimentar, perda de acesso a recursos de uso comum, desarticulação social (comunitária)” (Cernea, 2004).

(...)

Ainda que, em vários casos, os reassentamentos demonstrem desempenho insuficiente, o que se verifica é que a aplicação de políticas estritamente indenizatórias tende a levar a processos de empobrecimento e marginalização ainda mais acentuados. O reassentamento, e o reassentamento coletivo em particular, parecem ter-se comprovado, ao longo do tempo, como o caminho mais propício a uma adequada reposição e melhoria das condições de vida de populações rurais – como se comprova em Salto Caxias e Itá, para citar dois exemplos brasileiros.

(...)

Do ponto de vista da empresa, a própria lógica empresarial a empurra a buscar uma solução de suas obrigações, inclusive as sociais e ambientais, da forma mais barata e rápida possível. Desta lógica decorrem, quase sempre, estratégias que buscam resolver todos

os problemas através de indenizações que, uma vez concedidas e aceitas, dariam uma espécie de quitação social e ambiental à empresa. Ocorre que os efeitos das mudanças sociais deflagradas pelo planejamento, licenciamento, construção e operação da barragem são profundos e irreversíveis.

Indenizações muito raramente permitem aos atingidos – populações, grupos sociais, comunidades, famílias ou indivíduos – recomporem suas vidas. Assim, por exemplo, uma indenização a pescadores pela diminuição do potencial pesqueiro a jusante da barragem não recompõe nem substitui o meio de subsistência antes existente; em consequência, após consumirem, literalmente, suas indenizações, estes atingidos se vêm atirados à miséria e marginalização.

Assim, também, para continuar ilustrando as limitações e equívocos das práticas meramente indenizatórias, grupos de agricultores podem ver os custos de transporte de sua produção acrescidos em virtude da inundação de caminhos e estradas, ou pelo alongamento dos trajetos nas novas vias construídas que restituem, sem recompor exatamente, a malha viária preexistente, ou obrigando a substituir o transporte aquaviário, mais barato, pelo transporte rodoviário, mais caro.

A superação das lógicas e práticas estritamente indenizatórias supõe o entendimento da complexidade dos processos de deslocamento (físico ou não) involuntários. Se, de um lado, é impossível, como pretendem alguns, inclusive entre organizações de defesa dos direitos humanos e movimentos de atingidos, “repor plenamente as condições

preexistentes ao projeto”, é possível, e necessário, recompor os meios e modos de vida, de modo a assegurar o bem-estar e a possibilidade de um desenvolvimento humano integral.

As conseqüências das lógicas e práticas estritamente indenizatórias podem ser ainda mais dramáticas quando se trata de povos indígenas e comunidades tradicionais. Em alguns casos, inclusive, os modos de vida e culturas lidam de maneira apenas subsidiária com práticas mercantis e valores monetários e a valoração econômica funciona, ela mesma, como violência cultural.

Reparar, nestas condições, significa criar as condições objetivas e subjetivas, materiais e imateriais, econômico-financeiras e institucionais, políticas e culturais para que indivíduos, famílias e comunidades submetidas, a sua revelia, ao imperativo de recomeçar a vida em condições novas e frequentemente desconhecidas, tenham acesso a meios que assegurem pelo menos níveis equivalentes de bem-estar e, preferencialmente, meios de alcançar a melhoria contínua das condições de vida. Assim, há que considerar reparações materiais e morais, que devem envolver reposição, restituição ou recomposição de bens, situações e condições preexistentes, ressarcimentos e indenizações de natureza pecuniária, bem como compensações materiais e imateriais.

As reparações, mesmo quando fundadas no princípio acima enunciado, devem reconhecer a diversidade de situações, experiências, vocações e preferências, culturas e especificidades de grupos, comunidades, famílias e indivíduos, admitindo, sempre, em todas as

circunstâncias, leques de opções. Por outro lado, é necessário que a política de reparações, assim como as opções que ela deverá contemplar, seja discutida, negociada e aprovada pelos atingidos e suas representações.

A experiência recolhida por esta Comissão Especial apontou a necessidade de conceber, formular e implementar políticas de reparação específicas para grupos, famílias e indivíduos mais vulneráveis. Assim, por exemplo, mulheres chefes de família, idosos, crianças e adolescentes, doentes crônicos, portadores de deficiências físicas exigem atenções e medidas particulares.

Há que considerar, ainda, a regularidade com que ocorrem situações em que determinadas perdas não podem ser valoradas monetariamente e, nem mesmo, mensuradas. Não há como avaliar monetariamente a ruptura de laços sociais, alguns deles tecidos secularmente; não há como medir o significado da inundação de lugares de culto, a decomposição de alguns circuitos econômicos ou a perda de modos de produção tradicionais. De maneira recorrente, estas perdas são intangíveis, imateriais, para as quais são impossíveis quantificações e valorações monetárias. Nestes casos, impõe-se a necessidade de negociar as formas de compensar as perdas.

Com o entendimento de que a situação preexistente não será reconstituída e que práticas indenizatórias são insuficientes para reparar as perdas e propiciar a melhoria progressiva das condições de vida, cresce a convicção de que, mais além de medidas pontuais, os desafios sociais postos pelas mudanças deflagradas

pelo empreendimento somente serão adequadamente enfrentados através de planos abrangentes de desenvolvimento econômico e social. Nesta direção, o Conselho de Presidentes das empresas do Grupo Eletrobrás aprovou Política e Diretrizes de Cidadania e Responsabilidade Social Empresarial que contemplam a elaboração, financiamento e implementação de um Programa de Desenvolvimento Econômico e Social das Comunidades Atingidas por Empreendimentos Elétricos.

Ao final, o relatório, no capítulo referente ao acesso à justiça, à vista da constatação de que “as realidades e processos econômicos, sociais e ambientais associados ao planejamento, construção e operação de barragens são complexos, envolvendo múltiplas dimensões relacionadas a direitos humanos, que convocam conhecimentos e especialidades dos mais variados campos disciplinares”, recomenda, dentre outros pontos:

2. que o Ministério Público e a Defensoria Pública desenvolvam, desde o início dos processos de licenciamento, atuação voltada a assegurar sua presença e assistência junto às comunidades, famílias e indivíduos potencialmente atingidas;
3. que o Poder Judiciário e órgãos públicos que desempenham funções essenciais à justiça promovam a qualificação de seus agentes na área de direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, bem como sobre impactos de barragens.

Com esses pressupostos de fato e de direito, é possível agora se analisar, a título de conclusão, a adequação do comportamento da Justiça brasileira, mais especificamente do juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, no processo de reparação decorrente do rompimento da barragem do Fundão.

5. CONCLUSÃO

Como amplamente tratado nos itens anteriores, os princípios nucleares relativos às atividades empresariais, notadamente no contexto de responsabilização por danos socioambientais, são a centralidade dos atingidos, a paridade de armas, a transparência e a informação, de modo a se chegar à verdade dos fatos ocorridos e à possibilidade a mais ampla possível de se restaurar a situação anterior ao dano.

Um desastre com as proporções do rompimento da barragem do Fundão tem um impacto absurdo nos direitos humanos das populações atingidas: relações econômicas se interrompem; fontes de renda se esgotam; relações de amizade, compadrio e vizinhança são afetadas pelos deslocamentos inevitáveis; a estigmatização por conta da paralisação da atividade minerária, quase que o único eixo econômico de municípios e povoados alcançados pelo desastre; saúde, educação, moradia, enfim, todos os alicerces das vidas individuais e coletivas ficam momentaneamente suspensos. A sensação geral é de desorientação, porque o local onde se travam as relações vitais mais fundamentais é também o espaço dos acordos morais, sobre o bem e o mal, a justiça e a injustiça, o belo e feio, etc. Ou seja, a nossa identidade é relacional e fortemente ancorada em uma certa espacialidade. Charles Taylor²³⁶ assim explica:

O que isso traz à luz é a ligação essencial entre a

identidade e uma espécie de orientação. Saber que se é equivale a estar orientado no espaço moral, um espaço em que surgem questões acerca do que é bom ou ruim, do que vale e do que não vale a pena fazer, do que tem sentido e importância para o indivíduo e do que é trivial e secundário. Sinto-me tentado a usar aqui uma metáfora espacial... Há sinais de que o vínculo com a orientação espacial reside em camadas muito profundas da psique humana. Em alguns casos muito extremos das chamadas ‘desordens de personalidade narcisista’, que tomam a forma de uma incerteza radical da pessoa com relação a si mesma e sobre o que tem valor para ela, os pacientes tanto revelam indícios de desorientação espacial como momentos de crise aguda. A desorientação e a incerteza quanto à posição em que se está como pessoa parecem desembocar numa perda de controle da própria posição no espaço físico.

(...)

Minha autodefinição é entendida como resposta à pergunta “Quem sou eu?”. E essa pergunta encontra seu sentido original no intercâmbio de falantes. Defino quem sou ao definir a posição a partir da qual falo na árvore genealógica, no espaço social, na geografia das posições e funções sociais, em minhas relações íntimas com aqueles que amo e, de modo também crucial, no espaço da orientação moral e espiritual dentro do qual são vividas minhas relações definitórias mais importantes.

A reparação, nessas situações, vai requerer necessariamente a

inteligibilidade desses processos sociais. E a não reparação está nas respostas simples e rápidas, de maneira geral ao gosto das empresas, como reportado no relatório do CDDPH.

A tentativa dos entes públicos e das empresas envolvidas de fazer um acerto que estipulasse valor e a quitação da dívida, mediante o TTAC, sem participação alguma dos atingidos, evidencia o quanto o Estado brasileiro ainda se encontra distante dos parâmetros internacionais e regionais que regem esse tema. Daí a importância do Judiciário em assegurar os princípios da centralidade dos atingidos, da paridade de armas, da transparência e da informação. E começou bem.

Diante da ação do MPF, no sentido de que o TTAC fosse considerado apenas o piso da reparação e que as etapas a seguir contassem com a participação informada dos atingidos, a empresa com isso concordou, inclusive quanto ao financiamento das assessorias técnicas independentes. O juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte homologou o novo acordo, bem como as entidades selecionadas para tanto. É preciso ressaltar a importância da metodologia do Fundo Brasil, encarregado de organizar as assessorias técnicas aos atingidos, que tomou como norte a territorialidade.

Mais uma vez, é preciso retornar a essa concepção da identidade como relacional e espacialmente situada. Como observa Geertz²³⁷, “as formas do saber são sempre e inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros”. Ou seja, há muitos mundos e se há pretensão de examinar um destes tem que ser a partir dos que nele habitam e que dele falam. E acrescenta: “o estudo interpretativo da cultura representa um esforço para aceitar a diversidade entre as várias maneiras que seres humanos têm de construir suas vidas no processo de vivê-las”²³⁸.

Geertz também chama a atenção para o fato de que “[a]ssim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local”²³⁹.

Significa que a noção de justiça tem que ser buscada localmente, ou seja, quais são os símbolos ou sistemas de símbolos através dos quais ela é elaborada, comunicada, imposta, compartilhada, modificada e reproduzida.

Por isso, como deixa bastante clara toda a formatação internacional e regional do tema “direitos humanos e empresas”, só haverá possibilidade ética de reparação se os atingidos estiverem no centro da preocupação e em interlocução permanente com o saber técnico, uns colhendo dos outros as bases de sua formulação.

Quando o juiz da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte inaugura o seu “sistema indenizatório simplificado”, é exatamente essa dimensão existencial, a um só tempo individual e coletiva, que lhe escapa.

De toda sorte, indenizar não é reparar, no seu sentido de recuperação da verdade dos fatos e de restituição a mais ampla possível à situação anterior à ocorrência do dano. Cabe aqui reproduzir a observação feita pelo antigo CDDPH:

Indenizações muito raramente permitem aos atingidos – populações, grupos sociais, comunidades, famílias ou indivíduos – recompor suas vidas. Assim, por exemplo, uma indenização a pescadores pela diminuição do potencial pesqueiro a jusante da barragem não recompõe nem substitui o meio de subsistência antes existente; em consequência, após consumirem, literalmente, suas indenizações, estes atingidos se vêm atirados à miséria e marginalização. Assim, também, para continuar ilustrando as limitações e equívocos das práticas meramente indenizatórias, grupos de agricultores podem ver os custos de transporte de sua produção acrescidos em virtude da inundação de caminhos e estradas, ou pelo

alongamento dos trajetos nas novas vias construídas que restituem, sem recompor exatamente, a malha viária preexistente, ou obrigando a substituir o transporte aquaviário, mais barato, pelo transporte rodoviário, mais caro.

Mas há ainda no “sistema indenizatório simplificado” outras implicações bastante perversas. Aquele ou aqueles que o aceitam o fazem sem qualquer acesso à informação a respeito dos danos socioambientais e de alguma medida para o valor a que se chega. Não há estudo prévio algum, seja no meio físico, no meio biótico e no meio antrópico. E o acordo só é possível se o interessado der quitação integral. Além de contrariar todos os parâmetros regionais e internacionais sobre o tema e afrontar os princípios nucleares no tema “direitos humanos e empresas”, muito especificamente a centralidade dos atingidos, a paridade de armas, a transparência e a informação, o “sistema indenizatório simplificado” contraria a própria natureza do desastre. Como ressaltado na ação proposta pelos entes públicos contra as empresas, os danos então identificados eram dinâmicos e estavam em expansão, e a maneira correta de enfrentá-los seria mediante o custeio de programas que abrangessem “a bacia hidrográfica do Rio Doce como unidade de planejamento para as ações de recuperação” e que contemplassem, “da forma mais eficiente possível, a reparação integral dos danos ambientais causados às atuais e futuras gerações e dos danos socioeconômicos ocasionados às populações atingidas”. Para tanto, também deveriam “ser previstos o engajamento e a mobilização da população nas atividades desse programa, visando contribuir com o seu reposicionamento diante da sua relação com o meio ambiente e as suas inter-relações sociais (urbana, campo e estuário)”.

Como houve acordo a respeito desses pontos, o “sistema indenizatório simplificado” realiza uma paridade de armas reversa: é

mais favorável aos causadores do dano do que eles próprios pretendem.

É preciso urgente correção de rumos, sob pena de o Judiciário, ao invés de reparar, ser um agravador do dano provocado, atomizando soluções, gerando disputas e levando pessoas a concordarem com algo sob o receio de nada receberem. O argumento de que estão acordando sujeitos maiores e capazes, sem necessidade de intermediação de quaisquer instituições, salvo advogados em geral particulares, parece desconhecer a situação de vulnerabilidade em que se encontram, já agora pela ação do próprio Judiciário, que não lhes possibilita mecanismos para decisões informadas e consequentes.

Seria uma ilusão imaginar que um desastre nas proporções do rompimento da barragem do Fundão teria uma solução rápida e fácil. A despeito da necessária “duração razoável do processo”, não é possível alcançá-la violando o “princípio do devido processo legal”, em que o juiz está atento para que as partes se posicionem na maior medida da igualdade em relação ao acesso à justiça.

Há, na atualidade, um campo de estudo organizado em torno do conceito “epistemologias da ignorância”²⁴⁰, que analisa, dentre outros aspectos, as estratégias que produzem e perpetuam ignorância como forma de controle dos sujeitos e dos seus imaginários. O Judiciário brasileiro precisa estar atento.

REFERÊNCIAS

BRASIL: 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG. Ação Civil Pública n ° 0069758-61.2015.4.01.3400 e Ação Civil Pública n ° 0023863-07.2016.4.01.3800

BRASIL: CDDPH – Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Relatório sobre os “atingidos por barragens”. <https://mab.org.br/wp-content/uploads/2020/06/RELATO%CC%80RIO-DE-DH->

[Atingidos_relatoriofinalaprovadoemplenario_22_11_10.pdf](#)

BRASIL: CNDH – Conselho Nacional de Direitos Humanos. Relatório sobre o rompimento da barragem do Fundão.
https://www.gov.br/mdh/pt-br/acessoainformacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf

BRASIL: STJ – Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 144.922/MG e Reclamação nº 31.935/MG

BRASIL: TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região –SistCon1e Embargos de Declaração em Agravo nº 002453.41.2016.4.01.0000.

CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe.

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – REDESCA: “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 2019; Medidas Cautelares 2004, Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor (Perú); Resolución 38/17 y Medidas Cautelares 113/16, Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios (Perú), 8 de setembro de 2017; Resolución 52/17 y Medidas Cautelares 52/17, Comunidad de Cuninico y otrs (Perú), 2 de dezembro de 2017; Resolución 3/18 y Medidas Cautelares 860/17, Familias indígenas de la Comunidad Chaab ‘il Ch’och’ (Guatemala), 25 de janeiro de 2018; Resolución 12/18 y Medidas Cautelares 772/17, Pobladores consumidores de agua del río Mezapa (Honduras), 24 de fevereiro de 2018. Resolución 24/2019 y

Medidas Cautelares 1498/18, Marcelino Díaz Sánchez y otros (México), 23 de abril de 2019.

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A nº 18; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C nº 318; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C nº 309; Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C nº 340. Caso Muelle Flores Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C nº 375. Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 15 de julho de 2020, Série C nº 407.

ONU – Organização das Nações Unidas: Grupo de trabalho sobre empresas e direitos humanos, “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” elaborados pelo Professor John Ruggie. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação geral nº 24. UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017; Observação Geral nº 23. UN Doc. E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016; Observação Geral nº 21: UN Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de maio de 2010. Informe do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes: UN Doc. A/HRC/34/54, 14 de fevereiro de 2017, par. 41. Informe do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação: UN Doc. A/71/385, 14 de septiembre de 2016, par. 99. Informe do Relator Especial sobre a situação dos defensores de direitos humanos: UN Doc. A/72/170, 19 de julho de 2017, par. 54. Informe da Relatora Especial sobre moradia adequada: UN Doc. A/HRC/34/51, 18 de janeiro de 2017, par. 62-66.

Informe do Relator Especial sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionados com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável: UN Doc. A/HRC/37/59, 24 de janeiro de 2018, par. 22 e 35.

BIBLIOGRAFIA

GEERTZ, Clifford. “O Saber Local – Novos ensaios em antropologia interpretativa”, 11ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009.

HÄBERLE, Peter. “Estado Constitucional Cooperativo”. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MARTIN ALCOFF, Linda. “Epistemologies of Ignorance”. Shannon Sullivan y Nancy Tuana (eds.), Race and Epistemologies of Ignorance. Albany: State University of New York Press, 2007.

TAYLOR, Charles. “As fontes do Self – A construção da identidade moderna”. São Paulo: Loyola, 1997.

Advogada e subprocuradora-geral da República aposentada.

<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mariana-suspenso-acordo-da-samarco-com-orgaos-publicospara-recuperacao-ambiental>

<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>

[https://www.gov.br/mdh/pt-](https://www.gov.br/mdh/pt-br/acessoainformacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf)

[br/acessoainformacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/acessoainformacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf)

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/onu-resposta-ao-desastre-de-mariana-tem-que-ser-mais-ativa>

[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement)

[OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement)

<https://news.un.org/pt/story/2016/11/1567971-integra-do->

comunicado-de-relatores-de-direitos-humanos-sobre-1-ano-da-tragedia
<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>

<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivoTAP.pdf>

<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca>

<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso-samarco-justica-federal-homologa-escolha-de-assessorias-tecnicas-pelos-atingidos>

Incidente de Suspeição Cível 1017945-292021.4.01.3800

Observação geral nº 24. UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017; Observação Geral nº 23. UN Doc. E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016; Observação Geral nº 21. UN Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de maio de 2010.

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. UN Doc. A/HRC/34/54, 14 de febrero de 2017, párr. 41. Ver también: CIDH. Informe de Fondo N° 33/16. Linda Loayza Lopez Soto y Familiares (Venezuela). 29 de julio de 2016, párr. 220; Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C N° 362, párr. 183-189.

Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. UN Doc. A/71/385, 14 de septiembre de 2016, párr. 99.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos. UN Doc. A/72/170, 19 de julio de 2017, párr. 54.

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada. UN Doc. A/HRC/34/51, 18 de enero de 2017, párrs. 62-66.

Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. UN Doc. A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018, párrs. 22 y 35.

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

CIDH. Medidas Cautelares 2004. Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor (Perú), párr. 49.

CIDH. Resolución 38/17. Medidas Cautelares 113/16, Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios (Perú), 8 de septiembre de 2017.

CIDH. Resolución 52/17. Medidas Cautelares 52/17, Comunidad de Cuninico y otros (Perú), 2 de diciembre de 2017.

CIDH. Resolución 3/18. Medidas Cautelares 860/17. Familias indígenas de la Comunidad Chaab’il Ch’och’ (Guatemala), 25 de enero de 2018.

CIDH. Resolución 12/18. Medidas Cautelares 772/17. Pobladores consumidores de agua del río Mezapa (Honduras), 24 de febrero de 2018.

CIDH. Resolución 24/2019. Medidas Cautelares N° 1498/18. Marcelino Díaz Sánchez y otros (México). 23 de abril de 2019

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N° 318.

Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C N° 309.

Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C N° 340.

Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C N° 375.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf

HÄBERLE, Peter. “Estado Constitucional Cooperativo”. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Id. ib., p. 47.

Id. ib., p. 70-71

https://mab.org.br/wp-content/uploads/2020/06/RELATO%CC%80RIO-DE-DH-Atingidos_relatoriofinalaprovadoemplenario_22_11_10.pdf

TAYLOR, Charles. “As fontes do Self – A construção da identidade moderna”. São Paulo: Loyola, 1997, p. 44/45 e 53/54, respectivamente.

GEERTZ, Clifford. “O Saber Local – Novos ensaios em antropologia interpretativa”, 11ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009, p. 11.

Id, ib., p, 29

Id, ib., p, 249

MARTIN ALCOFF, Linda. “Epistemologies of Ignorance”. Shannon Sullivan y Nancy Tuana (eds.), Race and Epistemologies of Ignorance. Albany: State University of New York Press, 2007, p. 39-57.

SOBRE A IGUALDADE NO DIREITO CIVIL CODIFICADO

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL²⁴¹

ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA²⁴²

1. INTRODUÇÃO

Este texto discute os sentidos e o alcance jurídico do princípio da igualdade no Direito Privado, a partir do processo de codificação da legislação civil concluído na França, em 1804, e sua posterior expansão para países latino-americanos. À primeira vista, essa discussão poderia parecer ociosa ou infrutífera, dado que a igualdade, juntamente com a liberdade e a fraternidade, compõe a tríade de princípios filosóficos que orientaram a Revolução Francesa, da qual o Código Civil é considerado uma das mais importantes produções legislativas.

Essa ligação e proximidade entre os ideais revolucionários e a codificação das leis civis sempre foi ressaltada pelos juscivilistas, mas resultou perturbada pela afirmação de Jean-Étienne-Marie Portalis, membro da Comissão redatora do primeiro Código Civil:

Os homens não nascem iguais, nem em tamanho, nem em força, nem em indústria, nem em talento. Oportunidades e eventos ainda produzem diferença entre eles. Essas desigualdades implicam necessariamente aquelas que são encontradas na sociedade. Portanto, seria errado temer o abuso da riqueza e as diferenças sociais que podem existir entre os homens.” (PORTALIS, 1827, p. 251)²⁴³

A partir dessa assertiva, é possível formular a hipótese de que o Direito Civil codificado na França, que serviu de inspiração e modelo para outros códigos civis, não é o *locus* da igualdade prometida pelos revolucionários liberais, pois não levou em consideração o discurso filosófico sobre a origem da desigualdade entre os homens e sua natureza social, limitando-se a trabalhar com o conceito abstrato de igualdade entre todos os indivíduos, nos termos da lei.

Para desenvolver essa hipótese, este trabalho, em um primeiro momento, analisa os fundamentos políticos e as bases metodológicas do Código Civil francês de 1804, que não enfrentou a questão da igualdade substancial e limitou-se a realizar a sistematização lógico-formal da igualdade abstrata. Em um segundo momento, a reflexão se dirige para o exame da igualdade jurídica, sua ambiguidade e seus desdobramentos, inclusive no processo de codificação das leis civis no Brasil, a partir da segunda metade do século XIX.

A análise desses temas é realizada com base em uma leitura crítica da bibliografia referente à codificação, à teoria do Direito Civil e seus conceitos fixados em textos normativos codificados, com breves referências a decisões judiciais. O texto indica, ainda, questões filosóficas que subjazem à formulação jurídica, embora essas questões não constituam o objeto central da análise.

Em síntese, a exploração do processo de construção conceitual e de produção legislativa do Direito Civil codificado revela as dificuldades do percurso da igualdade e a complexidade de seu trânsito entre o Direito Público e o Direito Privado, marcado pela insuficiência de respostas jurídicas.

2. A IGUALDADE NA OFICINA DOS JURISTAS

Uma chave de leitura possível para examinar o distanciamento entre o Código Civil de 1804 e os escritos que forneceram justificativas

filosóficas à Revolução Francesa pode ser encontrada no fato de que a codificação foi tarefa política dos juristas para superar o direito estamental anterior. Esses juristas, embora fossem leitores e debatessem as ideias igualitárias, estavam profissionalmente envolvidos na resolução de problemas que afetavam, sobretudo, a vida da burguesia francesa. As respostas a esses problemas eram formuladas com base em fragmentos da distante experiência jurídica da última fase do Império Romano, consolidada e mesclada com a doutrina da Igreja de Roma, com princípios do Direito Natural, com os costumes locais e com as práticas dos notários e magistrados franceses (CARBONNIER, 1998, p. 62-63).

Portalís reconhece a complexidade dessas tarefas jurídicas, a profusão e a imprecisão dos materiais a serem utilizados pelos juristas desse período, e vê na codificação um instrumento unificador das múltiplas expressões do direito pré-revolucionário, ao concluir que:

Mas, na ausência de um texto preciso sobre cada assunto, um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou máxima recebida, toma o lugar da lei. Quando não somos guiados por nada que seja estabelecido ou conhecido, quando se trata de fato absolutamente novo, voltamos aos princípios de direito natural. Pois, se a previsão dos legisladores é limitada, a natureza é infinita; aplica-se a qualquer coisa que possa interessar aos homens. (PORTALIS, 2004, p. 18)²⁴⁴

Portanto, para a Comissão de Redação do Código Civil composta por Portalís e outros integrantes destacados da elite de juristas e advogados (*hommes de loi*) (CARBONNIER, 1998, p. 63-64), a

organização política republicana se apresentava como uma novidade e trazia o desafio de acomodar soluções jurídicas adequadas às disputas entre particulares, uma vez que, durante as crises da primeira fase da Revolução Francesa, as leis se destinaram, precipuamente, ao estabelecimento da República e à abolição dos privilégios da nobreza e do clero do Antigo Regime. Nas palavras de Portalis, durante as crises políticas: “Não nos importamos mais com relacionamentos privados de homens entre si: vemos apenas o objeto político e geral; procuramos confederados em vez de concidadãos. Tudo se torna direito público” (PORTALIS, 2004, p. 12)²⁴⁵

Portalis, no “Discurso Preliminar do Primeiro Projeto do Código Civil” dirigido ao então Cônsul da República, Napoleão Bonaparte, em 1801, captou o ambiente político dessa fase revolucionária e trabalhou retoricamente as tensões e os conflitos de interesses entre os setores da burguesia. Nesse período, era evidente que as ideias revolucionárias e o igualitarismo jacobino iniciais estavam cada vez mais distantes dos reclamos e necessidades da burguesia girondina, do projeto político napoleônico centralizador e das respostas às questões jurídicas cotidianas. O Código Civil entra em vigor em 1804 com um perfil nitidamente conservador e, com razão, passa a ser denominado de *Code de Napoléon*.

No Discurso, Portalis, habilmente, não refuta os ideais libertários e igualitários da primeira fase da Revolução, mas apresenta um itinerário do Direito Civil imerso em ideias conservadoras e cristãs e adota um método de construção do texto de acordo com os cânones romanistas organizados seguindo a melhor tradição do racionalismo francês:

A função da lei é fixar, por amplas visões, as máximas princípios gerais de direito: estabelecer princípios com consequências frutíferas, e não entrar em detalhes das

questões que podem surgir em cada assunto. Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuído do espírito geral das leis, orientar sua aplicação. A partir daí, entre todas as nações civilizadas, sempre vemos a formação, ao lado do santuário das leis e sob a supervisão do legislador, de um repositório de máximas, decisões e doutrina que se apura dia a dia pela prática e pelo choque dos debates judiciais, que aumenta incessantemente todo o conhecimento adquirido, é quem tem sido constantemente considerado o verdadeiro complemento da legislação (PORTALIS, 2004, p. 17)²⁴⁶

Portalis também faz inúmeras referências à necessária observância de princípios e máximas do Direito Natural, mas isso não significa que politicamente se alinhe à ideia de uma natureza humana igualitária e livre, que possa fundar uma sociedade com base na proposta hobbesiana de contrato social. Sobre esse afastamento entre pensamento jurídico de Portalis e as concepções dos autores da filosofia política contratualista e iluminista, observa Jean-François Niort:

(...) contrariamente à Hobbes e Rousseau, Portalis refuta o igualitarismo, 'contrário à natureza, que não conserva as suas obras a não ser por desigualdades sabiamente graduadas'. Portalis vai até o ponto de defender a versão inversa a de Hobbes e, como os revolucionários moderados, os liberais e conservadores do século XIX, ele aceita a igualdade civil, rejeita como eles a igualdade política e a igualdade socioeconômica, porque nesses domínios a

desigualdade é a garantia da ordem social. (RIALS-ALLAND, 2005, p. 108)²⁴⁷

Ao aprofundar o exame da desigualdade socioeconômica na sociedade capitalista, em uma perspectiva teórica marxista, Manitakis refere-se às considerações de Engels e Lênin nos seguintes termos:

Para os clássicos do marxismo, (ver por exemplo, Engels, *Anti-Dühring*, Ed. *Sociales* página 125 etc): ‘A eliminação de todas as desigualdades sociais e políticas é uma fórmula vazia, porque sempre haverá diferenças ou desigualdades nas condições de existência de homens’. Afirmar que todos os homens são iguais entre si, acrescenta Lênin, é a frase mais vazia e a invenção tola do intelectual que, honestamente, às vezes se decepciona e alinha palavras vazias de conteúdo. ‘A igualdade é um engano, se não entendemos por igualdade a abolição das classes’. (Ver Lenin, Primeiro Congresso de Educação Fora da Escola, 4 de maio de 1919, Oeuvres, T. XXIX, p. 356-362). (PHILIPPE, 1975, p. 127)²⁴⁸

Ao ampliar o debate sobre a desigualdade na sociedade contemporânea, Rocher realiza sua análise com base em T. H. Marshall e aponta a permanência das classes sociais na atualidade, destacando as diferenças da dinâmica social. Observa que as desigualdades sociais atuais não são idênticas às existentes no Antigo Regime, pois não são hereditárias nem tidas como naturais e a mobilidade social é possível. Complementa, ainda: “A marcha para a igualdade dos cidadãos encontra, segundo Marshall, um grande obstáculo: a existência de classes sociais. Observa que elas evoluíram nos últimos

dois séculos. Elas foram estabelecidas no Ancien Régime, dividindo os homens em várias espécies humanas hereditárias e foram aceitas como uma ordem natural”. (ROCHER, 2000, p. 31).²⁴⁹

O Código Civil de 1804, ao colocar no centro do sistema o homem livre e a propriedade privada, não só ignorou, mas chancelou, por exemplo, a desigualdade entre proprietários e não proprietários. Os não proprietários tornaram-se titulares de direitos de propriedade de um único bem – sua força de trabalho –, uma vez que os seus direitos sobre a terra foram abolidos com o colapso do Antigo Regime e sua consequente liberação do sistema de servidão feudal permitiu-lhes entregar sua força de trabalho aos proprietários, por meio de contratos, mediante pagamento. Assim, a igualdade abstrata serviu perfeitamente para a aquisição da força de trabalho liberada pela Revolução, pois garantia a ambas as partes contratantes, livres e iguais, um tratamento isonômico à autonomia da vontade de cada parte para dispor de bens de sua propriedade.

Os codificadores, ao aceitarem uma nova ordem social fundada na desigualdade social entre os homens e considerarem que o direito deveria simplesmente naturalizar essa ordem, contribuem para, segundo Niort: “(...) o relativo desinteresse a respeito do regime político (especialmente em Constant) desde que a ordem social, baseada na família e na propriedade, seja conservada e que a segurança, que constitui a verdadeira liberdade, seja garantida pelas instituições políticas.” (RIALS-ALLAND, 2005, p. 109)²⁵⁰

A filosofia iluminista que se reflete no Código limita-se, portanto, às questões metodológicas que resultaram na forma código, para a sistematização da matéria de Direito Privado, mesclando o rigor lógico com a experiência romana e com a metafísica do cristianismo. Nas palavras de Bert Von Roermund: “Filosofia para Portalis é sabedoria prática na vida ou um amálgama acadêmico de disciplinas como lógica, metafísica e ética. A mentalidade filosófica, no sentido de uma atitude

compartilhada de pensamento, abrange muito mais.” (ROERMUND, 2014, p. 10).

Em suma, a permanência da desigualdade social se apresentava como um aspecto problemático restrito ao campo da política, mas não impeditivo para a construção de uma nova ordem jurídica civil que operasse com base no conceito de igualdade abstrata e formal entre os homens, capaz de satisfazer as exigências da racionalidade do sistema jurídico civil codificado sem afetar os interesses econômicos da burguesia.

Os indivíduos considerados abstratamente pelo Direito são iguais porque foram formalmente igualados pelo Direito, independentemente de sua posição social, para figurar nos polos das relações jurídicas. Esta fórmula permite não só a superação do direito estatutário do Antigo Regime pelo direito revolucionário, mas também assegura o funcionamento dessa nova ordem jurídica, sem comprometer a posição de hegemonia econômica e social da burguesia:

Se para garantir a igualdade, a lei deve ignorar as diferenças, a igualdade se traduz, logicamente, na invisibilidade jurídica dos grupos que o direito deve ignorar. Alguns exemplos mostram que o progresso da igualdade, em geral, tem acompanhado a invisibilidade dos grupos vítimas de discriminação e sua integração na formulação universalista do direito. (LOCHAK, 2010, p. 61)²⁵¹

Assim, no recorte do Direito Civil oitocentista, era necessário, por um lado, ignorar a desigualdade material para a preservação da ordem social profundamente desigual. Por outro lado, era preciso atribuir um tratamento diferenciado entre indivíduos abstrata e genericamente igualados perante a lei. Esse tratamento diferenciado, no

interior do sistema codificado, é claramente identificável na atribuição de poderes de caráter absoluto a determinados tipos de titularidades jurídicas e na formulação da teoria das incapacidades.

No contexto do Código, até mesmo a igualdade formal é afetada por meio da atribuição de poderes absolutos, individuais e fortemente resguardados pela ordem jurídica ao pater familias e ao proprietário – neste último caso, em face de toda a comunidade. Os poderes e faculdades jurídicas concentrados na pessoa do titular proprietário permitem-lhe não só usar, gozar e dispor do bem, da forma como lhe aprouver e em benefício próprio, mas também reaver esse bem de quem injustamente o detenha. O conceito de justiça, nesta matéria, é identificado pelo Código Civil na proteção da posição jurídica absoluta do titular do direito de propriedade, pois a igualdade abstrata opera no registro da justiça distributiva – dar a cada um o que é seu.

Ao lado dessas atribuições de poderes que reforçam a desigualdade social, a incapacidade de agir ou de atuar autonomamente afeta a igualdade abstrata e é aplicável a um rol de indivíduos, com base em critérios de idade, higidez física ou mental, comportamentos sociais, nacionalidade e sexo. As incapacidades são tratadas sem qualquer referência à questão da desigualdade, de maneira puramente descritiva: “Às vezes designamos, pela aptidão ou incapacidade de adquirir e possuir direitos, ser o titular – trata-se então de uma capacidade ou de uma incapacidade de gozo; às vezes visamos a capacidade ou a incapacidade de exercer direitos dos quais uma pessoa é titular, neste caso, é uma questão de capacidade ou incapacidade de exercício.” (WEILL, 1978, p. 679)²⁵²

Esse regime se organiza e funciona, em grande medida, em torno do modelo da família patriarcal burguesa. Para tanto, o Código Civil de 1804 institucionalizou a família patriarcal, no artigo 212, em dois eixos de poder: o do marido que deve proteção a sua mulher e a mulher que deve obediência ao marido, e o do pai, chefe da família único titular do

poder parental, em uma atualização da tradição judaico-cristã e dos poderes jurídicos do *pater familias* romano. Como consequência lógica da centralidade do poder patriarcal-marital, a mulher casada, juntamente com os filhos com idade inferior à fixada em lei, integrava o rol dos incapazes para a prática de atos jurídicos sem a autorização do marido. (WEILL, 1978, p. 256)

É interessante notar que as disposições do Código Civil, no tratamento específico do pátrio poder, aproximam o pensamento católico de Portalis do jusnaturalismo revolucionário de Rousseau:

Quanto a autoridade paterna, da qual muitos fizeram derivar o governo absoluto e toda a sociedade, sem recorrer às provas contrárias de Locke e de Sidney, basta observar que nada no mundo é tão diferente do espírito feroz do despotismo do que a doçura dessa autoridade que vê mais o interesse de quem obedece do que a utilidade do que manda. Pela lei natural, o pai só é senhor do filho enquanto este precisar de sua assistência, depois disso eles se tornam iguais (...) (PIOZZI, 2002, p. 34)

Se a observação de Rousseau coloca a autoridade paterna natural em oposição à tirania dos governos, no Código de Napoleão ela tem fins práticos de controle e centralização da administração da família e do patrimônio familiar por um único indivíduo, do sexo masculino, supostamente dotado de qualidades desejáveis pelo mundo dos negócios e pela sociedade burguesa. Apesar desses encaixes da desigualação no campo da igualdade formal, os níveis mais profundos de desigualdade não foram enfrentados pelo Código Civil e ensejaram outras soluções jurídicas pelo direito pós-revolucionário.

O tratamento dispensado aos estrangeiros pelo Código de

Napoleão também revela a modulação da igualdade formal, para permitir sua manutenção e funcionamento, ao atribuir aos não nacionais um tratamento diferenciado, uma incapacidade negocial, que leva em conta a diferença de nacionalidade, sem afetar a lógica do sistema. Assim, ao tratar da condição civil dos estrangeiros, o Código o faz para excluí-los do gozo de certos direitos e para lhes conferir um status jurídico diminuído diante de prerrogativas reservadas aos nacionais, conforme os artigos 726 e 912 do Código Civil francês em sua redação original.

Trata-se de incapacidade específica para impedir o estrangeiro de participar da sucessão hereditária e de receber liberalidades. O Código trabalha, no seu artigo 16, com o princípio da reciprocidade estabelecido no seu artigo 11. Este artigo prevê: “(...) que o estrangeiro gozará na França dos mesmos direitos que aqueles que são ou serão concedidos aos franceses pelos tratados da nação a que este estrangeiro pertencerá.” Esta construção jurídica resulta, segundo a observação de Lochak: “(...) em recusar o gozo de todos ou parte dos direitos privados ao estrangeiro, cujo país não firmou tratado com a França.” (LOCHAK, 2010, p. 63).²⁵³

Os limites da igualdade abstrata são sempre confrontados pela desigualdade social, e o sistema jurídico liberal encontra soluções que aprofundam essa desigualdade ao mesmo tempo que permitem a manutenção da abstração. Assim, a solução jurídica encontrada para tratar da desigualdade entre franceses, escravos e homens livres dos territórios coloniais franceses foi instituir um duplo *standard* jurídico, isto é, manter dois regimes jurídicos distintos vigentes: um do Código Civil destinado aos franceses da metrópole, e outro aplicável aos escravos, aos brancos e mestiços nascidos nas colônias (*créoles*). As palavras de Robespierre não ecoaram entre seus compatriotas, apesar de seu tom solene: “Perecem as colônias se vocês as mantiverem a esse preço!” “(...) A escravidão e a colonização constituem casos extremos

de violação, ou melhor, de negação do princípio da universalidade.”²⁵⁴
(LOCHAK, 2010, p. 66-67).²⁵⁵

Esse perfil inicial do sistema codificado oitocentista resistiu, sem grandes alterações, até o final da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, sofreu modificações substanciais que tenderam a reconhecer as desigualdades de tratamento jurídico atribuída a certos indivíduos pela legislação. O Direito Civil assimilou as mudanças no mundo do trabalho, criou instrumentos de intervenção contratual para reequilibrar a base econômica dos contratos; alterou o Direito de Família para diminuir o poder parental e para alargar o conceito de filiação, inclusive adotiva; modificou o perfil das obrigações alimentares; reavivou o debate sobre a propriedade imobiliária e sua funcionalização; e ampliou a responsabilidade civil a partir da noção de risco, como inventaria Savatier, em sua obra *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, no início da década de 1950.

3. REVOLUÇÕES TEMPERADAS E DESIGUALDADES PERSISTENTES

A codificação, como proposta político-metodológica gestada pela Revolução Francesa e adotada pelas burguesias europeias nos processos de unificação nacional e instituição de monarquias parlamentares, foi recepcionada pelas elites *criollas* nos países da América Latina, responsáveis pelas lutas por independência política e formação de novos estados nacionais, no início do século XIX.

A adoção dos Códigos Civis pelos recém-criados Estados latino-americanos promoveu, sobretudo, a sistematização, unificação e alinhamento das formas jurídicas entre esses países e suas antigas metrópoles, facilitando o trânsito de mercadorias, ao mesmo tempo que permitiu fechar o direito em torno da igualdade formal, ignorando ou obturando as reivindicações por uma igualação jurídica que abolisse os privilégios e desigualdades herdadas do sistema colonial. Orlando

Gomes, ao citar René Davi, destaca uma certa artificialidade da adoção de códigos civis na América Latina, em virtude das diferenças entre as estruturas econômicas e sociais vigentes nesses continentes. (GOMES, 2003 p. 20)

No Brasil, o processo de codificação da legislação civil se deu tardiamente, na segunda metade do século XIX, durante o Império, em uma sociedade escravista atravessada por inúmeras dificuldades para conjugar os interesses da burguesia comercial brasileira com os do latifúndio agroexportador; interesses estes que pretendiam ser moldados pelos juristas com a racionalidade liberal, para afastar de vez o uso da legislação da metrópole portuguesa (Ordenações) e da Lei da Boa Razão centrada na interpretação da Corte Metropolitana, tendo como fonte subsidiária o Direito Canônico.

Mencione-se que, em 1830, entrou em vigor no Brasil o Código Criminal e, em 1850, o Código Comercial. Em 1855, foram solicitados estudos a Teixeira de Freitas para elaboração de um Código Civil. Vale lembrar, ainda, que a Constituição do Império de 1822, embora tenha abolido o estatuto colonial e afirmado os direitos de homens livres, silenciou sobre a escravidão e conviveu longa data com indivíduos a quem era negada a própria condição humana, pois compunham a categoria jurídica das coisas, res.

A permanência da escravidão foi um obstáculo intransponível à implantação do regime jurídico liberal, fundado na liberdade, na igualdade abstrata e na possibilidade de apropriação das coisas. Orlando Gomes, ao criticar o comportamento das elites proprietárias, cuja visão social e jurídica destoava dos juristas pertencentes a uma classe média urbana, pontua:

O Código Civil é obra de homens de classe média que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um conjunto de normas de

direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista. (GOMES, 2003, p. 30-31).

Gomes, ao proceder a análise do conflito de interesses entre setores da classe dominante em relação ao Código Civil, demonstra, também, que a estrutura econômica baseada no latifúndio escravista agroexportador (*plantation*) limitava a atuação dos juristas diferentemente do que ocorrera na França, por exemplo, onde a burguesia comercial apostou na fórmula jurídica codificada e obteve a garantia estatal de sua implementação em Napoleão Bonaparte. O autor ressalta:

“A classe média que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante”. (GOMES, 2003, p. 31)

O Direito Civil brasileiro finalmente foi sistematizado no Código Civil de 1916, segundo o modelo europeu, e os juristas trabalharam ao longo do início do século XX sem aprofundar a crítica à desigualdade diluída na atribuição de poderes aos titulares da propriedade, ao *pater familias* e no sistema das incapacidades, que incluiu as mulheres casadas, no inciso II, do seu artigo 6º, e os “selvícolas”, no parágrafo único desse mesmo artigo, no rol dos relativamente incapazes.

(BEVILAQUA,1959, p. 150)

As justificativas apresentadas nos debates na Câmara e no Senado para a inclusão da mulher casada entre os relativamente capazes não se afastam daquelas apresentadas no Code de Napoléon e, inclusive, encontram o argumento de autoridade na orientação do Direito Civil europeu, nos seguintes termos: “A maioria das legislações contemporâneas ainda mantém a incapacidade da mulher casada. Assim, o direito francês, o espanhol, o português, o argentino etc.” (BEVILAQUA,1959, p. 151).

Mais surpreendentes, ainda, são os argumentos apresentados por Bevilaqua perante a Comissão da Câmara de Deputados:

A êste propósito, disse eu, na Comissão da Câmara de Deputados: “ninguém ignora que na organização fisiológica do homem e da mulher há diferenças notáveis; mas essas diferenças não nos autorizam a declarar que o homem é superior à mulher; autorizam-nos, simplesmente, a dizer que um é chamado a exercer na sociedade na família funções diferentes das do outro. Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intelectual, moral e física, o homem será mais apto do que a mulher; mas em tudo aquilo em que se exigir dedicação, persistência, desenvolvimento emocional dedicado, o homem não se pode equiparar à sua companheira”. (BEVILAQUA,1959, p. 153).

Em relação aos integrantes dos povos originários (*selvícolas*), a diferença sociocultural entre eles e a sociedade ocidentalizada é flagrante e, a muito custo, é admitida a igualdade abstrata, desde que incluídos no regime das incapacidades, sob curatela especial do Estado

brasileiro, que propõe sua integração e diluição cultural na comunidade nacional:

Essa empresa, sob o ponto de vista da moral e dos altos destinos humanos, é grandiosa, porque traduz o cumprimento de um dever, e porque, chamando, para a vida social comum, essa raça, que nos deve merecer toda a simpatia, ao mesmo tempo avigoramos as nossas inclinações afetivas e dilatamos a esfera de ação da cultura geral humana. (BEVILAQUA, 1959, p. 156).

Segundo a perspectiva eurocêntrica e integracionista acolhida pelo Código Civil de 1916, a incapacidade civil desses indivíduos decorria da inferioridade de sua organização social diante da sociedade nacional organizada segundo os cânones estabelecidos, desde a fundação do Estado Colonial brasileiro, sob o domínio dos europeus ou dos brasileiros brancos. A fundamentação deixa claro que há um esforço para essa integração, sem que haja o respeito à cultura dos povos originários, uma vez que a sociedade brasileira tem se esforçado a “chamá-los ao seu regaço”:

“O *Projeto primitivo* não destacava os índios entre os incapazes. Foi o Senado que, por proposta, aliás modificada, do Dr. MUNIZ FREIRE, acrescentou esta classe à dos indivíduos de capacidade restrita. (*Parecer da Comissão do Senado sobre as emendas oferecidas em terceira discussão (Diário do Congresso, de 5/12/1912)*). O pensamento do autor do *Projeto*, não dedicando qualquer disposição aos índios, era reservar-lhes preceitos especiais, que melhor

atendessem à sua situação de indivíduos estranhos ao grêmio da civilização, que o Código Civil representa, muito embora a sociedade organizada se esforce por chamá-los ao seu regaço. Esse pensamento começou a ser realizado pelo dec. nº 8072 de 20 de junho 1910. (BEVILAQUA,1959, p. 156)

Esses dois dispositivos legais, constantes da versão original do Código Civil brasileiro de 1916, são emblemáticos em revelar os limites da igualdade na legislação civil, posta à prova diante da complexa realidade social de um país colonizado, recém-saído da escravidão e dirigido por um patriarcado rural, que manejava a economia brasileira a partir das grandes fazendas como unidades de produção básica do país. O regime da plantation, que agora declara sua intenção em integrar os selvícolas e destruir suas culturas originárias, estruturou-se com o saque das terras indígenas transformadas em propriedades rurais e legitimadas pelo Direito Civil Republicano.

Ao lado dessas duas hipóteses tratadas no regime das incapacidades, o sistema de Direito Civil mantém outras diferenciações e exclusões, no campo do Direito de Família, para compor um quadro social coerente com os desígnios traçados pela elite dominante para a sociedade brasileira. A coesão social é mantida, também, em termos jurídicos, pelo não reconhecimento de direitos das famílias fundadas fora do casamento e dos filhos ilegítimos, sejam eles naturais (filhos de pessoas não casadas), ou adulterinos, a mãe ou o pai, dependendo do estado civil de um ou de ambos os genitores.

Esses aspectos que compõem a base da vida social delineiam o quadro da denominada questão social no Brasil. O não reconhecimento da absoluta desigualdade entre patrões e trabalhadores resultou na permanência de formas romanas de contratação (*locatio conductio operis e locatio conductio operarum*), assumidas pelo Direito Civil, sem

qualquer modulação ou atualização, como destaca Orlando Gomes, ao criticar a manifestação de Clovis Bevilacqua:

Bevilacqua intervém no debate para sustentar o seu ponto de vista contrário à especialização da disciplina legal da locação de serviços. Dentre as razões que invoca em apoio da orientação seguida, está a seguinte: “porque as leis em vez de virem em socorro do fraco, se põem, neste caso, do lado do forte, assegurando-lhe a dominação, mantendo-lhe a posse de uma situação jurídica superior, o *optimum jus* do patriciado romano incorrendo na pecha de legislação burguesa, segunda a feliz adjetivação de alguns juristas, em vez de procurar ser uma legislação popular como cumpre em nossos dias”. (GOMES, 2003, p. 42)

Somente na década de 1940, o direito brasileiro incorporou de forma incipiente alguns direitos de proteção aos trabalhadores nucleados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), deixando fora dessa proteção mínima os trabalhadores rurais e uma gama de trabalhadores que só tiveram seu trabalho regulado, juridicamente, na década de 1960, ou muito mais tarde, como é o caso dos trabalhadores domésticos, cuja legislação garantiu, parcialmente, seus direitos trabalhistas em 2015.

Nesse longo período, do início do século XX até a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, os civilistas buscaram, sobretudo, a perfeição lógica e o desenvolvimento técnico de um Direito Civil que servisse para o manejo dos conflitos no interior das classes dominantes e das classes médias urbanas. Pontes de Miranda sintetiza o pensamento dos civilistas brasileiros, fixando suas preocupações na completude e na perfeição lógica do direito, nos

seguintes termos: “O conceito de igualdade perante a lei é técnico. (...) Errôneo confundi-lo com anseios ou propósitos de equidade ou justiça social, como fizeram e fazem alguns juristas que assim diluem por bem dizer, a praticidade do princípio de isonomia.” (MIRANDA, 1971, p. 66)

A aceitação e o aprofundamento das desigualdades sociais, as contradições do projeto político liberal e a incompletude das formas jurídicas criaram as condições, na Europa Ocidental, para um retorno ao “estado de natureza” incivilizado, que se rebelava até mesmo contra os limites mínimos impostos pela esfera pública contratualizada de cunho liberal. Nesse “estado”, a desigualdade social passa a ser juridicamente legitimada e institucionalizada para excluir do Contrato Social os indivíduos legalmente marcados por critérios ideológicos discriminatórios. As teorizações a respeito desses fenômenos sociais são retrabalhadas pela Teoria do Direito em autores como Carl Schmitt.²⁵⁶

A crise do Estado de Direito Liberal era também a crise do liberalismo econômico, e seu agravamento resultou na organização de Estados de Direito totalitários. As profundas transformações pelas quais passaram a política e a economia das sociedades do Hemisfério Norte, na primeira metade do século XX, produziram duas grandes guerras que envolveram os países europeus industrializados, os Estados Unidos da América do Norte e o Japão.

Ao findar a Segunda Guerra Mundial, as questões econômicas, sociais e políticas que haviam gestado esses conflitos requeriam mudanças significativas no funcionamento dos Estados europeus e na condução econômica dos países capitalistas. Tratava-se, portanto, de revigorar as raízes liberais do Estado de Direito para suplantar os resquícios dos governos nazifascistas derrotados na guerra e, ao mesmo tempo, pudessem atender as demandas de igualdade e bem-estar material e construir novas soluções capazes de antepor-se à economia soviética planificada.

O liberalismo político e o Estado de Direito foram renovados, mas a questão social continuava latente e requiria um equilíbrio entre a nova versão do liberalismo político e econômico, que contemplasse os princípios da solidariedade social, herdados de várias vertentes do pensamento social e político da segunda metade do século XIX. As soluções anteriormente propostas para essa questão, no período entre guerras, resultavam de formulações autoritárias e corporativas gestadas pelo nacional-socialismo alemão e pelo fascismo italiano.

O solidarismo passa a ser interpretado e conjugado com as várias correntes da social-democracia, de modo a sustentar politicamente a construção de um Estado Social, Estado Providência ou *Welfare State* que preconizava um mínimo de intervenção no patrimônio privado e sua funcionalização, com a busca de justiça social. Esses dois pilares políticos sustentaram o Estado Social de Direito e se apresentaram como suficientes para enfrentar a questão social na Europa e a ameaça do bloco soviético, assegurando a dignidade individual elevada a princípio jurídico constitucional na Carta de Bonn.

As fórmulas jurídicas que foram implementadas nesse período na Europa respondem a essas inquietações sociais, que têm como fundamento a preservação da dignidade humana revigorada e que colocavam o Estado Democrático de Direito como responsável e fiador do respeito a este princípio pela sociedade e seus membros. Nessa mesma perspectiva política, a Constituição da República Italiana, em seu art.38, §2, estabelece: “Todos os cidadãos, impossibilitados de trabalhar e desprovidos dos recursos necessários para viver, têm direito ao próprio sustento e à assistência social. (...) Às tarefas previstas neste artigo preveem órgãos e instituições predispostos ou integrados pelo Estado. A assistência privada é livre.”

A intervenção do Estado na vida privada é sempre admitida de maneira restrita pelo pensamento liberal, por isso o texto constitucional afirma que a assistência privada é livre como uma forma de afastar qualquer fantasma do corporativismo autoritário fascista. Mesmo assim,

as opiniões dos juristas continuaram se dividindo entre conceber a assistência social do Estado como uma obrigação primária ou de caráter residual, no que se refere ao direito à alimentos e a outras formas de assegurar as necessidades básicas dos cidadãos.

De qualquer maneira, essa e outras normas expressam uma orientação legislativa voltada à realização de um sistema de segurança social, isto é, um sistema solidário de proteção à pessoa e de igual satisfação das exigências fundamentais da vida. Nesse período, na Europa, estrutura-se um sistema que coloca em xeque a igualdade informal e preconiza a solidariedade social entre desiguais, por meio de princípios fundamentais das constituições e dos projetos e políticas públicas. Os Estados estão comprometidos com o pleno respeito à pessoa humana e com o atendimento das necessidades básicas de todos os cidadãos, para mitigar a desigualdade socioeconômica.

Nas décadas seguintes, os Estados europeus intensificaram sua intervenção no domínio econômico com a finalidade de diminuir as desigualdades materiais entre os cidadãos, por meio de normas de conteúdo econômico e cunho redistributivo e protetivo. O pensamento liberal realizou a crítica a essa forma de intervencionismo estatal e a considerou contrária aos cânones do liberalismo, sob a alegação que tais normas subvertem a igualdade perante a lei, ao tratar desigualmente os desiguais.

Esta última reflexão realmente nos leva ao fundo do problema. Porque a questão que se coloca para os juristas é a seguinte: a crise atual do princípio da igualdade em matéria de direito econômico reflete apenas um mal-estar sazonal ou, ao contrário, é um sinal, a expressão particular de uma crise? Mais profunda e mais estrutural da sociedade industrial de hoje? Trata-se de abandonar um valor fundamental da

sociedade liberal ou, pelo contrário, de um período de transição para novas formas de existência? (PHILIPPE, 1975, p. 126-127)²⁵⁷

As regras de Direito Econômico, que contém escolhas e prioridades e têm caráter compensatório ou redistributivo, sem alterar significativamente as relações econômicas privadas, são criticadas sob a ótica da construção lógica e ideológica da igualdade formal, sem perspectiva de superação:

O problema da lógica liberal é que a ficção da igualdade leva à necessidade de dissimular as circunstâncias concretas que causam desigualdades sociais, gerando uma segunda ficção que justifica a desconexão entre o que seus discursos prometem e o que eles pretendem realizar. Ele forja a ficção do pessoal mérito para legitimar as desigualdades e o despotismo do privado liberdade, encobrindo o fato de que sua fruição se limita a poucos. (POLIDO, 2016, p. 54)²⁵⁸

O Direito Privado sofreu o impacto dessas mudanças e passou a receber elementos normativos interpretativos dos textos constitucionais, alterando a orientação liberal anterior que deixava a cargo de cada indivíduo e de cada família a busca por subsistência e inserção adequada na sociedade. A nova orientação decorrente das ideias da social-democracia aumenta o compromisso com a solidariedade social e admite a atuação dos entes públicos, inclusive, no âmbito das questões familiares por meio da assistência social.

No Brasil, Pontes de Miranda, apesar de seu alinhamento teórico ao positivismo lógico, reconhece a incompletude da perspectiva

técnico-jurídica do Direito Civil, em especial para o tratamento da desigualdade no campo das relações de trabalho. Incorpora nos seus comentários a necessidade de superar a desigualdade material por meio de um direito específico, em uma nova fase do ordenamento jurídico brasileiro orientado pelas regras da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, de cunho nitidamente liberal, mas vigente em uma sociedade que começava a se organizar de forma mais acentuadamente democrática e mais igualitária. (art.141, §1º e §5º, *in fine*)

“O que ficou por desenvolver-se foi a igualdade material. A legislação protetiva do trabalho não é mais do que um dos meios para atenuar a desigualdade material e edificar a igualdade material. Tal propósito está na base mesma das diferentes técnicas de participação dos trabalhadores nos lucros mais ou menos combinada com a técnica de seleção. Quando em 1903 Otto Wendt (*Freiheit und Gleichheit*) se preocupou com o princípio da igualdade no Direito Civil, mas viu que o direito privado edificava para atenuar as desigualdades e proteger os acidental ou temporariamente desiguais (menores, doentes, velhos, trabalhadores). Visão, portanto, insuficiente” (MIRANDA, 1971, p. 67)

Apesar das mudanças de rumo político refletidas no texto constitucional, em 1946, a jurisprudência brasileira afirmou que inexistiam direitos a alimentos à companheira, após o término da convivência. Essa negação de direitos, somada à incapacidade civil da mulher casada, fechavam um círculo de ferro em torno do feminino. A mulher casada era incapaz. A mulher convivente (companheira) não tinha nenhum direito patrimonial, como nenhum direito tinham seus

filhos nascidos fora do casamento. A capacidade civil das mulheres, na perspectiva da família eudemonista, só foi reconhecida em 1962 com a publicação da Lei nº 4.121, de 1962 – Estatuto da Mulher Casada. Mais tarde, em 1972, o Judiciário reconheceu à convivente o direito à reparação civil, no caso de morte acidental do convivente de quem dependia economicamente. (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1990, p. 106).

Em 1978, durante a Conferência da Ordem dos Advogados realizada em Curitiba, Lamartine e Muniz, professores de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, apresentaram a Tese, publicada posteriormente como um artigo, de fundamental importância para a crítica e renovação do Direito Civil contemporâneo, intitulada “Estado de Direito e os Direitos da Personalidade”.

Nesse artigo, formulam uma crítica ao positivismo jurídico que fixara a atenção dos juristas na compreensão lógica do sistema legislado, afastando-os das preocupações sociais e das inquietações filosóficas:

O positivismo, que esvazia a noção de pessoa, e esvazia a noção de Direito, esvazia a noção de Estado de Direito. O Estado de Direito, visto pelo ângulo meramente formalista do positivismo jurídico, nada mais é que mero Estado de legalidade. (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1979, p. 234)

Nesse mesmo artigo, anunciam a necessidade de ruptura com essa perspectiva teórica para que se possa construir o Direito Civil adequado às exigências sociais, para diminuir as desigualdades e proteger a dignidade humana. Os autores destacam, ainda, o papel criador que deve ser exercido pela jurisprudência constitucional alinhada à visão filosófica do jusnaturalismo contemporâneo e do

personalismo jurídico:

“A atividade criadora do Tribunal Federal Alemão elaborou o direito geral de personalidade com base nos princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, previstos nos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental de 1949”.
(CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1979, p. 234)

Ao longo da década de 1970 e na década seguinte, em plena Ditadura Civil Militar iniciada em 1964, o Direito Civil brasileiro pode avançar, gradativamente, no campo do Direito de Família para eliminar diferenças de tratamento no interior das estruturas familiares, uma vez que outras questões como a da propriedade privada e das terras indígenas não encontravam espaço político para serem trabalhadas e reformuladas. As modificações promovidas primeiro pela jurisprudência e posteriormente pelos autores civilistas, no campo de Direito de Família, são de suma importância para a configuração de um ambiente social mais poroso às mudanças e mais igualitário.

No Brasil como na Europa, em relação às famílias com meios econômicos suficientes para prover suas necessidades, afirma-se, paulatinamente, a ideia de estruturas familiares mais abertas, com poder parental descentralizado, concebidas como um espaço da vida social em que se pode, ao mesmo tempo, exercitar o fortalecimento dos laços de solidariedade familiar e a liberação dos membros da família para buscarem a realização dos seus projetos individuais de vida.

Os estudos de Direito de Família cunham a expressão “família eudemonista” que responde a esse conjunto de práticas e anseios sociais, acolhendo as ideias do personalismo ético, que no campo das relações privadas preconiza a liberdade individual com solidariedade comunitária. O programa político consolidado em textos

constitucionais assentados sobre o princípio da dignidade humana permite, também, o gradativo reconhecimento jurídico das chamadas “famílias de fato” para o Direito, uma vez que a família até então só gerava efeitos se constituída com base em vínculos jurídicos e laços de consanguinidade. As famílias de fato invocam para a sua afirmação jurídica os vínculos de solidariedade familiar e não apenas social, pondo em destaque as questões referentes à filiação “natural”.

A questão das uniões de fato continuou a ser discutida tendo como elemento central, nem sempre explicitado, a questão da justiça patrimonial, especialmente em relação à companheira, nos casos em que havia simultaneidade entre um casamento e essa união, nos quais a companheira exercia trabalhos de cunho profissional, comercial ou empresarial em benefício da construção de um patrimônio; ao final dessa união pela morte ou pela separação, tal patrimônio não era tido como comum, mas como pertencente, exclusivamente, ao convivente masculino.

O caminho percorrido pela jurisprudência, nessa matéria, é tortuoso, pois passa primeiro a admitir uma reparação de cunho civil à companheira por serviços domésticos prestados, posteriormente avança para atribuir compensação patrimonial por ruptura de uma sociedade civil (negocial), depois afasta as uniões estáveis do concubinato e permite doações testamentárias feitas em favor da companheira e, finalmente, confere direito à alimentos nas uniões estáveis. A jurisprudência realiza tais avanços nos casos em que houve ruptura da relação conjugal concorrente ou concomitante com a união de fato. (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1990, p. 89-98)

Assim, as variações neste percurso jurisprudencial são demarcadas por elementos centrais, na vigência do Código Civil de 1916: a) a função social da família identificada com a transmissão patrimonial por meio dos laços de parentesco familiar; b) o patriarcado, claramente explicitado por ocasião da publicação do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962, que finalmente retirou as

mulheres da condição de relativamente incapaz; c) a unicidade do modelo de família juridicamente constituída pelo casamento ancorada na indissolubilidade do vínculo até o advento da Lei do Divórcio, em 1977; d) a exclusão da paternidade em relação aos filhos nascidos fora do casamento.

O debate em torno dos efeitos jurídicos, patrimoniais e de filiação e das chamadas “uniões de fato”, prolongou-se até o início da década de 1980 para enfim desvincular o conceito jurídico de concubinato do modelo único da família constituída pelo casamento. Contudo, esse conceito consta do art. 1.727, Código Civil de 2002, de forma aparentemente neutra, mas que permite retomar a discussão sobre as famílias fundadas na união estável a partir da sua diferenciação com o concubinato, pelo menos como elemento retórico. As relações concubinárias continuaram a ser examinadas por uma lente moral e marcadas pela presença do desejo desviante da normalidade matrimonial ou pela busca de aquisição patrimonial, sobretudo pela mulher, em uma sociedade patriarcal e machista.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), propõe-se uma repactuação política da República e a funcionalização da propriedade, e se estabelece uma nova concepção de família para a sociedade brasileira, levando para o campo constitucional matérias até então restritas à legislação civil, como acentua Daniel Sarmiento: “A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinha o Estado em um dos seus polos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídicas privadas.” (SARMENTO, 2011, p. 61).

Essa mudança de rumo político e metodológico torna exequível a realização de instrumentos que tensionam a igualdade formal para buscar sua aproximação com a igualdade material, ou para reconhecer as diferenças no interior do sistema jurídico. A concepção liberal-democrática, em sua peculiar recepção de alguns elementos retirados

da social-democracia europeia, resulta no comprometimento de o Estado assegurar a liberdade e os direitos fundamentais de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, buscar a diminuição das desigualdades materiais e formais, conforme previsto no art.3º, inciso III.

Nessa perspectiva constitucional, as uniões de fato passaram a figurar ao lado das famílias matrimonializadas, a teor dos parágrafo 3º e 4º do Art. 226 da CF/88. O parágrafo 5º do Art.226 da CF/88 reafirma a igualdade entre os cônjuges na condução da sociedade familiar, e ratifica a possibilidade de dissolução do vínculo familiar pelo divórcio. O Art.227 finalmente afasta o instituto da ilegitimidade e das qualificações e designações discriminatórias em relação aos filhos havidos fora do casamento, mas não afasta o fantasma social da discriminação em relação a essa espécie de filiação na comparação aos filhos havidos na constância do casamento.

O caput e o parágrafo 1º do Art.227 da CF/88 estabelecem, ainda, os compromissos do estado democrático de direito, da sociedade e dos indivíduos para com a manutenção harmônica da família e a proteção dos membros mais vulneráveis do grupo familiar, mas isso não significa que se assegure de forma clara, nos mesmos moldes previstos no art.38 da Constituição da República Italiana, o dever do Estado em prestar assistência social a essas famílias e seus membros.

Em síntese, o desenho constitucional da família responde, claramente, às propostas do personalismo jurídico que resultaram na formulação do conceito de família eudemonista, orientando o Estado para preservação da dignidade humana e impedindo toda a espécie de discriminação, seja por status familiar, por filiação ou por gênero. O programa da social-democracia europeia, parcialmente assimilado no Brasil, uma vez que a proteção e solidariedade social é sempre residual e a intervenção direta do Estado na família é vedada, dando-se prioridade para a solidariedade familiar e para a liberdade individual.

Apesar desse desenho constitucional, a questão dos direitos dos companheiros e dos filhos nascidos de uniões estáveis continuou a ser

questionada perante o Judiciário, em face dos direitos dos membros da família fundada no casamento, e perante o próprio Estado, como é o caso dos direitos previdenciários dos companheiros.

A dissolução do vínculo matrimonial gera a disputa pela guarda dos filhos e estabelece deveres patrimoniais para ambos os genitores, leva a conflitos não alcançados pela Lei e traz à tona as questões de cunho emocional e socioafetivo, no desenrolar de relações entrecortadas por afastamentos familiares. Emergem daí um sem-número de ações de abandono afetivo, que invocam o descumprimento do dever de cuidado e de solidariedade que decorreriam e estariam pressupostos na relação paterno filial, seja qual a origem do vínculo.

A força normativa da Constituição esbarra na estrutura econômica profundamente desigual e na cultura patriarcal, autoritária e racista que atravessa a sociedade e dificulta o igual tratamento, ainda que em abstrato. Esses limites externos ao direito distorcem as tentativas de diminuir a desigualdade por meio de instrumentos jurídicos, como registrou Rafael Sampaio Cavichioli, em tese de doutoramento “Duas famílias, duas leis”, ao analisar princípios e critérios de proteção aos mais frágeis, como é o caso do princípio do melhor interesse da criança, que orienta o Direito de Família do Código Civil e os direitos específicos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sua Tese, Cavichioli demonstra como a doutrina da proteção integral da criança, acolhida no Direito brasileiro no final do século XX, calcada em um discurso protetivo e humanista, com a finalidade de criar um Direito da Infância igualitário para superar as práticas institucionais discriminatórias, acaba sendo distorcido e assimilado em novas práticas discriminatórias que recaem sobre famílias de crianças e adolescentes postas sob a proteção das instituições. Segundo o autor, foram incorporadas no Brasil, desde o início do século XX, medidas voltadas ao controle e vigilância das famílias pobres, conforme expressam os discursos de autores brasileiros importantes, como Mello

Mattos e Evaristo de Moraes. (CAVICHOLI, 2019, p. 206-211)

Essa leitura das distorções produzidas pela força das práticas sociais e pelas instituições sobre as construções legislativas, como, por exemplo, no debate sobre a responsabilização penal de adolescentes, conduz a novas questões referentes à desigualdade social, aspecto que leva à conclusão da tese para considerar que o Direito da Infância brasileiro é um Direito de Família paralelo, voltado à economia da subjetividade de famílias de negros e pobres, o que acaba por anular as tentativas de proteção e de equalização social no tratamento de jovens e adolescentes, pelo Estado. (CAVICHOLI, 2019, p. 194-200)

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A partir do final da década de 1990 e nas décadas seguintes, os movimentos sociais brasileiros, inspirados nos movimentos de luta pelo direitos civis dos Estados Unidos da América do Norte e apoiados na principiologia e nas normas da CF/88, abriram novos espaços de debates e de construção de políticas públicas voltadas à diminuição da desigualdade socioeconômica e à eliminação de tratamentos jurídicos desiguais ou discriminatórios no interior do sistema jurídico.

Desses debates, evidenciou-se que a igualdade perante a lei não resulta na igualdade plena entre todas as pessoas em relação a todas as normas jurídicas gerais. Chegou-se à conclusão de que essa espécie de igualdade impede apenas a discriminação infundada ou fundada em critérios gerais vedados pelo direito positivado, ou que contrarie princípios que ultrapassam o Direito, alojados na Filosofia e na Política, como é o caso da igualdade afirmada ao longo do processo revolucionário. Sob essa ótica, é possível entender como a igualdade em geral permitiu o estabelecimento do regime das incapacidades ou, ainda, a desigual distribuição de poderes a titulares de direitos privados.

Para enfrentar tal problema insolúvel, nos limites da

racionalidade do Direito Civil cristalizado na sua forma codificada, foi necessário ultrapassar a igualdade abstrata e buscar princípios na Teoria do Direito que admitem a desigualação de tratamento jurídico, isto é, tratar desigualmente os desiguais, seja para lhes destinar um tratamento jurídico formal mais favorável, seja para lhes propiciar condições materiais e jurídicas para exercer seus direitos.

É nesse sentido que Roger Raupp Rios explica a formulação do Direito da Antidiscriminação:

Não há, no encontro destas duas abordagens do princípio jurídico da igualdade – a tradicional, mais estática; a da antidiscriminação, mais dinâmica – contradição ou disputa. A meu ver, o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional (com repercussões em todos os ramos do ordenamento jurídico) categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição, desvelando, concretizando e desenvolvendo potencialidades e efeitos ora esquecidos, ora pouco desenvolvidos, pertinentes à compreensão corrente do princípio jurídico da igualdade. (RIOS, 2008, p. 13)

A vulnerabilidade e a discriminação, tanto jurídica quanto material, identificam concretamente os sujeitos e norteiam esse conjunto de medidas adotadas de forma gradativa pela jurisprudência, pelas políticas públicas e pela legislação. É o Direito da Antidiscriminação que inicia seu percurso no Brasil. A fundamentação desse direito se encontra não só na Constituição, mas também nas Declarações de Direitos Humanos, constantemente atualizadas, que geram novos padrões de entendimento e interpretação jurídica, além de dar respaldo a uma ordem jurídica que leve em consideração não o

homem abstrato, mas o homem situado, inserido nas diversas realidades sociais, com situações particulares que merecem proteção especial do Direito. Irrompem no Direito singularidades antes naturalizadas e invisibilizadas como, por exemplo, raça, sexo (gênero), idade, status profissional ou de nacionalidade.

A luta por iguais direitos ou por eliminação das discriminações atingem os vários campos do Direito e têm impacto inclusive sobre o Direito Civil codificado, como é o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, que exige ajustes no regime das incapacidades e que requer uma interpretação mais ampliada do direito legislado, conforme apontado:

Por consequência, desde janeiro de 2016, não mais se encontram referências às pessoas com deficiência no rol de incapacidades do Código Civil, fato que permite a interpretação de que, com base na literalidade da lei, as pessoas com deficiência são consideradas capazes para todos os atos da vida civil. De igual modo, as regras existentes sobre a curatela foram alteradas, sendo incluído o instituto da Tomada de Decisão Apoiada no art. 1.783-A do Código Civil. (AMARI, GEDIEL, 2020)

Os reclamos por reconhecimento e afirmação de direitos continuam tensionando a igualdade formal, a racionalidade abstrata e sua aparente neutralidade positivada no regime das incapacidades do Código Civil. Neste caso, o equacionamento dos problemas existentes no sistema codificado erigido sobre a igualdade formal e a permanência das desigualdades socioeconômicas e jurídicas desafia os civilistas contemporâneos e parece estar situado em outro plano – o da Filosofia do Direito.

A partir desses desafios teóricos e metodológicos, ganha relevância o princípio geral da equalização social ou da equalização das condições, que altera não só a maneira de se conceber a igualdade jurídica, mas também o modo de operar do direito para alcançar a realização da justiça, que passa de puramente distributiva para redistributiva compensatória, a ser realizada entre indivíduos visivelmente desiguais em direitos, acesso a direitos e gozo de bens materiais.

A discussão sobre a função do direito em relação à justiça e seus fins converge, portanto, para a retomada da discussão teórica do positivismo jurídico, que continua a afirmar a natureza lógico-formal das normas jurídicas e busca afastar o Direito de especulações filosóficas e metafísicas, ao defender que a questão da equalização não deve ocupar o espaço do Direito, pois é um tema filosófico restrito ao campo da moral. Em síntese, entende que a busca da igualdade por meio do Direito se situa, primeiro, como especulação filosófica; segundo, no campo político no espaço de formulação das leis.

O conjunto de reflexões até agora enunciadas pretendeu apresentar a igualdade abstrata como problema e não como solução para a desigualdade socioeconômica, na Modernidade, herdeira do humanismo jusnaturalista, que afirmou a igualdade entre os homens a partir de um dado natural comum a todos: sua racionalidade. Nessa perspectiva, se todos são dotados de racionalidade e consequentemente de liberdade, todos são iguais. O liberalismo jurídico que ensejou a codificação do Direito Civil é continuidade do humanismo e, por isso, não reconhece as desigualdades materiais que não decorrem apenas de privilégios fixados na lei.

REFERÊNCIAS

AMARI, Marina Luiza; GEDIEL, José Antônio Peres. *Estatuto da Pessoa*

com Deficiência e a teoria das incapacidades. Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. V.23. 2020. p. 31-63.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Duodécima Edição Atualizada. Volume I. Rio de Janeiro. Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1959.

CAPPELLINI, P. Il codice eterno. *La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*. In: CAPPELLINI P.; SORDI B. (Org.). *Codici. Una riflessione di fine millennio*. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, v., p. 11-68.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil – Introduction. Les Personnes*. Imprinta: Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v. 19, (1979).

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*. Porto Alegre. Editora Sérgio Antônio Fabris. 1990.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, S. *Droits*. Revue française de théorie juridique, n° 17: La Révolution française et le droit. Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

LOCHAK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*. Paris. Presses Universitaires de France. 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Parte Especial, Tomo VII, 1971.

PHILIPPE, Gérard. *L'égalité*, vol. IV, Études publiées sous la direction de R. DEKKERS (†), P. FORIERS, Ch. PERELMAN, par L. INGBER. Travaux du Centre philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1975.

PIOZZI, Patrícia. Tradução Lúcia Pereira de Souza. *Textos Filosóficos – Jean-Jacques Rousseau*. Editora Paz e Terra. São Paulo. 2002.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; Repolês, Maria Fernanda Salcedo. *Law and vulnerability / Derecho y vulnerabilidad / Direito e vulnerabilidade*. Orgs. Fabrício Bertini Pasquot Polido; Maria Fernanda Salcedo Repolês. 1ª ed. – São Paulo: Oficina das Letras / Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito; Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 2016.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie [1746-1807]. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Éditions Confluences, 78 pp. collection: Voix de la Cité. 2004. Disponível em https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em 11/10/2021.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie (1746-1807) *De l'Usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, par J.-E.-M. Portalis, précédé d'un essai sur l'origine, l'histoire et les progrès de la littérature française et de la philosophie, par M. le Cte Portalis, 2e édition.... Tome 1, Edition 2. Éditeur: Moutardier (Paris), 1827. Disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6546761g/f8.item.texteImage#> Acesso em 11/10/2021.

RIALS Stéphane, puis ALLAND Denis, *DROITS – REVUE FRANÇAISE DE THÉORIE, DE PHILOSOPHIE ET DE CULTURE JURIDIQUES*. Publié par P.U.F. Presses Universitaires de France, n°42, 2005.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,

2008.

ROCHER, Guy. *Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires in Droits fondamentaux et citoyenneté – une citoyenneté fragmentée, limetée, illusoire?* Michel Coutu, Pierre Bosset, Caroline Gendreau et Daniel Villeneuve. Montréal. Québec. Les Éditions Thémis. 2000).

ROERMUND, Bert van. *The Code Civil Between Enlightenment and Restoration*. The Heritage of Portalis. 2014. Disponível em <https://diametros.uj.edu.pl/diametros/article/view/634/737>. Acesso em 11/10/2021.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, nº 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

WEILL, A. et TERRE, F. *Droit civil. Les personnes, La famille, Les incapacités*. Éditeur: Dalloz; 4e éd. édition, 1978.

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR (PPGD/UFPR). Coordenador do Núcleo de Pesquisa Biotecnologia, Direito e Sociedade (BIOTEC, PPGD/UFPR). E-mail: jagediel@gmail.com ORCID: 0000-0002-4139-8559

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR (PPGD/UFPR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Biotecnologia, Direito e Sociedade (BIOTEC, PPGD/UFPR). E-mail: adriana.correa@ufpr.br ORCID: 0000-0001-6506-7300

Tradução dos autores: “*Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents. Les hasards et les événements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités entraînent nécessairement celles qu’on rencontre dans la Société. Par conséquent on aurait tort des*

craindre des abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes.”

Tradução dos autores: *“Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n’est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s’agit d’un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s’applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.”*

Tradução dos autores: *“On ne s’occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l’objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public.”*

Tradução dos autores: *“L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.”*

Tradução dos autores: *“(…) contrairement à Hobbes et Rousseau Portalis réfute l’égalitarisme “contraire à la nature” qui ne conserve ces ouvrages qui par des inégalités sagement graduées”. Portalis va même jusqu’à défendre la vision inverse de celle des Hobbes, et si, comme les révolutionnaires modérés les libéraux et les conservateurs du siècle il accepte l’égalité civile et rejette l’égalité politique et l’égalité socio-économique car en ce domaines l’inégalité est la garantie du maintien de l’ordre social.”*

Tradução dos autores: Pour les classiques du marxisme, voir par exemple, Engels, Anti-Dühring, Ed. Sociale page 125 etc: *“L’élimination de toutes inégalités sociales et politiques et une formule creuse car il aura*

toujours des différences ou des inégalités dans les conditions d'existence des hommes". Prétendre rendre tous les hommes égaux les uns aux autres, ajoute Lénine est la phrase la plus creuse et la sotte invention de l'intellectuel qui honnêtement parfois grimace et aligne des mots vides du contenu. "L'égalité et une duperie si on n'entend pas par égalité la suppression des classes. Voir Lénine premier congrès de l'enseignement extrascolaire 4 mai 1919, Oeuvres, T.XXIX p. 356-362.

Tradução nossa: *"La marche vers l'égalité des citoyens rencontre cependant aux yeux de Marshall un obstacle de taille: l'existence des classes sociales observe que celles-ci ont évolué au cours des deux derniers siècles. Elles étaient dans l'Ancien Régime comme divisant les hommes 'en un certain nombre d'espèces humaines héréditaires et elle était acceptée comme un ordre naturel."*

Tradução dos autores: *"(...) un relatif desintérêt pour la forme précise du régime politique (spécialement chez Constant), du moment qu'elle ordre social, basé sur la famille est la propriété, est conservé et que la "sûreté" qui constitue la véritable liberté est garantie par les institutions politiques."*

Tradução dos autores: *"Si pour garantir l'égalité, la loi doit faire abstraction de différences l'égalité se traduit logiquement par l'invisibilité juridique des groupes que le droit doit ignorer. On peut montrer à partir de quelques exemples que les progrès de l'égalité ont été en général de pair avec l'invisibilisation des groupes victimes de discrimination et leur intégration dans la formulation universaliste de la règle de droit."*

Tradução dos autores: *"Tantôt on désigne par l'aptitude ou l'inaptitude à acquérir et à posséder des droits à en être le titulaire – il s'agit alors d'une capacité ou d'une incapacité de jouissance; Tantôt on vise l'aptitude ou l'inaptitude à exercer les droits dont une personne est titulaire il s'agit dans ce cas d'une capacité ou d'une incapacité d'exercice."*

Tradução dos autores: *"Celui-ci prévoit que l'étranger jouira en France des mêmes droits que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra c'est qui revient à refuser la jouissance de tout ou parti des droits privés à l'étranger dont le*

pays n'a pas conclu de traité avec la France.”

Tradução dos autores: *“L’esclavage et la colonisation constituent des cas extrêmes de violation ou plutôt de reniement du principe de universalité.”*

Tradução dos autores: *“périssent les colonies si vous les conservez a ce prix”*

A autonomia do jurídico-estatal em face do teológico-eclesiástico conduz, portanto, a uma concepção do direito que, em última análise, se desvincula de todo princípio de justiça material (cf. NE, 129). Afirmar que o conceito de inimigo assume uma forma jurídica significa dizer que ele vem a ser concebido em termos fundamentalmente formais, ou, caso se prefira, em termos da sua “forma institucional” (NE, 161). (FERREIRA, Bernardo, *Kriterion* 49 (118) • Dez 2008. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2008000200004> Acesso em 31/10/2021)

Tradução dos autores: *“Cette dernière réflexion nous amène en effet au fond du problème. Car la question que se pose pour les juristes est la suivante: est-ce que la crise actuelle du principe d’égalité en matière de droit économique traduit seulement un malaise saisonnier ou au contraire elle est signe, l’expression particulière d’une crise plus profonde et structurelle de la société industrielle actuel? S’agit-il d’un abandon d’une valeur fondamentale de la société libérale au contraire d’une période de transition vers nouvelles formes d’existence.”*

Tradução dos autores: *“The problem of liberal logic is that the fiction of equality leads to the necessity of dissimulating the concrete circumstances that cause social inequality, creating a second fiction that justifies the disconnection between what its speeches promise and what they mean to accomplish. It forges the fiction of personal merit to legitimize the inequalities and the despotism of private freedom, covering up the fact that its fruition is limited to few.”*

MUNDO DO TRABALHO E DESIGUALDADES: ILEGALIDADES CONSTITUCIONAIS E ARRANJOS NORMATIVOS EXCLUDENTES²⁵⁹

LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO²⁶⁰

RENATA QUEIROZ DUTRA²⁶¹

1. INTRODUÇÃO

Proteção social e modulação da violência convivem na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988). No campo dos direitos sociais, permissividades constitucionais estabelecem a possibilidade de instituição e expansão de desigualdades no mundo do trabalho. Traços deste desenho do Estado brasileiro, em sua interação com o trabalho assalariado e o capital, permitem compreender como as classes e frações dominantes condensam poder e operam sua dominação, de forma a expandir as desigualdades de gênero, raça e orientação sexual.

Na clássica lição de Florestan Fernandes (1965; 1968; 1974), o capitalismo no Brasil é ligado a um regime de classes no qual as desigualdades sociais, econômicas e políticas são crescentes. As diversas formas de desigualdade são marcadas pelas características da sociedade agrária, baseada na agricultura de exportação e no regime escravista, que deu origem à sociedade industrial periférica.

Após a primeira Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD), a partir de 1973, a relação entre desigualdades e mundo do trabalho foi revisitada por autores como Carlos Antonio Costa Ribeiro (2003), Carlos Hasenbalg (1979) e Nelson do Valle Silva (1988), sem a

redução da desigualdade ao tema da renda e com conclusões que articulam indicadores a respeito da relação entre desigualdades de raça e de classe no país, a partir da análise de condições de vida e oportunidades de mobilidade social.

Este texto apresenta um olhar crítico sobre a convivência entre disposições normativas que estabelecem a igualdade e a desigualdade laborais na CRFB/1988. Para tanto, explora o sentido de um desenho discriminatório do contrato empregatício, na primeira seção. Na segunda, desenvolve o argumento para além do emprego e observa como a informalidade do trabalho é recepcionada e regulada pela Constituição da República.

2. DESIGUALDADES EMPREGATÍCIAS: SALÁRIO, JORNADA PARCIAL E PRIVACIDADE

Esta seção revisita o conceito ilegalidades constitucionais do trabalho, elaborado para investigar situações em que o *poder de legalidade* do Estado é operado no interior de permissividades constitucionais, com a expansão da relação desigual de poder, já existente nas relações de trabalho e inclusive de emprego, ainda antes das transformações recentes do Estado brasileiro (MELLO, 2020).

A extensão desigual do poder se realiza por meio de discriminação institucional, presente no desenho das contratualidades do trabalho realizado na Constituição Federal, observável em temas como direito à igualdade salarial e direito à privacidade, bem como na própria definição do que seja trabalho, como se verá na segunda seção deste texto²⁶².

A segregação racial e socioespacial do trabalho marca a história da formação da classe trabalhadora livre, a composição de gênero de determinadas atividades e as possibilidades de ação sindical para diferentes segmentos de trabalhadores e trabalhadoras no país. Por isso,

é apenas aparente a contradição concernente à vigência concomitante do direito geral de igualdade e da desigualdade no campo do trabalho na CRFB/1988. Igualdade e desigualdade se equilibram, na verdade, em um desenho discriminatório da regulação pública do trabalho, tido como normal ou parâmetro da regulação.

Para compreender o que se entende por desenho discriminatório, convém diferenciar tratamento e impacto discriminatório, conforme estabelecida pelo direito estadunidense, no caso *International Brotherhood of Texas v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos EUA. O precedente reconhece discriminação em práticas empregatícias facialmente neutras, mas que incidem mais duramente sobre um grupo do que sobre outro. Igualmente relevante é o caso *Griggs v. Duke Power*, no qual se discutiu a legitimidade de exigência de requisito escolar ou de pontuação em teste de inteligência para contratação ou promoção de trabalhadores e trabalhadoras em empresas.

Os requerimentos, “(...) ainda que neutros em face do critério racial, resultava[m] em discriminação proibida, uma vez que uma porcentagem muito mais elevada de negros era reprovada” (RIOS, 2008, p. 121). A Suprema Corte decide, então, com base no Título VII do *Civil Rights Act*, “(...) pela ilegitimidade dos testes, dado seu caráter discriminatório quanto aos resultados obtidos, isto é, em face do impacto racial diferenciado” (RIOS, 2008, p. 121)²⁶³.

A categoria discriminação indireta oferece destaque à gênese da situação de “normalidade” da discriminação, “(...) a partir da dinâmica social, do ambiente institucional e das organizações sociais em que os indivíduos se inserem” (RIOS, 2008, p. 135). Esta normalidade discriminatória pode ser colhida, no justrabalhismo brasileiro, mediante um olhar sobre temas selecionados na regulação das contratualidades laborais e mediante o exame de sua crescente flexibilização.

A regulação realizada pelas normas jurídicas da CLT é, ela mesma, flexibilizada, como afirmou Coutinho (2013, p. 179): “(...) a

Consolidação das Leis do Trabalho resistiu e se traduz no mundo do trabalho pela negativa dos processos flexibilizantes não por outro motivo senão pelo fato de que já é flexibilizada”. O descumprimento de diretrizes normativas laborais não acarreta sanções específicas, pela presunção de licitude atribuída ao exercício regular do poder empregatício, bem como à preservação e à defesa da propriedade privada, em temas como jornada suplementar, revistas e direito potestativo de dispensa (COUTINHO, 2013, p. 179).

Quando o empregador frauda um direito contratual trabalhista, em geral, não fica sujeito a sanções específicas, além da exigência do cumprimento do direito que violou, caso o empregado tenha condições de demandar em juízo e provar o ocorrido. Os três temas suscitados por Coutinho para descrever a *CLT flexibilizada* são precisos e úteis para a compreensão do conceito de *ilegalidades constitucionais do trabalho*, revisitado neste texto.

Explorar dimensões de uma CLT flexibilizada não é incompatível com o reconhecimento de que a construção da vedação à discriminação foi iniciada em instrumentos internacionais juslaborais²⁶⁴ e com a observação de que a igualdade entre homens e mulheres trabalhadoras está consagrada constitucionalmente (CRFB/1988, art. 3º, IV, art. 7º, XXX, XXXI e XXXII).

Em outro sentido, propõe-se um olhar sobre o ardiloso desenho institucional recepcionado pela Constituição Federal, que permite compreender como legítimas, por exemplo, enunciados normativos que (a) estabelecem como regra lícita a desigualdade salarial, se assim desejar o empregador (CLT, art. 461), (b) permitem a regulação de uma jornada reduzida, com salário mínimo proporcional e (c) permitem discriminação racista pré-contratual, com licitude da exigibilidade de certidão de antecedentes criminais para contratação.

(a) O direito à equiparação salarial consiste na ideia de que, atendidos determinados requisitos legais, é exigível judicialmente o

direito a igual salário para mesma função. Ou seja, não existe no ordenamento jurídico brasileiro um “direito à igualdade salarial”, e sim um direito a reivindicar equiparações: que o salário de alguns funcionários (não todos) possam ser equiparados aos de outros (não todos), conforme parâmetros legais. A regra estabelecida pela lei, pois, é a da *desigualdade salarial*.

Antes da contrarreforma trabalhista, a CLT já assim estabelecia o artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho que, sendo idêntica a função e de igual valor o trabalho, prestado perante o mesmo empregador e na mesma localidade, corresponderia igual salário. No entanto, trabalho de igual valor, na definição celetista, seria apenas aquele em que seja constatável igual produtividade, mesma perfeição técnica e tempo de admissão no serviço não superior a dois anos (CLT, art. 461, §1º).

Um desenho institucional discriminatório do direito ao salário permite, assim, que homens e mulheres, negros e brancos, LGBTIs e heterossexuais, entre outros, recebam salários distintos. Não é preciso que o empregador tenha por intenção fornecer salários diversos. Pelo contrário, pode até mesmo o empregador ter uma política de ações afirmativas e passar a contratar, a partir de determinado momento, mais negros(as), mulheres e pessoas LGBTI. Se a política de ações afirmativas tem começo dois anos após a última contratação, não há nenhuma obrigação legal a fornecer igual salário, por força do art. 461, §1º²⁶⁵.

(b) A jornada parcial foi instituída por meio da Medida Provisória 1.709/1998, que criou este hibridismo contratual, ao acrescentar o artigo 58-A à Consolidação das Leis do Trabalho. O dispositivo normativo estabelecia, antes da contrarreforma trabalhista de 2017, que: “Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”.

Esta cláusula híbrida contratual é mais comum nos contratos de

emprego de trabalhadoras mulheres do que nos contratos de trabalhadores homens, possivelmente pela dupla jornada de trabalho de mulheres, pois é invisibilizada aquela realizada nas residências. Marilane Teixeira destaca a prevalência da cláusula contratual de jornada parcial nos contratos de mulheres a partir de dados da RAIS de 2015, segundo os quais a jornada parcial representa 41,2% dos empregos de mulheres e 24,7% dos empregos de homens (TEIXEIRA, 2017, p. 22).

Dado que o contrato de jornada parcial é prevalecente entre as mulheres trabalhadoras, deve-se analisar se as disposições especiais normativas previstas para contratos de emprego com esta cláusula híbrida possuem um patamar protetivo inferior aos contratos de emprego de jornada integral. Uma vez que haja um patamar protetivo diferenciado, estar-se-á diante de *impacto discriminatório* sobre mulheres trabalhadoras.

A partir da análise da legislação, depreende-se que o principal efeito da existência de um regime por tempo parcial é a possibilidade de recebimento de salário *abaixo do mínimo*, porque proporcional à jornada de trabalho *contratada*, ainda que isso já fosse possível antes da instituição da nova modalidade contratual²⁶⁶. A título ilustrativo, pode-se supor um salário mínimo nacional de mil reais. Se o trabalhador for contratado para um regime de 22 horas semanais, receberá proporcionalmente ao salário mínimo padrão, de 44 horas semanais. Portanto, receberá a metade, isto é, 500 reais mensais.

A leitura do dispositivo constitucional (CRFB/1988, art. 7º, IV²⁶⁷), no entanto, não fornece indícios de que o salário mínimo tenha como referência a jornada integral e como regra a proporcionalidade à jornada contratada, ainda que essa seja a prática adotada no país. Tem-se, pois, que o poder de legalidade do Estado pode afastar a finalidade da norma constitucional do salário mínimo, que prevê uma remuneração capaz de atender necessidades vitais básicas da pessoa

que trabalha e de sua família²⁶⁸.

Além da flexibilização legal do salário mínimo, também as férias da trabalhadora e do trabalhador em regime de tempo parcial possuem um cálculo e extensão diferenciados e, por isso, são potencialmente discriminatórias, como destacado por Coutinho (2017a, p. 99)²⁶⁹, dado que são desiguais em relação às férias do trabalhador em regime de tempo integral.

(c) A permissividade constitucional para o exercício da desigualdade também se expressa na violação indireta ao direito fundamental à privacidade, como previsto na CRFB/1988, art. 5º, X²⁷⁰. Os tribunais trabalhistas permitem revistas em trabalhadores, com o objetivo de preservação da propriedade privada.

Como asseveram Coutinho e Araújo (2016, p. 150): “o empregado, ao se colocar no espaço de restrição de liberdade em decorrência da situação de subordinação, não abre mão – e nem poderia – de sua ‘vida extra-laboral’”. Isso porque, no trabalho ou fora dele, “o trabalhador continua a ser titular de direitos e de liberdades inalienáveis” (COUTINHO; ARAÚJO, 2016, p. 150).

O problema da ausência de regras sobre monitoramento de vestiário, banheiro, contas bancárias e antecedentes criminais é respondido pelos tribunais, como destacam os autores, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade ou uma afirmação genérica dos direitos da personalidade. Essa compreensão constitucional dos tribunais trabalhistas, a respeito do direito fundamental à intimidade durante a execução contratual, resulta na proteção do capital, e não do trabalho²⁷¹.

No caso analisado pelo Tribunal Superior do Trabalho em Incidente de Recurso Repetitivo (Caso *Alpargatas S.A.*²⁷²), em 2017, normatiza-se a exigibilidade de certidão de antecedentes criminais de candidatos a emprego, por previsão legal, natureza do ofício ou grau especial de fidúcia que a atividade laboral, em tese, exige. Listam-se

dezenas de atividades laborais em que tal exigência é legítima e não traduz tratamento discriminatório, como empregadas domésticas, cuidadoras de menores, idosos ou deficientes, bancários, trabalhadores que atuam com informações sigilosas, entre outros.

A regulação do TST, ao relativizar a presunção de inocência para alguns grupos de trabalhadores, materializa uma discriminação indireta contra a população negra e jovem, maior parte da população carcerária no país e, portanto, desigualmente atingida pelos efeitos da possibilidade de tratamento discriminatório legalizado²⁷³. Deveria ser considerada inconstitucional a exigência de certidão de antecedentes, por violação direta da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (CRFB/1988, art. 1º, III) e do direito fundamental à igualdade (CRFB/1988, art. 5º), ao atribuir a uma significativa parcela da população uma *permissão constitucional de discriminação* no acesso ao contrato de trabalho e, portanto, uma discriminação indireta no acesso ao assalariamento formal.

Os casos examinados até aqui tratam do contrato de emprego, em tese regime de trabalho com maior densidade na proteção social conferida pelo Estado à relação privada de trabalho. Em todos eles, observa-se inexistência de incompatibilidade entre a prescrição geral de igualdade da Constituição da República e a expansão de enunciados jurídicos pelas quais se expande a desigualdade entre homens e mulheres e entre negros(as) e brancos(as).

3. REGULAÇÃO DA INFORMALIDADE E DESIGUALDADES DO TRABALHO

Trabalho, amor, cuidado, empreendedorismo: as fronteiras entre os sentidos jurídicos atribuídos a essas palavras são construções determinadas pelas dinâmicas do padrão de dominação instituído no país e estabelecem clivagens sexistas, racistas e homotransfóbicas para

aquilo que o mundo do trabalho compreende como formal ou informal. Este capítulo revisita esta falsa dicotomia e propõe uma segunda aproximação ao desenho institucional discriminatório do trabalho estabelecido pela Constituição da República.

Muito embora existam concepções sofisticadas sobre discriminações, aptas a dar conta das complexidades que se colocam nas relações sociais e, sobretudo, nas relações de trabalho, as perspectivas juslaborais hegemônicas sobre igualdade e discriminação tendem a considerar como comportamentos censuráveis aqueles engendrados por sujeitos que, deliberadamente, produzem situações discriminatórias pautadas em critérios injustos, como visto na seção anterior.

A compreensão restrita da desigualdade, que a reduz à discriminação direta, leva à individualização da atitude discriminatória passível de repúdio do direito, bem como constrói uma tendência de que essa atitude seja considerada somente a partir de intencionalidades dos sujeitos que as protagonizam. Mesmo assim, em diversas situações, as intencionalidades presentes nos comportamentos discriminatórios são toleradas, naquilo que denominamos autorizações para discriminar.

A ideia de discriminação, quando considerada a partir do crivo do ato individual e de sua intenção subjetiva, tem por pressuposto uma certa métrica ou um certo consenso em torno das premissas que organizam o debate. Quando falamos de desigualdades no mundo do trabalho, essa aferição pressupõe o consenso, por exemplo, sobre o que seja trabalho (que, no reducionismo de algumas perspectivas jurídicas, por vezes, significa o que seja emprego), além de outros que se desenham a partir da lógica das *ilegalidades constitucionais do trabalho*.

Assim, o que nos diz o limitadíssimo art. 461 da CLT, que supostamente trata da igualdade salarial, é que se duas pessoas que exercem o mesmo trabalho para o mesmo empregador, elas não podem ser remuneradas de modo distinto, sempre que observados os critérios restritivos que exploramos na seção anterior (tempo de serviço,

produtividade, perfeição técnica etc.).

Mesmo que se considerasse uma leitura constitucional ampliativa, para oferecer um espectro de igualdade mais consistente, o problema permaneceria. Em relação aos padrões gerais mínimos de proteção, teríamos, a par de um esforço hermenêutico constituído em torno de uma exegese progressista da Constituição de 1988, a ideia de que, se duas pessoas exercem o mesmo trabalho, ambas deveriam, por respeito à isonomia e ao texto não restritivo do art. 7º, *caput*, da CF/88, acessar um nível mínimo de proteção social desenhado naquele dispositivo orientador, conforme a tendência expansionista do direito do trabalho, como proposta por Delgado (2020).

Esta hermenêutica comprometida com a igualdade é marcadamente destoante das leituras constitucionais que transitam nas instituições de regulação, o que não impede que verifiquemos, mesmo nela, um certo consenso acerca do que seja trabalho. Por exemplo, se uma pessoa trabalha e a outra dedica amor, estamos tratando de categorias incomparáveis para efeito do reconhecimento da discriminação. Se uma pessoa trabalha e a outra empreende/ganha a vida, também estamos falando de realidades distintas, incomparáveis. Em ambos os casos, ademais, não poderíamos sequer imputar a um mesmo sujeito empregador/tomador a conduta ativa de tratar diferenciadamente as práticas de amar, trabalhar e empreender, incomensuráveis entre si.

Definir, afinal, o que seja trabalho delimita um horizonte em relação ao qual podemos pensar se somos tratados de modo igual ou desigual no mundo do trabalho. Se as normas que protegem trabalhadores, ainda que consideradas como estatutos gerais e diretrizes mínimas de proteção, são cumpridas e implementadas em importância igual ou desigual para os sujeitos envolvidos.

Mas e se a própria construção do conceito de trabalho, sobretudo o conceito de trabalho tomado como significante para a regulação do trabalho, incorpora em si elementos de um desenho

discriminatório do direito do trabalho? Nesse caso, a régua definidora da métrica das discriminações seria a própria estruturante da desigualdade que, por consequência, não poderá ser assimilável a partir da mera análise de comportamentos individuais e estará infensa à aferição de intencionalidades e distorções injustas.

Como de costume, é inviável enfrentar problemas complexos com soluções simplistas, como aquelas que se propõem à afirmação abstrata de igualdade em face das estruturas postas em uma sociedade desigual, nas quais as opressões se atravessam interseccionalmente (CRENSHAW, 2002), por meio do mero repúdio a atitudes individuais. Mas, afinal, o que é trabalho?

Partindo da perspectiva da trajetória histórica da regulação do trabalho na experiência da Europa ocidental e dos seus espelhamentos no contexto brasileiro, podemos observar que a noção de trabalho sobre a qual se erigiu o marco regulatório protetivo que se denominou direito do trabalho não foi outra que o trabalho subordinado fabril desempenhado por homens brancos cisheteronormativos. A própria posição referencial desses sujeitos na perspectiva regulatória pré-jurídica, construída pelos sujeitos do mundo do trabalho, designava como “meias forças” o trabalho feminino e o trabalho infantil. Até mesmo para essa exploração injusta e para seu questionamento, a referência era o homem.

Economistas e juristas do campo feminista têm centrado sua atenção no sujeito protegido por esse modelo do contrato de trabalho forjado a partir da construção do assalariamento fabril europeu e tem demonstrado que, longe da pretensão de tutelar um sujeito abstrato e universal, em verdade, o contrato de trabalho, no formato desenhado a partir da doutrina clássica e eurocêntrica, prefigurou um modelo apto a proteger um trabalhador do sexo masculino, branco e engajado no trabalho industrial (VIEIRA, 2018).

Mais que isso, projetou-se sobre um trabalhador isento de responsabilidades reprodutivas, que incluem o cuidado de pessoas,

sejam elas crianças, enfermos ou idosos, bem como o cuidado com as próprias necessidades das pessoas em atividade produtiva. Apenas assim se tornaria viável a dinâmica da jornada a ele imputada como razoável, sem pausas e interrupções demandadas pelo trabalho de cuidado, e se tornaria razoável a mensuração do salário necessário para sua sobrevivência a partir do cômputo, tão invisibilizado quanto necessário, do valor agregado pelo trabalho doméstico executado gratuitamente pelas mulheres de suas famílias (VIEIRA, 2018).

Ou seja, a ideia de proteção pautada em um contrato de trabalho que dimensiona uma jornada fordista e um salário mínimo voltado à renda familiar pressupõe a proteção de um homem que é, gratuitamente, cuidado por mulheres do seu conjunto familiar. Esse trabalho invisível, não protegido por essa modalidade contratual ou por qualquer outra forma institucional, é sustentáculo essencial da estrutura do contrato de trabalho, em nome da qual o direito do trabalho centrou seus esforços protetivos.

A compreensão socialmente imposta acerca do que seria o trabalho de cuidado não remunerado, ao qual a grande maioria das mulheres do mundo dedica uma quantidade de horas significativamente superior às dedicadas pelos homens, se chamaria *amor*, e não trabalho não pago, na construção de Silvia Federici (2019). Como então pensar em igualdade no trabalho se parcela importante do trabalho que consome horas diárias das mulheres e as impede de igualitário acesso à qualificação e à produtividade não é sequer considerado na métrica do trabalho?

Quando as mulheres brancas, historicamente restritas ao trabalho reprodutivo e privadas do acesso ao espaço produtivo, adentraram ao mercado de trabalho formal, fizeram-no por meio de contratos padrão masculinos que não se inflexionam para contemplar a realidade do acúmulo em relação às responsabilidades reprodutivas, nem mesmo às vivências do tempo peculiares que são por elas engendradas. Ao tratar a mulher como um trabalhador homem que,

eventualmente, dá à luz e precisa de uma licença para amamentação e primeiros cuidados das crianças, nada na legislação se alterou para contemplar, estruturalmente, a realidade do trabalho feminino, a despeito da centralidade do cuidado na vida das mulheres (VIEIRA, 2018).

Por outro lado, o trabalho de cuidado que as mulheres brancas são coagidas a assimilar como amor, para as mulheres negras, é fator de subalternidade e privação de sua própria experiência de maternagem. Quando as mulheres negras adentram o espaço do trabalho remunerado formal, o que acontece num processo tardio e socialmente rebaixado, como analisa Lélia Gonzalez (2020), elas não acessam a tipologia contratual do sujeito universal (o emprego celetista).

Quando muito, são submetidas a contratos especiais ou hibridizados (MELLO, 2020), como o contrato de trabalho doméstico, que, até um passado muito recente, não se submetia sequer ao limite de jornada, sendo esvaziado de direitos em relação ao contrato de trabalho “padrão”, implicitamente masculino e branco²⁷⁴, ou a arranjos precários e informais. Veja-se: longe de se promover a inserção das trabalhadoras na legislação vigente, se cria, em apartado, um contrato atípico que legitima o tratamento desigual e as afasta da possibilidade comparativa com os demais trabalhadores, deixando a brecha para a sua própria não configuração por meio do reconhecimento, por exclusão, da figura das diaristas – informais, desprovidas de direitos.

Importante observar, ainda a partir de Lélia Gonzalez (2020), que esse conceito sociológico de trabalho doméstico já serviria para designar todas as demais formas de trabalho de cuidado realizadas por mulheres negras no espaço público, como serventes, crecheiras, merendeiras e afins, em condições contratuais sempre subalternizadas, como por meio da terceirização trabalhista²⁷⁵, que ressignificaria o trabalho formal a partir das vulnerabilidades das sujeitas que tensionam suas fronteiras, acomodando a precarização como regra (DRUCK,

DUTRA, SILVA2020; DUTRA, FLEURY, 2021).

Opera-se um duplo movimento. O primeiro movimento realiza uma regulação contratual espoliativa de parte dos trabalhos de cuidado, como aqueles realizados por domésticas, cabeleireiras, manicures e outros, ao hibridizar o contrato típico e legalizar a desigualdade em arranjos contratuais especiais (MELLO, 2020). O segundo exclui o cuidado do conceito de trabalho referenciado pela regulação e estrutura a não-regulação jurídica de parcela importante do trabalho essencial desenvolvido no mundo, como zona do não-ser (PIRES, 2019). Legitima-se, assim a construção de categorias discriminatórias para mulheres, sobretudo mulheres racializadas, que precisam vender sua desprestigiada atividade de cuidado (trabalho!) para sobreviver.

Ao tratar dos cruzamentos que evidenciam as contradições do conceito socialmente imposto de trabalho, a questão racial merece especial destaque. No Brasil, seu trato está associado ao mito da democracia racial (FERNANDES, 1965) e dos seus impactos estruturantes no mercado de trabalho, sobretudo nos contextos de formulação de políticas públicas e de assimilação de mecanismos não discriminatórios na legislação do trabalho. Na elaboração do conceito de “ignorância branca”, Charles Mills (2018) nos conduz a dar conta de um processo cognitivo, historicizado, no qual a administração da memória atua para apagar processos sociais conducentes à construção de privilégios e desigualdades.

A memória da escravidão como evento, como observa Saidyia Hartman (2021), por vezes se presta a ocultar a sujeição racial, o encarceramento, o empobrecimento e a cidadania de “segunda classe” que são seus grandes legados. A ela se atrelam, conseqüentemente, o racismo enquanto estrutura de definição do poder nos mais diversos espaços, como ensina Silvio Almeida (2019) e o trabalho não constitui exceção, mas sim elemento central.

Essas continuidades se revelam na persistência da atribuição de determinados tipos de trabalho às pessoas negras, bem como no

tratamento regulatório recebido por esses sujeitos em suas experiências de trabalho, seja com distinções regulamentadoras, como é o caso do trabalho doméstico, seja com distinções quanto à implementação da lei que abstratamente alcança os sujeitos, como é o caso de trabalhadores terceirizados da limpeza. Em todos os casos, perpetuam-se condições sociais e de reconhecimento social rebaixadas, com constante exposição à violência no trabalho.

Raíssa Roussenq Alves (2019) explica como a conformação do trabalho livre após a abolição da escravidão se deu a partir do racismo e de uma disposição expressa para ignorar tanto os efeitos da escravidão como a própria população negra. É a partir daí que a política desenvolvimentista do início do século passado pensou a modernização do país junto com o branqueamento da população trabalhadora.

Nos setores industriais estratégicos foi fomentada a presença do imigrante branco, supostamente mais qualificado, apto ao trabalho e capaz de alavancar nosso desenvolvimento, em oposição à força de trabalho negra, que foi relegada à marginalidade. Nessa esteira, é também o imigrante branco o beneficiário da legislação trabalhista, que foi forjada tomando-o como padrão. A ideia era a de que, a partir desses sujeitos, se forjasse uma classe trabalhadora “digna” para o país, ignorando aquela que de fato existia, como se essa seletividade fosse capaz de fazê-la desaparecer (ALVES, 2019).

Sem desconsiderar as perspectivas de genocídio do povo negro, de que nos fala Abdias Nascimento (2016), o resultado dessa política foi criar abismos sociais e nas relações de trabalho: um mercado de trabalho dividido (desigualmente, ressalte-se) entre uma formalidade atravessada e também sistematicamente burlada pela cultura elitista e violenta no trabalho, responsável por altos níveis de descumprimento do direito posto; e uma informalidade ampliada, desprovida de direitos e capaz de pressionar externamente o mercado de trabalho formal, além de rebaixar seus padrões mínimos pelas constituição de sentidos para o trabalho no país.

Nesse enredo, a população negra vai sendo tocada, como ensina Mário Theodoro (2005), em direção à informalidade nas grandes cidades, como forma de buscar a sobrevivência. Há um contorno racial no processo de favelização e, também, na divisão do espaço urbano público, que acaba por reproduzir desigualdades e diferenças de acesso aos direitos mais elementares à sobrevivência. Esse modo de “superar” a escravidão, ignorando seus efeitos e a população que fora escravizada, alimenta de forma premente na sociedade a desigualdade, o racismo e o subdesenvolvimento, com a persistência do trabalho informal como modo estruturante da nossa vida econômica.

Isso acontece porque o desenvolvimento econômico contraditório da América Latina e do Brasil vai acontecer não por meio da superação do velho para dar lugar ao novo, mas de uma amalgamento entre o novo e o velho que se demonstrou interessante para as classes dominantes brasileiras, como explica Francisco de Oliveira (2013). É por meio do trabalho informal no campo e na cidade que se barateia o custo de vida do operariado urbano e se permite, assim, que sejam praticados baixos salários mesmo no setor formal.

No entanto, o trabalho informal essencial à acoplagem instituída pelo nosso capitalismo dependente, o que aparece na experiência do vendedor ambulante, da baiana de acarajé, do camelô, do “flanelinha” e, mais recentemente, do entregador de aplicativos. Todas essas atividades têm em comum a imposição a esses conjuntos tão diversos, mas persistentemente negros, da pecha de sujeitos que ganham a vida de forma marginal ou, quando muito, a insígnia perversa de empreendedores, que podem acessar direitos por meio da burocrática e por vezes inacessível formalização de um MEI, mas que sequer se colocam, de forma substantiva, na arena da regulação jurídica formal do trabalho.

Trabalhar, amar e empreender, como léxicos diversos para uma mesma experiência, integram a nossa questão social e estruturam um mundo do trabalho desigual, silenciando interseccionalidades entre

classe, gênero e raça.

Em uma aproximação concreta ao aumento das desigualdades do trabalho nos últimos anos, os temas tempo de trabalho, salário e desocupação são elucidativos.

Em 2019, a população com 14 anos ou mais de idade dedicava, em média, 16,8 horas semanais aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas, sendo 21,4 horas semanais dispendidas pelas mulheres e 11,0 horas pelos homens, em média. De 2016 para 2019, essa diferença entre as médias masculina e feminina aumentou de 9,9 para 10,4 horas semanais, consoante dados do Suplemento “Outras Formas de Trabalho”, da PNAD Contínua 2019.

Ainda segundo a PNAD Contínua 2019, a taxa de desocupação entre pretos ou pardos foi de 13,6%, e entre brancos foi de 9,3%, em 2019. Entre as pessoas ocupadas, o percentual de pretos ou pardos em ocupações informais chegou a 47,4%, enquanto entre os trabalhadores brancos foi de 34,5%. A mesma fonte de dados revela que, no período, a população ocupada de cor ou raça branca ganhava em média 73,4% mais do que a preta ou parda, o que significa, em valores uma renda mensal de trabalho de R\$ 2.884 frente a R\$ 1.663. Como saldo desse processo, entre as pessoas abaixo das linhas de pobreza, 70% eram de cor preta ou parda, sendo que a pobreza afetou mais as mulheres pretas ou pardas: 39,8% dos extremamente pobres e 38,1% dos pobres.

Os indicadores fornecem importantes indícios sobre as desigualdades no mundo do trabalho, mas não explicitam dimensões da precarização do trabalho como regra que se localizam no desenho institucional discriminatório de institutos jurídicos da relação de emprego e da definição constitucional do que seja trabalho.

Os lugares originalmente ocupados pelas que “amam” e pelas/os que “empreendem” atribuem significados político-jurídicos também à sua forma de ocupar posições no trabalho formal, quando efetivamente conseguem acessá-las. Os desconfortos sociais em torno desse deslocamento mobilizam violências e banalizações de

descumprimentos de direitos contra esses indivíduos onde quer que eles estejam. Assim, os nichos de trabalho formal destinados a mulheres, a pessoas negras e a pessoas LGBTI+ informam desigualdades porque as vivências nesses espaços, determinados socialmente, são atreladas a elementos de precariedade que perversa e ideologicamente são associados a esses trabalhadores e trabalhadoras.

Os empregos precários, as contratualidades espoliativas e os descumprimentos legais diversos permitem denunciar a falsa dicotomia entre formal e informal, dada a constitucionalidade atribuída à regulação da informalidade. A definição do que seja trabalho, longe de constituir questão conceitual irrelevante ou introdutória à discussão dogmática laboral, mostra como a regulação jurídica não se omite, mas sim conforma um desenho institucional discriminatório do direito do trabalho, que faz conviverem expansão da desigualdade e da violência na Constituição da República, em uma construção excludente que Pereira e Nicoli denominam de “segredos epistêmicos do direito do trabalho” (2020) e no bojo da qual os silenciamentos sobre racismo e sobre o legado da escravidão atravessam as construções teóricas dos campos crítico e conservador do direito do trabalho, como observou Silva (2020).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar desigualdades e trabalho em uma sociedade capitalista e, mais especificamente, na periferia do capital, pressupõe compreender que os arranjos jurídicos e regulatórios constituídos prestaram-se historicamente a acomodar as estruturas sociais desiguais e os modelos de exploração hegemônicos, os quais, em um contexto de subdesenvolvimento e colonização, incluíram a importante conformação do que se denominou informalidade.

A superexploração do trabalho se coloca como elemento

atravessador do formal e do informal, valendo-se das desigualdades interseccionalmente colocadas, para acentuar a exploração do trabalho. A informalidade, além de não ser enfrentada pelo planejamento social do Estado, “enquadrou a regra”, como bem sintetiza Francisco de Oliveira (2003). Esse enquadramento se expressa na legalização, permitida pela Constituição, de um desenho institucional discriminatório de institutos jurídicos do trabalho e do emprego.

Sem perder de vista as limitações da forma jurídica em relação a transformações estruturais da sociedade, certo é que a crítica e o construção de horizontes de resposta para esses processos, desde o ponto de vista do direito, passam pelo questionamento radical dos conceitos que os orientam.

Nesse sentido, desnudar as insuficiências ou tolerâncias das instituições e da nossa cultura jurídica às desigualdades e construir novos imaginários sobre o trabalho e os modelos de proteção social são passos elementares para superarmos a ideologia conformista e fatalista, como denunciava Paulo Freire (2016, p. 45): “O discurso da impossibilidade da mudança para a melhora do mundo não é o discurso da constatação da impossibilidade, mas o discurso ideológico da inviabilização do possível. Um discurso, por isso mesmo, reacionário; na melhor das hipóteses, um discurso desesperadamente fatalista”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

ALVES, Raíssa Roussenq. *Entre o silêncio e a negação: uma análise da CPI do trabalho escravo a ótica do trabalho “livre” da população negra*. Dissertação de Mestrado defendida perante o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Orientação: Gabriela Neves Delgado. 2017.

BUENO, Winnie de Campos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Legalidade discriminatória e direito a alimentação sagrada. *Revista Direito e Práxis*, Vol. 11, N.03, 2020, p. 1597-1623, Rio de Janeiro, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 815.869/PR*. Brasília, 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Incidente de Recurso Repetitivo 243000-58.2013.5.13.0023* [Caso Alpargatas S.A.]. Brasília, 2017.

CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. Portal da Câmara dos Deputados, Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Publicado em 6 ago 2018. Último acesso 30 dez 2019.

COUTINHO, Aldacy. Direito capitalista e democrático do trabalho nos marcos do Estado Providência: 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho Brasileira. *Estudos do Século XX*, v. 13, p. 167-180, 2013.

_____. Força da lei e o projeto de declínio da ordem simbólica. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, p. 89-112, 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção da Intimidade e da Privacidade do Trabalhador: Há realmente uma proteção adequada?. In: *El Derecho A La Intimidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

CRENSHAW, Kimberle Crenshaw – Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”. *Estudos Feministas*, 10 (1): 171-188, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2020.

DUTRA, Renata Q. *Direito do trabalho: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora RTM, no prelo.

[DUTRA, R. Q.](#); FLEURY, F. M. Da pista e do quarto de despejo ao telemarketing: sujeitas subalternas, cuidado e os sentidos da terceirização. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 2021.

DRUCK, Graça; DUTRA, Renata e [SILVA, Selma Cristina](#). A Contrarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. *Caderno CRH* [online]. 2019, vol.32, n.86, pp. 289-306. Epub Oct 10, 2019. ISSN 1983-8239. <https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30518>.

INFOPEN – *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Thandara Santos (org.). 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução: Coletivo Sycorax – São Paulo: Elefante, 2019.

FERNANDES, Florestan. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. São Paulo: Difel, 1965.

_____. *Sociedade de classes e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

_____. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Indignação: Cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

HARTMAN, Saidiya. O tempo da escravidão. ***Periódicus***, Salvador, n° 14, v.1, nov.2020-abr.2021 – Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades Publicação periódica vinculada ao Núcleo de Pesquisa NuCuS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA ISSN: 2358-0844., P. 242-262.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do Valle. *Estrutura Social, Mobilidade e Raça*. Rio de Janeiro: IUPERJ/Vértice, 1988.

MELLO, Lawrence Estivalet de. *Crise do contrato de trabalho e ilegalidades expandidas*. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2020.

MILLS, Charles W. Ignorância branca. Tradução de Breno Ricardo Guimarães Santos. *Griot: Revista de Filosofia*, Amargosa/Bahia, v.17, n.1, p. 413-438, junho/2018.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

OLIVEIRA, Francisco de. *A Navegação Venturosa: Ensaio sobre Celso Furtado*. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2013.

PEREIRA, Flávia Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista brasileira de políticas públicas*. V. 10, nº 2. Ago, 2020.

PIRES, THULA. Direitos humanos e Améfrica Ladina: Por uma crítica amefricana ao colonialismo jurídico. *LASA FORUM*, v. 50, p. 69-74, 2019.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. Estrutura de classes, condições de vida e oportunidades de mobilidade social no Brasil. In: HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do Valle (Orgs.). *Origens e Destinos: Desigualdades sociais ao longo da vida*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, nº 4, p. 261-294, 2016.

SANTANA, Raquel Leite da Silva. *O trabalho de cuidado remunerado em domicílio como espécie jurídica do trabalho doméstico no Brasil: uma abordagem juítrabalhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus*. 2020. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SILVA, João Victor Marques. A invisibilidade do racismo no direito do trabalho no Brasil. In: *Justificando*. 12/8/2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/08/12/a-invisibilidade-do-racismo-no-direito-do-trabalho/> Acesso em 13 set. 2021, 22h00.

TEIXEIRA, Marilane. O desmonte trabalhista e previdenciário: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos. *Análise*, nº 26. São Paulo: Friedrich Erbert Shiftung Brasil, 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>>. Acesso em: 5 dez 2019.

THEODORO, M. L.. As características do mercado de trabalho e as origens do informal no Brasil. In: Luciana Jaccoud. (Org.). *Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 91-126.

VIEIRA, Regina Stela Correia. *O cuidado como trabalho: uma interpelação do direito do trabalho a partir da perspectiva de gênero* (Tese de Doutorado). PPGD-USP. 2018.

As ideias desenvolvidas neste texto foram sustentadas, originalmente, em Mello (2020) e Dutra (2021).

Professor de Direito do Trabalho e Legislação Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA (PPGD/UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal

do Paraná (UFPR), Bacharel em Direito pela UFPEL e em Filosofia pela UFPR. Pesquisador do grupo de pesquisa Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (FD/UFBA) e do grupo Trabalho, Precarização e Resistências (CRH/UFBA). Integra a REMIR, a RENAPEDTS e a ABET. E-mail: <Lawrence.emello@gmail.com>.

Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UnB (PPGD/UnB). Doutora e Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Bacharel em Direito pela UFBA. Pesquisadora dos grupos de pesquisa Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (FD/UFBA), do grupo Trabalho, Precarização e Resistências (CRH/UFBA) e do Grupo “Trabalho, Constituição e Cidadania” (FD/UnB). Integra a REMIR, a RENAPEDTS e a ABET. E-mail: <renata.dutra@unb.br>.

Em sentido diverso ao adotado neste texto, para fornecer destaque a situações em que a lei é manipulada para atingir um grupo específico, ainda que com aparência de universalidade, José Rodrigo Rodriguez cunhou a expressão “legalidade discriminatória” (RODRIGUEZ, 2016). Um interessante estudo sobre a legalidade discriminatória nas limitações à livre expressão religiosa dos povos de terreiro é desenvolvido no texto de Winnie de Campos Bueno e José Rodrigo Rodriguez (2020).

A definição de Rios (2008) para identificação da discriminação institucional, nos tribunais norte-americanos, leva em consideração os seguintes requisitos, a serem atendidos por aquele que demanda a identificação de uma discriminação indireta: “(a) a identificação da prática específica objeto de litígio, causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração destas de modo global; (b) a demonstração de que o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de

dados estatísticos; (c) a demonstração de que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos” (RIOS, 2008, p. 124).

OIT, Convenção 111: “Art. 1 – 1. Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados”.

Este dispositivo normativo foi alterado pela contrarreforma trabalhista, tornando ainda mais difícil a equiparação salarial, como será analisado em momento posterior desta tese.

“(…) desde sempre foi possível a contratação para jornadas de trabalho inferiores a 44 horas semanais, dentro do limite máximo imposto pela ordem constitucional, observando-se sempre a proporcionalidade na remuneração. Portanto, essa tipologia contratual era desnecessária como opção e a impossibilidade de pactuação de acordos de prorrogação da jornada não atendeu ao interesse do capital de extrair mais valia com a intensificação do trabalho” (COUTINHO, 2017, p. 98 e 99).

CRFB/1988, Art. 7: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição pessoal:

(...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe

preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Vale destacar que diferentes precedentes do STF asseguram o direito ao salário mínimo, independentemente da jornada de trabalho adotada e sem proporcionalidade, para servidores públicos. Esta parece ser a interpretação adequada do instituto, dada a antinomia lógica em se prever um mínimo que poderá ser desrespeitado, “proporcionalmente”. Veja-se precedente “Agravos regimentais no agravo de instrumento. Servidor público. Jornada reduzida. Remuneração inferior a um salário mínimo. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que a remuneração do servidor público não pode ser inferior a um salário mínimo. Esse entendimento se aplica ao servidor que trabalha em regime de jornada reduzida. 2. Agravo regimental não provido” (BRASIL, 2014).

“O contrato de trabalho em regime de tempo parcial é previsto para jornadas de trabalho pactuadas inferiores a 25 horas semanais, com a percepção de salários proporcionais, inovando com uma nova forma de fixação da extensão o número dias de férias – reduzido de 30 para 8 a 18 dias – e vedação de acordo de prorrogação para realizar horas extras. (...) Ademais, a presença de dois regimes diferenciados de cálculo e extensão das férias cria uma discriminação insustentável para os empregadores que buscam o zelo dos seus empregados na entrega da força de trabalho” (COUTINHO, 2017, p. 98 e 99).

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

Os tribunais admitem, no Brasil, revistas em pertences pessoais do empregado, como mochilas, sacolas etc. O que geralmente pode

configurar dano moral, como violação à intimidade, é a revista íntima, entendida como aquela em que há contato físico ou desnudamento da empregada ou do empregado. Como descrevem Coutinho e Araújo (2016, p. 151 e 152): “A solução encontrada, em ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em geral aponta para prevalência dos princípios de proteção do capital, inclusive indicando que algumas das condutas estão impostas por lei ou são consideradas como ‘imprescindíveis’”.

O caso foi julgado pela Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), com objetivo de fixar tese sobre situações que gerariam a possibilidade de indenização por danos morais. O recurso que serviu de base para o julgamento paradigmático foi o *Caso S. A. S.* [nome autor, do qual foram mantidas as iniciais] *v. Alpargatas S.A.*, inicialmente julgado pela Quarta Turma do TST, que o enviou à SDI-1 (BRASIL, 2017).

61,7% dos encarcerados, em 2016, eram considerados pessoas pretas ou pardas (INFOPEN, 2019; CALVI, 2018).

Apenas em 2015, com a Lei complementar nº 150/2015, que regulamentou a Emenda Constitucional 72, as empregadas domésticas foram equiparadas em direitos aos demais trabalhadores, acessando, pela primeira vez, o direito ao controle de jornada, com os consequentes adicionais de horas extraordinárias e adicionais pelo trabalho noturno, e ao FGTS, de modo obrigatório.

A terceirização trabalhista não elimina a existência de um contrato de trabalho, que, todavia, não se forma com o real tomador de serviços, mas com uma empresa interposta, e é considerado rebaixado juridicamente pela “rarefação dos direitos trabalhistas” incidentes, como observam Gabriela Delgado e Helder Amorim (2014), a juridicizar o fenômeno da precarização do trabalho. Sobre o tema, ver também DUTRA, FLEURY, 2021.

PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA E O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL

RICARDO LODI RIBEIRO²⁷⁶

1. INTRODUÇÃO

A distribuição de riquezas em uma sociedade, como advertiu Ronald Dworkin²⁷⁷, é produto da sua ordem jurídica, não só em relação às leis que regem a propriedade e as relações para a sua aquisição e transferência, mas também no que se refere às normas fiscais, previdenciárias e políticas. Deste modo, o combate à desigualdade pode ser compatível com a liberdade individual e a livre iniciativa desde que estas sejam harmonizadas com a justiça social por meio de uma tributação capaz de promover a redistribuição de riquezas. O Estado do Bem-Estar Social é um vetor de uma justiça corretiva e compensadora, fundado em uma abordagem redistributiva que se vincula, em primeiro lugar, com a legitimidade de obtenção de recursos que possam melhorar o nível de vida dos indivíduos, a partir da noção de necessidade.²⁷⁸

Porém, o combate à desigualdade social não precisa vir à custa de menor eficiência econômica, pois a redistribuição por meio do sistema fiscal e de transferências está positivamente relacionado com o crescimento da maioria dos países, de acordo com recente estudo do Fundo Monetário Internacional (FMI)²⁷⁹. Tais pesquisas demonstram que o efeito redistributivo da inclusão para as famílias e a estabilidade social e política daí decorrentes compensam quaisquer consequências negativas sobre o crescimento que porventura adviessem de um eventual amortecimento de incentivos aos investimentos. Neste

contexto, a política fiscal desempenha um papel fundamental na garantia da estabilidade macroeconômica e contribui para evitar e para minimizar as crises que atingem a população desfavorecida de maneira desproporcional.

2. O PAPEL DOS TRIBUTOS NA REDISTRIBUIÇÃO DE RENDAS

A redistribuição fiscal, promovida de maneira harmonizada com outros objetivos, pode ajudar a aumentar a parcela de renda dos pobres e da classe média, sustentando o crescimento. Nesse sentido, o papel redistributivo da política fiscal pode ser reforçado com o incremento da progressividade da tributação da renda e do patrimônio, a remoção de oportunidades para fraude e evasão fiscal, a melhor orientação dos benefícios sociais de forma a estimular o trabalho e a poupança.

A tributação tem um relevante papel no combate às desigualdades sociais, não só pela redistribuição de renda, através da possibilidade de financiar a introdução de prestações positivas aos mais pobres, a partir de recursos orçamentários obtidos por meio da taxação dos mais ricos, mas ainda pela distribuição de rendas, que não tem propriamente o conteúdo redistributivo, mas baseia-se apenas nas receitas e na ideia de divisão justa do ônus fiscal pela capacidade contributiva, por meio da progressividade e da tributação sobre as grandes riquezas, a fim de evitar a concentração de renda. ²⁸⁰ Deste modo, independentemente das prestações estatais positivas a serem financiadas pelas receitas públicas, a tributação das altas rendas e patrimônios constitui uma forma de fazer os ricos um pouco menos ricos, o que acaba por assegurar uma maior igualdade social já que esses recursos são destinados a outros segmentos sociais.

No mesmo sentido, Stiglitz²⁸¹, que sustenta que os impostos não são apenas uma forma importante de aumentar as receitas destinadas aos serviços públicos e aos investimentos geradores de

desenvolvimento, mas também uma estratégia para melhorar os incentivos, encorajando comportamentos econômicos desejáveis do ponto de vista social, desestimulando os indesejáveis, como os que seguem a lógica de curto prazo.

Porém, a despeito do pequeno esforço fiscal no lado da receita, nos últimos anos têm surgido nos países em desenvolvimento programas sociais que promovem transferências diretas para os mais pobres, como o Progres, no México e o Bolsa Família, no Brasil, associados à matrícula na escola dos filhos ou a atendimento médico. Na China, surgiu o Di Bao, como um programa de renda mínima. Na Índia, um programa de garantia de emprego atende ao setor rural. Essas experiências representam cerca de 1% do PIB e produzem resultados altamente positivos no que se refere ao combate à desigualdade.²⁸²

Por outro lado, uma maior igualdade também pode ser buscada por meio da redução do efeito das diferenças de renda no acesso a serviços essenciais, como a educação, saúde e transporte público, de modo a aumentar o sentimento de inclusão e de cidadania.²⁸³ Não há dúvida que a grande expansão da educação básica no século XX foi um fator de equalização da maior importância, sendo financiado pela tributação que recaiu mais pesadamente sobre os ricos do que sobre os pobres.²⁸⁴

Na verdade, o exame dos caminhos para o combate às desigualdades sociais não pode ignorar a distinção entre rendimento disponível, que está à disposição do possuidor após a tributação e os benefícios sociais, e o rendimento de mercado, que se traduz no rendimento dos salários juros, lucros e rendas antes das transações fiscais.²⁸⁵ Assim, a promoção da distribuição de renda por ser feita por dois modelos diferentes: por meio da renda disponível, com a intervenção estatal a posteriori, ou seja, após a obtenção dos rendimentos pelo seu titular, por meio dos impostos e transferências; ou

a priori, por meio de iniciativas que elevem a igualdade de oportunidades, equalizando os fatores de produção que determinam sua renda de mercado. Contudo, até mesmo a intervenção sobre a obtenção da renda de mercado pode ser eficazmente realizada por meio da tributação progressiva das heranças e doações, que muitas vezes servem como adiantamento sucessório, a fim de impedir a perpetuação das desigualdades de uma geração para a seguinte, reduzindo a transmissão intergeracional da riqueza que acaba por reforçar as assimetrias de oportunidade para a próxima geração.²⁸⁶

Branko Milanovic²⁸⁷ compara o índice Gini no Canadá e em Taiwan, antes e depois dos impostos e transferências, revelando que ambos apresentam o índice de 0,33 após a aplicação das políticas públicas. Porém, se considerarmos os critérios de distribuição de renda antes dos impostos, o índice do Canadá seria de 0,47, que é reduzido em função da atividade estatal de redistribuição, enquanto no país asiático esta quase não acontece.

Na Alemanha, a tributação e o sistema de transferências reduziram a desigualdade da renda de mercado consideravelmente no período de 1973 a 1993. Já na Finlândia a desigualdade de renda de mercado caiu nos anos 1960 e na primeira metade dos 1970, após o que voltou a aumentar. Em todos os exemplos europeus, de modo geral, as décadas que sucederam o pós-guerra conheceram o apogeu do Estado Social, com as prestações estatais sendo suficientes para acompanhar o ritmo de ampliação da desigualdade da renda primária que o mercado que já produzia. Porém, a situação foi revertida, em especial a partir do ano de 1990, com o poder redistributivo tendo se enfraquecido como resultado de decisões políticas explícitas de corte de benefícios sociais²⁸⁸

Os países em desenvolvimento, por sua vez, têm experimentado, nas últimas décadas, um aumento na desigualdade de renda com base em medidas antes de impostos e depois deles. Se até no período de

1970 a 1980 o índice Gini médio manteve-se inalterado, a partir dos anos 1980 até a década de 1990, tais coeficientes, para a maioria dos países, aumentaram substancialmente, não tendo sido as políticas fiscais e de transferência suficientemente eficazes para limitar o aumento da desigualdade constituída na fase pré-tributação.²⁸⁹

De acordo com o relatório Oxfam Brasil de 2018²⁹⁰, no Brasil, o sistema fiscal tem cumprido um papel efetivo na redução das desigualdades sociais, de forma mais intensa do que em outros países da América Latina, como México e Colômbia, mas ainda bastante aquém dos países da OCDE. O patamar de desigualdade inicial de todos esses países não apresenta grande variedade, sendo bastante diverso após a tributação e os gastos sociais. Em nosso país, o efeito geral das transferências e da tributação na redução das desigualdades é estimado em 5,7%, chegando a 21,8% se forem considerados os gastos de saúde e educação. Os efeitos das transferências diretas sobre a redução da desigualdade são de 7,6%, o que acaba sendo reduzido por um sistema por um sistema tributário que eleva as desigualdades em 2%, notadamente em função da incidência regressiva dos tributos indiretos.

Há quem sustente que a pré-distribuição de renda antes da tributação apresenta vantagens sobre a adoção da progressividade, que geraria desestímulo e evasão.²⁹¹ Para Brando Milanovic²⁹², o sistema capitalista deve gerar uma distribuição de rendimentos pré-impostos que seja sustentável e que não encoraje as pessoas a optarem por taxas de imposto extorsivas. Mas ressalta que o pressuposto para isso é que os bens sejam igualmente divididos. Porém, a tributação é o meio menos gravoso à liberdade de gestão dos negócios privados, uma vez que não interfere no modo de acumulação do capital, atuando, a posteriori, sobre os seus resultados positivos, constituindo-se, portanto, mesmo sob o ponto de vista liberal, o modo de combater às desigualdades mais adequado à livre iniciativa e ao livre mercado.²⁹³

Como destaca Thomas Nagel²⁹⁴, o combate indireto à desigualdade pela tributação é muito menos agressivo à liberdade do que as experiências históricas de restrições à livre competição com base em uma autoridade centralizada. Assim, a política fiscal é fator que contribui para o aumento ou redução da desigualdade de rendimentos, embora o Estado também tenha um papel igualmente importante na distribuição de rendimentos antes dos impostos.²⁹⁵ A valorização dos direitos dos trabalhadores, por exemplo, apresenta-se como elemento extremamente relevante no combate à desigualdade. Conforme informa Anthony Atkinson, o aumento da participação dos salários na renda nacional em 1% reduz o índice GINI em 0,7%.²⁹⁶ O nivelamento das desigualdades educacionais através da padronização da qualidade das escolas, permitindo o acesso dos melhores alunos ao ensino superior, também contribui para uma divisão menos desigual da renda. Os progressos verificados no campo da educação podem representar, ao longo do tempo, um crescimento econômico mais rápido e mais igualitário.²⁹⁷

De todo modo, a tributação é uma intervenção mais indireta na vida econômica dos indivíduos e, por meio dos impostos sobre a renda, herança, patrimônio e, em alguma medida, consumo de luxo, pode se traduzir em importante mecanismo de combate à desigualdade. Se os recursos arrecadados com a tributação progressiva são utilizados em despesas de educação, saúde e assistência social, há um ataque frontal à desigualdade, aliado ao pagamento de subsídios às pessoas mais pobres, por meio de mecanismos como o imposto de renda negativo.²⁹⁸

3. SISTEMA TRIBUTÁRIO E JUSTIÇA FISCAL

Em nosso país, é recorrente o discurso de que temos uma das maiores cargas tributárias do mundo. Seria isso verdade? E quem suporta essa carga tributária? Seria o nosso modelo tributário capaz de

garantir o desenvolvimento econômico e combater as desigualdades sociais? Essas são as indagações que serão discutidas a seguir.

A justiça de um sistema tributário não repousa na distinção entre as espécies tributárias, que são em parte uma decisão arbitrária do legislador.²⁹⁹ Assim, a opção pela instituição de um imposto, de uma taxa ou de uma contribuição guarda menos relevância em relação aos aspectos distributivos do que as bases econômicas que são escolhidas para serem tributadas e os seus aspectos quantitativos. A carga e a base tributárias de um país revelam as escolhas legislativas sobre quanto tributar, a quem tributar e em que medida. Deste modo, a partir da mensuração de cada tributo do sistema é possível identificar os objetivos da política fiscal³⁰⁰, bem como quais os segmentos econômicos estão sendo mais ou menos onerados.

Sustenta Piketty³⁰¹ que o processo de construção do Estado Fiscal e Social foi, em todos os países desenvolvidos de hoje, um elemento essencial do processo de modernização e desenvolvimento nacional. Nos EUA, por exemplo, mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, a taxação redistributiva do New Deal foi capaz de expropriar a faixa superior de renda produzindo uma grande transferência para a base.³⁰² Se nos países desenvolvidos a carga tributária se consolidou, a partir dos anos de 1980-1990, entre 35 a 40% do PIB, nos países pobres e intermediários vem ocorrendo, muito em função da ingerência dos países ricos e dos organismos internacionais, uma redução significativa para taxas de 10% a 15%, patamares em que se torna impossível ir além das funções soberanas e em direção à construção do Estado Social. E como esses Estados acabam sendo obrigados a conferir algumas prestações sociais positivas, não atendem adequadamente sequer as despesas típicas do estado absenteísta. Ou seja, o interesse do capital globalizado ao escolher países de baixa tributação para seus investimentos acaba tendo como efeito o entrave ao desenvolvimento social e econômico dessas sociedades.

No Brasil, a carga tributária conheceu grande incremento desde que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que agigantou o fenômeno das contribuições para-fiscais. No ano em que foi inaugurada a nova ordem constitucional, a carga tributária brasileira representava 22,4% do PIB.³⁰³ Sofreu por diversos caminhos majorações permanentes até chegar ao patamar de 32,36% em 2017.³⁰⁴

A despeito do elevado percentual, o peso dos tributos no Brasil, embora tenha aumentado bastante nas últimas décadas, não se caracteriza por ser especialmente alto, sendo comparável à média da OCDE e dos países desenvolvidos, embora seja maior do que a dos BRICS.³⁰⁵ Deve-se considerar, porém, as imensas diferenças entre esses outros países emergentes e o Brasil, já que a Rússia e a China vêm de experiências comunistas de economias fechadas, em que a tributação não era elemento relevante, enquanto Índia³⁰⁶ e África do Sul ainda mantêm um grande contingente populacional na pobreza extrema, o que a médio prazo poderá exigir um aumento da tributação caso haja um esforço político de enfrentamento da desigualdade. Fato é que, dos cinco países dos BRICS, o Brasil é o único em que a desigualdade social diminuiu em passado recente, embora de forma abaixo do desejado por quase todos e tendo apresentado viés de refluxo nos últimos anos. Porém, é forçoso reconhecer que essa desvantagem fiscal em relação ao demais BRICS não deixa de ser um desestímulo ao investimento externo destinado aos países emergentes, sem que se possa com isso justificar uma significativa redução da carga tributária aos patamares dessas nações, em face das distinções já expostas e das repercussões sociais e federativas que a medida envolveria.

Na verdade, a justiça de um sistema tributário está na adequada distribuição da carga tributária entre os detentores de patrimônio e renda de um lado, e aqueles que nada tem, senão despesas, de outro. Os objetivos de cada sociedade vão presidir tais escolhas que desaguarão na formulação do seu sistema tributário.

Há quem sustente que tributação sobre o consumo é mais adequada do que a tributação sobre os rendimentos, sob o argumento de que os benefícios sociais derivados da poupança são largamente superiores aos do consumo privado, sendo preferível tributar as pessoas pela quantia que elas tiram do fundo comum e não pela quantia que a ele acrescentam.³⁰⁷ Segundo Nicholas Kaldor, gerando a poupança uma externalidade positiva para a sociedade, não se deve tributá-la mais gravosamente do que os rendimentos que foram consumidos. Por sua vez, Robert Shiller³⁰⁸ sustenta que a tributação sobre o consumo progressivo de bens suntuosos tem vantagens sobre o imposto de renda, mas reconhece ser de difícil implementação e arrecadação.

Porém, não é difícil perceber que a tributação sobre o consumo, embora dirigida à população por inteiro, atinge mais pesadamente os mais pobres que gastam todos os seus rendimentos na aquisição de bens e serviços essenciais à sua própria sobrevivência. A esses, não é possível amealhar patrimônio. Já a tributação da renda, em geral dirigida aos extratos que superem o mínimo existencial, atinge em maior grau, em um plano ideal, os rendimentos mais elevados. Por essas razões, a tributação sobre o consumo favorece a acumulação de capital, sendo um meio inferior de promoção da justiça distributiva³⁰⁹, tendo quase sempre um efeito regressivo, na medida em que os consumidores suportam a carga tributária sobre os bens e serviços cuja aquisição para os mais pobres, por meio de itens essenciais à própria sobrevivência, esgota inteiramente todos os seus recursos. Essas camadas excluídas também não conseguem poupar o suficiente para formar patrimônio a ser tributado. Deste modo, a tributação sobre o consumo atende muito mais aos interesses de arrecadação do Estado, a partir da perspectiva liberal de neutralidade e de eficiência econômica, do que à ideia de justiça fiscal, de combate à desigualdade ou de fortalecimento do Estado Social. Os tributos sobre consumo, sendo reais e indiretos, quando aplicáveis à generalidade dos produtos

sobrecarregam os preços, onerando regressivamente os mais pobres.³¹⁰

De acordo com uma política redistributiva, não se justifica isentar a renda de capital em prol da tributação do consumo. Deste modo, não deve haver dúvidas de que a tributação sobre a renda, sobre as heranças e sobre o patrimônio são medidas que melhor atendem à ideia de justiça fiscal, por viabilizar mais amplamente a redistribuição de renda, do que a taxação sobre o consumo.³¹¹

Para promover o combate à desigualdade tributária, Paul Krugman³¹² sugere uma aritmética da equalização, a partir do retorno às antigas alíquotas progressivas e o combate à evasão fiscal. A redistribuição de renda pela via dos tributos pode, a curto prazo, acarretar uma diminuição da eficiência econômica na medida em que, com impostos mais elevados para os mais ricos, acaba surgindo o efeito de desestímulo aos investimentos econômicos. Mas a médio e longo prazo a elevam, por aumentar a igualdade de oportunidades viabilizada por prestações positivas do Estado na área de educação, por exemplo.³¹³

Ainda como medida para combater a concentração de riqueza no topo, Stiglitz³¹⁴ defende o fim da assistência pública às grandes empresas, incluindo os benefícios fiscais, que reduzem a progressividade do sistema e distorcem os incentivos. Segundo o laureado economista, as empresas que dependem de favores estatais para funcionar devem ser fechadas. Tais argumentos, ainda que carregados de certo exagero retórico, não podem deixar de ser considerados por ocasião da discussão sobre as propostas de desoneração fiscal para os setores produtivos, uma vez que acabam por contribuir para o aumento da desigualdade, na medida em que proporcional um aumento da taxa de retorno do capital além das possibilidades oferecidas pelo mercado. Afinal, como já visto, quando a taxa de retorno do capital supera o crescimento da economia nacional, a desigualdade se eleva.³¹⁵

Deste modo, a imposição de benefícios fiscais para setores econômicos dotados de maior capacidade contributiva acaba por onerar todos os outros segmentos sociais que deverão ser responsáveis pelo custeio das despesas públicas. Não se está, com isso, inquinando de ilegitimidade todos os benefícios fiscais setoriais, pois sua concessão pode vir a trazer benefícios para todos, à luz do princípio da diferença, preconizado por John Rawls³¹⁶, segundo o qual, as distinções entre as pessoas só se justificam se trazem benefícios para toda a sociedade, especialmente para os menos favorecidos. Mas, à luz da justiça distributiva, há um ônus argumentativo na defesa da concessão de benefícios fiscais contrários à capacidade contributiva, em nome da extrafiscalidade, por exemplo. Tais tensões devem se resolver pelo juízo de ponderação.³¹⁷

Contudo, a despeito de serem claras as contradições axiológicas do nosso sistema tributário³¹⁸, as medidas para combatê-las não são de fácil implementação legislativa, uma vez que os que estão no topo não querem contribuir com a sua justa parte para o custeio das despesas públicas. Embora não haja consenso sobre o que seria a justa parte de cada um, não é difícil perceber que um modelo, em que os mais ricos pagam uma percentagem inferior sobre os seus rendimentos do que os pobres, é claramente injusto.³¹⁹ Diz Stiglitz³²⁰, a justiça e a beleza estão nos olhos de quem vê, mas a injustiça do sistema tributário norte-americano tem aumentado tanto que não é sincero aplicar-lhe qualquer outra etiqueta. Como explana Ha-Joon Chang³²¹, o mundo hoje produz o suficiente para eliminar a pobreza absoluta, ainda que não exista redistribuição de renda entre os países, pois todos os países, com exceção dos muito pobres, produzem o necessário para tanto. Assim, com as políticas adequadas é possível viver em sociedades bastante igualitárias, como a Noruega, Finlândia, Suécia e Dinamarca.

4. JUSTIÇA FISCAL E A PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

A Justiça Fiscal, em uma perspectiva igualitária, baseia-se especialmente no princípio da capacidade contributiva que, fundado na solidariedade social, preenche a exigência do princípio constitucional da igualdade tributária.³²² A ideia de capacidade contributiva se traduz na manifestação econômica identificada pelo legislador como signo presuntivo de riqueza a fundamentar a tributação.³²³ Assim sendo, para que seja atendido o aludido princípio, os fatos geradores dos tributos devem se caracterizar como signos presuntivos de riqueza. De acordo com Misabel Abreu Machado Derzi³²⁴, a progressividade é a melhor técnica que viabiliza a personalização e a capacidade contributiva dos impostos, conforme preconizado pela Constituição brasileira, no §1º do artigo 145.

A instituição do imposto progressivo de renda no fim do século XIX era vista como um possível instrumento de reforma social, mas encontrou muitos obstáculos. Em sua origem, padecia pelo caráter insipiente da noção de solidariedade ou de redistribuição tributária. O quadro é alterado, no início do século XX, com a adesão de uma série de países à sua sistemática, a partir da ideia de redistribuição entre as categorias sociais. Tais alterações, mais ou menos simultâneas, deram-se inclusive em países com governos de orientação bem diferente. A Alemanha inaugurou a progressividade em 1891. Em 1894 os Estados Unidos a introduziram por meio de lei que foi invalidada em 1895. Com uma versão remodelada, foi reintroduzida em 1913 após a votação da décima sexta alteração à Constituição Federal. No Reino Unido, que já tinha um esboço de imposto de renda no século XIX, foi inaugurada em 1909, por meio da supertributação sobre o rentismo. Depois de amarga controvérsia, o Parlamento francês vai seguir o movimento em 1914.

Embora as condições de mercado tenham contribuído, na segunda metade do século XX, para o aumento da desigualdade, depois da redução das diferenças promovidas de forma abrupta por acontecimentos históricos como as duas guerras mundiais e a crise de

1929, a tributação progressiva da renda e do patrimônio constituiu um freio à curva de divergência de riquezas, em um cenário em que as políticas públicas prevaleceram sobre as regras de mercado.³²⁵

Porém, o cenário muda, conforme já demonstrado, com a queda da progressividade nos EUA e no Reino Unido³²⁶ nos anos de 1980, que pavimentou, em parte, o salto das remunerações muito elevadas, o que, aliado à concorrência fiscal num contexto de livre circulação de capital, tornou a arrecadação tributária regressiva no topo de pirâmide da renda.³²⁷ Assim, desde então, a progressividade tem sido ameaçada do ponto de vista intelectual pelas críticas liberais, a partir de uma discussão insuficiente sobre as suas funções, bem como, do ponto de vista político, pela concorrência fiscal.

Sociedades tributam mais os ricos quando as pessoas acreditam que o Estado os privilegiou, sendo justa uma compensação com a sua maior taxação. O apoio político para taxar os ricos é mais forte quando a progressividade é revelada como uma garantia de que o Estado trata os cidadãos como iguais, com igual preocupação e respeito, o que é parte do alicerce da democracia moderna.³²⁸

De acordo com J. E. Meade³²⁹ a medida mais direta para promover a redistribuição de renda interclasses é justamente a tributação progressiva dos ricos e o fornecimento de subsídios para complementar a renda dos pobres. Nesse sentido, a progressividade pode ser implementada em vários tributos, como o imposto de renda, o imposto sobre os gastos de consumo suntuoso, o imposto sobre as fortunas e sobre as heranças, cada um deles com um impacto diferente sobre a eficiência econômica, sobre os incentivos ao trabalho, à poupança e à tomada de risco. Por isso, o que se deve fazer é uma adequada combinação de todos esses instrumentos de acordo com vários fatores como a discussão sobre o que se entende por uma distribuição desejável de renda e propriedade, diante da sua relação com outros interesses, como a própria eficiência e a liberdade

econômica, bem como sobre as causas da desigualdade.

Se a progressividade na tributação da renda e das heranças é elemento essencial à redistribuição de rendas, e fundamental ao financiamento das prestações positivas exigidas pelo Estado Social³³⁰, a distribuição de rendas por meio da tributação dos grandes capitais é condição central para a regulação do capitalismo. Essa conclusão decorre do fato de que, ainda que as receitas advindas da tributação dos grandes capitais não fossem tão relevantes em relação ao orçamento público, a instituição do imposto seria importante instrumento, no dizer de Piketty para “evitar a espiral desigualadora sem fim e uma divergência ilimitada das desigualdades patrimoniais, além de possibilitar um controle eficaz das crises financeiras e bancárias”.³³¹

Em nosso país, a progressividade, apesar da expressa previsão constitucional do princípio da capacidade contributiva pelo artigo 145, §1º da Constituição Federal e sua menção expressa em vários tributos, como o imposto de renda (art. 153, §2º, I, CF), encontrou obstáculos doutrinários e jurisprudenciais à sua implementação. Na doutrina, destaca-se o pensamento de Ricardo Lobo Torres³³², que a associa ao socialismo e a socialdemocracia que, na sua visão, teriam sido varridos pela revolução neoliberal de Reagan e Thatcher. A partir desse entendimento, o autor questiona inclusive a existência de seu fundamento ético ou jurídico, bem como a sua função econômica. Na seara pretoriana o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que a progressividade não seria decorrência natural do princípio da capacidade contributiva, que por sua vez, se realizaria ordinariamente pela proporcionalidade, a não ser que o próprio texto constitucional determine expressamente a utilização de alíquotas progressivas.³³³ A consagração no Supremo Tribunal Federal (STF) da tese da necessidade de previsão constitucional expressa para a aplicação da progressividade fez com que este subprincípio, como instrumento

realizador da capacidade contributiva, se limitasse ao imposto de renda (IR); após a EC nº 29/00, ao imposto predial e territorial urbano (IPTU); e ao imposto territorial rural (ITR), após a EC nº 42/03. Todavia, vale destacar que a nova composição do STF promoveu uma salutar modificação nesse posicionamento, a partir da consagração da tese de que a progressividade é uma decorrência natural do princípio da capacidade contributiva e da igualdade material, sendo aplicável a todos os impostos.³³⁴ A mudança é alvissareira, pois a posição de condicionar a aplicação da progressividade à expressa previsão constitucional esvaziava mortalmente o princípio da capacidade contributiva que encontra no referido subprincípio um mecanismo muito eficaz para sua realização no Estado Social, mormente em uma sociedade tão desigual quanto a brasileira.

Por outro lado, também não nos parecia acertada a posição, outrora esposada pelo STF, no sentido da impossibilidade de aplicação de alíquotas progressivas nos impostos reais,³³⁵ pois não há qualquer óbice à utilização da técnica nestes, uma vez que o patrimônio do contribuinte é índice de riqueza hábil a ser quantificado na fixação do aspecto subjetivo do princípio da capacidade contributiva, como se extrai do próprio artigo 145, § 1º da Constituição Federal e, mais recentemente, da EC nº 29/00 que, dando nova redação ao artigo 156, § 1º do Texto Maior, previu a expressamente progressividade no IPTU em razão do valor venal do imóvel. Já existem importantes vozes que se levantam contra a constitucionalidade do IPTU progressivo previsto na EC nº 29/00.³³⁶ No entanto, entendemos não ter a referida emenda constitucional, nesse ponto, violado qualquer cláusula pétrea, sendo compatível com nossa Lei Maior, pelas razões já expostas. Tendo o STF acolhido a correção legislativa da jurisprudência, aceitando a progressividade do IPTU após a EC nº 29/00³³⁷ não há mais espaço na sua jurisprudência para a alegação de que o imposto real não pode ser progressivo, o que é altamente positivo, haja vista que a distinção entre

impostos pessoais e reais é muito mais cara à Ciência das Finanças do que ao Direito Tributário, não revelando a importância constitucional a ela conferida.

Assim, no Estado Social, a proporcionalidade convive em harmonia com a progressividade, a primeira como decorrência da igualdade formal e a segunda como mecanismo de redistribuição de riquezas. As duas técnicas, decorrentes do princípio da capacidade contributiva, podem ser, de acordo com a natureza do imposto, aplicadas pelo legislador, independentemente de previsão constitucional expressa.

5. CONCLUSÃO

Como restou demonstrado ao longo deste estudo, a desigualdade acentuada não é um problema que se relaciona apenas com os mais pobres e que seria superado quando a todos fosse garantido o mínimo existencial. É algo que afeta toda a sociedade, como o comprometimento da estabilidade econômica, mais sujeita a crises em ambientes em que a concentração de riqueza estrangula o consumidor, deixando o mercado suscetível às oscilações internacionais. Para além da economia, a desigualdade extrema compromete o sentido de coesão social que une um povo em laços de solidariedade e pertencimento a uma comunidade, estabelecendo uma barreira entre nós e eles, o que acaba por perturbar a normalidade democrática, aumentar os índices de violência, de encarceramento, comprometer a saúde da população como um todo e não só a mais pobre, e todos os indicadores sociais.

É claro que a globalização nos impõe soluções que possam ir além da mera reprodução do receituário do passado. Mas é preciso reconhecer que o atual modelo de hiperglobalização não é compatível com o Estado nacional e com a democracia. Se é impossível revogar a globalização, como também o é em relação à lei da gravidade, é preciso

reconhecer que as regras que presidem a inserção das nações no mundo globalizado ainda estão bastante a cargo dos governos nacionais que precisam atender aos anseios daquele que é o titular do poder em um regime democrático: o povo. Assim, é preciso que as regras do jogo atendam mais aos interesses da sociedade a partir das escolhas de seus eleitores, do que aos do mercado financeiro, esse minotauro global, na nomenclatura de Yanis Vaoufakis³³⁸, que destrói tudo o que vê pela frente com a sua ganância desmedida.

Se nada for feito pelos governos e pela história, a concentração de riqueza tende a aumentar, o que coloca em risco da democracia e o atendimento às necessidades mais basilares da população mais pobre. E o instrumento que os Estados possuem que maior efeito revela para a redistribuição de rendas é a tributação igualitária, que, ao mesmo tempo em que financia a justiça social, preserva a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo a progressividade fruto da ponderação entre os interesses da sociedade e os do mercado, a partir de uma lógica cara ao liberalismo.

A aplicação das ideias dos autores igualitários sobre a tributação justa, em grande medida se aplicam ao Brasil, cujo sistema tributário é marcado por uma iniquidade regressiva escondida por trás do discurso hegemônico quanto ao caráter asfixiante de uma carga tributária afugentadora dos investimentos. É preciso desmontar essas armadilhas deixadas pelos beneficiários da concentração de renda, promovendo a maior tributação do patrimônio, heranças e rendas dos mais ricos a fim de aliviar a carga fiscal dos consumidores e dos assalariados.

Nesse cenário, é preciso discutir no Brasil as seguintes medidas, ensejadoras de uma verdadeira reforma tributária igualitária:

- i. tributação progressiva de todos os rendimentos da pessoa física, inclusive lucros e dividendos, ficando a tributação dos lucros das empresas

como mera antecipação da primeira;

- ii. ampliação do número de alíquotas da tabela do imposto de renda das pessoas físicas, de modo a tributar efetivamente os mais ricos, e elevação dos limites das faixas mais baixas, a fim de preservar a renda dos assalariados;
- iii. fim das distinções entre os rendimentos decorrentes dos ganhos de capital, inclusive heranças, descontado o valor pago no imposto sucessório, e do trabalho.
- iv. aumento das alíquotas e estabelecimento da progressividade da tributação sobre heranças e doações;
- v. instituição do imposto sobre grandes fortunas, considerando o patrimônio todo do contribuinte, inclusive as dívidas, tendo o contribuinte o direito de dedução do valor pago dos impostos atualmente existentes sobre a propriedade (IPTU, ITR e IPVA);
- vi. alívio na carga fiscal sobre o consumo, com a extinção do PIS e COFINS, e a modificação do perfil do IPI, que passaria a incidir apenas sobre bens suntuosos;
- vii. revisão dos benefícios fiscais concedidos com inobservância da capacidade contributiva e dos estímulos exacerbados aos investimentos, como a dedução de juros sobre capital próprio;
- viii. incremento das políticas de transparência fiscal, de combate à evasão e à elusão, da flexibilização do sigilo bancário e da imunização dos efeitos dos paraísos fiscais.

No entanto, aqui e alhures, não são subestimadas as dificuldades práticas de implementação dessas medidas em um sistema político dominado pelos mais ricos a partir do financiamento de campanhas eleitorais pelos extratos mais poderosos da pirâmide social.³³⁹ Nesse sentido, Kenneth Scheve e David Stasavage destacam a relação entre a decisão da Suprema Corte dos EUA que removeu as restrições ao financiamento de campanhas eleitorais com as dificuldades de tributar os ricos a partir da progressividade.³⁴⁰ Todavia, o agravamento da situação social não confere outra alternativa democrática senão o enfrentamento das injustiças sociais, cuja viabilidade financeira depende de uma profunda *reforma tributária igualitária*.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALVAREDO, Facundo; PIKETTY, Thomas. “The Dynamics of Income Concentration in Developed and Developing Countries: A View from the Top”. In: LÓPEZ-CALVA, Luis F.; LUSTIG, Nora (org). *Declining Inequality in Latin America – A Decade of Progress?* Washington: Brookings Institution Press, 2010.

ARAÚJO, Érica. *Carga Tributária – Evolução Histórica: Uma Tendência Crescente*, de Érika Araújo, acessado em 6/2/15: www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/informesf/inf_29.pdf.

ATKINSON, Anthony B. *Desigualdade – O que pode ser feito?* Trad. Elisa Câmara. São Paulo: Leya, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução À Ciência das Finanças*. 19ª ed. Revisão e Atualização: Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BORGUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*. Trad. Thomas Scott-Railton. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

CHU, Ke-young; DAVOODI, Hamid; GUPTA, Sanjeev. *Income Distribution and Tax and Government Social Spending Policies in Developing Countries*. Washington: International Monetary Fund, 2000.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de Atualização de BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DRÈZE, Jean e SEM, Amartya. *Glória Incerta: A Índia e suas contradições*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HANDY, Charles. *A Segunda Curva – Pensamentos para Reinventar a Sociedade*. Trad. Artur Lopes Cardoso. Lisboa: Círculo de Leitores, 2015.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal – Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

IFM STAFF. Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective. Washington: International Monetary Fund, 2015.

KALDOR, Nicholas. *An Expenditure Tax*. Aldershot: Gregg Revivals, 1993.

KRUGMAN, Paul. *A Consciência de Um Liberal*. Trad. Alexandre de Oliveira Kappaun. Rio de Janeiro: Record, 2010.

MEADE, J. E. *The Justy Economy – Principles of Political Economy – Volume IV*. New York: Routledge, 2012.

MEADE, James E. *Efficiency, Equality and The Ownership Property*. New York: Routledge, 2012.

MILANOVIC, Branko, *A Desigualdade no Mundo: Uma Nova Abordagem Para a Era da Globalização*. Trad. Marta Pereira da Silva. Coimbra: Actual, 2017.

MILANOVIC, Branko. *Ter ou Não Ter – Uma Breve História da Desigualdade*. Trad. Francisco Liz. Lisboa: Bertrand, 2012.

NAGEL, Thomas. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fonte, 2011.

OXFAM BRASIL. *País Estagnado – Retrato das Desigualdades Brasileiras*. Publicado em 26 de novembro de 2018. In: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf. Acesso em 10/1/2019.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Contradições no Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de Iguales*. Trad. Victor Goldstein. Buenos Aires: Manantial, 2014.

SCHEVE Kenneth & STASAVAGE, David. *Taxing The Rich – A History of*

Fiscal Fairness in the United States and Europe. New York: Russel Sage Foundation, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 3ed. New York: Harper and Row, 1962.

SHILLER, Robert. *Las Finanzas en una Sociedad Justa – Dejemos de condenar el sistema financiero y, por el bien común, recuperémoslo*. Trad. Mar Vidal. Bilbao: Deusto, 2012.

STF, Pleno, ADI nº 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 12/04/2002, p. 51.

STF, Pleno, RE nº 153.771/MG, Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/acórdão: Min. Moreira Alves, DJU de 05/09/97, p. 41.892.

STF, Pleno, RE nº 153.771/MG, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 05/09/97, p. 41.892.

STF, Pleno, RE nº 234.105/SP. Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 31/03/00, p. 61.

STF, Pleno, RE nº 423.768, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10/05/11.

STF, Pleno, RE nº 562.045/RS, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 27/11/2013.

STIGLITZ, Joseph, *O Preço da Desigualdade*. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014.

STIGLITZ, Joseph. “Um Sistema Tributário Contra os 99%”. In: *O Grande Abismo – Sociedades Desiguais e o Que Podemos Fazer Sobre Isso*. Trad. Fernando Lopes. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

STIGLITZ, Joseph. E. *A Economia Mais Forte do Mundo – Um Plano Para Revitalizar a Economia Americana e Promover a Prosperidade Global*. Trad.

Sara Felício e Paulo Tavares. Lisboa: Bertrand Editora, 2017.

TIPKE, Klaus. “Princípio da Igualdade e a Ideia de Sistema no Direito Tributário”. In: BRANDÃO MACHADO (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, p. 517-527, 1984.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VAROUFAKIS, Yanis. *O Minotauro Global*. Trad. Luís Santos e João Quina Edições. Lisboa: Bertrand, 2015.

WILKINSON, Richard G. *The Impact of Inequality – How to Make Sick Societies Healthier*. New York: The New Press, 2005.

Reitor da UERJ. Professor Associado de Direito Financeiro da UERJ. Advogado.

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

ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de Iguales*. Trad. Victor Goldstein. Buenos Aires: Manantial, 2014, p. 355.

IFM STAFF. Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective. Washington: International Monetary Fund, 2015, p. 66-71.

Sobre a distinção entre *distribuição* e *redistribuição de rendas*, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 348.

STIGLITZ, Joseph. E. *A Economia Mais Forte do Mundo – Um Plano Para Revitalizar a Economia Americana e Promover a Prosperidade Global*. Trad. Sara Felício e Paulo Tavares. Lisboa: Bertrand Editora, 2017, p. 152.

BORGUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*. Trad. Thomas Scott-Railton. New Jersey: Princeton University Press, 2015, p. 166.

WILKINSON, Richard G. *The Impact of Inequality – How to Make Sick*

Societies Healthier. New York: The New Press, 2005, p. 216-220.

MEADE, James E. *Efficiency, Equality and The Ownership Property*. New York: Routledge, 2012, p. 33.

MILANOVIC, Branko. *Ter ou Não Ter – Uma Breve História da Desigualdade*. Trad. Francisco Liz. Lisboa: Bertrand, 2012., p. 73.

BORGUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*, p. 145, 167 e 170.

MILANOVIC, Branko, *A Desigualdade no Mundo: Uma Nova Abordagem Para a Era da Globalização*. Trad. Marta Pereira da Silva. Coimbra: Actual, 2017, p. 228.

ATKINSON, Anthony B. *Desigualdade – O que pode ser feito?* Trad. Elisa Câmara. São Paulo: Leya, 2016, p. 97.

CHU, Ke-young; DAVOODI, Hamid; GUPTA, Sanjeev. *Income Distribution and Tax and Government Social Spending Policies in Developing Countries*. Washington: International Monetary Fund, 2000, p. 60-65.

OXFAM BRASIL. *País Estagnado – Retrato das Desigualdades Brasileiras*. Publicado em 26 de novembro de 2018. In: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf. Acesso em 10/1/2019.

HANDY, Charles. *A Segunda Curva – Pensamentos para Reinventar a Sociedade*. Trad. Artur Lopes Cardoso. Lisboa: Círculo de Leitores, 2015, p. 189.

MILANOVIC, Branko. *Ter ou Não Ter – Uma Breve História da Desigualdade*, p. 27-28.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 492.

NAGEL, Thomas. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fonte, 2011, p. 88.

STIGLITZ, Joseph, *O Preço da Desigualdade*. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014, p. 145.

ATKINSON, Anthony B. *Desigualdade – O que pode ser feito?*, p. 100.

BORGUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*, p. 145, 167 e

170.

NAGEL, Thomas. *Uma Breve Introdução à Filosofia*, p. 87-89.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 482.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução À Ciência das Finanças*. 19ª ed. Revisão e Atualização: Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 478-479.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 3ed. New York: Harper and Row, 1962, p. 381.

ARAÚJO, Érica. *Carga Tributária – Evolução Histórica: Uma Tendência Crescente*, de Érika Araújo, acessado em 6/2/15:

www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/informesf/inf_29.pdf.

Vide em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-foi-de-32-36-do-pib-em-2017>, acesso em 5/1/2019.

Segundo estudo do IBPT, a carga tributária da China é de 20%, da Índia de 13%, da Rússia de 23% e da África do Sul de 18% (www.ibpt.org.br/noticia/1443/Carga-tributaria-brasileira-e-quase-o-dobro-da-media-dos-BRICS).

Sobre a desigualdade social e da pobreza absoluta na Índia, vide: DRÈZE, Jean e SEM, Amartya. *Glória Incerta: A Índia e suas contradições*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 236-265.

Por todos: KALDOR, Nicholas. *An Expenditure Tax*. Aldershot: Gregg Revivals, 1993, p. 53

SHILLER, Robert. *Las Finanzas en una Sociedad Justa – Dejemos de condenar el sistema financiero y, por el bien común, recuperémoslo*. Trad. Mar Vidal. Bilbao: Deusto, 2012, p. 11.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade – os impostos e a justiça*, p. 156.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução À Ciência das Finanças*, p. 79.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade – os impostos*

e a justiça, p. 255.

KRUGMAN, Paul. *A Consciência de Um Liberal*. Trad. Alexandre de Oliveira Kappaun. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 176.

BORGUIGNON, François. *The Globalization of Inequality*, p. 143.

STIGLITZ, Joseph, *O Preço da Desigualdade*, p. 361.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 555.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

Sobre a ponderação entre a capacidade contributiva e a extrafiscalidade, vide: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169-174; HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal – Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 73 a 77; ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42-73.

Sobre as contradições axiológicas do Sistema Tributário Brasileiro, vide: PIRES, Adilson Rodrigues. *Contradições no Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STIGLITZ, Joseph, *O Preço da Desigualdade*, p. 18.

STIGLITZ, Joseph. “Um Sistema Tributário Contra os 99%”. In: *O Grande Abismo – Sociedades Desiguais e o Que Podemos Fazer Sobre Isso*. Trad. Fernando Lopes. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 178.

CHANG, Ha-Joon. *Economia: Modo de Usar – Um Guia Básico dos Principais Conceitos Econômicos*, p. 312.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 332.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, p. 154.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de Atualização de BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 408.

ALVAREDO, Facundo; PIKETTY, Thomas. “The Dynamics of Income

Concentration in Developed and Developing Countries: A View from the Top”. In: LÓPEZ-CALVA, Luis F.; LUSTIG, Nora (org). *Declining Inequality in Latin America – A Decade of Progress?* Washington: Brookings Institution Press, 2010, p. 72-100, 2015, p. 95-96.

Merece registro, como demonstração da aversão do *thatcherismo* não só à progressividade por ele ferozmente reduzida, mas à própria ideia de capacidade contributiva, a introdução, em 1988, do *poll tax*, que acabou contribuindo para a queda da primeira-ministra Margaret Thatcher, com a tributação fixa por habitante (captação), em substituição ao imposto municipal sobre propriedades. (Vide: PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 482 e nota 3).

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 483.

SCHEVE Kenneth & STASAVAGE, David. *Taxing The Rich – A History of Fiscal Fairness in the United States and Europe*. New York: Russel Sage Foundation, 2016, p. 4.

MEADE, J. E. *The Justy Economy – Principles of Political Economy – Volume IV*. New York: Routledge, 2012, p. 201-212.

TIPKE, Klaus. “Princípio da Igualdade e a Ideia de Sistema no Direito Tributário”. In: BRANDÃO MACHADO (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, p. 517-527, 1984, p. 527.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*, p. 504.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol.II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários*, p. 314-315.

STF, Súmula nº 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas de IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”; STF, Súmula nº 656: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.” Precedentes: Em relação ao IPTU: STF, Pleno,

ADI nº 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 12/04/2002, p. 51. STF, Pleno, RE nº 153.771/MG, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 05/09/97, p. 41.892. Em relação ao ITBI: STF, Pleno, RE nº 234.105/SP. Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 31/03/00, p. 61.

STF, Pleno, RE nº 562.045/RS, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 27/11/2013. No caso em questão, o Tribunal julgou constitucional a lei estadual gaúcha que promoveu a progressividade baseada no valor venal dos imóveis no ITD, imposto sobre transmissões *causa mortis* e doações, ainda que sem expressa previsão constitucional. Votaram pela tese da legitimidade da progressividade como decorrência da capacidade contributiva, independentemente da sua previsão constitucional em cada imposto, os Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Ellen Gracie, Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello, sendo vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

STF, Pleno, RE nº 153.771/MG, Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/acórdão: Min. Moreira Alves, DJU de 05/09/97, p. 41.892. No mesmo sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol.II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários*, p. 317.

Por todos: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol.II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários*, p. 318.

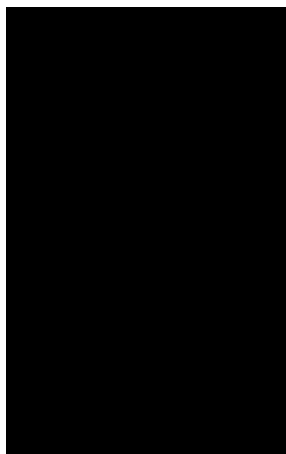
STF, Pleno, RE nº 423.768, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10/05/11.

VAROUFAKIS, Yanis. *O Minotauro Global*. Trad. Luís Santos e João Quina Edições. Lisboa: Bertrand, 2015.

Sobre o tema do financiamento privado de campanhas como obstáculo à implementação de propostas favoráveis à sociedade, vide: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 493; RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 31-32; MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O mito da*

propriedade – os impostos e a justiça, p. 257; PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XX*, p. 500.

SCHEVE Kenneth & STASAVAGE, David. *Taxing The Rich – A History of Fiscal Fairness in the United States and Europe*, p. 206.



PARTE 3
GRUPOS ATINGIDOS

DESIGUALDADES NO EXISTIR NO DIREITO BRASILEIRO: ANTIDISCRIMINAÇÃO E AUTODECLARAÇÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO

ALICE HERTZOG RESADORI³⁴¹

ROGER RAUPP RIOS³⁴²

1. INTRODUÇÃO

As dominações e opressões que estruturam a vida em sociedade se manifestam em um sem-número de desigualdades. Na experiência jurídica, essa espiral produtiva de hierarquias e de subordinações atua decisivamente no reconhecimento, gozo e exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, pela instituição de práticas e de regimes jurídicos discriminatórios. Ter presentes as diversas esferas e âmbitos em que desigualdades e discriminações ocorrem é tarefa útil e necessária, ao mesmo tempo que desafiadora e praticamente inesgotável, dada a complexidade, riqueza e dinâmica da vida e das relações sociais.

As vivências discriminatórias experimentadas por pessoas transexuais, travestis e transgêneros e intersex, ao desafiar os padrões de gênero hegemônicos, deflagram virulências discriminatórias cuja intensidade e gravidade são praticamente imensuráveis. Com efeito, apesar do reconhecimento constitucional e internacional, da proliferação de leis e de políticas públicas que lhes garantem direitos, elas sofrem violências físicas, simbólicas e institucionais, em especial entre nós. De fato, dentre 3.664 crimes contra travestis e transexuais

reportados para a organização não-governamental Transgender Europe (TGEU), entre janeiro de 2008 e setembro de 2020, 2.894 (78,98%), ocorreram na América do Sul e Central. O Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, tendo sido contabilizados 1.520 homicídios, o que representa 41,48% do total mundial no mesmo período (TRANSRESPECT, 2020). Esses dados são atualizados anualmente, com o apoio de organizações locais, como é o caso da ANTRA, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Em todos os anos, o Brasil vem se mantendo no topo da lista dos países que mais assassinam pessoas trans e travestis. Só no período entre outubro de 2019 e setembro de 2020, foram contabilizados 152 assassinatos por aqui (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021; TRANSRESPECT, 2020).

Não bastasse a praticamente onipresença de desigualdades e de discriminações por todas as dimensões da vida – desde os círculos mais íntimos e privados, chegando à possibilidade mesma de estar no espaço público sem colocar sua vida em risco – a violência endereçada a essas pessoas e grupos pretende mesmo negar sua existência, privando-as do reconhecimento de atributos considerados dentre os mais basilares da personalidade. Tendo presente a intensidade e a disseminação de tamanha desigualdade e discriminação, este trabalho se volta para a luta por respeito e reconhecimento que se consubstancia na demanda pelo direito ao nome, à sexualidade, ao reconhecimento da identidade de gênero.

Diante disso, esta reflexão objetiva enfrentar um dos maiores desafios para o enfrentamento das desigualdades e das discriminações no âmbito de identidades sexuais e de gênero, que respeita à atribuição das identidades de gênero, tomando o instituto da autodeclaração como ferramenta para a concretização do direito de igualdade como mandamento antidiscriminatório. Para tanto, após a breve exposição da previsão normativa da autodeclaração das identidades étnico-raciais e sexuais e de gênero no direito brasileiro (primeira parte), avança-se para o desenvolvimento da autodeclaração das identidades sexuais e de

gênero tendo como referência o debate étnico-racial, visando ao fortalecimento das políticas antidiscriminatórias (segunda e terceira partes). Por fim, faz um apanhado do estado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à identidade de gênero, naquilo que diretamente se relaciona ao reconhecimento das identidades de gênero (quarta parte).

2. O INSTITUTO DA AUTODECLARAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: PREVISÃO NORMATIVA NOS ÂMBITOS IDENTITÁRIOS ÉTNICO-RACIAL SEXUAL E DE GÊNERO

A investigação sobre a adequação do instituto da autodeclaração às identidades sexuais e de gênero requer o exame da previsão normativa dessa técnica de identificação no direito brasileiro. Nesta parte, apresenta-se sucintamente esse quadro normativo salientando-se a necessidade de sua construção no direito, no que respeita às identidades sexuais e de gênero.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a autodeclaração como critério de reconhecimento de pertença a determinado grupo étnico-racial. O instrumento jurídico que inaugura a utilização do conceito de autodeclaração no âmbito internacional é a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, dentro de uma perspectiva não assimilacionista dos povos indígenas e outras populações tradicionais. Esta Convenção, incorporada formalmente ao ordenamento jurídico interno e de observância nacional obrigatória, ao lado do Estatuto da Igualdade Racial, consagram a autodeclaração como a técnica jurídica adotada no Brasil em matéria de definição de identidade étnico-racial.

A Convenção 169 garante a proteção destes povos, o respeito a sua cultura, às formas de vida, às tradições e costumes próprios, entendendo que os povos indígenas e tribais têm direito a continuarem

existindo e podendo determinar suas formas de desenvolvimento (OIT, 2003). Esta nova perspectiva tem consequências inclusive na determinação de quem são os grupos protegidos pela Convenção. Além do critério objetivo constante no art. 1 deste instrumento, reconhece-se a autodeclaração como critério fundamental de pertencimento aos grupos por ela protegidos (OIT, 2003). Ou seja, a “pessoa se identifica a si mesma como pertencente a este grupo ou povo; ou o grupo se considera a si mesmo como indígena ou tribal em conformidade com as disposições deste Convênio” (OIT, 2003, p. 8, tradução nossa). Esta é uma inovação no direito internacional, sendo a Convenção 169 da OIT o primeiro instrumento internacional que reconhece o direito à autodeclaração (OIT, 2003). Por sua vez, o parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010), ao trazer a definição de quem é a população negra, adota a autodeclaração como método de identificação do pertencimento étnico-racial.

Muito importante consignar que, observando estes preceitos, a autodeclaração foi apontada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186), que analisa a constitucionalidade dos atos que instituíram o sistema de reserva de vagas para negros na Universidade de Brasília (UnB). Naquele precedente, a autodeclaração foi considerada adequada aos processos de seleção para o ingresso do ensino superior, combinada ou não com sistemas de heteroidentificação (Brasil, 2014).

3. AUTODECLARAÇÃO E IDENTIDADE DE GÊNERO: VAZIO NORMATIVO NACIONAL E DIREITO COMPARADO

Em âmbito global, na última década, foram promulgadas na Argentina (2012), no Uruguai (2009) e na Bolívia (2016) leis de identidade de gênero, que garantem a alteração do sexo/gênero nos

assentos civis. Elas adotam previsões que garantem a travestis e transexuais o direito à declaração de seu gênero e procedam a alteração dos documentos de identificação, sem necessitar de chancela judicial. Para além destas previsões normativas, há outros registros sobre o tema. O Supremo Tribunal da Índia recentemente admitiu a existência de um terceiro gênero nos documentos de identificação, como forma de reconhecer a igualdade e os direitos das pessoas que não se identificam com os binarismos. Ainda, a Suprema Corte Australiana reconheceu o registro do gênero neutro, enquanto a Alemanha legislou de forma precursora sobre a possibilidade de registro do gênero neutro.

No que tange às questões de sexo, gênero e sexualidade, não há nenhuma previsão legislativa nacional que reconheça a autodeclaração como forma de identificação dos sujeitos. Há apenas a Resolução nº 11 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNLBGT, 2014), de caráter consultivo e orientativo, que, ao tratar do preenchimento de boletins de ocorrência pela autoridade policial, garante a autodeclaração da identidade de gênero e da orientação sexual.

O desafio das políticas antidiscriminatórias relativas às identidades sexuais e de gênero amplifica-se em face desse quadro normativo lacunoso e da complexidade das reivindicações identitárias contemporâneas. Em particular, no domínio jurídico antidiscriminatório, as políticas públicas colocam a pergunta sobre as identidades protegidas, cuja resposta parte da extensão e da compreensão da lista de critérios proibidos de discriminação. No que interessa a este estudo, o direito brasileiro, no art. 3º, IV, da Constituição de 1988, proíbe explicitamente a discriminação por motivo de sexo, ao que se acresce a previsão, em inúmeros instrumentos legislativos e administrativos, de identidades sexuais e de gênero protegidas de discriminação.

Assim como a interpretação dos critérios proibidos de discriminação não é estática, os sujeitos destinatários da proteção

antidiscriminatória não são fixos e unos, mormente em matéria de sexualidade e gênero (Butler, 2003; Crenshaw, 2002). Diversos elementos operam de forma interseccional para a produção dos sujeitos, como os marcadores de raça, sexualidade, gênero, classe, entre outros, gerando experiências múltiplas e fluidas de sujeitos. Em que pese a multiplicidade destas experiências, a linguagem dos direitos opera na lógica moderna de proteção identitária (Pecheny e Dehesa, 2009), na qual os destinatários das normas devem corresponder à identidade fixa e universal genericamente prevista, que representa os interesses dos grupos dominantes e reforça a cultura, os valores e as crenças da instituição tradicional (Tully, 2007). No campo do gênero e da sexualidade, as classificações dos sujeitos tomam a heterossexualidade como regra e os sujeitos a partir de padrões de inteligibilidade onde se postula “coerência” entre sexo, gênero e sexualidade (Butler, 2003). O direito contribui para criar esta mesma perspectiva que exclui aquelas pessoas que não correspondem aos padrões tidos como normais, como é o caso da população LGBTTT (Langley, 2006-2007).

Neste contexto, a autodeclaração em matéria de identidades sexuais e de gênero vai de encontro a classificações arbitrárias, heteronormativas e simplificadoras, informadas pelo binarismo de gênero em abordagens essencialistas das identidades sexuais, que acabam por subalternizar indivíduos e grupos em vez de protegê-los contra a discriminação.

4. AUTODECLARAÇÃO IDENTITÁRIA SEXUAL E DE GÊNERO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E OS RISCOS DA HETEROIDENTIFICAÇÃO

Brevemente exposta a previsão normativa relativa à autodeclaração étnico-racial e sua pertinência ao âmbito sexual e de

gênero, impõe-se prosseguir nessa investigação, mediante a relação entre o debate étnico-racial e sua aplicação à sexualidade e ao gênero bem como considerando esse instituto para o fortalecimento das medidas antidiscriminatórias.

Os riscos de arbitrariedade e de insuficiência percebidos na hetero-identificação étnico-racial também se apresentam na dinâmica identitária envolvendo sexualidade e gênero; subestimá-los implica comprometer a concretização de direitos fundamentais como a dignidade humana, a autodeterminação e a liberdade.

A proteção antidiscriminatória de grupos minoritários (sejam eles raciais, étnicos, sexuais) envolve um dilema constitucional: de um lado, os mecanismos de proteção dependem da institucionalização da definição de quem são estes grupos ou pessoas por eles protegidos; de outro, a determinação clara de pertença a grupos minoritários é um desafio, porque se parte da premissa equivocada de que para definir quem faz parte de um grupo minoritário deve-se levar em conta certas características fixas e imutáveis a ele associadas. Contudo, as características de um grupo que merecem especial proteção e reconhecimento variam de acordo com a história e com a sociedade em questão, estando, portanto, em constante transformação.

Ainda, a inclusão de um grupo na proteção às minorias depende de como as suas demandas são vistas e compatibilizadas com a cultura majoritária. Desta forma, a escolha de quais grupos ou características merecem proteção é uma questão política, mais do que uma análise objetiva de certos critérios (Pap, 2014-2015). Salienta-se que a atribuição da identidade racial para determinado grupo traz consigo um perigo, pois pode servir a propósitos políticos diversos, podendo ser utilizada tanto na luta por direitos, como para subordinar grupos. Pap (2014-2015) analisa este dilema constitucional, partindo da tríade “minorias étnicas, raciais e nacionais”, para demonstrar que os conceitos de raça, etnia e minorias nacionais são difíceis de serem definidos e muitas vezes se confundem. Salienta que o conceito de

minoria é fluido e ambíguo, não havendo um critério fixo e universal para estabelecer quem deve ou não ser reconhecido como pertencente a um grupo minoritário. Nas demandas étnico-raciais antidiscriminatórias, por exemplo, as percepções externas são usadas como base de classificação do grupo. Já os pleitos por tratamento diferenciado ou por certos privilégios são analisados com base em critérios legais objetivos, somados à identificação subjetiva do grupo.

A percepção tradicional de raça, que elege critérios objetivos e determináveis de modo preciso, é incompatível com a compreensão de que a raça é um construto social e político e que pode ser exercida e avaliada de diversas formas. Como alternativa às abordagens essencialistas e tradicionais sobre identificação étnico-racial, Rich (2013-2014) propõe uma perspectiva contextual da identidade étnico-racial, atenta à riqueza e à complexidade da dinâmica social, propiciando o fortalecimento da proteção antidiscriminatória. Assim, na abordagem tradicional da discriminação por motivo de raça esta ocorre a partir do status incontestado entre grupos raciais bem definidos, numa perspectiva essencialista. Já a perspectiva contextual pode compreender mais adequadamente situações que envolvem indivíduos e grupos que ocupam, nas palavras da autora, “as margens das categorias raciais”, cujas demandas se relacionam com o controle dos desdobramentos das definições de raça e dos termos em que seus corpos recebem sentidos raciais (Rich, 2013-2014).

Ela enumera quatro diferentes elementos envolvidos na identificação racial: a raça documental, constante em documentos e formulários administrativos; a raça social, atribuída pela sociedade de forma heterônoma; a raça privada, que corresponde à visão da pessoa sobre a sua própria identidade; e a raça pública, que é a identidade racial que a pessoa está preparada para ser reconhecida pelos outros. Tudo isso se apresenta e coexiste nos processos sociais de identificação racial, especialmente levando-se em conta a realidade complexa de sujeitos multirraciais, fenotipicamente ambíguos ou que estão no limiar

entre raças, e podem ser invocadas conforme o contexto específico (Rich, 2013-2014).

Para Rich (2013-2014), a performatividade é um conceito chave neste processo. Isso porque a autodeclaração contribui para a construção da identidade racial, podendo ter efeitos sociais diversos, dependendo de como veiculada. Muitas vezes alguém declara sua raça levando em conta como é percebido pelos outros, ou como acha que outros esperam que se identifique, ou mesmo como modo de se conformar a maiorias, evitando o estigma e a discriminação. Desta forma, uma mesma pessoa pode declarar diferentes identidades étnico-raciais, sem qualquer veleidade, confusão ou desonestidade, a depender do contexto onde interagem os diversos elementos envolvido neste ato identificatório. Nesse quadro, há que se compreender que não há inconsistências comprometedoras, tanto para a definição de seu estatuto pessoal, quanto para a aplicação da legislação antidiscriminatória. Também fica claro que a identificação étnico-racial não pode se reduzir a um processo classificatório míope e simplório, que negue a riqueza e a complexidade da realidade social em que se constroem, atribuem e se afirmam as identidades.

Daí a grave imprecisão de proposições apressadas e superficiais, contaminadas de essencialismo pobre e reacionário, que tentam reduzir, de modo descuidado e displicente, qualquer debate sobre identificação e autodeclaração étnico-raciais a imputações de fraude, diante de todas as situações em que a riqueza e a complexidade de sociedades plurais e dinâmicas se apresentam, mormente em contextos de mestiçagem, hibridismo e criouliização (Figueiredo, 2007). Importante mencionar que a percepção dessa dinâmica rica e complexa em que o papel do sujeito ganha tal relevo não impede que o estado utilize uma forma de reconhecimento racial diversa daquela declarada pelo sujeito para fins de acesso a políticas afirmativas, para proteção deste sujeito contra a discriminação ou mesmo para alimentar registros relevantes para a formulação e aplicação de medidas públicas e privadas

antidiscriminatórias (Rich, 2013-2014).

Traçando um paralelo com as questões de sexo, gênero e sexualidade, os sujeitos se identificam de formas diversas, dependendo das questões perguntadas, o contexto em que as respostas são dadas e os eventos recentes da vida da pessoa. Como exemplo, Rich (2013-2014) traz a questão dos homossexuais que até certo momento da vida se identificam como heterossexuais, até “saírem do armário” e se identificarem como gays. Esta mudança, contudo, não significa que estavam escondendo da sociedade a sua orientação sexual. Pelo contrário, este exemplo reforça justamente a possibilidade de ocorrerem mudanças de compreensão dos próprios sujeitos, que se autopercebiam como heterossexuais e, com o passar do tempo, passam a adotar para si a identidade homossexual. Ademais, a autoidentificação pode mudar de acordo com o contexto. Assim, um homossexual pode se identificar como hetero em alguns locais, assumindo o comportamento esperado para esta identidade com o objetivo de evitar discriminação, ao passo em que pode se assumir como homossexual em outras situações, nas quais se sente mais a vontade para fazê-lo.

Esta movimentação dos sujeitos entre as diversas identidades raciais ou sexuais se relaciona com a ideia de performatividade (Butler, 2003), na medida em que as identidades vão sendo colocadas ao longo da vida das pessoas de forma voluntária e involuntária, a fim de identificá-las com um ou outro grupo. Ou seja, as diversas raças não são dadas e estanques, são produto das forças de poder que criam e classificam os sujeitos. Diante desta complexidade inerente à raça, mas também às questões de sexo, gênero e sexualidade, percebe-se a insuficiência de modelos e compreensões que trabalham com conceitos rígidos e fixos. Assim, há a necessidade, do ponto de vista institucional, de que as normas e as decisões judiciais se adequem para dar conta destas identidades inconstantes, reconhecendo-as e protegendo-as da discriminação (Rich, 2013-2014).

Essa perspectiva foi cunhada a partir da realidade dos Estados

Unidos, que trabalha tradicionalmente com categorias fixas de identidade racial (branco ou negro). Contudo, diante do crescimento de grupos multirraciais, ambíguos ou de pessoas que ficam no limiar entre de duas raças, fez-se necessário pensar para além destas categorias duais e estanques. Se lá tal paradigma racial binário mostrou-se insuficiente, mais ainda no Brasil, em que a mestiçagem e fluidez das raças torna a questão ainda mais complexa. Como ocorre com raça e etnia, os conceitos de sexo, gênero e sexualidade também não são unívocos, estáveis e rígidos, tendo significados diversos.

No Brasil, os modelos hierárquico (ou popular), moderno e erótico também influenciam as formas de compreensão do sexo, gênero e sexualidade, trazendo significados distintos em cada uma destas esferas (Parker, 1991; Fry e MacRae, 1985). Ainda, as categorias podem ser utilizadas de formas diversas, conforme o contexto experimentado. Pense-se no caso de uma pessoa que se percebe como travesti (identidade privada), mas que se identifica formalmente como transexual para fins de acesso a tratamentos de saúde, mudança do nome do registro civil, entre outros (identidade documental). Esta estratégia se dá na medida em que a identidade transexual está mais relacionada com a realidade majoritária do que a travesti, pois trabalha dentro dos binarismos de gênero, da medicalização e adequação de eventuais incongruências entre sexo, gênero e sexualidade, e assim, se torna mais palatável.

Dada a multiplicidade de sentidos que as categorias identitárias apresentam e a possibilidade do seu uso de formas diversas, conforme a experiência de vida e a situação vivenciada, fica clara a impropriedade de “encaixar” os sujeitos em critérios fixos e rígidos, sendo necessário, assim como apresenta a perspectiva contextual, levar a sério as diversas formas de declaração dos sujeitos, de modo a proteger-lhes da discriminação. As normas antidiscriminatórias devem ser aplicadas de forma flexível, a fim de garantir a multiplicidade de identidades e de demandas a elas relativas (Narrain, 2012). As

tentativas de classificação de raça, etnia ou nacionalidade são sempre arbitrárias e levam em conta a percepção da maioria, podendo gerar opressão.

Da mesma forma, as classificações de sexo, gênero e sexualidade muitas vezes são usadas para subalternizar os sujeitos, colocando-os numa condição de cidadãos de segunda classe. Considerando que o gênero tem especial importância na nossa cultura, a identificação dos sujeitos como homem ou mulher, feminino ou masculino, é um pré-requisito para sua conformação como humano. Quem não corresponde a um dos gêneros binários estabelecidos é visto como menos humano pela sociedade e pelo próprio sistema jurídico, que está baseado no binarismo de gênero. Contudo, as diversas formas de vivenciar o gênero indicam a insuficiência das categorias masculino e feminino (Langley, 2006-2007). Como visto, o gênero não é fixo, ou seja, as pessoas podem se identificar de um jeito ou de outro, dependendo da situação. Ainda, duas pessoas podem usar a mesma categoria para se identificarem, mas significando coisas diferentes. Considerando a fluidez do gênero, percebe-se que as categorias binárias são insuficientes e utilizá-las pode gerar erros de identificação. Por exemplo, as travestis não se encaixam nem na categoria “homem”, nem na “mulher”, mas, pelo sistema binário e essencialista de gênero devem ser classificadas em uma destas categorias, mesmo que não traduzam a complexidade deste grupo (Langley, 2006-2007).

As categorias binárias constroem as pessoas que não se conformam a elas a buscarem sua adequação, como a cirurgia de transgenitalização para transexuais mudarem o sexo no registro civil, sem o que não teriam direito à alteração registral, ao passo que permitem a punição às travestis, pois elas não buscam a adequação do sexo biológico ao gênero pelo qual se identificam. Assim, se o paradigma para conceituar o gênero é alterado, rompendo com os binarismos, grande parte da violência cometida contra as pessoas não inteligíveis (como é o caso das travestis) poderia ser erradicada

(Langley, 2006-2007). Todavia, o estado, ao endossar as concepções hegemônicas de gênero, privilegia as percepções majoritárias em detrimento dos sujeitos que não se conformam a elas. Concepções essencialistas não estão simplesmente declarando uma verdade natural, elas estão instituindo o binarismo de gênero como padrão de normalidade socialmente imposto. E ao fazê-lo, patologizam, discriminam e negam o reconhecimento legal e social para todos os sujeitos que não se conformam com a lógica binária (Langley, 2006-2007). Daí a afirmação de Borrillo (2011), ao alertar que a lógica binária dos sexos não-só cristaliza situações (como o nome e o sexo no registro civil), como também é usada para instituir a desigualdade de gays, lésbicas, travestis e transexuais e a manutenção da heteronorma.

Ao atuar na criação do gênero e determinar a identidade dos sujeitos, o direito acarreta diversos danos e inconsistências para quem não se conforma aos padrões de inteligibilidade. Necessário, portanto, abrir espaço para questionar como é formulado o ordenamento jurídico e propor alternativas. Para garantir direitos aos sujeitos não inteligíveis, é imprescindível uma perspectiva transformadora do gênero no direito, que ultrapasse os binarismos essencialistas e insuficientes para dar conta das complexidades e especificidades destes sujeitos. A autodeclaração e o reconhecimento da fluidez do sexo, do gênero e da sexualidade se apresentam como caminhos para o reconhecimento de direitos.

5. O INSTITUTO DA AUTODECLARAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, DA AUTODETERMINAÇÃO E DA PRIVACIDADE

Mesmo não prevista explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, a autodeclaração de gênero pode ser invocada para garantir direitos, como a liberdade, a privacidade e a dignidade. Mais uma vez, os estudos sobre raça e etnia contribuem para desenvolver os

fundamentos da autodeclaração de gênero, motivo pelo qual parte-se das duas dimensões com que a autodeclaração étnico-racial se relaciona com o estado, negativa e positiva.

A primeira se refere ao fato de que o estado não pode criar uma identidade étnico-nacional oficial e mandatória pra os indivíduos; as pessoas devem ter o direito de optar por qualquer construto social que incorpore classificações étnico-raciais. Ainda, o estado não pode obrigar os indivíduos a se assimilarem à maioria, não pode negar o direito dos indivíduos a não se afiliarem involuntariamente a algum grupo dado e nem podem obrigar os sujeitos a fazerem uso de direitos de minorias, caso não queiram. Ninguém poderia, portanto, ser forçado a declarar a sua identidade, pois nome, gênero, religião, orientação sexual e identidade étnica fazem parte dos aspectos da vida privada dos sujeitos (Pap, 2014-2015).

Diante de sexo, gênero e sexualidade, temos, no que tange ao aspecto negativo, os estados devem aceitar o pluralismo sexual e a equivalência entre todas as manifestações sexuais, não podendo promover uma ou outra forma de sexualidade (Borrillo, 2011). Reconhecido o direito à privacidade com relação ao sexo, gênero e sexualidade, deixa de ser obrigatória a declaração deste caracteres, gerando-se a consequente des-sexualização do direito, ou seja, o abandono da categoria obrigatória do sexo nos documentos estatais e na própria organização do direito (Borrillo, 2011).

O aspecto positivo se refere ao direito de os indivíduos se juntarem a um grupo ou comunidade, podendo esta escolha vincular-se a um objetivo relevante para a construção da identidade. A escolha das identidades não pode estar restrita a uma lista fechada, deve haver a liberdade de os sujeitos escolherem sua identidade de forma ilimitada, tendo em vista que as identidades são fluidas e dinâmicas (Pap, 2014-2015). Nessa linha, como os corpos dos sujeitos dizem respeito a sua esfera de autodeterminação, sem interferir na liberdade alheia e não gerando danos a terceiros, a liberdade deve ser ampla. Só a eles cabe

decidir como irão exercer seu sexo, seu gênero e sua sexualidade (Suiama, 2012). Percebe-se que dois direitos são garantidos com o uso da autodeclaração, a privacidade e a autodeterminação, ambos relacionados ao direito à liberdade.

O conceito de privacidade é desafiador, pois pode significar tanto a aplicação das leis antidiscriminatórias sem levar em conta a raça, como pode significar que não se deve ser cego à raça, e sim apenas levá-la em conta quando ela seja uma questão que gere discriminação. Ainda, pode ser compreendida como algo ofensivo, na medida em que passaria uma mensagem de vergonha racial (Rich, 2013-2014). Para Rich (2013-2014), a privacidade se relaciona com a noção de que a raça é usada para subordinação e, assim, deve ser garantido o direito das pessoas de reservarem para si sua opção racial. Ainda, é relacionada ao direito à dignidade, na medida em que possibilita que a pessoa controle os termos em que o seu corpo é racializado. Assim, se as informações privadas de um indivíduo são usadas contra ele, há violação do seu direito de dignidade.

A dignidade das pessoas é ofendida também quando a elas é designada uma ou outra categoria de identificação, furtando-as de escolherem sua identidade (Rich, 2013-2014). Langley (2006-2007), por sua vez, critica a vinculação dos tribunais ao direito à privacidade, entendendo que o direito à liberdade propriamente dito é mais amplo e assim garante mais direitos. Isto porque a liberdade reconhece demandas que ultrapassam a vida privada e revela que a dicotomia público/privado é limitada, na medida em que o gênero é pessoal, mas também é público. Utilizando o direito à liberdade, protege-se o gênero tanto no aspecto privado, quanto no público. A autora refere a mudança de foco da privacidade para a liberdade, estando este conceito em constante evolução. Neste sentido, há uma disputa que deve ser travada acerca do seu conteúdo, definindo se é um direito baseado na história, nas tradições e na consciência das pessoas, ou se deve proteger as minorias da tirania da maioria (calcada justamente na história e nas

tradições) (Langley, 2006-2007).

Langley (2006-2007) propõe uma mudança de perspectiva sobre autodeclaração de gênero. Em lugar de tomar a ordem dada, histórica e culturalmente construída, para, a partir dela, garantir direitos, deve-se partir do direito à liberdade e verificar se o caso concreto se encaixa na proteção constitucional. Ao fazer isso, o demandante não necessita romper com todos os argumentos da ordem vigente, como os binarismos de gênero, demonstrando que, apesar dela, tem direitos. Pelo contrário, deve evidenciar que a sua demanda está vinculada à proteção da sua liberdade. Desta forma, pode-se romper com os binarismos essencialistas que fundamentam a ordem jurídica vigente.

Reconhece-se que o direito a relacionamentos íntimos e à integridade corporal são decorrências da liberdade, sendo a autonomia e a possibilidade de autodescoberta contingentes a tais direitos. A autonomia em áreas fundamentais para a pessoa (como é o caso do gênero) repercute, portanto, na esfera do gênero. Assim, como o gênero é central para a pessoa e para a sua compreensão social, não deve ser definido pelo estado. Pelo contrário, o indivíduo deve ter agência para se identificar, se apresentar e construir a produção de seu gênero. A interferência do estado nesse processo viola o direito à autodeterminação, e consequentemente a liberdade (Langley, 2006-2007).

A classificação estatal produz danos para quem não se conforma com o gênero e também falha em classificar as pessoas não inteligíveis. Portanto, a utilidade de tal classificação se mostra questionável, se comparada à autodeclaração, que protege o direito à liberdade. Como consequência, teremos o aumento do número de gêneros, a maior exatidão na classificação das pessoas que existem fora dos binarismos de gênero e a retirada da marca de gênero dos procedimentos oficiais, como refere Langley (2006-2007).

6. AUTODECLARAÇÃO DE GÊNERO E MEDIDAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Apesar da constatação de que o estado não deve ter o poder de categorizar as pessoas, ele deve utilizar o gênero para protegê-las da discriminação (Langley, 2006-2007). A aplicação das leis antidiscriminatórias, contudo, não dependerá da comprovação de que a pessoa corresponde a um determinado gênero, basta demonstrar que a discriminação ocorreu em razão do gênero da pessoa, seja ele qual for.

Em que pese a autodeclaração ser um caminho importante para proteção de direitos, seja na via da privacidade, seja na da liberdade ou na perspectiva da antidiscriminação, é importante ressaltar que, como as identidades podem ser definidas de diversas formas, nem sempre a autodeclaração será a melhor alternativa para garantia de direitos. Quando houver discriminação, a identidade atribuída de forma heterônoma deve ser levada em conta para a proteção do sujeito discriminado. Isto porque, apesar da complexidade em se definir quem corresponde a determinado conceito, quem comete crimes ou discrimina minorias não tem dificuldade em identificá-las. Assim, em casos de violação de direitos, deve-se utilizar a percepção da maioria para proteger minorias da discriminação (Pap, 2014-2015).

Borrillo (2011), ao propor a des-sexualização do direito, ou seja, o abandono da categoria sexo para identificar os indivíduos, defende que não se deve renunciar as políticas antidiscriminatórias baseadas no sexo ou no gênero. Neste sentido, o autor refere que uma coisa é o gênero-identificação, que deve ser abolido, e outra é o gênero-proteção, que deve ser mantido. O gênero-proteção não depende, como já dito, da adequação a um determinado gênero, e sim, requer que a discriminação tenha se dado por motivo de gênero. O autor salienta que podem ser concretizadas políticas antidiscriminatórias independentemente da obrigação do estado em determinar aos

indivíduos um gênero ou outro. Como exemplo, refere as ações afirmativas relacionadas à raça ou à religião, nas quais os sujeitos se autoidentificam como pertencentes a determinado grupo racial, étnico ou religioso se desejam se beneficiar das medidas próprias da igualdade material (Borrillo, 2011).

Transpondo-se para o campo desta pesquisa, deixar a cargo dos sujeitos que se identifiquem para fins de acesso a direitos não exclui a proteção do estado para a discriminação que venham a sofrer a partir das percepções externas da sua identidade. Retirar do estado a detenção do poder de classificar os sujeitos não significa adotar uma política cega para o gênero. Pelo contrário, significa reconhecer a fluidez desta categoria, as diversas possibilidades do seu exercício, bem como a sua proteção, respeitando a percepção do indivíduo, e as motivações de eventuais discriminações.

7. IDENTIDADE DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema em duas importantes decisões, que se constituem como marcos para a proteção de direitos de travestis e de transexuais. A primeira foi proferida em 2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275-DF (BRASIL, 2019a), que buscava a interpretação constitucional do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 1973), de modo a reconhecer o direito de pessoas trans a alterarem o nome e o gênero no registro civil, independente de terem ou não realizado a cirurgia de transgenitalização. Esse artigo determina que o prenome das pessoas é definitivo, mas que pode ser substituído por apelidos públicos notórios, o que poderia abranger o nome pelo qual pessoas trans se identificam e são reconhecidas, em respeito ao direito à identidade de gênero, inferido dos princípios constitucionais da dignidade humana, da

igualdade, da proibição de discriminação, da liberdade e da privacidade. Na época da propositura da ação, postularam-se alguns requisitos para a retificação dos registros de pessoas não operadas: possuir 18 (dezoito) anos, ter, há 03 (três) anos, a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico e ter sua condição aferida por um grupo de especialistas.

Durante os anos de tramitação dessa ação, foi promovida ampla discussão sobre o tema, especialmente pela sociedade civil organizada, que participou como *amicus curiae*, apresentando suas posições e vivências para a corte. Após quase uma década de debates, a ADI 4.275-DF foi votada e o direito à retificação do gênero e do nome no registro civil de pessoas transgêneras – nomenclatura utilizada pelo STF para abranger tanto pessoas trans, como travestis – foi reconhecido, independente da realização de cirurgia de transgenitalização e de quaisquer outros tratamentos hormonais ou patologizantes, em respeito aos direitos ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, da liberdade pessoal, da honra, da dignidade e da proibição de discriminação. Tal alteração pode se dar administrativamente ou pela via judicial, como a pessoa preferir. Em ambos os casos, é dispensada a apresentação de laudos de terceiros e de outras provas sobre a identidade de gênero da requerente, bastando apenas a sua autodeclaração. Afinal, “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.” (BRASIL, 2019a).

O voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, era pela procedência parcial da ação. Ele entendia que era possível alterar o registro civil, sem que para isso fosse exigida a realização de cirurgias, desde que fossem cumpridos os requisitos propostos pelo MPF e que fosse averbado, no registro original, que houve a retificação. Já o Ministro Alexandre de Moraes julgou procedente a demanda, entendendo ser possível a retificação do registro sem a realização de cirurgias. Ele ainda propôs que, nos termos de diversos memoriais apresentados à

Corte, baseados na Opinião Consultiva (OC) 24/17, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fosse estendida a proteção jurídica para as pessoas transgêneras. O próximo a votar foi o Ministro Edson Fachin, que também julgou procedente a demanda, frisando que os procedimentos de retificação deveriam ser administrativos. Logo após o seu voto, o Relator pediu esclarecimentos com relação a qual termo deveria ser adotado – transexuais, conforme proposto pelo MPF, ou transgêneros, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes?

Os ministros começaram a discussão sobre o tema, mas a interromperam para tratar sobre a retificação administrativa, proposta pelo Ministro Edson Fachin. Os dois temas – tanto da nomenclatura, como da via a ser adotada – foram retomados nos votos que sucederam esse debate e, por maioria de 7 a 4, venceu a tese construída coletivamente pelos ministros, a partir das discussões que foram sendo colocadas nos votos de uns e repensadas por outros, de que a retificação do registro poderia ser feita sem cirurgia, administrativamente e por pessoas transgêneras. Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, que votou pela parcial procedência do pedido, como já foi dito, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que votaram pela retificação judicial, e não administrativa.

A discussão sobre a terminologia a ser empregada é um ponto interessante desse julgado. Foram as entidades civis que atuaram como *amici curiae* que pleitearam a ampliação da decisão para além da transexualidade, como estava na inicial redigida pelo MPF e o fizeram levando em conta a categoria “guarda-chuva” transgênero, constante na OC 24/17, da Corte IDH. Os votos de vários Ministros e Ministras do STF também se basearam na OC 24-17 da Corte IDH no que tange ao caráter materialmente administrativo da retificação do registro civil, e, em razão disso, afastaram os requisitos elencados no ajuizamento da ação.

A decisão da ADI 4.275-DF inaugurou, no Brasil, um novo paradigma jurídico para a mudança de nome e gênero não só de

peessoas trans, mas também de travestis (mesmo que não as nomeando), e por isso, foi amplamente comemorada pelos movimentos sociais LGBTQIA+. A partir desse julgamento, todos os cartórios de registro civil de pessoas naturais têm a obrigação de proceder à retificação do registro, não podendo exigir quaisquer documentos comprobatórios da identidade de gênero para além da autodeclaração da requerente. Inclusive, o procedimento foi regulado por meio do Provimento nº 73, do Conselho Nacional de Justiça. Da mesma forma, caso a alteração de nome e gênero seja requerida judicialmente, a demanda deve ser decidida conforme a decisão do STF, bastando a autodeclaração como prova da identidade de gênero vivenciada.

Meses após o julgamento da ADI 4.275-DF, o STF reprisou o entendimento sobre o tema ao analisar o caso de um homem trans que desejava mudar o nome e o gênero no registro civil. Em primeira instância, foi deferida a retificação apenas do seu nome, pois o juiz entendeu que a cirurgia de transgenitalização seria condição para a retificação do gênero. O autor recorreu dessa decisão e, em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referiu que “mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar com o aspecto cromossômico, este imutável.” (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2012). Ou seja, nem a cirurgia seria capaz de “transformar” essa pessoa em um homem. Como alternativa, foi determinada a averbação da condição de transexual no registro civil, de modo a garantir os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Diante dessa decisão, foi apresentado o Recurso Extraordinário 670.422-RS ao STF, sob o argumento de que ela violava os direitos da antidiscriminação, da dignidade humana e da saúde, e de que o conceito de gênero não deve ser reduzido aos aspectos morfológicos ou ao órgão genital.

O STF reconheceu o caráter constitucional das questões discutidas no caso e conheceu sua repercussão geral. O julgamento

desse recurso seguiu a mesma linha argumentativa e a mesma fundamentação jurídica da ADI 4.275-DF e foi julgado procedente por maioria, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio. O STF reconheceu, portanto, que pessoas transgêneras têm direito fundamental à alteração do nome e do gênero no registro civil, bastando sua manifestação de vontade na via administrativa ou judicial. Isso produz, para essas pessoas, um sentimento de confiança em si como sujeitas de direitos. Ainda, decidiu que na alteração do registro civil não deve constar menção à transgeneridade e nem observações sobre a origem do ato de retificação, como, por exemplo, a averbação da condição de transexual ou que foi feita em razão de ordem judicial, se for o caso.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada sua intensidade e disseminação, violências e discriminações por concernentes às desigualdades de gênero são desafio urgente às medidas antidiscriminatórias. O instituto da autodeclaração, cunhado no paradigma da raça e etnia, estendido para o âmbito do sexo, do gênero e da sexualidade, como uma alternativa à categorização dos sujeitos pelo direito, pode ser valioso instrumento nesta tarefa.

Por evitar classificações estatais arbitrárias, heteronormativas e insuficientes, possibilita a concretização, no âmbito das identidades de gênero, de direitos humanos e fundamentais da mais alta estatura, sem excluir a proteção jurídica nos casos de discriminação que venham a ocorrer em razão das percepções externas sobre os sujeitos. Isto porque, retirar do estado o poder inquestionável e exclusivo de classificar os sujeitos não significa adotar uma política cega para o gênero e para a sexualidade. Pelo contrário, significa reconhecer a fluidez destas categorias, as diversas possibilidades do seu exercício, bem como a sua proteção, respeitando a percepção do indivíduo, e as

motivações discriminatórias.

Busca-se, desse modo, enfrentar a dinâmica das desigualdades e discriminações em uma arena tão desafiadora quanto vital, que é o próprio de existir sem discriminação por identidade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus. “Legislação e Jurisprudência LGBTTTT”. Brasília: 2007.

ARGENTINA. Lei nº 26.743, de 23 de maio de 2012.

BENEDETTI, Marcos. “Toda feita: o corpo e o gênero das travestis”. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BENEVIDES, Bruna, NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.

BOLÍVIA. Lei nº 807, de 21 de maio de 2016.

BORRILLO, Daniel. Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias. “Direito, Estado e Sociedade, v. 39, p. 27-51, 2011.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186– DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. 20 out. 2014.

BUTLER, Judith. “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos

Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis E Transexuais. Resolução nº 11, de 18 de janeiro de 2014. Resolução. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 18 jan. 2014.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Estudos Feministas, v. 10, nº 1, p. 171-188, 2002 <10.1590/S0104-026X2002000100011>.

FIGUEIREDO, Eurídice. Os discursos da mestiçagem: interseções com outros discursos, críticas, ressematizações. Gragoatá (UFF), v. 12, nº 22, p. 63-84, 2007.

FRY, Peter; MACRAE, Edward. O que é homossexualidade. São Paulo: Brasiliense, 1985.

KULICK, Don. Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

LANGLEY, Laura K. Self-determination in a gender fundamentalist state: toward legal liberation of transgender identities. Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights, v. 12, p. 101-130, 2006-2007.

NARRAIN, Siddarth. Gender identity, citizenship and state recognition. Socio-legal Review, v. 8, nº 2, p. 106-115, 2012.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Direitos sexuais de LGBTTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. Constituição e seu anexo (Declaração de Filadélfia), 1944.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. Convenção nº 169, de 1989. Convenção.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. Convenio nº 169 sobre

pueblos indígenas y tribales: un manual. OIT: Ginebra, 2003.

PAP, Andrés L. Is there a legal right to free choice of ethno-racial identity? Legal and political difficulties in defining minority communities and membership boundaries. Columbia Human Rights Law Review, nº 153, p. 153-232, 2014-2015.

PARKER, Richard. Corpos, prazeres e paixões: a cultura sexual no Brasil contemporâneo. São Paulo: Best Seller, 1991.

PECHENY, Mario; DE LA DEHESA, Rafael. Sexualidades y políticas en América Latina: un esbozo para la discusión. In: Dialogo latinoamericano sobre sexualidad e geopolítica. Observatorio de Sexualidad y Política, 2009.

RICH, Camille Gear. Elective race: recognizing race discrimination in the era of racial self-identification. The Georgetown Law Journal, v. 102, p. 1501-1572, 2013-2014.

RESADORI, Alice Hertzog. Dando close nas cortes: discursos sobre travestis nos tribunais constitucionais da América Latina. Tese de Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

RIOS, Roger Raupp; ÁVILA, Ana Paula. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. Revista Direito e Práxis, v. 7, nº 1, p. 21-47, 2016 <10.12957/dep.2016.17987>.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 16, p. 11-37, 2015 <10.1590/0103-335220151602>.

SILVA, Hélio R. S. Travestis: entre o espelho e a rua. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um modelo autodeterminativo para o

direito de transgêneros. Boletim Científico ESMPU, v. 37, p. 101-139, 2012.

TRANSRESPECT. Trans Murder Monitoring Update 2020. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2020/>. Acesso em 4 mar. de 2021.

TULLY, James. Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

URUGUAI. Lei nº 18.620, de 17 de novembro de 2009.

Alice Hertzog Resadori – Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), integrante do Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS, pesquisadora voluntária da UFCSPA, e professora do MBA em Diversidade e Desenvolvimento de Práticas Inclusivas nas Organizações na Universidade La Salle.

Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Pós-Doutor Universidade de Paris II. Professor do PPG Direito UNISINOS e do Mestrado Profissional da ENFAM/STJ. Desembargador Federal no TRF4. (roger.raupp.rios@gmail.com).

NOTAS SOBRE O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PARADIGMA INCORPORADO PELO BRASIL

CARINA LELLIS³⁴³

1. INTRODUÇÃO

Lucas é estudante de Direito. Cego. Ele costuma ir à faculdade sozinho, com o auxílio de uma bengala. São três quarteirões até a estação de metrô, sem maiores dificuldades. A não ser pela travessia de uma grande avenida entre o segundo e o terceiro quarteirão. O semáforo não possui sinal sonoro e, por isso, não é seguro atravessar desacompanhado. Basta pedir ajuda para alguém ao seu lado – não é dos piores obstáculos – e cem metros à frente chega à estação. Sua bengala encontra os degraus da entrada, depois desliza pelo o piso tátil até encontrar o piso de metal da escada rolante. Com a mão esquerda localiza o corrimão e, ao chegar à primeira plataforma, um funcionário do metrô o acompanha até o primeiro vagão. Esse funcionário se comunica com um colega na estação de destino, que acompanha Lucas até a porta e pronto. A faculdade é bem em frente.

Ao chegar em sala de aula, senta-se na fileira da frente e saca seu gravador. A professora se comove com a força de vontade do rapaz, procura se adaptar à realidade dele e passa a instigar a solidariedade dos alunos atribuindo pontos a quem ajudar o colega cego. Para que ele tenha acesso aos manuais, é preciso escanear o livro de maneira tal que o aplicativo para leitura em voz alta possa reconhecer o que está

escrito. Ponto para o aluno que escanear. Antes das provas, sempre é bom revisar a matéria com as anotações de aula. Ponto extra para o aluno que disponibilizar suas notas em formato digital para Lucas. Assim em diante, a professora faz o possível para que ele se sinta incluído no ambiente universitário.

A postura da professora diante daquele aluno foi empática. Ao final do semestre, Lucas a agradece: “Sabe, professora, sou muito grato pela sua atitude. Mas eu ainda fico com a sensação de que as coisas não deveriam ser dessa forma. Eu agradeço demais a sua boa vontade, mas o certo mesmo era eu não depender de ninguém”. Depois daqueles seis meses de convívio, a professora não teve a menor dúvida de que ele estava certo³⁴⁴.

Essa é uma questão de direito, não de benevolência. Aquele aluno tem plena capacidade de se tornar bacharel, advogado, servidor público, ou o que bem entender. O problema é que a estrutura da sociedade sistematicamente o empurra para longe de seus objetivos: desde a falta de um sinal sonoro que dificulta sua liberdade de ir e vir, passando pela dificuldade de acesso à informação e a livros didáticos, ou até mesmo pelos olhares na rua que questionam quem foi que deixou aquele cego andar sozinho por aí. Olhares que, mesmo sem enxergar, ele sente.

Essa breve passagem pelo cotidiano do estudante cego é um convite para a análise do conceito de deficiência, objeto do presente artigo. O primeiro ponto a se deixar claro é que a deficiência não se resume a uma condição médica, ao contrário do que pode supor o senso comum. Ela é uma condição social. A deficiência surge a partir do momento em que Lucas se depara com barreiras que impedem ou dificultam que ele tenha uma vida parecida com a de seus colegas.

A definição jurídica indica que *a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e barreiras*³⁴⁵. Ela é resultado da interação do Lucas com o mundo em que vive. O fato de ser cego, por si só, não é

sinônimo de incapacidade. Afinal, Lucas acompanha bem as aulas e possui as aptidões necessárias para concluir o curso de Direito. O grande problema reside na falta de livros em formato acessível, ou nos obstáculos em seu trajeto pela cidade. O problema não está no Lucas, mas sim no meio social que não é inclusivo o suficiente.

Um dos principais aportes desse conceito é o enfoque que dá às barreiras como causa da desigualdade. Se o problema está no meio social, é ele que precisa ser corrigido. Além disso, outro ponto importante é que a responsabilidade pela acessibilidade passa a ser da sociedade como um todo, e não apenas das pessoas com deficiência. Os ônus e os custos atrelados à deficiência devem ser socialmente compartilhados. Assim, por exemplo, se o elevador do prédio do Lucas não é acessível, a responsabilidade por colocar teclas em Braille é do condomínio, não cabendo a ele arcar com esse custo sozinho.

Essa é uma ideia que ainda precisa ser socialmente incorporada de maneira plena, por mais que os direitos das pessoas com deficiência sejam assegurados tanto pela Constituição quanto pela legislação. A maior parte dos estudantes de Direito conclui o curso sem jamais ter convivido com um colega com deficiência. A existência de ambientes pouco acessíveis ainda é naturalizada em alguma medida. Para promover a igualdade é preciso ajustar o olhar e partir da perspectiva das pessoas com deficiência, como na singela passagem apresentada nesta introdução.

O presente artigo analisa o conceito de deficiência, tomando-se por base a Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiência – CDPD, que possui *status* de norma constitucional no Brasil. Para a convenção, a deficiência resulta da interação entre a pessoa e as barreiras do meio social. A fim de compreender melhor seu significado, inicialmente traça-se uma narrativa a respeito da forma como as ideias em torno da deficiência evoluíram. A partir daí, passa-se a analisar o aporte que a CDPD trouxe para o direito brasileiro e alguns exemplos dos seus impactos na jurisdição constitucional.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

A percepção a respeito da experiência de ser uma pessoa com deficiência vem se desenvolvendo ao longo do tempo. Especialmente desde a segunda metade do século XX, quando a mobilização política desse grupo despertou o interesse de acadêmicos, em particular da área da sociologia, dando início à disciplina do *disability studies* (estudos da deficiência)³⁴⁶. Existe, sem dúvida, um intercâmbio entre as ciências sociais (que investigam a experiência desse grupo na sociedade) e o direito. A forma como se narra a experiência social terá impactos normativos, em um diálogo contínuo.

A apresentação da evolução do conceito de deficiência em diferentes *modelos* tem por objetivo sistematizar ideias e facilitar a compreensão. Não há consenso na literatura a respeito dessa classificação, contudo³⁴⁷. Nos últimos anos, assistiu-se a uma proliferação de modelos e há quem considere que eles mais atrapalham do que ajudam³⁴⁸. Por isso, cabe a ressalva de que a análise que segue não se pretende exaustiva nem definitiva.

2.1. MODELO INDIVIDUAL DA DEFICIÊNCIA

A expressão ‘modelo individual da deficiência’ (*individual model of disability*) foi originariamente cunhada por Michael Oliver, sociólogo britânico e ativista de direitos de pessoas com deficiência, em 1983, sendo considerado um dos marcos inaugurais dos *disability studies*³⁴⁹. Basicamente, esse modelo trata a deficiência como uma espécie de tragédia individual, sugerindo que ‘a deficiência é um evento de baixa probabilidade que ocorre de maneira aleatória para indivíduos desafortunados’³⁵⁰. Seria como definir a pessoa com deficiência como um sujeito particularmente azarado na loteria genética. De acordo com o autor, existem dois pontos fundamentais que identificam o modelo

individual: (i) primeiro, esse modelo situa o problema da deficiência no indivíduo e (ii) segundo, ele atribui a causa da desigualdade às limitações funcionais ou perdas psicológicas que estão associados à deficiência³⁵¹.

Há, ainda, autores que se referem ao estigma como ‘modelo da prescindência’³⁵², no sentido de que a sociedade veria essas pessoas como desnecessárias ou prescindíveis. Augustina Palacios e Francisco Bariffi apontam dois tipos de tratamento, ou submodelos. Primeiro, o *eugenésico*, marcado pelo extermínio. Situado ilustrativamente na antiguidade clássica, tanto a sociedade grega quanto a sociedade romana consideravam inconveniente o crescimento de crianças com deficiência e, baseando-se em motivos religiosos e políticos, autorizavam a prática do infanticídio³⁵³. Segundo, o da *marginalização*, ilustrado pelo período da Idade Média, em que pessoas com deficiência eram excluídas da sociedade, seja por compaixão ou por medo de que fossem fonte de malefícios.

Ainda que não sistematizados na forma de modelos, é possível encontrar diversos exemplos de imagens negativas atreladas à deficiência. Vale mencionar a espetacularização do corpo tido como anormal, figura frequente em circos e show de horrores (*freak shows*)³⁵⁴. Também é possível identificar outros exemplos de extermínio deliberado na história mais recente, como o programa *Eutanásia*, em que cerca de 200.000 (duzentas mil) pessoas com deficiência foram assassinadas pelo Estado Nazista entre 1940 e 1945³⁵⁵.

2.2. MODELO MÉDICO DA DEFICIÊNCIA

A primeira ruptura com as explicações que inferiorizam a deficiência ocorreu com a introdução do *modelo médico, biomédico*, ou *reabilitador*³⁵⁶⁻³⁵⁷. As causas para os impedimentos dessas pessoas não deveriam ser atribuíveis à má-sorte. Elas estariam associadas a razões

médicas, como doenças degenerativas, lesões medulares e problemas no parto, por exemplo. Segundo essa ótica, as desvantagens sociais experimentadas por pessoas com deficiência seriam uma decorrência das lesões e doenças. A superação das desigualdades entre pessoas com e sem deficiência, desse modo, seria alcançada pelo tratamento e/ou reabilitação das primeiras. De acordo com Debora Diniz, a contestação da narrativa mística pela narrativa biomédica foi importante para esclarecer que “as causas dos impedimentos não estariam mais no pecado, na culpa ou no azar, mas na genética, na embriologia, nas doenças degenerativas, nos acidentes de trânsito ou no envelhecimento”³⁵⁸.

Em obra a respeito da história da deficiência, Henri-Jacques Stiker aponta que, embora não seja possível apontar o momento preciso do novo ponto de partida, a partir da Primeira Guerra Mundial tem início uma forma, tanto cultural quanto social, de perceber a deficiência na Europa³⁵⁹. Os chamados *mutilados de guerra* mereciam ser reabilitados. “A esses soldados, maridos e pais de família, que deixaram partes de si para trás em combate, os outros possuem uma dívida. Culpa e obrigação moral estão ligadas à ideia de catástrofe; nós podemos e devemos reparar, reestabelecer, em outras palavras, apagar, expiar, resgatar”³⁶⁰. Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de reabilitação passa por uma nova onda no continente europeu.

Um evento na evolução de ideias médicas a respeito da deficiência ocorre em 1980, quando a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (*International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* – ICIDH) é publicada pela Organização Mundial da Saúde – OMS. Ao lado da Classificação Internacional de Doenças (CID), o documento classificava as ‘consequências da doença e das suas implicações para a vida dos indivíduos’.

Havia três classificações principais na ICIDH: ‘*impairments*’

(perdas ou anormalidades corporais), ‘*disabilities*’ (restrições de habilidade provocadas por lesões) e ‘*handicaps*’ (desvantagens resultantes de *impairments* ou *disabilities*). A categoria de *impairment* diz respeito ao que se entende por impedimento corporal, à condição específica do corpo ou da mente daquele indivíduo. Foi definida como “qualquer perda ou anormalidade da estrutura psicológica, fisiológica ou anatômica ou função”³⁶¹. A categoria de *disability* diz respeito às restrições que esse indivíduo sofre por causa do seu impedimento, quando comparado aos demais membros da sua comunidade. Ela se refere a “qualquer restrição ou falta (...) da capacidade de realizar uma atividade da forma ou dentro da faixa considerada normal para um ser humano”³⁶². Já a categoria *handicap* evidenciava as restrições a que o indivíduo estava submetido devido ao fato de ter uma deficiência. Trata daquilo que o indivíduo com deficiência, em si, possui capacidade de executar, mas que não o faz devido às barreiras que lhe são impostas.

A ICIDH já reconhecia que as pessoas com deficiência estavam submetidas a restrições que, em tese, não precisariam estar. Ela indicava que existiam barreiras sociais à sua participação na comunidade e estabelecia uma interconexão entre as categorias de *impairment*, *disability* e *handicap*. As duas últimas estariam ligadas à primeira, isto é, as desvantagens a que estão submetidas possuem relação direta com a sua condição física ou mental.

2.3. O MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

No momento da publicação da ICIDH, todavia, outra narrativa já questionava os pressupostos do *modelo médico*. No início da década de 1960, teóricos do *modelo social* começaram a redefinir o significado da deficiência. Para eles, “habitar um corpo com impedimentos físicos, intelectuais ou sensoriais é uma das muitas formas de estar no mundo”³⁶³. O movimento social, liderado por ativistas que possuíam

deficiências, promoveu uma importante guinada de perspectiva. Eles passaram a sustentar que o corpo com impedimentos não possuiria, em si, um valor moral. Seria a inaptidão do meio social em acolher essas pessoas, em conjunto com atitudes negativas em relação a elas, que importariam em desvalor.

O *modelo social* passou por desenvolvimentos ao longo do tempo e, ao menos naquele primeiro momento, a ideia era propor que a deficiência designa a situação de desigualdade vivenciada pelas pessoas que possuem impedimentos corporais e habitam um mundo com barreiras. A deficiência seria um estado de opressão gerado pelo meio social. Essa explicação promoveu uma mudança radical de foco. Não seriam as lesões e doenças que gerariam a desigualdade, não seria a natureza que desigualaria as pessoas, mas sim a chamada *cultura da normalidade*³⁶⁴. A noção de normalidade traduz as expectativas que costumam ser alimentadas a respeito do que seria “um ser humano normal”³⁶⁵. O modelo social desafiou essa ideia, ao sustentar que os diversos impedimentos físicos, sensoriais e mentais designam uma das muitas formas de estar no mundo.

Por mais que cegos, surdos e pessoas com Síndrome de Down possuíssem vivências radicalmente díspares, e por mais que as suas demandas também fossem absolutamente diferentes umas das outras, existiria um traço que as une. Todas elas fugiam ao padrão de normalidade e, por isso, são de alguma maneira *desviantes* na sociedade. Sob essa perspectiva, seriam elementos externos às limitações corporais o que determinariam o quanto a pessoa seria capaz de exercer as suas funcionalidades em uma dada sociedade³⁶⁶.

Essa primeira formulação do modelo social foi traduzida nos Princípios Fundamentais da Deficiência (*Fundamental Principles of Disability*), um sumário de discussões realizadas em 22 de novembro de 1975, publicado pela União dos Deficientes Físicos contra a Segregação (*Union of the Physically Impaired Against Segregation – UPIAS*),

organização britânica do movimento de pessoas com deficiência. Propunha-se uma distinção entre *deficiência* e *impedimento*. A *deficiência* seria um estado de opressão social, uma forma de desigualdade que tem como causa um contexto social excludente. O *impedimento* designaria a lesão ou a ausência parcial de um membro. De acordo com os princípios fundamentais da UPIAS, essa distinção é descrita da seguinte forma:

A nosso ver, é a sociedade que causa deficiência física. Deficiência é alguma coisa imposta além de nossos impedimentos pela maneira como somos desnecessariamente isolados e excluídos de plena participação na sociedade. As pessoas com deficiência são, portanto, um grupo oprimido na sociedade. Para entender isso, é necessário compreender a distinção entre a impedimento físico e a situação social, denominada 'deficiência', das pessoas com esse impedimento. Assim, definimos impedimento como falta de parte ou da totalidade de um membro, ou ter um membro, órgão ou mecanismo do corpo defeituoso; e deficiência como desvantagem ou restrição de atividade provocada por um contexto social contemporâneo organização que pouco ou nada leva em conta as pessoas com impedimentos físicos e, portanto, as exclui da participação nas atividades sociais normais. Deficiência física é, portanto, uma forma particular de opressão social.³⁶⁷

Em 1981, a organização não governamental *Disabled People's International – DPI*, que reúne representantes de diversos países, traçou distinção semelhante em seu ato constitutivo. Embora não tenha

utilizado os mesmos termos, de acordo com o documento, há uma diferença entre “a limitação funcional do indivíduo causada por impedimento físico, mental ou sensorial” e a “perda ou limitação de oportunidades de participar na vida normal da comunidade devido a barreiras físicas e sociais”³⁶⁸.

A formulação de Michael Oliver, por sua vez, parte da distinção entre o que o autor chama de *modelo individual* do *modelo social* da deficiência. Para o autor, a deficiência pode ser enxergada de um ponto de vista individual ou de um ponto de vista social (coletivo). Como se pontuou anteriormente, o modelo individual localiza o problema na pessoa e entende que ele é causado pelas suas limitações funcionais. Em contraposição, o modelo social enfatiza o *ambiente deficiente*, que exclui as pessoas com impedimentos corporais da participação na sociedade. A deficiência é compreendida como uma consequência de barreiras impostas externamente à inclusão social. O autor destaca que é preciso agir para promover mudanças na sociedade, no ambiente, nos papéis sociais, e nas atitudes da comunidade em geral. O propósito da sua ideia é chamar atenção, não para os impedimentos, mas sim para as barreiras ambientais e culturais que essas pessoas enfrentam, como sistemas de educação e de transporte inacessíveis, serviços de saúde discriminatórios e atitudes negativas que são direcionadas a essas pessoas³⁶⁹.

2.3.1. O MODELO SOCIAL E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

A crítica promovida pelo modelo social introduziu debates a respeito do tratamento conferido pela OMS à deficiência, na medida em que a ICIDH adotava a visão biomédica do corpo com impedimentos. Os teóricos do *modelo social* apresentaram cinco objeções centrais à ICIDH: (i) primeiro, ela teria sido elaborada sem a participação das

peessoas com deficiência, de maneira que haveria um problema de representatividade; (ii) segundo, ela estaria baseada na cultura da normalidade, o que traria uma objeção de ordem moral ao documento; (iii) terceiro, o enfoque biomédico descartava uma das teses centrais do modelo social, a de que a opressão era causada pelo contexto social e não pela lesão; (iv) quarto, a visão nela encartada aproximava a deficiência da doença, reforçando as ações medicalizantes sobre o corpo, afastando o debate da perspectiva sociológica; e (v) quinto, ela levaria à priorização de ações sanitárias e não de proteção social e correção das desigualdades.

Em 2001, então, a OMS reviu a ICIDH após um processo de debate que se estendeu por mais de dez anos. Foi adotada a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), que teve como principal objetivo instituir um novo vocabulário na matéria³⁷⁰. Abandonou-se, por exemplo, a utilização do termo “*handicap*” devido à sua conotação pejorativa, tendo em vista que a etimologia da palavra inglesa (“*hand*” + “*cap*”) remetia à ideia de “chapéu na mão”, associando a imagem de pessoas com deficiência a pedintes.

Nos termos do documento, operou-se uma transformação “de uma classificação de ‘consequência da doença’ (versão de 1980) numa classificação de ‘componentes da saúde’. Os ‘componentes da saúde’ identificam o que constitui a saúde, enquanto as ‘consequências’ se referem ao impacto das doenças na condição de saúde da pessoa”³⁷¹. Ainda de acordo com a CIF, as deficiências podem ser parte ou uma expressão de uma condição de saúde, mas não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente.

A CIF aborda expressamente a contraposição entre os modelos médico e social, e afirma se basear em uma integração desses modelos opostos. De acordo com o documento, adota-se uma “abordagem

“biopsicossocial” para se obter a integração das várias perspectivas de funcionalidade. Assim, a CIF tenta chegar a uma síntese que ofereça uma visão coerente das diferentes dimensões de saúde sob uma perspectiva biológica, individual e social (item 5.2).

2.3.2. A CRÍTICA FEMINISTA AO MODELO SOCIAL

De acordo com Debora Diniz, os primeiros teóricos do modelo social eram homens, em sua maioria portadores de lesão medular, que rejeitavam o modelo médico e pressupunham que toda pessoa com deficiência poderia ser tão produtiva quanto qualquer outra, não fossem pelas barreiras impostas ao exercício de suas capacidades. Não constavam da sua agenda de discussões preocupações com o cuidado, ou com benefícios compensatórios. De acordo com a autora, a entrada de abordagens pós-modernas e de críticas feministas, nos anos 1990 e 2000, teria dado origem a uma segunda geração de teóricos do modelo social³⁷². As objeções não tinham por objetivo minar a ideia central de que a deficiência seria uma forma de opressão, mas sim chamar a atenção para aspectos não observados inicialmente, que precisavam ser enfrentados.

O primeiro deles diz respeito ao ideal de independência defendido por aquele modelo, para sustentar que a dependência faz parte da vida. Crianças, idosos e pessoas com deficiências severas dependem de cuidados³⁷³. No entanto, na intenção de promover uma ruptura com a lógica biomédica, os primeiros teóricos do modelo focaram na conquista por independência. Eram homens, brancos, cadeirantes, que rejeitavam a necessidade de cuidados especiais e queriam participar do mercado de trabalho em igualdade de condições com as demais pessoas. Essa visão, no entanto, era subinclusiva. Não considerava adequadamente as pessoas com deficiências severas, que não se adequam a esses conceitos. Ela também não abordava de forma

satisfatória as cuidadoras dessas pessoas, normalmente mulheres, mães, que não raro dedicam a vida à prestação de cuidados sem que seu trabalho tenha qualquer tipo de reconhecimento³⁷⁴. Além disso, ao rejeitar de forma contundente a perspectiva médica, os teóricos deixaram de considerar os impedimentos como algo relevante para o modo de vida de algumas pessoas com deficiência, assim como não levaram em conta que algumas delas não seriam capazes de experimentar uma vida independente.

A crítica feminista, assim, trouxe novos desafios para a concepção da deficiência. De um lado, não se podiam desperdiçar as conquistas alcançadas pelo *modelo social*. De outro lado, era preciso questionar o ideal de independência e incorporar considerações a respeito do cuidado, tanto pela perspectiva das pessoas que precisam ser cuidadas, quanto daquelas que cuidam. A valorização da independência poderia causar um efeito perverso sobre as pessoas que não são capazes de vivenciá-la. No seu caso, o cuidado significa uma demanda por justiça fundamental. Além disso, era preciso chamar atenção para o fato de que mulheres com deficiência estão expostas à uma condição de vulnerabilidade ainda maior.

2.4. O MODELO DE DIREITOS HUMANOS

Em 2006, a Organização das Nações Unidas – ONU adotou a Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência – CDPD, um marco histórico relevante da conquista de direitos de pessoas com deficiência. As discussões do Comitê *Ad Hoc* estabelecido pela Assembleia Geral da ONU para a elaboração do texto foram permeadas por referências ao modelo social, que certamente inspirou a sua redação final³⁷⁵. Ainda assim, diversos autores sustentam que a convenção foi além e incorporou outros debates a respeito da deficiência, sendo possível falar em um *modelo de direitos humanos*

inspirado na CDPD.

Autores contemporâneos formularam sistematizações diferentes a respeito das características mais relevantes da abordagem de deficiência da CDPD, mas é possível destacar alguns denominadores comuns³⁷⁶. É razoavelmente consensual que a convenção não pretendeu superar o modelo social, nem abandonar as premissas por ele fixadas, mas sim avançar com a agenda de direitos.

Um dos progressos que costuma ser apontado é que a CDPD contempla direitos de primeira e de segunda geração. Enquanto os chamados direitos de primeira geração proíbem a discriminação no mercado de trabalho, por exemplo, os direitos de segunda geração tornam a inserção no mercado de trabalho possível, ao promover saúde, educação e ações afirmativas que garantam empregos³⁷⁷. O modelo social foi criticado por centrar suas atenções apenas nos primeiros, também entendidos como garantias de liberdade, seguindo a ideia de que a remoção de barreiras seria o suficiente para a promoção da igualdade. O paradigma dos direitos humanos afirma o direito ao desenvolvimento, abrindo espaço para ações afirmativas e redistributivas.

Como apontam Anna Lawson e Angharad Beckett, o enfoque nos direitos humanos constitui uma ferramenta relevante para a construção de políticas relacionadas à deficiência, que visam reduzir desigualdades³⁷⁸. Se, de um lado, as contestações levantadas pelo modelo social foram importantes para denunciar e revelar a opressão social, de outro lado, a CDPD ofereceria um roteiro detalhado para a elaboração de legislações e políticas públicas, que passam a ser monitoradas pela ONU com relação aos países signatários da convenção.

Além disso, também se destaca que a CDPD é sensível à importância que os impedimentos possuem na vivência das pessoas com deficiência³⁷⁹. O modelo social foi criticado por realizar uma

espécie de apagamento da deficiência, ao deixar de considerar que a experiência de viver com impedimentos, e eventualmente com dor, marca a identidade dessas pessoas³⁸⁰. A CDPD não possui previsão no sentido de que os impedimentos teriam um potencial negativo sobre a qualidade de vida. Ainda assim, o seu preâmbulo menciona os indivíduos que ‘requerem maior apoio’, deixando claro que sua intenção é proteger todas as pessoas com deficiência, e não apenas aquelas ‘em forma’. Ao longo de todo o texto, há passagens que reconhecem a diversidade dos corpos de que trata e ressalta a dignidade de todas essas pessoas. Em artigo a respeito do tema, Katherine Kazou chega a desafiar a ideia de que a CDPD teria se baseado no modelo social e sustenta que, na realidade, ela estaria mais próxima da definição que a OMS traz na CIF³⁸¹.

Também se destaca como um dos avanços da convenção o fato de que, ao focar na experiência individual de cada pessoa, o modelo de direitos humanos também incorpora questões identitárias³⁸², permitindo o enquadramento pelo prisma da interseccionalidade. A convenção reconhece diferentes camadas de identidades e reconhece, por exemplo, *(i)* que mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação (art. 6); *(ii)* que fatores como raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, e idade podem agravar a desigualdade (Preâmbulo, alínea *p*) e *(iii)* ao estabelecer previsões especificamente endereçadas a surdos, cegos e surdocegos (arts. 24 e 30).

A partir dessa breve sistematização, ainda que não se possa falar em uma cronologia precisa, é possível perceber que as ideias a respeito da deficiência evoluíram ao longo do tempo. Os modelos apresentados não devem ser considerados estanques, ou fechados. Na realidade, o que se observa é um desenvolvimento progressivo³⁸³, em que as discussões a respeito da deficiência vão ganhando camadas de

complexidade.

A CDPD não exaure esses debates, e ela própria reconhece que a deficiência é um conceito em evolução. Ainda assim, a convenção constitui um marco relevante para o estudo do direito, porque traduz essas ideias em norma jurídica. Diversos países se vinculam às suas regras internacionais de direitos humanos, comprometendo-se a adequar as suas legislações internas. A sessão seguinte, então, analisa a forma como o Brasil adotou o paradigma de deficiência da CDPD.

3. O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA NA CDPD E A SUA INCORPORAÇÃO PELO BRASIL

No Brasil, a CDPD foi aprovada pelo Congresso Nacional com *status* de emenda à Constituição³⁸⁴. Toda a evolução a respeito do conceito de deficiência descrita no capítulo anterior foi incorporada à ordem jurídica brasileira e deve orientar a atividade interpretativa. Em 2015, em atendimento aos compromissos assumidos pelo país na ordem internacional, foi editada a Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, que promoveu alterações significativas na legislação infraconstitucional e em todo o tratamento conferido a este grupo.

Por mais que leis anteriores apresentem conceitos diferentes a respeito do que é a deficiência – incorporando por vezes ideias que mais se aproximam do modelo médico pura e simplesmente³⁸⁵ – o paradigma da CDPD, que foi refletido na LBI, deve prevalecer. Tanto por um critério de hierarquia, tendo em vista que a convenção possui *status* constitucional, quanto por um critério temporal, tendo em vista que a LBI é norma mais recente.

A CDPD não contempla uma definição formal de deficiência, mas, em lugar disso, afirma que se trata de um conceito em evolução. Seja pela dificuldade em alcançar um consenso entre todos os países

que negociaram o texto da convenção, seja porque o tratamento conferido à deficiência tem ganhado camadas e maior complexidade ao longo do tempo, fato é que se optou por não fixar uma definição estanque. Ainda assim, o preâmbulo e o art. 1º da CDPD orientam a compreensão do seu significado. Os dispositivos possuem a seguinte redação:

- Preâmbulo, alínea e, CDPD:

“a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. (Preâmbulo, e)

- Art. 1º, CDPD:

“(…) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Nesses dispositivos, é possível perceber que a redação final da convenção foi nitidamente influenciada pelas ideias do modelo social. Vale destacar três ideias centrais: *(i)* ela incorpora a noção de que a deficiência está relacionada à restrição de participação social; *(ii)* há uma distinção entre a condição específica da pessoa (impedimento) e a situação de desigualdade e *(iii)* menciona as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente.

A CDPD deixa claro que a deficiência não se resume a uma condição médica, ao afirmar que ela é um *resultado da interação* entre

pessoas e barreiras. A deficiência, portanto, surge a partir do momento em que a pessoa tem a sua participação social limitada, isto é, quando ela se vê em uma situação de desigualdade em relação às demais. Incorpora-se ao texto da norma a ideia de se tratar de uma situação de opressão social. Um dos aportes mais relevantes da convenção está justamente em trazer para dentro do conceito de deficiência a ideia de que as barreiras desempenham um papel discriminatório. Se barreiras estão diretamente associadas ao *status* de desigualdade, então é responsabilidade de toda a sociedade eliminá-las.

O art. 1º da CDPD também utiliza a terminologia do modelo social, ao se referir a *impedimento* como a condição inerente à pessoa, em contraposição ao termo *deficiência*. Todavia, em outras passagens do texto o termo deficiência é utilizado com significado parecido com o de impedimento³⁸⁶. Por isso, não parece que a convenção tenha estabelecido tais nomenclaturas de maneira rígida, como se para fins normativos fosse incorreto utilizá-las como sinônimos. Em todo caso, o mais importante é destacar que está presente a distinção entre condição de saúde e condição social.

Os impedimentos podem ser de diversas naturezas. Por *impedimento físico* deve-se compreender a limitação relacionada a faculdades físicas, como a paraplegia, por exemplo. O *impedimento sensorial*, por sua vez, diz respeito à limitação dos sentidos, como lesões no aparelho auditivo que podem causar a surdez. O *impedimento intelectual* diz respeito a limitações de caráter cognitivo. Já o *impedimento mental*, por sua vez, está relacionado a questões psicossociais, valendo a ressalva de que existe amplo debate, sem consenso, a respeito dessas duas últimas categorias³⁸⁷. Em todos os casos, deve se tratar de um impedimento de longo prazo e não apenas de natureza transitória.

Com relação às barreiras, a CDPD se limita a mencioná-las como algo que impede as pessoas com deficiência de viver em igualdade de

condição com as demais pessoas. A LBI regulamenta o ponto em seu art. 3º, inciso IV, que define barreira como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança”.

O dispositivo também conta com uma classificação que ilustra a amplitude do conceito, apresentando seis tipos de barreiras: *(i) urbanísticas*, existentes em vias e espaços públicos, espaços privados abertos ao público ou de uso coletivo; *(ii) arquitetônicas*, existentes em edifícios públicos e privados; *(iii) nos transportes*; *(iv) nas comunicações e informação*, que contemplam a acessibilidade em sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; *(v) tecnológicas*, que se referem às tecnologias de maneira mais ampla e *(vi) atitudinais*, que dizem respeito a atitudes e comportamentos que prejudiquem a participação social.

Por fim, também vale mencionar que a LBI conferiu concretude à ideia de que a deficiência não deve ser encarada exclusivamente pelo aspecto médico, ao estabelecer que quando for necessário algum tipo de avaliação, ela deve ser de natureza *biopsicossocial* e não atestada por laudo médico. O art. 2º, §1º, da LBI estabelece a *avaliação biopsicossocial*, que não deve ser realizada apenas por médicos, mas por equipe multidisciplinar. A ideia, justamente, é avaliar o nível de inclusão social daquela pessoa e não apenas a sua condição física, mental ou intelectual. De acordo com a norma, devem ser considerados os seguintes fatores: *(i)* os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; *(ii)* os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; *(iii)* a limitação no desempenho de atividades; e *(iv)* a restrição de participação.

Além dos contornos normativos da deficiência segundo a convenção e a LBI, também é importante salientar que o novo

paradigma de deficiência também se refletiu na jurisdição constitucional brasileira. Como se viu, a CDPD foi incorporada ao Brasil com *status* constitucional. Por isso, ela serve como parâmetro para a realização de controle de constitucionalidade. Isso significa que atos normativos incompatíveis com a convenção podem ser declarados inconstitucionais com base na convenção.

De fato, o Supremo Tribunal Federal – STF já fez referência à CDPD como parâmetro de controle³⁸⁸. A seguir, destacam-se três precedentes que ilustram a internalização das ideias debatidas no capítulo anterior, a respeito do paradigma de deficiência da convenção: a ADI nº 5357, a ADI nº 4388 e a ADI nº 5760.

Na ADI nº 5357, o STF declarou a constitucionalidade de dispositivos da LBI que estabeleciam que entidades privadas de ensino devem adotar medidas para a inclusão de alunos com deficiência, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas³⁸⁹⁻³⁹⁰. A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), ao argumento de que tais exigências violam o princípio da livre iniciativa, o direito de propriedade, e a liberdade de ensino. Além disso, sustentou que o alto custo das medidas levaria ao encerramento de atividades de instituições privadas.

O tribunal refutou essas alegações e declarou a constitucionalidade dos dispositivos da LBI. A ação foi relatada pelo Min. Edson Fachin, que invocou tanto os dispositivos da Constituição de 1988 quanto da CDPD. O acórdão ressalta o *status* constitucional da CDPD ao afirmar que “à luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita”. O precedente destaca que embora o serviço público de educação seja livre à iniciativa privada, isso não significa que os agentes econômicos

que o prestam possam fazê-lo sem responsabilidade. Além disso, também indica que não se pode invocar a função social da propriedade para afastar uma obrigação prevista constitucionalmente, pois isso seria adotar uma interpretação constitucional que leva à negação de direitos fundamentais.

Outro aspecto abordado pelo acórdão diz respeito ao direito compartilhado por estudantes com e sem deficiência de conviver no mesmo ambiente escolar. A educação inclusiva é um instrumento de desconstrução da cultura da normalidade, e essa ideia esteve presente em alguns votos. Nos termos do voto do Min. Edson Fachin, “o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora”. Para o Min. Teori Zavascki, deve-se encarar a presença de crianças com deficiências como uma oportunidade de se apresentar às crianças sem deficiências um modo de convivência sem exclusões. O ponto também foi observado pela Min. Rosa Weber, sobre a necessidade de se valorizar a diversidade, o que “torna a deficiência apenas um detalhe da nossa humanidade”.

Esse caso ilustra de maneira bem clara que a eliminação de barreiras ao ensino de estudantes com deficiência deve ser considerada um dever da sociedade em geral (uma questão social) e não um ônus imputado apenas às pessoas com deficiência (uma questão individual). Uma das objeções às medidas de inclusão estava ligada ao direito de propriedade e ao custo das adaptações necessárias para a criação de um ambiente de ensino inclusivo e a resposta do tribunal foi confirmar a impossibilidade de se estabelecerem custos adicionais.

Na ADI nº 4388, o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei do Estado de Goiás nº 14.715/2004 que dispunham sobre a reserva de percentual de cargos e empregos públicos³⁹¹⁻³⁹². A ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra normas que estabeleciam que as deficiências passíveis de correção com a

utilização de prótese, aparelhos corretivos e tratamentos clínicos ou cirúrgicos não seriam consideradas no preenchimento das vagas reservadas. Na ocasião, a definição foi considerada formalmente inconstitucional por se tratar de norma estadual em desacordo com as normas gerais a respeito do tema. Além disso, ela foi julgada materialmente inconstitucional por criar obstáculos ao ambiente de inclusão.

A relatora, Min. Rosa Weber, também destacou a hierarquia constitucional da CDPD em seu voto e fez referência à definição de pessoa com deficiência constante de seu art. 1º, que foi reproduzido na LBI³⁹³. De acordo com o precedente, a convenção definiu os destinatários da proteção às pessoas com deficiência na ordem constitucional brasileira e, por isso, a lei estadual não poderia restringir esse âmbito de incidência. A partir da interpretação dos dispositivos da convenção, em conjunto com artigos da Constituição, concluiu-se que “o desenho da proteção do ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência (...), permite inferir que foi adotado um sentido amplo de deficiência, congruente com o escopo de promover a plena integração dos portadores de deficiência na sociedade, inclusive no que atine ao aspecto econômico, viabilizado por meio do acesso a cargos públicos mediante a reserva de vagas”.

Esse é mais um exemplo de impacto concreto do conceito de deficiência da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro. Eventuais tentativas de se restringir o âmbito de proteção do sistema constitucional de proteção à pessoa com deficiência podem ser declaradas inconstitucionais. Por mais que ainda não exista um número grande de precedentes com esse conteúdo, é possível dizer que existe uma tendência progressiva desse tipo de utilização da convenção como parâmetro de controle de constitucionalidade. Isso vale não apenas para as hipóteses de controle concentrado, de forma que a CDPD pode ser utilizada também como parâmetro para o controle difuso de

constitucionalidade.

Essa ideia também permeou o julgamento da ADI nº 5760, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal que afastava a reserva de vagas no caso de trabalhadores marítimos embarcados³⁹⁴. O art. 16-A da Lei nº 7.573/1986³⁹⁵ estabelecia que esses trabalhadores, por serem submetidos às exigências contidas em convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil relativos às condições físicas, médicas e psicológicas, não integram a soma dos trabalhadores das empresas de navegação que devem cumprir os percentuais reservados às pessoas com deficiência pela legislação federal. A ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República ao argumento de que a norma violava o art. 27, I, *e* e *h*, da CDPD, o direito à educação profissional, bem como aos princípios da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso social.

Na ocasião, o tribunal invocou os termos da CDPD e entendeu que “a deficiência física, por si só, não incapacita generalizadamente o trabalhador para o desempenho de atividades laborais em embarcações, não existindo exigência legal ou convencional de plena capacidade física para toda e qualquer atividade marítima. A eventual incompatibilidade entre determinadas atividades e certas limitações físicas não justifica a exclusão do trabalho marítimo do alcance da política pública de inclusão social das pessoas com deficiência”. De acordo com o voto do Min. Alexandre de Moraes, relator da ação, as pessoas com deficiência, em princípio, devem ser consideradas aptas para o trabalho marítimo. Eventualmente, se em razão da característica de um posto de trabalho específico não for possível desempenhar a atividade, pode haver a limitação de acesso para àquela vaga, mas isso não deve impedir genericamente o preenchimento das cotas.

Esse precedente, além de dialogar com a definição de deficiência, também ilustra a ideia de que impedimento não deve ser confundido com incapacidade. A diretriz constitucional é de inclusão

das pessoas com deficiência em todos os campos da vida social. Por isso, eventual incompatibilidade entre a condição da pessoa e o posto de trabalho postulado precisa ser demonstrado concretamente, caso a caso.

A partir desses três exemplos, é possível perceber que o paradigma introduzido pela CDPD no direito brasileiro é capaz de produzir efeitos concretos. A evolução dos diferentes modelos de deficiência não diz respeito apenas a uma questão conceitual ou teórica. Uma vez que foi absorvida pela CDPD, tais ideias passaram a ser norma jurídica e, no caso do Brasil, norma constitucional que deve orientar a interpretação de todas as normas que digam respeito a pessoas com deficiência.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo oferece um breve panorama a respeito do conceito de deficiência introduzido pela Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência – CDPD no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com a convenção, *“pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”* (art. 1º, CDPD). De acordo com esse paradigma, não se trata exclusivamente com uma condição médica. A deficiência é o resultado da interação entre a pessoa que possui impedimentos de longo prazo com o meio social, que apresenta barreiras para o exercício da cidadania.

A deficiência designa uma forma de opressão social, assim como questões de gênero e de raça. Da mesma forma como mulheres e negros não devem ser culpabilizados pela sua própria marginalização, o mesmo raciocínio deve se estender para pessoas com deficiência. A

desigualdade experimentada por elas não deve ser encarada como uma consequência natural de impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. É preciso que se tenha claro que as barreiras do ambiente são determinantes para a exclusão, e é responsabilidade de toda a sociedade remover essas barreiras.

A fim de melhor compreender esse conceito, o artigo apresenta uma breve narrativa a respeito da sua evolução, sistematizada em quatro modelos sucessivos. O *modelo individual* traduz a deficiência como uma espécie tragédia pessoal e reflete ideias estigmatizantes a seu respeito. Segundo esse modelo, o ‘problema’ da deficiência seria imputável à própria pessoa e a fonte da marginalização seriam as suas limitações funcionais. O *modelo médico* traz uma primeira ruptura com essa lógica, introduzindo a ideia de reabilitação. Segundo essa visão, as causas dos impedimentos não devem ser atribuídas ao azar, mas a questões médicas, como lesões e doenças. A superação do estado de desigualdade, portanto, seria alcançada pelo tratamento e pela reabilitação. O *modelo social*, por sua vez, passa a denunciar que a marginalização está ligada a barreiras do ambiente social. As limitações, em grande medida, não estão ligadas à condição médica da pessoa, mas sim à falta de acessibilidade. O *modelo de direitos humanos* absorve discussões que procuraram aprimorar o modelo social e as traduz em uma gramática de direitos. As pessoas com deficiência são titulares de direitos e podem postular judicialmente a eliminação de barreiras à sua plena participação na sociedade.

A CDPD de certa maneira consagra essa evolução e estabelece normas de direitos humanos que vinculam os Estados partes. No Brasil, essas normas adquiriram *status* constitucional e isso possui impactos significativos para o direito interno. A segunda parte do artigo, então, analisa a incorporação do paradigma de deficiência da CDPD e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro. Além de conformar a legislação infraconstitucional, especialmente pela edição da Lei Brasileira de Inclusão – LBI, as normas da convenção são reconhecidas

como parâmetro do controle de constitucionalidade pelo STF. Nesse sentido, a CDPD representa um trunfo importante para a promoção de igualdade para pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len. *Disability Studies Today*. Polity Press, 2002.

BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

COSTA, Ana Maria Machado da. O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa Com deficiência: Uma Questão de Justiça. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/22/13_23_35_456_Reconhecimento_da_pessoa_com_transtorno_mental_severo_como_deficiente.pdf, acesso em 28.3.2022.

DAVIS, Lennard J. Constructing normalcy: the bell curve, the novel and the intervention of the disabled body in the nineteenth century. In: DAVIS, Lennard J. (ed.). *The Disability Studies Reader*. 2ª ed. New York: Routledge, 2006.

DEGENER, Theresia. A New Human Rights Model of Disability. In: DELLA FINA et. al (eds.) *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Springer International Publishing, 2017; KAZOU, Katherina. *Analysing the definition of disability in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: is it really based on a 'social model' approach?* International Journal of Mental Health and Capacity Law, 2017.

DINIZ, Débora. O que é deficiência. São Paulo: Brasiliense. 2007.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência, Direitos Humanos e Justiça*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, nº 11, dez. 2009.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. *Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, nº 10, p. 2507-2510, Oct. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001000025&lng=en&nrm=iso>. acesso em 27.3.2022.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. *Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 23, nº 10, p. 2507-2510, out. 2007.

Disabled People's International, *Constitution of Disabled Peoples' International*, Disponível em: [dpi-constitutionen.pdf](#), acesso em 27.3.2022.

FINLEKSTEIN, V. (1993). The commonality of disability. In: SWAIN, J.; FINKLSTEIN, V.; FRENCH, S.; OLIVER, M. (Eds.), *Disabling barriers—Enabling environments* (p. 9–16). Sage Publications, Inc; Open University Press.

GLEESON, B. *Disability Studies: A Historical Materialist View*. (1997) 12 Disability & Society 179.

Kittay, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. New York and London: Routledge, 1999.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MUSEUM, United States Holocaust (Org.). *O Extermínio dos Deficientes*. Washington, DC. Disponível em:

<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-murder-of-the-handicapped>. Acesso em: 20 out. 2020.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVER, Micheal. 'The Social Model in Action: If I Had a Hammer', in *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, eds. C. Barnes and G. Mercer (Disability Press, 2004), 18, 22.).

OLIVER, Mike. *Social Work with Disabled People*. Basingstoke Macmillans, 1983.

OLIVER, Mike. *The individual and social models of disability*. Paper presented at Joint Workshop of the Living Options Group and the Research Unit of the Royal College of Physicians, 1990, p. 3. Disponível em: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Oliver-in-soc-dis.pdf>, acesso em 1.3.2021.

PALACIOS, Augustina; BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* Colección Telefónica Acccecible CERMI y Telefónica. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.

STEIN, Michael Ashley. *Disability Human Rights*. California Law Review, Vol. 95, 2007, p. 13 Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=900014>, acesso em 10.10.2020.

STEIN, Michael Ashley. *Disability Human Rights*. California Law Review, Vol. 95, 2007.

STIKER, H. J., *A History of Disability*, translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, United States of American, 1999, p. 121.

THOMSON, Rosemarie Garland. *Freakery: Cultural Spectacles of the Extraordinary Body*. New York: New York University, 1996.

Union of the Physically Impaired Against Segregation – UPIAS, Fundamental Principles of Disability – *Being a summary of the discussion held on 22nd November, 1975 and containing commentaries from each organisation.* p. 4. Disponível em: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>, acesso em 27.3.2022.

Mestre e doutoranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Esta passagem é livremente inspirada na relação entre Lucas Alberto Passos, atualmente servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e da professora Flavia Martins Carvalho, juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo. A autora agradece pelos diálogos que antecederam a elaboração deste artigo.

A alínea *e* do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Sobre o tema, v. BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len. *Disability Studies Today*. Polity Press, 2002. GLEESON, B. *Disability Studies: A Historical Materialist View*. (1997) 12 *Disability & Society* 179.

V. Anna Lawson & Angharad E. Beckett (2021) The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis, *The International Journal of Human Rights*, p. 363.

De acordo com Michael Oliver, “como a pessoa que inventou o termo “modelo social da deficiência” (...) eu considero a chegada de todos esses diferentes modelos mais confusa do que útil” (Tradução Livre, M.

Oliver, 'The Social Model in Action: If I Had a Hammer', in *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, eds. C. Barnes and G. Mercer (Disability Press, 2004), 18, 22.)

OLIVER, Mike. *Social Work with Disabled People*. Basingstoke Macmillans, 1983.

OLIVER, Mike. *The individual and social models of disability*. Paper presented at Joint Workshop of the Living Options Group and the Research Unit of the Royal College of Physicians, 1990, p. 3. Disponível em: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Oliver-in-soc-dis.pdf>, acesso em 1.3.2021.

Ibidem, p. 3.

PALACIOS, Augustina; BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* Colección Telefónica Acccecible CERMI y Telefónica. Madrid: Ediciones Cinca, 2007. p. 13-15. MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 34 e 35.

A Tábua IV, da Lei das XII Tábuas apregoada no Fórum Romano (450 a.C.), autorizava o pai a matar seu filho “defeituoso” – “I – Que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente”. (MADRUGA, Sidney. Op. cit. p. 35)

V. THOMSON, Rosemarie Garland. *Freakery: Cultural Spectacles of the Extraordinary Body*. New York: New York University, 1996. Ainda a respeito do tema da espetacularização do corpo, cabe mencionar o *caso do arremesso de anões*, julgado pelo Conselho de Estado Francês (caso *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 out. 1995). Na hipótese, uma casa noturna francesa oferecia a atividade recreativa de arremesso de anão (*lancer de nains*), que consistia em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. O Conselho interditou a atração por considerá-la atentatória à dignidade

da pessoa humana. Disponível em:
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/>,
acesso em 27.3.2022.

MUSEUM, United States Holocaust (Org.). *O Extermínio dos Deficientes*.
Washington, DC. Disponível em:
<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-murder-of-the-handicapped>. Acesso em: 20 out. 2020.

V. DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense. 2007, p. 22 e ss. e PALACIOS, Augustina; BARIFFI, Francisco, Op. Cit. p. 15.

Vale a nota de que Michael Oliver rejeita a existência de um modelo médico de deficiência. Segundo o autor, a medicalização é apenas uma manifestação do modelo individual, na medida em que situa a deficiência exclusivamente no corpo da pessoa, sem atentar para as construções sociais em torno dela. OLIVER, Mike. *Op. Cit.*, 1990, p. 3.

DINIZ; BARBOSA; SANTOS. *Op. Cit.*, 2009, p. 68.

STIKER, H. J., *A History of Disability*, translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, United States of American, 1999, p. 121.

Ibidem, p. 124.

KAZOU, Katherina. *Analysing the definition of disability in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: is it really based on a 'social model' approach?*. International Journal of Mental Health and Capacity Law, 2017, p. 33.

Ibidem, 2017, p. 9.

DINIZ; BARBOSA; SANTOS. *Op. cit.*, 2009, p. 65.

Sobre o tema, v. DAVIS, Lennard J. Constructing normalcy: the bell curve, the novel and the intervention of the disabled body in the nineteenth century. In: DAVIS, Lennard J. (ed.). *The Disability Studies Reader*. 2ª ed. New York: Routledge, 2006.

Sobre o tema, v. FINLEKSTEIN, V. (1993). The commonality of disability. In: SWAIN, J.; FINKLSTEIN, V.; FRENCH, S.; OLIVER, M. (Eds.), *Disabling barriers – Enabling environments* (p. 9–16). Sage

Publications, Inc; Open University Press.

STEIN, Michael Ashley. *Disability Human Rights*. California Law Review, Vol. 95, 2007, p. 13 Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=900014>, acesso em 10.10.2020.

Tradução livre. UPIAS, Fundamental Principles of Disability – *Being a summary of the discussion held on 22nd November, 1975 and containing commentaries from each organisation*. p. 4. Disponível em: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>, acesso em 27.3.2022.

Tradução livre. *Constitution of Disabled Peoples' International*, preâmbulo. No documento, a primeira é chamada de *disability* e a segunda de *handicap*. Disponível em: [dpi-constitutionen.pdf](#), acesso em 27.3.2022.

OLIVER, *Op. Cit*, p. 32.

A respeito do tema, v. DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. *Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, nº 10, p. 2507-2510, Oct. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001000025&lng=en&nrm=iso>. acesso em 27.3.2022.

OMS. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. p. 8.

DINIZ, Débora. O que é deficiência. São Paulo: Brasiliense. 2007. p. 60.

Eva Feder Kittay é considerada referência no debate a respeito da ética do cuidado. Sua teoria parte da premissa de que a dependência é um fato da vida, assim como a necessidade de cuidados. Ela propõe uma noção de igualdade baseada em vínculos interpessoais e recomenda que o cuidado despendido por alguns deve ser recompensado por toda a sociedade. V. Kittay, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. New York and London: Routledge, 1999.

“Uma sociedade justa, podemos pensar, também olharia para (...) a sobrecarga das pessoas que cuidam dos seus dependentes. Essas

peessoas carecem de muitas coisas: reconhecimento de que o que fazem é trabalho, de assistência, tanto humana quanto financeira, de oportunidades de empregos recompensadores e de participação na vida social e política. Essa questão também está estreitamente ligada à justiça de gênero, uma vez que a maior parte do cuidado de dependentes é realizado por mulheres”. (NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013. p. 123).

LAWSON, Anna; BECKETT, Angharad E. (2021). Op. Cit. p. 351 e ss.

Sobre o tema, V. STEIN, Michael Ashley. *Disability Human Rights*. California Law Review, Vol. 95, 2007; DEGENER, Theresia. A New Human Rights Model of Disability. In: DELLA FINA et. al (eds.) *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Springer International Publishing, 2017; KAZOU, Katherina. *Analysing the definition of disability in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: is it really based on a 'social model' approach?* International Journal of Mental Health and Capacity Law, 2017 e LAWSON, Anna; BECKETT, Angharad E. (2021). Op. Cit.

STEIN, Michael Ashley. Op. Cit. pp. 92 e 93.

LAWSON, Anna; BECKETT, Angharad E. (2021). Op. Cit. p. 369.

KAZOU, Katherina. Op. Cit.

DEGENER, Theresia. Op. Cit. p. 47. A autora menciona objeções levantadas pela feminista Jenny Morris, para quem “enquanto barreiras do ambiente e atitudes sociais são uma parte crucial da nossa experiência na deficiência – e de fato nos incapacitam – sugerir que isso é tudo o que há é negar a nossa experiência pessoal com restrições físicas ou intelectuais, com doença ou com o medo de morrer” (*Apud* MORRIS, J. *Pride against prejudice*. Philadelphia: New Society Publishers, 1991, p. 10)

KAZOU, Katherina. Op. Cit.

DEGENER, Theresia. Op. Cit. p. 49.

Vale a nota de que a ideia de progressão dos modelos é contestada por Anna Lawson e Angharad Beckett. As autoras contestam a ideia de que o modelo de direitos humanos seria uma espécie de evolução do modelo social e propõem a tese da complementariedade: para elas, cada modelo possui um papel diferente e eles se complementam para a defesa de direitos de pessoas com deficiência. LAWSON, Anna; BECKETT, Angharad E. (2021). Op. Cit.

A CDPD foi incorporada na forma do art. 5º, §3º, CF (§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais) pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

Mencione-se, nesse sentido, a definição constante do art. 3º, I, do Decreto nº 3.298/1999: “deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;”.

Como por exemplo o art. 25, *b*, de acordo com o qual os Estados Partes “b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos”. Ao se referir a deficiências adicionais na parte final do dispositivo, o texto faz referência a uma condição de saúde e não social.

A respeito do tema, v. COSTA, Ana Maria Machado da. O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa Com deficiência: Uma Questão de Justiça. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/22/13_23_35_456_Reconhecimento_da_pessoa_com_transtorno_mental_severo_como_d_eficiente.pdf, acesso em 28.3.2022.

Além dos precedentes analisados neste artigo, a CDPD também foi mencionada como parâmetro para o controle de constitucionalidade nos seguintes casos: ADI 903, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 22.05.2013, p. 07.02.2014; ADI 5452, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 22.09.2020, p. 06.10.2020; ADI 5873, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 23.08.2019, p. 16.10.2019; ADI 6590 MC-Ref, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 21.12.2020, p. 12.02.2021; ADI 6476, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 08.09.2021, p. 16.09.2021.

ADI 5357 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 09.06.2016. Na ocasião, o referendo da medida cautelar foi convocado em julgamento de mérito e o pedido julgado improcedente.

A ação impugnou o § 1º do art. 28 e o art. 30, caput, da LBI, pela referência a instituições privadas de ensino. Os dispositivos possuem o seguinte teor: Art. 28 (...) § 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas: (...).

ADI 4388, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 03.03.2020, p. 12.03.2020.

Lei do Estado de Goiás nº 14.715/2004. Os trechos destacados foram objeto de impugnação: “Art. 3º (...) § 1º – A deficiência auditiva compreende a surdez, caracterizada por uma acentuada diminuição na capacidade de perceber e identificar sons, de ambos os ouvidos, em caráter permanente e não passível de correção com a utilização de prótese, aparelho auditivo, tratamento clínico ou cirúrgico, gerando

déficit lingüístico, emocional, educacional, social ou cultural, apresentando-se através de uma das seguintes formas:

Art. 4º – Para os efeitos dessa lei, não são consideradas pessoas portadoras de deficiência:

I – aquelas cujas perdas causadas pela deficiência de que são portadoras sejam passíveis de correção, seja através da utilização de equipamentos de órtese e/ ou prótese seja através de tratamento clínico ou cirúrgico que lhes devolvam funcionalidade às partes afetadas;

II – aquelas cuja deficiência auditiva ou visual que portam incida, respectivamente, em apenas um dos órgãos do sistema auditivo ou do sistema visual; ou ainda que as perdas causadas por estas deficiências sejam passíveis de correção mediante a utilização de aparelhos corretivos;”

Confira-se: “Registre-se, ainda que posteriormente à lei combatida, que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada ao ordenamento brasileiro nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Possui, por conseguinte, hierarquia constitucional. Em seu artigo 1º, de pronto, apresenta o propósito do documento internacional e define pessoas com deficiência”. (ADI 4388, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 03.03.2020, p. 12.03.2020. Fls. 16 do acórdão).

ADI 5760, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 13.09.2019, p. 26.09.2019.

Art. 16-A da Lei 7.573/1986, inserido pelo art. 1º da Lei 13.194/2015: “Art. 16-A. Os marítimos exercendo atividades embarcadas, por serem submetidos às exigências contidas em convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil relativas às condições físicas, médicas e psicológicas, não integram a soma dos trabalhadores das empresas de navegação para o disposto no art. 93 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.”

MATERNIDADES INTERDITADAS: A (IN)JUSTIÇA REPRODUTIVA EM CIRCUNSTÂNCIAS DE RADICAL DESIGUALDADE

CLAUDIA FONSECA³⁹⁶

LUCIA SCALCO³⁹⁷

INTRODUÇÃO

É incrivelmente fácil para quem mora no conforto de um apartamento, com salário fixo, indo e voltando de carro para o trabalho, esquecer o tamanho da desigualdade que existe no Brasil. Refrescar a memória com dados é um exercício um tanto abstrato, mas mesmo assim os números impressionam. Com 9.1% da população vivendo com menos de US\$3.20 por dia, Brasil tem uma taxa de pobreza mais de três vezes a da Argentina, duas vezes a do Peru e dez vezes a do Uruguai. Ainda tem mais de nove milhões de pessoas vivendo na miséria total (com menos de \$1.90)³⁹⁸. As análises pormenorizadas segundo raça não deixam dúvida quanto à violência estrutural que pesa contra quem não nasceu branco no Brasil. Estatísticas implacáveis mostram que a cor escura é consistentemente correlacionada com analfabetismo, baixa escolaridade, trabalho informal e renda irregular de baixa remuneração (IBGE, 2019). Uma pessoa negra tem mais probabilidade de morar em regiões com infraestruturas precárias de luz e água e de depender exclusivamente dos sobrecarregados serviços públicos de saúde, sem falar que tem três vezes mais chance de ser morta por homicídio – circunstâncias que ajudam a entender como em certas regiões brancos vivem, na média, entre 8 e 10 anos mais do que seus vizinhos negros

(Casa Fluminense, 2020).

Propomos neste artigo adentrar as repercussões dessa desigualdade para dinâmicas familiares no Brasil. Porém, antes, cabem alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, pesquisadores já desmistificaram há tempo a ideia de uma família *natural* ou *universal*, ou mesmo a de *uma* família moderna – modelo uniforme que, evoluindo ao longo dos últimos séculos, teria substituído as múltiplas formas tradicionais de família. Etnógrafos explorando a complexidade de sociedades contemporâneas seguem sublinhando a “normalidade” de práticas *diversas* que fazem sentido para particulares pessoas, categorias e coletividades conforme um entremeado de fatores históricos, políticos e sociais. Em segundo lugar, queremos lembrar que a família é um assunto moral e política. Diferentes padrões não são geralmente percebidos como sendo de igual validade. Antes, são distribuídos numa hierarquia de prestígio em que o modelo idealizado pelas classes abastadas ocupa uma posição superior e os “problemas sociais” são associados a comportamentos típicos de setores mais pobres.

Nossa linha de investigação é inspirada na noção de “justiça reprodutiva” desenvolvida originalmente por Afrodescendentes feministas na América do Norte (Ross e Solinger 2017). Reagindo contra séculos de controle opressivo de suas práticas reprodutivas, ativistas forjaram essa noção para sublinhar seu direito não só de ter filhos *se* e *quando* os querem, mas também, o direito a condições dignas para criar os filhos que parem. Olhar para a justiça reprodutiva significa levar em consideração a complexidade de dinâmicas interseccionais de classe, raça, geração e gênero em jogo nas formas de injustiça e discriminação agindo contra um contingente não-negligenciável da população. Mais importante ainda, chama atenção à dimensão política das rotinas reprodutivas que, de outra forma, passaria despercebida, apagada pelas representações naturalizantes de gênero e família tão presentes no imaginário público (ver Villalta 2021).

Haveria muitos temas a explorar em relação à radical

desigualdade social, econômico e político que vivenciamos todos os dias no Brasil e suas repercussões materiais e simbólicos para a vida familiar. Resolvemos nos concentrar aqui num assunto que, embora exista há tempo, parece ter se exacerbado ultimamente com as circunstâncias da pandemia: o que chamamos as maternidades “interditadas” isto é, aquelas maternidades enredadas na retirada compulsória de um bebê de seus genitores e a anulação irrevogável não só do vínculo, mas da própria identidade familiar. A seguir, damos uma ilustração concreta do assunto em pauta.

1. UMA RETIRADA COMPULSÓRIA

Foi junho de 2021, em plena pandemia, quando Lúcia (coautora deste artigo) foi contatada por uma amiga ativista e colaboradora do Coletivo Autônomo Morro da Cruz, associação comunitária radicada em um dos bairros mais pobres de Porto Alegre. Em tom de desabafo, a amiga relatou que, pela terceira vez desde o início do ano, estava enfrentando um incidente em que certo hospital impedia uma mãe de levar seu recém-nascido para casa. O primeiro episódio, ocorrido uns meses antes, tinha envolvido um bebê prematuro nascido com múltiplos problemas de saúde. O pessoal da maternidade relutava em entregar o bebê à mãe (negra, solteira) antes que esta providenciasse um stock da fórmula infantil indicada pelo serviço médico. Pelo preço do produto, não acreditavam que ela fosse poder atender às necessidades básicas da criança. O segundo episódio dizia respeito a uma jovem mulher com covid que veio a falecer logo depois do parto. O serviço social do hospital tinha chegado à conclusão que, em vez de entregar o bebê ao seu avô materno, único parente sobrevivente, seria mais prudente chamar o Juizado. Nesses dois primeiros casos, foi graças a uma série de recursos burocráticos e jurídicos, mobilizados pelo Coletivo que as crianças puderam permanecer com seus

familiares.

Neste terceiro caso, viemos a conhecer um jovem casal, Sandrinha e Marcelo, enfrentando o que, para ambos, era a primeira experiência de m/paternidade. Lá no hospital, horas depois do parto, os dois passaram a brigar sobre um problema de moradia. Ela insistia que não podiam voltar para sua casa habitual porque era inverno e chovia dentro. Ele se negava a mudar para junto aos pais dela. Os ânimos foram se atizando a tal ponto que assustaram algumas pessoas da ala hospitalar que, por sua vez, alertaram o serviço social da maternidade. Em entrevista a sós com a assistente social do hospital, Sandrinha falou sem hesitação de suas várias preocupações. Sendo portadora de anemia falciforme, sabia que a gravidez era contraindicada e tinha inicialmente cogitado a possibilidade de aborto, mas logo em seguida passou a curtir a ideia de ser mãe. Seu companheiro, atualmente de “cara limpa” depois de um período de usar drogas, sofria de uma condição bipolar, seguindo apenas episodicamente o tratamento adequado. Naquele momento, nenhum dos dois tinha emprego, nem moradia própria. A partir desses elementos expressos na intimidade do que Sandrinha tinha tratado como consulta terapêutica, a assistente social preparou um prognóstico sombrio, recomendando a remoção do bebê para um abrigo. Assim, sem entender como, o jovem casal tinha embarcado numa esteira burocrática que, não fosse sua atuação frenética, podia ter levado à perda definitiva de seu filho, entregue em adoção pelo poder público a outra família considerada mais adequada.

O caso de Sandrinha e Marcelo serve para abrir esta discussão sobre famílias e desigualdades, em primeiro lugar, porque demonstra o jogo de moralidades hierarquizadas que constroem determinadas mães (e pais) como inadequadas. Arguimos que a retirada das crianças nos casos descritos aqui não foi motivada nem por negligência, nem por maus tratos e, sim, por situações de grande pobreza. É essa pobreza, típica de não poucas famílias no Brasil, que engendra a *suspeita* de que certa família não terá como porvir às necessidades básicas da criança.

Em segundo lugar, o episódio envolvendo o casal mostra como a extrema desigualdade no país se traduz num processo de reprodução estratificada. Isto é, chama atenção para a maneira em que as formas familiares de grupos subalternos são em muitos aspectos diferentes, porém complementares às da elite (Colen, 1995). Ao suscitar a simbiose que existe entre setores desiguais da sociedade, nossa abordagem questiona perspectivas usuais que apresentam a existência de “crianças disponíveis à adoção” exclusivamente em termos da (ir)responsabilidade dos pais. Consideramos que estas análises, travadas num viés individualista, não levam em consideração as atuais políticas de governo que, para beneficiar uma pequena parte da população, deixam milhões de brasileiros vivendo na mais profunda miséria. Tampouco interrogam a distribuição desigual de recursos públicos que cria tremendas deficiências na rede pública de apoio familiar. Mas, antes de tudo, ignoram a influência sobre políticas de proteção à infância de casais e solteiros nas classes abastadas à procura de um filho adotado para “completar” suas famílias. Sugerimos que a escancarada desigualdade de status socioeconômico entre as famílias de nascimento e as famílias adotivas exerce um peso não-negligenciável na definição de como e quando o poder público deve intervir para garantir o interesse da criança.

Finalmente, o caso de retirada compulsória em pauta levanta dúvidas sobre a eficácia da lei em prevenir abusos de autoridade contra os setores mais fracos da população. Lembrando que, conforme o Estatuto de Criança e do Adolescente (1990), “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar surge a pergunta: como explicamos o que parece ser a violação sistemática dessa orientação legal? Em resposta, sugerimos que a moralidade classista penetra no campo da legalidade graças (entre outros fatores) a um jogo eufemístico de linguagem. Quando se fala da adoção, a imagem que brota persistentemente entre os mais diversos observadores, desde a época da roda dos expostos, é a

da “mãe abandonante”. Mais recentemente os tribunais de infância passaram a promover um novo termo, a “entrega voluntária”, para diminuir o estigma pesando contra a mulher que, não querendo ou não podendo ficar com seu bebê, resolve entregá-lo para a equipe de adoção do Tribunal da Infância. Entretanto, no momento atual, grande parte das mães cujos filhos se tornam disponíveis para adoção não abandonaram, e muito menos entregaram voluntariamente, seus filhos. Como no caso de Sandrinha – viram seus bebês retirados pelo poder público contra sua vontade, em nome do interesse superior da criança. Apesar de existir um número modesto de estudos acadêmicos sobre essas retiradas compulsórias³⁹⁹, reina um silêncio persistente sobre elas nas discussões legislativas e nas estatísticas oficiais assim como nos debates mediáticos⁴⁰⁰. No espírito da justiça reprodutiva, a discussão que segue se orienta pela necessidade de dar visibilidade e consolidar um nome para essas práticas, trazendo à luz abusos potenciais que acompanham políticas reprodutivas realizadas em circunstâncias de grande desigualdade. Finalmente, nossa análise coloca questões sobre mudanças legislativas recentes que, em vez de garantir os direitos dos mais vulneráveis, podem estar evoluindo numa direção que mantém e aprofunda a sub-cidadania de famílias vivendo na grande pobreza.

2. A APROPRIAÇÃO DE CRIANÇAS: ELEMENTO DA HISTÓRIA COLONIAL

A remoção de crianças de suas famílias e comunidades originais aparece ao longo do nosso passado colonial, enredada em episódios de poder e exploração. Quem acompanha a história de sociedades indígenas na América do Norte e na Austrália conhece bem os repetidos casos em que, na tentativa de separar as crianças da influência “corruptora” de suas famílias nativas, gerações inteiras foram enviadas para internatos ou colocadas em famílias adotivas brancas.

Em época mais recente, documenta-se, na América do Norte, um processo semelhante para lidar com famílias nas favelas urbanas, especialmente as de origem negra, latina e das diferentes minorias imigrantes. Se, em algum momento, a justificativa da intervenção estatal foi para acelerar o processo civilizatório de populações atrasadas, desde a década de 1980, a intervenção tem sido em nome do “interesse superior da criança”, definido de acordo com critérios estabelecidos por um número crescente de especialistas. De uma forma ou de outra, trata-se dos setores mais poderosos da sociedade intervindo nas estratégias reprodutivas dos grupos subalternos. Através de leis e mecanismos administrativos cada vez mais sofisticados, definem os critérios para avaliar o “melhor interesse” da criança, determinando onde e com quem a nova geração deve ser criada.

A apropriação das crianças de um grupo por outro também fica aparente em situações de guerra e durante governos totalitários (e.g. BBC 2017). As Abuelas de la Plaza de Mayo cujos filhos foram assassinados pela ditadura argentina (1976-1983) se organizaram para denunciar o sequestro de seus netos, entregues em adoção (em muitos casos) para simpatizantes do regime militar. Foi graças aos esforços combinados dessas mães social e politicamente oprimidas que a apropriação de crianças ganhou visibilidade nos debates internacionais no final dos anos 1980. Notamos, entre outros resultados, o artigo 8 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CDC) que frisa “o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferência ilícitas.” Reconhecendo o direito da criança a um nível de vida que permite seu pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, os signatários daquele documento se comprometem a tomar as medidas adequadas para ajudar as famílias cuidadoras a providenciar as condições necessárias, assegurando em caso de necessidade auxílio material e programas de apoio, “nomeadamente no que respeita à alimentação, vestuário e alojamento”

(art. 27). Pouco tempo depois, num espírito semelhante, o Estatuto (brasileiro) da Criança e Adolescente deixou clara a prioridade política de manter crianças nas suas famílias e comunidades originais. Em caso de carência de recursos materiais, as famílias deviam “obrigatoriamente ser incluídas em programas oficiais de auxílio”. A adoção em todo caso constava como uma medida excepcional a ser acionada apenas quando todas as outras possibilidades para garantir o bem-estar infantil tinham sido esgotadas.

Contudo, houve no final dos anos 80 um acordo dos bancos internacionais – o Consenso de Washington – sedimentando uma política econômica neoliberal que imporia severos limites à possibilidade de colocar em prática a legislação progressista da época (Villalta e Gesteira 2019). A começar pelos países anglo-saxões, diferentes governos passaram a recuar dos princípios da CDC, formulando políticas para crianças em acolhimento institucional que favoreceriam a adoção antes do que a reintegração familiar. Com a filosofia do Estado mínimo, o desinvestimento nos serviços públicos e a criminalização da pobreza, emergia a ideia de que a distribuição de crianças acolhidas entre famílias adotivas seria a alternativa não só mais segura para os jovens, mas também mais barata para os cofres públicos.

A partir dos anos 90, o bem-documentado crescimento do número de pessoas da classe média sofrendo da “ausência involuntária de filhos” viria a completar o quadro, apresentando a adoção dos jovens acolhidos como uma situação em que todos saíam ganhando. O fundamental era acelerar os processos de destituição de poder familiar e tornar as crianças “disponíveis” enquanto jovens o suficiente – de preferência, na primeira infância – para serem desejadas pelos adotantes em potencial. As tentativas de reintegrar crianças acolhidas nas suas famílias nucleares ou extensas originais viriam a ceder o centro do palco para políticas que diminuíssem prazos e minimizassem os chamados impedimentos “burocráticos” (tidos como) responsáveis

pelo “atraso” nos processos de adoção (Fonseca 2021). Com cada vez menos discussão sobre possíveis abusos engendrados pela extrema desigualdade entre de onde vêm e para onde vão as crianças, os discursos sobre adoção passaram a se aproximar, de novo, de tropos salvacionistas reminiscentes da época colonial.

Na Europa e na América do Norte, houve movimentos de resistência coletiva, em particular de grupos minoritários – negros, indígenas, latinos – protestando contra o que chamavam “a perda de uma geração de crianças”. A medida que chegavam à idade adulta, os próprios filhos adotados começaram a juntar suas vozes ao protesto, reclamando uma participação na formulação de políticas mais abertas, menos autoritárias, de adoção. Sua queixa não era que certas crianças são levadas a ser cuidadas por adultos outros que seus pais biológicos. (A circulação infantil é parte rotineira da dinâmica reprodutiva em muitas partes do mundo.) Reconheciam que nem toda intervenção implica em situações de rapina e exploração. (Existem formas de acolhimento que refletem e reforçam a solidariedade entre as diversas famílias da criança.) Mas, insistiam no reconhecimento do fato de que, longe de “abandonados” ou “órfãos”, muitas (senão a maioria de) crianças adotadas são filhos de pais que, por razões de miséria ou catástrofes pessoais, se viram obrigados a abrir mão de suas responsabilidades parentais. Apesar de preocupados com o destino de seus filhos, esses pais (e outros familiares) se viram barrados, pelos princípios da adoção plena, não só de qualquer participação na escolha de uma família adotiva, mas também de contato ou mesmo acesso a informações sobre as crianças retiradas deles. Os filhos adotados, por sua vez, se viram negados a possibilidade de beneficiar dessas informações e desse contato. O problema fundamental se apresentava: diante da desigualdade que se exacerba com cada novo dia, como combater a sub-cidadania do elo mais fraco do processo adotivo: a família (e comunidade) de onde saíram as crianças? Diante das múltiplas formas de tutoria dos filhos adotados (tanto pelos pais quanto

pelos especialistas), como criar mecanismos para escutar esses jovens, integrando sua voz à formulação de políticas calcadas nos princípios de respeito a dignidade?

3. UM REFINAMENTO DAS CIÊNCIAS DA EXCLUSÃO

Voltemos momentaneamente para o drama de Sandrinha e Marcelo. Falaram para o casal que logo receberiam uma notificação indicando o endereço do abrigo onde poderiam visitar seu filho. Ainda teriam *dez dias* para entrar com protesto para que o bebê voltasse para casa. Porém, passaram seis dias sem chegar notificação alguma e, alertados pelos vizinhos, os jovens pais começaram a temer o pior – que seu filho seria perdido para sempre, dado em adoção para outra família. Em plena pandemia, encontrando a porta da defensoria pública fechada, começaram a acionar desesperadamente todos seus contatos pessoais. Finalmente, localizaram uma defensora trabalhando por telefone que, indignada com o que ela via como a escalada de casos desta natureza, aceitou fazer um esforço extraordinário para ajudar. Passou a noite em branco, vasculhando uma por uma todas as instituições registradas no sistema informático até achar o abrigo de recém-nascidos em que se encontrava o filho do casal.

A essas alturas, a avó paterna do bebê já tinha chegado do interior e, junto a Marcelo, Sandrinha e a antropóloga Lúcia (servindo de motorista), se dirigiram ao endereço indicado. Munidos da certidão de nascimento do filho⁴⁰¹, exigiram acesso à residência para que a jovem mãe, os peitos estourando de leite, pudesse amamentar seu bebê. Só então souberam, pela funcionária do portão, que se tratava de um abrigo *sigiloso* de recém-nascidos (*sic*) onde – com ou sem ordem judicial – a visita dos familiares era proibida. A funcionária ainda sugeriu que não seria justo com a criança permitir que mamasse quando não ia poder dar continuidade a este contato com a mãe.

Recomendou que, “por consideração ao filho”, os pais e avó voltassem para casa sem ver o bebê para aguardar uma notificação do juizado.

Há de se perguntar: de onde vinha tamanha convicção de que a criança não voltaria nem deveria voltar para os pais? Quais elementos justificavam a interdição tão precoce desta m/paternidade? Para barrar o acesso dos pais ao seu filho, a porteira se remeteu repetidamente à necessidade de aguardar a decisão do juiz, mas o juiz ia decidir a base de que? Sendo pais pela primeira vez, não existia nenhuma constatação de negligência ou maus tratos da parte de Sandrinha e Marcelo contra outros filhos. Porém, mesclando diferentes aportes – da assistência social, da ciência laboratorial e da medicina – a equipe hospitalar podia juntar indícios sobre sua suposta falta de capacidade de cuidar do filho. Além de checar a regularidade das visitas pré-natais realizadas pela parturiente, podia observar o comportamento da mãe com seu recém-nascido, avaliar a relação entre a mulher e seu companheiro, e – em outra escala – realizar exames médicos para checar pela presença de drogas ilícitas no sangue.

De fato, durante certo tempo, a questão de drogas ilícitas se apresentava como critério legal para separar as boas das más mães. A versão original do ECA incluía no artigo 19 uma referência explícita ao direito da criança “crescer em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” – indicador “objetivo” para eventualmente justificar a retirada da criança. Entretanto, desde o início, ativistas chamaram atenção para o uso potencial deste assunto na discriminação contra mães pobres e negras. O tema deu origem a disputas homéricas entre diferentes setores profissionais. A título de exemplo: quando, em 2014, o Ministério Público de Belo Horizonte emitiu uma portaria cobrando dos hospitais locais que alertassem a Vara de Família sempre que houvesse indícios de uma mãe ou grávida “usuária de substâncias entorpecentes”, o próprio Conselho Municipal de Saúde recomendou que os trabalhadores de saúde ignorassem a portaria (Finamori 2018). Como consequência deste tipo de objeção, a

portaria mineira foi revogada, mas não foi só isso. Em nível nacional uma emenda de 2016 retirou do ECA qualquer menção a usuários de entorpecentes.

Observadores notaram com certa perplexidade contudo que, não obstante a supressão dessa cláusula nas normas oficiais, as decisões arbitrárias em relação à perda de poder familiar e a retirada compulsória de bebês não pareciam diminuir em ritmo (Finamori 2018, Silveira 2020, Nascimento 2020). A procura de uma explicação por essa persistência de práticas abusivas, perguntamos se não haveria outros mecanismos que davam cobertura legal a preconceitos de classe e raça. Aí, observamos com interesse a ideia de “risco para o desenvolvimento psíquico” dos bebês que apareceu pela primeira vez justamente na lei de 2016. A recomendação que os profissionais do SUS recebessem formação específica e permanente para a detecção de sinais deste risco deu lugar em legislação de 2017 à *obrigatoriedade* da avaliação desses sinais em crianças de até dezoito meses de vida.

Sugerimos que, com a introdução da noção de risco, as competências parentais passam a ser medidas não mais a partir de comportamentos passados – como, por exemplo, maus tratos, negligência ou mesmo o uso de drogas ilícitas. Deste momento adiante, apoiando-se nos “novos aportes da ciência” para fazer prognósticos com ênfase na prevenção de futuros perigos, o leque de indicadores se abre para um número infinito de “sinais”. Além da falta de recursos materiais entrar de novo na computa (não mais como “pobreza” e, sim, como “risco”), também voltam revigorados os mínimos detalhes de comportamento tais como tom de voz (por exemplo, numa briga de casal), lassitude (por exemplo, na não-aderência ao tratamento médico) e mesmo a expressão de ambivalências afetivas (por exemplo, ter cogitado a possibilidade de um aborto). Pressionados pela legislação, os profissionais são, de fato, obrigados a agir.

Debates legislativos revelam que a noção de risco psíquico entrou na legislação apoiada numa curiosa mistura de moralidade

conservadora e ciência popular. Construiu sua legitimidade a partir da repetida evocação de danos cerebrais irreversíveis causados em bebês por situações de vulnerabilidade. O argumento vinha acompanhado de imagens MRI de cérebros infantis que, por descontextualizadas que fossem, *pareciam* dar concretude aos temores que já vinham circundando há tempo a maternidade de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de drogas. Davam a aparência de cientificidade a velhos preconceitos, levando muitos profissionais a opinar que, nessas situações, qualquer esforço para manter mãe e bebê juntas representava “uma interrupção desnecessária de um processo inquestionavelmente benéfico – a adoção” (Gomes 2017: 61).

Em outro lugar (Fonseca 2019), entrei mais a fundo nos debates que circundam os usos políticos dessa versão particularmente controversa das neurociências. Aqui, basta dizer que, apesar da superficialidade de suas bases científicas, essa narrativa dá um rosto novo a preconceitos de classe muito arraigados. Reforça a ideia de que toda criança que não vive numa família “estruturada”, de preferência, nuclear com pai assalariado e mãe em dedicação integral, corre sérios perigos. Conforme essa lógica, as autoridades teriam a obrigação de agir o mais rápido possível para retirar as crianças de seus ambientes prejudiciais, antes que sofram esses “danos cerebrais irreversíveis”. O fato de as mesmas imagens de cérebros infantis atrofiados serem regularmente exibidas durante palestras sobre crianças abrigada dá a impressão de que qualquer arranjo de acolhimento institucional teria repercussões igualmente danosas. Sela, assim, a hegemonia da política que coloca a adoção – não como último recurso, e, sim – como solução *urgente* para bebês nascidos em famílias de pouquíssimos recursos *antes* que venham a engrossar as fileiras de crianças e adolescentes em acolhimento institucional.

No caso de Sandrinha, os exames de sangue não acusaram a presença de nenhuma substância ilícita, mas o laudo da assistente social alega inumeráveis outros comportamentos para qualifica-la como

uma mãe de alto risco para seu bebê: além de ter faltado a várias visitas pré-natais, avalia-se que tem “baixa adesão” ao seu tratamento de anemia falciforme e não tem senso crítico diante do comportamento agressivo do marido. Sandra tentou expressar sua versão dos fatos: que faltou a uma só visita pré-natal (num dia de temporal), que os serviços médicos para atendimento a sua doença são de difícil acesso⁴⁰², e que as acusações contra seu marido foram exageradas por inimigos do casal. Seus protestos são, contudo, ignorados. A base de uma investigação sumária, os profissionais – tanto do hospital quanto do Ministério Público – recomendam o acolhimento do recém-nascido.

4. AJUSTANDO A “LETRA DA LEI”: O APAGAMENTO PROGRESSIVO DA FAMÍLIA EXTENSA

A celeridade virou palavra de ordem nas políticas contemporâneas de adoção, justificando prazos processuais cada vez mais curtos. Por exemplo, uma lei de 2017 estipulou que “recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento” deviam obrigatoriamente ser inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. Esse prazo diminuto não passou, porém, sem resistência. O Ministério de Desenvolvimento Social e o Ministério de Direitos Humanos tinham se posicionado contra, arguindo que trinta dias não era tempo suficiente para uma parturiente se remeter do estado puerperal, e muito menos para os serviços públicos explorarem a possibilidade de um acolhimento da criança na sua família extensa. Um comentário do Ministério Público de Paraná deixa essas objeções ainda mais claras:

“Na verdade [um prazo tão curto] viola toda a estrutura da parte do ECA que trata da destituição do poder familiar, estabelecendo uma forma de colocação

da criança em adoção sem que haja o devido processo legal em relação a seus genitores [...]” (CAOPCAE/MPPR 2018: 7)

Essas objeções foram, no entanto, derrubadas por um decreto presidencial que manteve o prazo exíguo de trinta dias.

Ao olhar para as tentativas de Marcelo e Sandrinha reaverem seu recém-nascido, a violência desses prazos fica evidente. Lembremos que, pelo menos no início, não foi lhes dada nenhuma indicação onde procurar seu filho. Tampouco receberam qualquer notificação escrita relatando os motivos do recolhimento do bebê. O pai, que não tinha acesso a um computador, não tinha ideia onde começar para se opor formalmente a esse recolhimento e se queixou de seus repetidos telefonemas infrutíferos para os vários serviços públicos. Quando finalmente o casal recebeu, via sua rede de conhecidos, o endereço do abrigo em que seu filho estava acolhido, ficou desorientado pela localização num bairro distante (exigindo dinheiro para sucessivas passagens de ônibus) e, para eles, completamente desconhecido. Foi apenas graças aos esforços combinados de uma série de aliados que conseguiram se manifestar dentro dos dez dias – prazo que lhes foi dado pela assistente social da maternidade.

Mas, além da exiguidade dos prazos, há outro elemento preocupante nas últimas mudanças legislativas – a gradativa diminuição do papel da família extensa e da comunidade em políticas de proteção à infância. Pesquisas etnográficas sugerem que, entre grupos populares brasileiros, as crianças não são e nunca foram um assunto só dos pais biológicos. Os avós podem desempenhar um papel fundamental no cuidado de crianças pequenas, acolhendo os netos durante longos períodos. As crianças vêm morar para ficar mais perto da escola, para fazer companhia à avó, ou simplesmente porque, naquele momento, seus pais não encontram meios para garantir seu sustento. Na rede de

ajuda mútua que tradicionalmente tem garantido o cuidado das novas gerações, consta a importância também de compadres, vizinhos e outros parentes (e.g.; Honorato 2021).

Desde o ECA, a relevância dessa dinâmica familiar é reconhecida em lei, a família extensa devendo ser acionada pelos serviços de proteção para garantir o melhor interesse das crianças e a preservação dos seus vínculos familiares e comunitários. Entretanto, como visto acima, no que diz respeito à reintegração familiar de crianças em acolhimento institucional, os prazos processuais muito curtos praticamente inviabilizam a busca efetiva por parentes aptos a acolher o jovem. A tendência de as mudanças legislativas diminuir a importância da rede familiar se materializa também de outras maneiras. A lei de 2017, por exemplo, inaugura o direito de a mulher parir em condições de “sigilo”, para assim fazer uma “entrega voluntária” de seu filho aos serviços do juizado⁴⁰³. Na prática, isto significa não só que o recém-nascido irá para adoção sem que seus avós e tios sejam avisados sequer do nascimento, mas também que os profissionais da rede de proteção serão desincumbidos da tarefa de explorar possibilidades de acolhimento outras que a adoção. Indo na mesma direção (de “simplificar” o processo adotivo), também são retiradas da lei cláusulas consideradas redundantes ou desnecessárias – por exemplo, sobre o dever do poder público de “esgotar esforços para manutenção da criança na família natural ou extensa” antes de realizar qualquer adoção (incluída no ECA em 2009, art.166, par.3, retirada da lei em 2017).

De novo, as repercussões dessa tendência foram mais do que evidentes no episódio envolvendo Marcelo e Sandrinha. Na porta do abrigo que acolhia seu neto, a mãe de Marcelo desabafou com grande indignação que nenhuma autoridade tinha entrado em contato com ela: “Como colocam meu neto num abrigo sem sequer entrar em contato comigo?” (Lembremos que o nome dela foi devidamente registrado nos documentos já na maternidade onde o neto nasceu.) De fato, esta avó,

fiel adepta de sua igreja local, viria a largar sua casa e seu emprego fixos numa cidade interiorana para mudar de mala e cuia para Porto Alegre onde assumiria a guarda compartilhada do neto, junto com os pais da criança. Paira, contudo, a dúvida: se os pais da criança não tivessem conseguido fazer contato, será que essa avó teria entrado no radar dos serviços de proteção? Será que o direito da criança à preservação da identidade e dos vínculos familiares e comunitários teria sido viabilizado como alternativa à adoção?

Ao longo dessa história, tal como em tantas outras experiências registradas por pais em situação de vulnerabilidade, vimos uma série de violações dos direitos legais da família de nascimento que deixam escancaradas as desigualdades de raça e classe. Gomes et al. (2017) elencam violações muito semelhantes descritas por magistrados, promotores e outros profissionais lidando com “maternidades na rua”: a retirada da criança sem disponibilizar documento explicando os motivos; a quebra de sigilo de sessões terapêuticas; a colocação do bebê em abrigos distantes, inacessíveis aos pais; a restrição ao direito de visita; o atraso ou ausência de notificação enviada aos pais; a notificação por edital (mesmo quando o endereço ou telefone foi fornecido); a busca sumária ou inexistente por acolhedores na rede familiar—tudo isso graças a laudos com argumentos autossuficientes que dispensam a garantia constitucional de contraditório.

Céticos poderiam objetar que sempre existiu uma margem de diversidade nas práticas dos agentes da rede de proteção em função de suas orientações morais particulares. Leis progressistas são concebidas justamente para prevenir os desvios de comportamento mais violentos e puxar as moralidades em direção a um respeito pelos direitos de todos, independentemente da situação de classe, raça e gênero. A impressão preocupante que temos ao considerar as recentes mudanças legislativas é que, hoje, ao invés da lei servir para combater práticas discriminatórias, essas práticas estão – de diferentes maneiras – ganhando um espaço de legitimidade em lei.

5. UMA SUBCIDADANIA CHANCELADA PELAS PRÓPRIAS LEIS

No cenário nacional brasileiro, podemos identificar uma tensão persistente nos debates legislativos sobre adoção. Citemos, por exemplo, as discussões que levariam à chamada “lei de Adoção” (2009). Existia entre os diferentes atores – ONGs, profissionais do judiciário e ativistas agindo em nome da proteção integral – uma preocupação generalizada com o “enorme” número de jovens em acolhimento institucional. Mas, na hora de propor possíveis soluções, apareceram dois blocos distintos. Por um lado, havia os que, apoiados no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, sublinhavam a necessidade de políticas públicas para melhorar as condições de vida das populações mais vulneráveis – para que toda criança pudesse permanecer e crescer em dignidade na sua família e comunidade de origem. Todo esforço devia ser investido no retorno das crianças abrigadas para suas comunidades, a adoção cabendo só em situações muito excepcionais. O segundo bloco alegava que as políticas de “reintegração familiar” simplesmente não davam certo. A solução mais indicada para boa parte dos jovens vivendo em condições de grande vulnerabilidade seria, portanto, a adoção por pessoas com recursos materiais e emocionais suficientes para lhes garantir um desenvolvimento adequado. Conforme analistas, a forma final da lei, promulgada em 2009 (como reformulação do ECA) representou uma espécie de empate onde nenhuma das duas correntes ficou plenamente satisfeita (ver Oliveira, 2015).

Certamente, existe uma tremenda mobilização de ativistas que procuram implementar políticas de proteção integral à infância dentro de uma ótica de justiça social, promovendo direitos econômicos e sociais para todas as famílias. E, em anos recentes, esse movimento foi engrossado por alguns militantes negros e indígenas protestando contra a retirada compulsória de determinados bebês⁷. Entretanto, sugerimos que, desde 2009, as tendências que promovem a adoção como política

social para paliar os estragos de uma política econômica desastrosa desenvolvem táticas sutis para ganhar terreno.

Assim, se podemos aplaudir a maneira em que ativistas lograram expurgar do ECA qualquer referência a entorpecentes, eliminando um instrumento potencial de preconceito contra mulheres já grandemente estigmatizadas, devemos, contudo, atentar para a maneira em que outras mudanças legislativas podem ter comprometido esses modestos ganhos, justificando uma vigilância mais abrangente e uma intervenção mais arbitrária do que nunca na vida reprodutiva de populações subalternizadas. De forma semelhante, se podemos considerar como salutar a atenção pública focada em anos recentes no sistema de proteção à infância, devemos permanecer vigilantes em relação aos tropos simplistas que tendem a se infiltrar nas soluções propostas. Antes de tudo, devemos nos precaver quanto às moralidades de classe e raça que produzem imagens tão convincentes sobre crianças vitimadas pelos seus carrascos.

Depois da sua incursão no abrigo de seu filho, Sandrinha e Marcelo foram finalmente contatados pelo Juizado e ouvidos em audiência (via zoom, em computador emprestado por um vizinho). Conseguiram, enfim, expressar seu tremendo desejo de ter seu filho com eles e graças às manifestações da avó paterna, dos telefonemas persistentes de colaboradores do Coletivo e uma matéria detalhada no jornal local, o bebê – com pouco mais de um mês – chegou de volta aos braços de seus pais (Ortiz, Hofmeister e Lisboa, 2021). É evidente, contudo, que existem muitos casos semelhantes que não chagam ao mesmo “fim feliz”. Inclusive, devemos reconhecer que há situações de tal penúria que todos concordam que a criança não pode permanecer com sua família original. Não se trata, em absoluto, de um “abandono” materno. Como frisa um magistrado entrevistado pela equipe de Gomes et al. (2017: 62), as mães “podem até ter vontade de ficar com as crianças, mas não teriam condições mínimas necessárias e não há políticas públicas suficientes e eficazes para lidar com essa situação”.

Dada a radical desigualdade produzida por nossa atual política econômica, e dado o enxugamento dos serviços sociais que essa mesma política decreta, é previsível que haverá famílias incapazes de providenciar o mínimo necessário para o bem-estar das crianças. A pergunta é, em tais situações que realmente requerem a intervenção das autoridades públicas, como justificar a ruptura total de vínculos entre a criança e sua família? Como destituir uma pessoa de sua identidade m/paterna quando o principal problema é, no frigor dos ovos, a pobreza extrema pura e simples. Esse dilema foi inicialmente acobertado sob as imagens de pais que “escolheram” abandonar seus filhos. A partir deste imaginário, a visão punitiva de moralistas vitorianos podia soar justa: quem não queria cumprir com os deveres não merecia desfrutar das alegrias de uma família (Martial 2020). A certa altura do século passado, a justificação da ruptura passou a ser expressa em termos do “melhor interesse da criança”. Coerente com a nova orientação, a família original era geralmente qualificada como negligente ou mal-tratante, alimentando a ideia de cuidadores que – senão claramente abusivos – eram no mínimo indiferentes ao bem-estar da criança. Ainda mais, consolidou-se a ideia de que a família adotiva devia “imitar a natureza”, e a criança apresentada como se tivesse nascido dos seus novos pais. Imaginava-se que reconhecer a existência de outra família – ou o fato mesmo da adoção – criaria uma “confusão genealógica” na cabeça da criança, além de expô-la à discriminação.

Essas narrativas foram desmistificadas uma por uma à medida que os adotados cresciam e encontravam sua voz nos debates públicos. Uma narrativa bem diferente começou então a se delinear – com ênfase na busca de origens, a necessidade de conhecer sua história e o direito à própria biografia. Ainda mais, em décadas recentes, as classes médias e altas reconheceram uma diversificação de formas familiares, inclusive as que contemplam – por divórcio, procedimentos de maternidade assistida ou homoparentalidade – experiências de pluriparentalidade. Em função desse novo cenário, os serviços de proteção no hemisfério

norte, um atrás do outro, passaram a encorajar uma maior flexibilidade no processo adotivo. Entrou nas políticas públicas a noção de “adoção aberta” que mantém todas as vantagens da adoção plena (a transferência total e irrevogável de autoridade parental para os adotantes, direitos plenos do adotado na sua nova família) ao mesmo tempo que prevê uma troca regular de informações e, em certos casos, um contato presencial entre a criança adotada, seus pais adotivos e membros de sua família de nascimento (Neil 2017, Melo 2021, Fonseca 2021)⁴⁰⁴.

No Brasil, não obstante campanhas a favor de uma “nova cultura de adoção” que amplia o raio de adotados (inclusive para crianças mais velhas), debates inovadores cogitando uma presença efetiva das famílias de origem no processo adotivo, até hoje, não afloraram⁴⁰⁵. Pelo contrário, desde 2008, infraestruturas burocráticas progressivamente refinadas (CNA, SNA) têm contribuído para acirrar a concentração de decisões adotivas nas mãos dos profissionais do Juizado. Estes, por sua vez, tendem a levar ao pé da letra a orientação do ECA, zelando pelo desligamento total da criança adotada de qualquer vínculo com seus pais e parentes. Tal como vimos no caso de Sandra e Marcelo, esforços para afastar os pais da criança podem começar antes mesmo de qualquer sentença judicial.

Justamente por temer esse tipo de exclusão radical, algumas mulheres, decididas a dar sua criança em adoção, evitam os serviços do juizado. Procuram ao invés outras vias que contemplam uma participação efetiva delas no processo, permitindo que acompanhem, mesmo de longe, o curso de vida do filho. Podem seguir um caminho que desemboca em práticas notoriamente ilegais como, por exemplo, quando os pais adotivos escolhidos pela mãe declaram o bebê diretamente em cartório, estabelecendo uma certidão fraudulenta de nascimento como se fossem os genitores. Mas as mães podem também recorrer a um procedimento *legal*, previsto no ECA (art.166), que

reconhece aos detentores do pátrio poder direito à livre manifestação da vontade, incluindo a registrar em cartório uma petição de colocar o filho em determinada família substituta. Membros do judiciário têm exercido pressões enérgicas para acabar com esse tipo de “adoção direta”, alegando que, além de ferir à exclusividade do Cadastro Nacional de Adoção, encoraja o “tráfico” de crianças. Contudo, falhando na tentativa de interditar a adoção direta, encontraram outra maneira para tentar tolher a prática. Assim, em 2017, ao lado dos motivos clássicos (castigos imoderados, abandono do filho, e atos contrários à moral e aos bons costumes), insere-se no artigo art. 1.638 do Código Civil brasileiro uma justificação completamente nova para a destituição do poder familiar: “entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção”. Em outras palavras, se aplica um castigo contundente “à irregularidade” da mãe ou pais participarem na designação dos futuros pais de seu filho. Atinge-se, dessa forma, a única via legal no Brasil para a família de nascimento participar no processo adotivo ou ter qualquer informação sobre o destino pós-adotivo de seu filho.

De fato, há indicações de que, até hoje, persiste um contingente não-negligenciável de adoções aprovadas pelo juizado que não passou pelos tramites burocráticos preconizados pela equipe profissional. Sem dúvida, bom número desses procedimentos é fruto daquilo que observadores chamam “o tráfico legal”: profissionais do judiciário, com argumentos benevolentes, atropelam protocolos legais, precipitando a retirada compulsória de bebês para entrega-los em adoção a conhecidos de sua rede pessoal (Cardarello 2012, Felizardo 2021). Contudo, curiosamente, ao invés de investigar irregularidades cometidas pela equipe funcional, a suspeita de tráfico cai sempre sobre a ala mais fraca do processo – isto é, as famílias originais das crianças adotadas. E, malgrado uma escassez de casos verificados, é essa suspeita que serve como justificação mais comum para barrar a participação dos pais do processo adotivo.

Sem dúvida, alguns leitores se indignarão com a aproximação que fizemos nesse capítulo entre a retirada compulsória e o tráfico de crianças. Aceitarão com facilidade falar de “sequestro” e “tráfico” quando se trata de adoção internacional onde a desigualdade radical entre nações está em jogo, mas estranharão a introdução desses temas no âmbito doméstico. Pois bem. O argumento desse capítulo, centrado na retirada compulsória de bebês como parte integrante do sistema nacional de proteção à infância, se dirigiu justamente para a maneira em que desigualdades políticas e econômicas *dentro do próprio país* produzem um terreno fértil para intervenções abusivas. A base de certo projeto político, apoiado numa moralidade calcada nos valores da elite, elegem-se determinadas m/paternidades como exemplares enquanto outras são sujeitas à vigilância acirrada (quando não completamente interditas). A maneira como, conforme elementos de raça e classe, não só indivíduos, mas famílias inteiras caem sob suspeita abre para a conclusão preocupante de que, não obstante salvaguardas protocolares, as radicais desigualdades que reinam no Brasil desembocam na subcidadania de muitas pessoas cancelada pelo sistema regulamentar de seu próprio país.

BIBLIOGRAFIA

ANGOTTI, Bruna. 2021. [Moralidades em Jogo no Julgamento de Mulheres Acusadas da Morte ou Tentativa de Morte de seus/ suas Recém-Nascidos/as](#). Antropolíticas 51 (1): 112-138.

BBC News (Brasil). 2017. “*Escândalo dos bebês roubados na Espanha: a mulher que acabou condenada ao buscar mãe biológica*”. [Consultado online: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40470473>, 31 janeiro, 2022]

CARDARELLO, A. *O interesse da criança e o interesse das elites: “Escândalos de tráfico de crianças”, adoção e paternidade no Brasil.*

Scripta Nova, vol. XVI, nº 395 (10), 2012.

CAOPCAE/MPPR. 2018. *Comparativo – ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e as alterações definidas pela lei 13.509q2017 de 22 de novembro de 2017*. Ministério Público de Paraná.

CASA FLUMINENSE. 2020. *Mapa da Desigualdade*, Região Metropolitana de Rio de Janeiro.

COLEN, Shellee. “‘Like a mother to them’: Stratified reproduction and West Indian childcare workers and employers in New York”. In: GINSBURG, Faye D.; RAPP, Rayna. (Orgs.). *Conceiving the New World order: the global politics of reproduction*. Berkeley: University of California Press, 1995. p. 78-102.

FELIZARDO, N° 2021. “*Esqueça a sua Filha*”. Casais ricos do Amapá driblam Lei da Adoção e tiram crianças de famílias pobres com apoio do judiciário. *The Intercept*, 15 de março, 2021.

[FINAMORI, Sabrina](#). 2018. “*Who has the right to motherhood? A view on compulsory sheltering of babies in Belo Horizonte – MG (Brazil)*”. In: 18TH IUAES WORLD CONGRESS, Florianópolis. CONFERENCE PROCEEDINGS ANAIS. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2018. v. 4. p. 5607-5618.]

FONSECA, Claudia. 2009. “*Abandono, adoção e anonimato: Questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de ‘parto anônimo’* “. *Sexualidade, Saúde, Sociedade – Revista Latino-americana* (da CLAM, on-line), ISSN 1984-6487 / n.1 – 2009 – pp. 30-62.

FONSECA, Claudia. 2019. “*Crianças, seus cérebros... e além: Reflexões em torno de uma ética feminista de pesquisa*”. *Revista de Estudos Feministas* 27(2): 1-14. e56169.

FONSECA, Claudia. 2021. “*Cultivando proliferações indomáveis: considerações antropológicas sobre as políticas de proteção à infância*”. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, ano 27, nº 60, p. 419-451, maio/ago. DOI:

10.1590/1806-9584-2019v27n256169.

GOMES, Janaina et al. 2017. *Primeira Infância e Maternidade nas Ruas de São Paulo*. 1ª ed. São Paulo: Lampião Conteúdo e Conhecimento.

HONORATO, Isabelle B. 2021. *ENTRE IDAS E VINDAS: Arranjos familiares e circulação de crianças no Amazonas*. Tese de doutorado, PPG em Antropologia Social, Universidade Federal de Amazonas.

IBGE. 2019. *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisa: Informação demográfica e Socio-Econômica*, nº 41. Brasília.

LUCCHESI, Alexandre. 2020. *Vida de Adotivo: A adoção do ponto de vista dos filhos*. Passo Fundo: Physalis Editora.

MARTIAL, Agnès. 2020. *Les archives des origines*. Traces et (dis)continuités narratives dans les dossiers de l'aide sociale à l'enfance (1995-2015). *Ethnologie française*. 2020/2 Vol. 50 | pages 285 à 298.

MELO, E. R. 2021. *Adoção com contato e direitos da criança e do adolescente: uma problematização de paradigmas*. In: *Direitos da Criança e do Adolescente: o direito à convivência familiar em foco*. Marcelo de Mello Vieira Paulo Tadeu Righetti Barcelos (Org.). São Paulo: Editora D'Plácido.

MOMBELLI, Raquel; ALMEIDA, Marcos Farias de. 2021. *Caso Gracinha: pele negra, justiça branca*. *Revista Nanduty*, [S.l.], v. 4, nº 5, p. 171 a 195, nov. 2016. ISSN 2317-8590. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/nanduty/article/view/5761/2931>>. Acesso em: 18 set. 2021.

MUNIZ, Tatiane Pereira. 2021. *Processos de materialização da raça e do racismo no campo da saúde: uma etnografia das práticas e narrativas profissionais*. Tese de doutorado no Programa de Pós-Graduação de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

NASCIMENTO, Silvana Jesus do. 2020. *A Circulação de crianças guarani*

e kaiová: entre políticas e moralidades, Doutorado, UFRGS.

NEIL, Elsbeth. 2017. *Helping birth parents in adoption A literature review of birth parent support services, including supporting post adoption contact*. German, Center on Adoption (EFZA), Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Alemanha.

OLIVEIRA, Rita. C.S. 2015. *No melhor interesse da criança? A ênfase na adoção como garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Doutorado (Serviço Social), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo.

ORTIZ, Juan, Naira Hofmeister e Sílvia Lisboa. 2021. “Quero poder cuidar do meu filho”: a luta de uma família afastada do bebê na maternidade. 7 de julho, *Matinal* (Porto Alegre).

ROSS, Lorette e Rickie SOLINGER. 2017. *Reproductive justice: an introduction*. Berkeley: University of California Press.

SARMENTO, Caroline Silveira. 2020. *Por que não podemos ser mães?": tecnologias de governo, maternidade e mulheres com trajetória de rua*. Mestrado, UFRGS.

VILLALTA, Carla. 2021. *Antropología de las intervenciones estatales sobre la infancia, la adolescencia y la familia Etnografiando prácticas cotidianas, construyendo perspectivas analíticas*. Cuadernos de Antropología Social 53: 21-37.

VILLALTA, C.; GESTEIRA, S. (dir.). 2019. *La Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina: trayectorias, experiencias y activismo*. Buenos Aires: UNICEF.

Claudia Fonseca é professora do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil) – claudialwfonseca@gmail.com

Lucia Mury Scalco, doutora em Antropologia Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), e presidente da ONG Coletivo

Autônomo Morro da Cruz – luciamscalco@gmail.com

Dados da OXFAM (2019) <https://pt.knoema.com/atlas/Brasil/Poverty-rate-at-dollar19-a-day?compareTo=AR,PE,PY,VE,UY>.

Ver, por exemplo, Gomes et al. 2017, sobre o contexto paulista; Silveira 2020 sobre casos gaúchos; Nascimento de Jesus 2020 descrevendo cenas em Mato Grosso do Sul; Finamori, 2018, em Minas Gerais; e Mombelli, 2016, em Santa Catarina.

Testemunhamos, por exemplo, como os próprios filhos adotados parecem ter dificuldade em imaginar suas mães biológicas em termos outros que o “crime” do abandono ou a “abnegação” da entrega voluntária (Lucchese 2020).

No hospital, tinham aconselhado o pai a não registrar seu filho até receber a decisão do juiz – conselho que não foi seguido.

Ver Muniz (2021) sobre a precariedade de serviços hospitalares voltados para essa doença “da população negra”.

Existem diversas pesquisas que desmistificam a ideia, prevalente no senso comum, de que tal sigilo venha a prevenir o infanticídio (ver Fonseca 2009, Angotti, 2021).

Ver também Child Welfare Gateway: Maintaining connections with birth families in adoption, <https://www.childwelfare.gov/topics/adoption/preplacement/adoption-openness/> (consultado 2 de fevereiro, 2022).

Cabe chamar atenção para a notável exceção do ciclo de mesas abertas organizadas online pelo IBDCRIA em parceria com Unilasalle ao longo de 2021.

DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO: UMA PROPOSTA DE DENSIFICAÇÃO DO ART. 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁴⁰⁶

CRISTINA TELLES⁴⁰⁷

INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero é a mais extensa, complexa e persistente forma de desigualdade social que existe no mundo⁴⁰⁸. São, atualmente, cerca de 3,82 bilhões de pessoas – 49,6% da população⁴⁰⁹ – que têm seu pleno desenvolvimento limitado pelo simples fato de serem mulheres. 3,82 bilhões de pessoas que têm seus direitos fundamentais diminuídos ou dificultados; que deixam de contribuir como poderiam para a política, a economia e a sociedade de maneira geral. Quase metade do planeta que tem intensificados os preconceitos, as discriminações e as formas de violência que por outros motivos já poderia sofrer. Se o mundo pode ser perverso para um homem pobre, pode ser ainda pior para uma mulher pobre; e o mesmo vale para uma negra, uma homossexual, uma integrante de minoria religiosa ou cultural, uma imigrante ou uma mulher com deficiência.

A “ordem de gênero”⁴¹⁰ existente nas sociedades contemporâneas também atinge diretamente os homens, ainda que em intensidade bastante inferior. São também eles pressionados a assumirem papéis sociais por vezes não condizentes com seus reais desejos e suas aspirações de vida, enfrentam preconceitos caso desviem dos estereótipos criados em torno da masculinidade, e são vítimas da própria cultura de violência em que criados⁴¹¹.

Como sociedade, todos somos prejudicados. Todos temos de

arcar com o elevadíssimo custo humanitário, político, econômico e social de viver em um mundo caracterizado pela desigualdade entre mulheres e homens. Apenas como exemplo, por ano, cerca de 50 mil de mulheres são assassinadas, vítimas da violência doméstica⁴¹²; incontáveis ideias brilhantes de líderes em potencial permanecem silenciadas, em decorrência dos obstáculos que ainda se impõem para a efetiva participação das mulheres na política e nos centros de poder de maneira geral⁴¹³; mais de 27 trilhões de dólares deixam de ser adicionados à economia global⁴¹⁴; e incalculáveis perdas sociais advêm da subutilização da mais eficaz ação de desenvolvimento humano do planeta, qual seja, a educação de meninas^{415 416}.

A essa extensão da desigualdade de gênero soma-se, como visto, a característica da complexidade. O tratamento diferenciado entre mulheres e homens costuma ser justificado⁴¹⁷ (i) pela natureza ou (ii) por dogmas religiosos⁴¹⁸. Lidar com a desigualdade em questão envolve, portanto, em grande medida, discutir (i) um suposto conhecimento de ciências naturais, enraizado nas tradições de praticamente todos os povos e aplicado a cada indivíduo desde o primeiro dia de vida⁴¹⁹, ou (ii) a fé das pessoas⁴²⁰. De um jeito ou de outro, consegue-se entender porque é uma tarefa tão difícil. É como se fosse questionado quem está acima de qualquer questionamento, seja a natureza seja Deus⁴²¹.

Para agravar o quadro, há, de fato, razões naturais ou biológicas que justificam e até impõem o tratamento diferenciado entre mulheres e homens em determinadas hipóteses. Desse modo, identificar a “verdadeira” desigualdade de gênero a ser combatida, aquela que é preconceituosa e discriminatória, depende de um conhecimento de ciências naturais⁴²² relativamente profundo, que, em geral, as pessoas não têm.

Mesmo os estudiosos de ciências humanas dedicados ao assunto da desigualdade precisam de dados externos à sua área de

especialização para enfrentar as questões de gênero. Daí surgem alguns riscos, como: falhas no entendimento de elementos das ciências naturais por parte desses estudiosos e da sociedade em geral; falta de diálogo entre os diferentes campos de saber, e entre a academia e o povo; e equívocos na própria produção das ciências naturais, que acabam sendo acolhidos acriticamente por outras ciências ou pelo senso comum. Sobre este último ponto, vale destacar que as ciências naturais não são objetivas e neutras como já se imaginou, muito menos imunes a erros. Atuam, tal qual as ciências humanas, influenciadas pelas pré-compreensões dos seus agentes e limitadas pelo conhecimento e pela tecnologia disponível em cada momento⁴²³.

Mas a complexidade da desigualdade de gênero não para por aí. Até a segunda justificativa comumente apontada para diferenciarem-se mulheres e homens – os dogmas religiosos – tem algum espaço legítimo de atuação, o que agrega controvérsias na identificação daquilo que deve ou não ser tolerado em matéria de gênero. Com efeito, o princípio moderno da laicidade estatal não impede que as pessoas pautem suas vidas por valores religiosos; ele apenas impede que o Estado o faça⁴²⁴. Portanto, há uma margem dentro da qual as religiões podem atuar na sociedade, inclusive defendendo diferenciações de gênero.

Definir essa margem é, no entanto, um enorme desafio, entre outros motivos, porque a laicidade não foi construída em um papel em branco. Ela surgiu – como todas as ideias surgem – historicamente condicionada e acabou cedendo à incorporação de diversas razões das religiões majoritárias pelo Estado, sob um falso manto de neutralidade. Assim, não se pode pensar apenas no tanto que, aberta e diretamente, as religiões devem poder influenciar o tratamento estatal voltado à temática de gênero. É preciso investigar, também, o quanto elas já influenciam através do próprio Estado e debater a legitimidade desse espaço de atuação, conquistado no passado e que muitos tentam manter invisível.

As considerações acima, a propósito da complexidade da desigualdade de gênero, ajudam a entender, também, a sua terceira característica: a persistência. Embora não tenha existido em todos os tempos e lugares⁴²⁵, a mencionada desigualdade se espalhou pelo mundo e tem se mantido firme há séculos. Grande parte da força para tanto vem, exatamente, das justificativas utilizadas para diferenciar mulheres e homens.

Os sentidos comuns construídos a respeito da natureza humana e os dogmas religiosos permitiram, especialmente se tomados como fenômenos históricos não excludentes, que a desigualdade de gênero se reproduzisse ao longo da história em praticamente qualquer grupo e ambiente (*e.g.*, entre ateus e pessoas de fé, progressistas e conservadores, intelectuais e analfabetos; em instituições públicas e privadas, grandes cidades e vilarejos rurais, ruas e casas). Revelaram-se, além disso, bem mais adaptáveis do que se poderia imaginar. Em suma, ciência e religião conseguiram manter hegemônica a regra de desigualação social entre mulheres e homens, modificando ou ressignificando pontualmente suas verdades e crenças, de forma a acolher demandas, também pontuais, de igualdade que conquistaram maior adesão social e política, ou que simplesmente fizeram-se prevalecer em bases racionais (científicas)⁴²⁶ ou sentimentais (espirituais)⁴²⁷.

A boa notícia diante do quadro acima descrito é que uma análise retrospectiva dos últimos cem anos revela significativos avanços no enfrentamento da desigualdade de gênero. Sobretudo por iniciativa e atuação de mulheres que tiveram a coragem de se opor às amarras sociais e políticas que lhes eram impostas, o mundo em 2022 é um lugar melhor para o gênero feminino. Cem anos atrás, em regra, as mulheres não votavam; tinham acesso reduzido à educação; eram dependentes juridicamente de seus pais, maridos ou filhos; não tinham direito à propriedade; e enfrentavam severas restrições para ou no

exercício de trabalho remunerado⁴²⁸. Hoje, a igualdade de gênero é um direito humano assegurado em tratados internacionais⁴²⁹ e pelos sistemas constitucionais de praticamente todos os países do mundo⁴³⁰ e, em geral, vigora um regime oposto ao do início do século XX: mulheres votam; não encaram barreiras formais para acesso à educação; são autônomas juridicamente; podem ser proprietárias; e têm o mercado de trabalho, também formalmente, à sua disposição⁴³¹. Não à toa, portanto, o feminismo é considerado o movimento social mais importante do último século ou, pelos menos, o que mais transformações sociais produziu em escala global⁴³².

Tamanho sucesso levou, contudo, de maneira um tanto paradoxal, ao esfriamento do feminismo a partir de meados dos anos 1980, em especial em países desenvolvidos⁴³³. Passou-se a imaginar, em suma, que o caminho para a igualdade de gênero já estava traçado e que, para atingi-la, bastaria seguir em linha reta por mais algum tempo. Assim, uma nova geração de mulheres, nascida em um mundo já radicalmente transformado pelo feminismo, acreditou que não precisar mais dele⁴³⁴. Atingiriam a idade adulta e teriam uma vida repleta de oportunidades pela frente.

No Brasil, esse otimismo em relação à igualdade de gênero coincidiu com o período de vigência inicial da Constituição de 1988⁴³⁵, contribuindo para a incipiente produção doutrinária acerca da matéria no país. Apenas nos últimos anos, as discussões sociais e políticas sobre gênero retomaram força, expondo velhas e novas facetas da desigualdade entre mulheres e homens e dando forma a uma nova geração de feministas – na qual esta autora se inclui – que ainda não sabe ao certo como enfrentar o problema. Uma geração que tem muito a aprender com as anteriores, mas que também precisa desenvolver suas próprias ferramentas e abordagens, inclusive jurídicas, de combate a uma desigualdade que, de muitas maneiras, se reinventou e parece estar ganhando fôlego no contexto de erosão democrática que marca a

década atual.⁴³⁶

O objetivo deste artigo é colaborar para essa necessária e contemporânea reflexão, analisando como o direito consagrado no art. 5º, I, da Constituição de 1988, pode ser densificado e interpretado de modo a contribuir para as atuais demandas por igualdade de gênero. A fim de conferir maior respaldo ao trabalho, adota-se como base a consagrada teoria de justiça da filósofa e feminista norte-americana Nancy Fraser⁴³⁷. Nesse sentido, defende-se que o direito à igualdade de gênero seja encarado de forma multidimensional, contemplando garantias não hierarquizadas de igualdade como redistribuição, como reconhecimento e como representação. Em adição a essas três facetas reconhecidas na teoria da autora norte-americana, sugere-se, ainda, o reconhecimento de uma dimensão formal do direito à igualdade de gênero, não apenas como decorrência de uma leitura, em si também formalista, do direito previsto no art. 5º, I, da CF/1988, mas também como garantia ainda relevante no país para promoção dos direitos das mulheres⁴³⁸.

1. IGUALDADE FORMAL

A igualdade formal constitui a faceta mais evidente do direito fundamental consagrado no art. 5º, I, da CF/1988 e remonta historicamente à origem do feminismo. Com efeito, durante a primeira onda do movimento, tanto nos Estados Unidos e na Europa como no Brasil, buscava-se, principalmente, a igualdade das mulheres perante a lei, sendo a participação no sufrágio o exemplo maior disso⁴³⁹. Com o passar do tempo, no entanto, o feminismo foi se tornando cada vez mais crítico dessa compreensão formal de igualdade. Mais do que insuficiente para atender as demandas das mulheres, ela passou a ser tida como uma ferramenta de manutenção, escamoteada, de uma ordem político-social eminentemente masculina e discriminatória⁴⁴⁰.

A crítica acima referida, embora extremamente importante, não deve levar, contudo, ao repúdio da igualdade em sua dimensão formal. Há razões político-filosóficas para se continuar a crer na igualdade perante a lei como garantia necessária, ainda que não única ou suficiente, para a construção de uma sociedade mais justa em termos de gênero, bem como razões pragmáticas para a sua defesa.

Do ponto de vista *político-filosófico*, pode-se ressignificar e complementar a dimensão formal da igualdade de gênero, evitando-se, assim, que ela sirva à reiteração de padrões normativos de origem discriminatória. Nesse sentido, a igualdade formal seria compreendida não como uma extensão dos direitos dos homens às mulheres; mas como uma garantia de tratamento igualitário a partir de um ordenamento que seja, ele próprio, constantemente questionado quanto à sua formatação potencialmente desigual ou mesmo impeditiva do pleno desenvolvimento das mulheres. Haveria, portanto, igualdade perante a lei, mas também um exercício constante de problematização do conteúdo da lei, de modo a se combater a perpetuação de padrões normativos ofensivos às mulheres.

Mesmo, todavia, que se discorde da viabilidade da conciliação acima proposta e, por conseguinte, do acerto dogmático da dimensão formal da igualdade de gênero, há, conforme assinalado, motivos *pragmáticos* para sustentá-la. Os paradigmas e as instituições político-sociais da modernidade, masculinos e preconceituosos como possam ser, permanecem em vigor; e as chances de serem transformados pelas mulheres aumentam quando estas têm, ao menos, um conjunto básico de direitos assegurado a partir de uma concepção formal de igualdade.

Há, ainda hoje, uma quantidade significativa de direitos passíveis de conquista pelas brasileiras a partir da invocação à igualdade formal, o que, aliado à literalidade do art. 5º, I, da CF/1988, corrobora a vantagem pragmática de se trabalhar a aludida dimensão do direito. Em suma, o que se quer dizer é que o desenvolvimento, relativamente simples, de uma compreensão firme de igualdade perante a lei ainda

pode ser bastante útil o enfrentamento de antigas e renovadas violações aos direitos das mulheres.

A fim de exemplificar esse emprego ressignificado e pragmaticamente vantajoso da igualdade formal, veja-se, inicialmente, o disposto em dois artigos do Código Civil (arts. 1.523 e 1.736) que, sem terem ensejado, até hoje, a devida discussão, distinguem o tratamento dado às mulheres e homens.

O art. 1.523 do Código estabelece que não deve se casar, entre outras pessoas, “*a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal*” (inciso II). Não há regra semelhante para o viúvo ou o homem cujo casamento tenha se desfeito por invalidade. O preceito limita, assim, a liberdade da mulher com base em uma compreensão moral de que ela, e apenas ela, deve guardar um período de intervalo entre a viuvez e a dissolução da sociedade conjugal até poder se casar novamente.

Poderia se alegar que a regra protege as mulheres – delas próprias, ou de homens interessados em se aproveitar de sua viuvez ou recente separação. Mas cabe perguntar por qual razão a intervenção estatal, mesmo se tida como protetiva, deveria prevalecer sobre a autonomia da mulher na hipótese. A verdade é que não há razão legítima que justifique a medida⁴⁴¹. Tal como ocorre em relação às outras supostas vantagens legais concedidas às mulheres, tem-se no art. 1.523 do CC uma ingerência estatal de viés paternalista, que poderia ser percebida ou revelada como tal mediante um simples exercício hipotético de extensão do direito ou “benefício” ali previsto aos homens, amparado em uma compreensão minimamente séria da igualdade formal.

Por sua vez, o art. 1.736 do CC dispensa as mulheres casadas do exercício da tutela, tal como faz com os maiores de 60 anos e os impossibilitados por enfermidade, por exemplo. Outra vez, em uma

leitura inicial – que não considerasse adequadamente a dimensão formal do direito estudado neste artigo –, seria possível imaginar que o dispositivo institui um benefício às mulheres, talvez até para compensá-las pela dupla jornada de trabalho. Examinado, todavia, com a devida atenção e sob a premissa da igualdade perante a lei como regra geral entre mulheres e homens, a “vantagem” prevista pelo CC teria sua inadequação evidenciada, com relativa facilidade até.

Com efeito, mesmo se a suposta compensação das mulheres pela dupla jornada de trabalho fosse pertinente na regulação da tutela civil, teria, para fazer algum sentido, de se estender ao gênero feminino como um todo, e não apenas às mulheres casadas. A aplicação específica a estas parece expressar o intuito ou, ao menos, o simbolismo da norma em reiterar o estereótipo segundo o qual a função principal da mulher é ser servil ao marido. Sendo ela casada, fica, por força do referido art. 1.736 do CC, liberada do dever de tutela, a fim de bem atender aos propósitos domésticos para os quais supostamente se destina.

Complementando a exemplificação extraída do Código Civil, a análise da jurisprudência brasileira confirma a importância e a utilidade pragmática de se defender e robustecer a dimensão formal da igualdade de gênero no país. Nesse sentido, merece destaque, seja porque oriunda do órgão de cúpula do Judiciário, seja porque ilustrativa de uma série de equívocos usuais na interpretação do art. 5º, I, da CF/1988, a decisão proferida pelo STF em 24.11.2014 no RE nº 658.312 (rel. Min. Dias Toffoli).

Esclarece-se, desde já, que o acórdão em questão restou invalidado por um vício processual, a saber: a falta de intimação de uma das partes quanto à data de julgamento do recurso. Mais recentemente, o próprio dispositivo legal avaliado pelo Supremo (art. 384 da CLT), que concedia, apenas às mulheres, o “benefício” de descanso por 15 minutos entre a jornada ordinária e a extraordinária de trabalho, foi revogado (art. 5º, I, *i*, da Lei nº 13.467/2017). Nada obstante, a manutenção em vigor do preceito até pouquíssimo tempo atrás e a

prolação, também recente, de decisão pelo STF reconhecendo a sua constitucionalidade constituem dados alarmantes, aptos a endossar e exemplificar, conforme mencionado acima, a necessidade de valorização no Brasil da igualdade de gênero perante a lei.

Pontuam-se, nesse sentido, três falhas cometidas pelo STF no trajeto interpretativo do art. 384 da CLT à luz da Constituição. *Em primeiro lugar*, a Corte reconheceu três critérios legitimadores, *prima facie*, da concessão de tratamento diferenciado às mulheres (biológico, histórico e social), mas nenhum deles foi seriamente enfrentado. Tem-se a impressão, da leitura do acórdão, que as razões para diferenciação normativa entre mulheres e homens foram simplesmente assumidas como autoevidentes. Seria, nesse sentido, óbvio que as mulheres necessitam de maior descanso entre as jornadas de trabalho, seja porque mais fracas biologicamente, seja porque já sobrecarregadas com os usuais afazeres domésticos.

Acontece que juízes não são experts em biologia, história e sociologia. E a transformação dos elementos histórico, biológico e sociológico em cheque em branco na argumentação jurídica pode levar, como ocorreu no caso, à legitimação da diferenciação entre mulheres e homens sem o efetivo respaldo dessas outras ciências, como uma mera reprodução de estereótipos que a Constituição de 1988 quis combater. Não se nega, com isso, que em realidades de flagrante desigualdade, como a brasileira, a legitimação de tratamento diferenciado possa se dar com maior frequência, levando à construção de critérios jurídicos menos rígidos de desigualação. Mas critérios menos rígidos não são nem podem ser critérios completamente vazios, que invertam a lógica básica do princípio da igualdade, como ocorrido no RE nº 658.312.

Em segundo lugar, o Tribunal tratou a diferenciação legal entre mulheres e homens como algo tolerável diante a impossibilidade de o Judiciário estender o benefício de 15 minutos de descanso intrajornada aos homens. Citou, nesse sentido, o enunciado 339 de sua súmula, que veda a extensão de vencimentos com base no princípio à igualdade.

Ocorre, no entanto, que certas manifestações da igualdade – como a igualdade de gênero – são mais relevantes do que outras –; se aproximam do que se costuma denominar de núcleo essencial do direito fundamental⁴⁴², devendo, em virtude disso, ser tuteladas de maneira mais incisiva.

Uma categoria de servidores que não receba aumento de vencimentos concedido à outra, por exemplo, até pode se considerar discriminada. A discriminação sofrida na hipótese, contudo, não merece o mesmo grau de proteção do ordenamento jurídico daquela que uma mulher venha a sofrer, pelo simples fato de ser mulher, no mercado de trabalho. Levada ao extremo a lógica exposta no RE nº 658.312, teria de se admitir válida, também, lei que elevasse somente para os homens o salário mínimo para R\$ 2.000,00. Afinal, mesmo não havendo critério razoável de diferenciação entre o salário mínimo de homens e de mulheres, o salário a maior obtido pelos primeiros representaria uma conquista a ser preservada, carecendo, por outro lado, legitimidade ao Judiciário para estender o benefício às mulheres.

Em terceiro e último lugar, em conexão com o equívoco interpretativo anterior, o STF considerou que o art. 384 da CLT seria uma conquista social; uma medida de proteção à saúde do trabalhador que não poderia ser excluída da esfera de direitos das mulheres, à luz da diretriz de vedação ao retrocesso social. Essa leitura do art. 384 da CLT ignora, todavia, a origem paternalista – e nada louvável – do dispositivo. Com efeito, o art. 384 era norma originária da CLT. Editado em 1943, visava a desestimular o trabalho “extrajornada” das mulheres, sobretudo para que estas pudessem priorizar suas funções privadas ou domésticas. Em tese, até seria possível realizar uma refundamentação do preceito, de maneira a extirpar ou sanar seu paternalismo congênito, mas não houve um esforço minimamente adequado por parte do STF nesse sentido, tampouco se poderia afirmar, à época, que já tivesse ocorrido uma dissipação social do viés discriminatório inicial da norma.

Ao contrário, conforme argumentado nos autos, o art. 384 da CLT era encarado pelas próprias trabalhadoras como uma regra ofensiva à sua autonomia e prejudicial à sua participação no mercado de trabalho.

Em termos similares, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho consolidou entendimento favorável a regra da CLT que confere às mulheres (e apenas a elas) descanso quinzenal aos domingos (art. 386). A fundamentação adotada pelo referido Tribunal, tal como a que já vinha sendo empregada por este quando validou o descanso intrajornada de 15 minutos – comentado acima e já revogado – explicita a ausência de um exercício de ressignificação dessas normas originárias da CLT, que pudesse tentar compatibilizá-las com a igualdade de gênero assegurada na CF/1988. Ao contrário disso, a fundamentação do TST revela o conteúdo discriminatório dessas normas e o endossa, servindo de alerta para os riscos que os direitos das mulheres enfrentam no país.

Nesse sentido, leiam-se alguns trechos de acórdãos do TST, proferidos em 2008 e 2022, a respeito dos artigos 384 e 386 da CLT:

TST, IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Plenário, Rel Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 17.11.2008 – trecho do voto do Min. Relator:

Em face dessa diferente compleição física natural da mulher em relação ao homem (e não com base em alguma inferioridade intelectual), desde os primórdios da “Questão Social”, a Doutrina Social Cristã alertava para a necessidade de uma proteção especial da mulher em relação ao ambiente de trabalho, como se pode verificar na Encíclica “Rerum Novarum” do Papa Leão XIII (15 de maio de 1891):

“[...] Enfim, o que um homem válido e na força da idade pode fazer, não será equitativo exigir-lo duma mulher ou

duma criança. Especialmente a infância, – isto deve ser estritamente observado, – não deve entrar na oficina senão quando a sua idade tenha suficientemente desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais; do contrário, como uma planta ainda tenra, ver-se-á murchar com um trabalho demasiado precoce, e dar-se-á cabo da sua educação. Trabalhos há também que se não adaptam tanto à mulher, a qual a natureza destina de preferência aos arranjos domésticos, que, por outro lado salvaguardam admiravelmente a honestidade do sexo, e correspondem melhor, pela sua natureza, ao que pede a boa educação dos filhos e a prosperidade da família. Em geral, a duração do descanso deve medir-se pelo dispêndio das forças que ele deve restituir. O direito ao descanso de cada dia assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo o contrato feito entre patrões e operários. Onde esta condição não entrar, o contrato não será probo, pois ninguém pode exigir ou prometer a violação dos deveres do homem para com Deus e para consigo mesmo” (pontos 27 e 28).

[...] Para Edith Stein (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos (“A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família”). Por isso, a mulher deve encontrar, na

sociedade, a profissão adequada que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser “o coração da família e a alma da casa”. O papel da mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Kawa, E. Edith Stein. 1ª ed. São Paulo: Quadrante, 1999. P. 58-63).

O princípio filosófico-antropológico da diferenciação e complementariedade entre homens e mulheres, tal como acima exposto, constante da tradição da Filosofia Ocidental, é retratado na Filosofia Oriental pelo binômio Yin-Yang, no qual o Yin é o princípio passivo, feminino, noturno, escuro e frio, e o Yang é o princípio ativo, masculino, diurno, luminoso e quente. Tais princípios não trazem em si juízos de valor, não se conjugam necessariamente na mesma ordem e nem estabelecem hierarquia principiológica, mas apenas mostram a complementariedade dos contrários, de modo que, na relação homem-mulher, à fragilidade física da mulher contrapõe-se sua fortaleza interior, maior até que a do homem. Nesse sentido, as normas protetivas do trabalho da mulher dizem respeito, tão-somente, ao aspecto exterior, não ao interior, no qual a igualdade é reconhecida e até superada.

[...] Se o excesso de proteção à mulher pode gerar o efeito perverso de restrição no mercado de trabalho e discriminação no momento da contratação, por outro, a necessidade da proteção é inegável. No caso, até para desestimular a prestação de sobrejornada por parte da mulher que é mãe de família ou gestante, em detrimento do atendimento aos deveres familiares e do sadio desenvolvimento da criança em gestação. (grifos distintos do original)

TST, E-ED-RR – 1606-46.2016.5.12.0001, Oitava Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 02.12.2021 – trecho do voto do Min. Relator:

Em proveito da recepção pela ordem constitucional do art. 386 da CLT e de sua prevalência ante a regra mais abrangente do art. 6º da Lei nº 10.101/2000, põem-se em enlevo as seguintes premissas jurídicas que, com efeito, repercutem dados e valores culturais: a) o art. 7º, XX da Constituição prevê, entre os direitos fundamentais, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, o que induz à relevância de preceitos de lei que viabilizem progressivamente o ingresso das mulheres no mundo institucional do trabalho, sem embargo do tempo maior que dedicam à reprodução, formação e sociabilização da força de trabalho (cabe redarguir, como argumento ad terrorem e em desalinho com dados estatísticos, a ilação de ser a proteção das condições de trabalho da mulher um fator de redução da sua empregabilidade); b) em respeito à tridimensionalidade da norma jurídica, e agora sob o prisma histórico-cultural, é tempo de o Direito inverter a lógica perversa de desconsiderar ou comprometer o tempo dedicado à reprodução (trabalho reprodutivo) da fonte de trabalho mediante a atribuição à mulher de trabalho produtivo em condição incompatível com a sua função biológica, econômica e social; c) o art. 386 da CLT revela um estágio evolutivo na concretização do art. 7º, XX da Constituição que não comporta retrocesso se a restrição que se busca, por meio da atividade jurisdicional e de lege ferenda, não atende à

exigência de ser “medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática” (art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

[...] No caso, reitera-se, está-se diante de norma protetiva com total respaldo constitucional (art. 7º, XV e XX) que tem como escopo o descanso apto a evitar a exaustão física e mental (fator de ordem biológica) bem como proporcionar o convívio familiar da trabalhadora (fator social) aos domingos, dado que a ordem jurídica não se pode dissociar de costumes que, enlevando a condição feminina, atribuem à mulher a função cultural de compatibilizar o trabalho de subsistência com a maternidade e seu contributo na célula familiar. (grifos distintos do original)

Os exemplos judiciais em questão, tal como os legislativos antes citados, constituem casos teoricamente fáceis de igualdade perante a lei; isto é, casos que poderiam ser solucionados com a mera da internalização, pelos operadores do Direito, de uma regra geral de tratamento legal igualitário entre mulheres e homens. Ainda assim, como visto, são casos pouco questionados e/ou mal compreendidos, mesmo por órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, que valida, com facilidade e assombroso conservadorismo moral, regras ilegítimas de diferenciação de direitos entre mulheres e homens.⁴⁴³

Mas há situações mais complexas, em que a dimensão formal da igualdade de gênero se choca com outras vertentes desse direito ou com padrões sociais e normativos mais enraizados. O campo em que, possivelmente, esse confronto se mostra mais evidente é aquele atinente à parentalidade. Há todo um imaginário social em torno da

figura da mãe, distinto daquele associado ao pai, que acaba por embasar diferenças significativas de tratamento jurídico entre mulheres e homens no cuidado de seus filhos e em outros aspectos de suas vidas. Não se nega, por óbvio, a existência de distinções naturais entre ser mãe e ser pai. Até onde a ciência sabe, porém, elas se limitam à gestação, à amamentação e a uma pré-disposição comportamental distinta nos primeiros meses após o nascimento da criança⁴⁴⁴.

Do ponto de vista científico, portanto, não se pode afirmar que haja um impositivo e constante instinto materno, a determinar uma diferenciação significativa, durante toda a vida, do comportamento das mulheres, em comparação ao dos homens, diante de um filho ou filha⁴⁴⁵. O que mulheres e homens fazem ou tendem a fazer em nossa sociedade é *criar, desenvolver*, reações distintas diante da experiência parental. Não se trata, assim, de um fenômeno inerente ou mesmo decorrente da biologia ou do sexo de cada indivíduo⁴⁴⁶, mas que advém, isto sim, da observância de padrões sociais de comportamento, que são reforçados pelo Direito, quando, à luz da igualdade formal, poderiam e deveriam ser questionados⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸.

Nessa linha, mais até do que problematizar as premissas biológicas para diferenciação entre mães e pais, parece relevante reconhecer ao Direito o papel de valorização e indução social de experiências parentais mais plenas e igualitárias, em que os casais pudessem partilhar os prazeres e as dificuldades da criação de um filho ou uma filha. Haveria, assim, uma profunda transformação no modelo de licenças maternidade e paternidade adotado no Brasil⁴⁴⁹, dissipando-se a aura quase sagrada em torno da experiência materna que tanto sobrecarrega diversas mulheres e, por outro lado, tanto prejudica os homens que desejam exercer a paternidade de maneira mais intensa.

2. IGUALDADE COMO REDISTRIBUIÇÃO

A dimensão redistributiva da igualdade de gênero foi a primeira a ser, historicamente, percebida como necessária para complementação da feição formal do aludido direito. Identificou-se, em síntese, que a desigualdade econômica funcionava, muitas vezes, como causa adicional ou até mesmo central para a subordinação e subvalorização das mulheres na sociedade. Não podendo trabalhar fora de casa e, assim, obter remuneração própria, ou fazendo-o por um salário diminuto, as mulheres dependiam dos pais ou maridos para subsistir. Para fugir de violações de direitos cometidas dentro de casa, teriam, então, de enfrentar, além do estigma sociocultural, o risco da fome, da ausência de moradia, entre outros.

Com o passar do tempo e a conquista pelas mulheres – ao menos em países como o Brasil – do acesso formal à educação e ao mercado de trabalho de maneira geral⁴⁵⁰, a dimensão redistributiva da igualdade de gênero passou a ser encarada, sobretudo, como uma exigência de igual remuneração pelo trabalho prestado⁴⁵¹, à qual se agregou, mais recentemente, a ideia de igual oportunidade de ascensão profissional⁴⁵². Debate-se, também, cada vez mais, a lógica de não remuneração do serviço doméstico (*lato sensu*) prestado em âmbito familiar, sugerindo-se, nesse sentido, a criação de modelos em que o Estado e, por conseguinte, a sociedade pague pelo tempo despendido por determinada pessoa cuidando de crianças e idosos, ainda que da própria família⁴⁵³.

Somam-se a tais questões – centrais no contexto norte-americano e europeu –, algumas outras de especial urgência e relevância no Brasil e que serão, por isso mesmo, analisadas a seguir com profundidade um pouco maior. É o caso, *em primeiro lugar*, da desvalorização do serviço doméstico não familiar, que, nada obstante remunerado e bastante utilizado no país, situa-se, ainda hoje, em uma espécie de gueto trabalhista, especialmente discriminatório e violador de direitos das mulheres negras.

Como se sabe, cem anos após o fim da escravidão, a Constituição de 1988 – em cláusula sintomática da nossa desigualdade de gênero e de raça – deixou de estender aos trabalhadores domésticos uma série de direitos trabalhistas (art. 7º, parágrafo único). Foram necessários mais de 20 anos para que, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 72/2013, finalmente garantias como a jornada máxima de 8 horas de trabalho por dia, o repouso semanal remunerado, o pagamento de horas “extras” e as férias anuais remuneradas fossem assegurados a eles – ou melhor, a elas, já que estamos a tratar de um grupo eminentemente feminino e negro⁴⁵⁴.

Ainda assim, as senzalas contemporâneas, atenuadas como sejam, não deixaram de existir nas casas brasileiras. Há, ainda hoje, grande resistência à mudança de paradigma no tratamento das trabalhadoras domésticas e, o que é ainda pior, uma resistência promovida, em grande medida, pelas próprias mulheres que as contratam – em geral, brancas e de classe média e alta. A oposição entre empregadas e “patroas” evidencia, para além do racismo e classismo brasileiros, o caráter estrutural da própria desigualdade de gênero e os equívocos de se pensar em soluções parciais a um problema que é de todas elas. Afinal, se é certo que inúmeras “patroas” conseguiram emancipar-se à custa da manutenção das empregadas domésticas em posições de subvalorização econômica⁴⁵⁵, é igualmente certo que não conseguiram, e jamais conseguirão, atingir igualdade em relação aos homens enquanto não enfrentarem a lógica econômica de desprestígio e femininização do trabalho doméstico em sentido amplo⁴⁵⁶.

Em segundo lugar, como questão especialmente relevante no Brasil a ser enfrentada a partir da faceta redistributiva da igualdade de gênero, tem-se o que se poderia designar, genericamente, de falhas de política orçamentária. Em suma, a alocação e a execução do orçamento no país ocorrem de modo não equitativo, contribuindo para a

manutenção da disparidade socioeconômica entre mulheres e homens⁴⁵⁷. Agravando o quadro, o orçamento em si não é um tema que desperte, ainda, a devida atenção na sociedade brasileira, ficando a cargo, quase que exclusivamente, de instituições e atores políticos majoritariamente masculinos – tendo tido seu controle social dificultado em anos recentes, a partir da adoção, no país, do chamado “orçamento secreto”.⁴⁵⁸

Como contraponto a essa realidade, entende-se que o ideal normativo na matéria, a ser perseguido à luz do art. 5º, I, da CF/1988, seria de estabelecimento e execução orçamentárias voltadas a mitigar ou, ao menos, não aumentar a desigualdade econômica entre mulheres e homens⁴⁵⁹. Nesse sentido, deveria se atentar para que a política orçamentária (i) não esvaziasse as medidas destinadas especificamente à tutela de direitos das mulheres; e, (ii) em contextos de crise, não as atingisse desproporcionalmente. Para tanto, deveriam ser examinadas as receitas e despesas direta e especificamente vinculadas às mulheres, mas também investigadas, transversalmente, diversas outras, perquirindo-se se e como afetam a igualdade de gênero⁴⁶⁰.

Em *terceiro e último lugar*, a igualdade em seu viés redistributivo demanda, no Brasil, o combate à chamada “feminização da pobreza”. Originária da década de 1970, a expressão alude a um processo em que “*as carências implícitas no conceito de pobreza se tornam mais comuns ou intensas entre as mulheres ou nos lares por elas chefiados*”⁴⁶¹. Remete, assim, a um conjunto de fatores que leva mulheres (e famílias por elas chefiadas) a tornarem-se mais pobres do que homens ao longo do tempo ou que tenham sua esfera de direitos mais afetada em decorrência da queda nas condições econômicas de vida.

Com a crise internacional de 2008 e, mais recentemente, a pandemia da COVID-19, o tema reassumiu posição de destaque na esfera global⁴⁶². No Brasil, contudo, parece ainda não ter recebido atenção proporcional à gravidade com que apresenta. Como se sabe, a

economia do país experimentou, há relativamente pouco tempo, uma das maiores retrações da sua história⁴⁶³ e foi fortemente impactada pela pandemia. Diversas propostas apresentadas para reverter o quadro comprovaram o elevado risco de vulnerabilização das mulheres, que já vêm ocupando desproporcionalmente a maior parte da faixa de trabalhadores desempregados no país⁴⁶⁴.

3. IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO

Nos dizeres da filósofa Nancy Fraser, o reconhecimento proclama “um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”⁴⁶⁵. Com o intuito de transpor essa ideia para o campo da igualdade de gênero, passa-se a expor (a) algumas particularidades que tornam a desvalorização sociocultural das mulheres distinta, por exemplo, da sofrida por negros e homossexuais; e (b) uma proposta de classificação das políticas de reconhecimento conforme o tipo de falha em questão.

Iniciando-se pelas peculiaridades da desvalorização sociocultural sofrida pelas mulheres, ressalta-se que ela (a.i) não costuma ser percebida como tal e, por isso, (a.ii) tende a, mais do que qualquer outra, envolver as vítimas em uma posição paradoxal de agentes da própria discriminação, (a.iii) dificultando a, por vezes, estratégica oposição delas aos beneficiados pelo modelo sociocultural vigente – i.e., aos homens.

Com efeito, as falhas de reconhecimento sofridas pelas mulheres decorrem, em geral, da atribuição a elas de um papel social distinto daquele estabelecido para os homens. Essa distinção de papéis, por sua vez, é associada a diferenças biológicas entre os sexos ou a desígnios divinos, e – este é o ponto central – não costuma ser percebida como um desvalor. Não se identifica, propriamente, inferiorização, mas o

exercício de uma missão social diferente, que seria tão ou mais importante do que a dos homens. Mesmo quando se afirma a superioridade masculina em algum campo ou para alguma tarefa, notadamente na esfera pública, tende a se minimizar a relevância do fato com a alegação de que há, também, campos e tarefas – usualmente ligados à esfera privada – em que a superioridade seria feminina. E, dessa forma, os dois gêneros partilhariam de prestígio social, sendo partes complementares e igualmente vitais da sociedade.

Da circunstância de as falhas de reconhecimento contra as mulheres por vezes não serem fruto de um discurso expresso de desvalorização sociocultural, ficando escamoteadas em falas e práticas aparentemente apreciadoras da “feminilidade”, decorrem as outras duas particularidades acima mencionadas. Há, nesse sentido, uma incidência maior de falhas de reconhecimento cometidas pelas próprias vítimas⁴⁶⁶, ou seja, são, em grande medida, as próprias mulheres quem reproduzem e alimentam as referidas falhas, exigindo, cada qual de si própria e das demais mulheres, o cumprimento de estereótipos femininos que lhes são impostos. E isso ocorre de maneira quase inconsciente, sem queixas imediatas, inclusive porque as mulheres acabam aprendendo a vivenciar o papel social feminino, em algum grau, com felicidade e prazer⁴⁶⁷.

Correlacionando-se à paradoxal posição das mulheres no sistema de desvalorização sociocultural que as oprime, a figura dos homens nesse mesmo sistema mostra-se, também, contraditória. Se os negros têm “inimigos” dos quais, em geral, podem se desvencilhar estrategicamente nas lutas por reconhecimento; os homossexuais, já lidam com isso de maneira mais complicada, uma vez que são, com frequência, os próprios pais que os oprimem. No caso das mulheres, todavia, a proximidade com o “inimigo” costuma ser potencializada de tal forma que praticamente inviabiliza uma oposição estratégica em relação aos homens – a qual poderia, no entanto, ser proveitosa em

determinadas circunstâncias ou estratégias políticas.

Passando, então, à proposta de classificação das políticas públicas de reconhecimento em matéria de gênero, sugere-se, didaticamente, sua divisão em três grandes grupos: (b.i) políticas de respeito às diferenças biológicas, (b.ii) políticas de respeito às diferenças socioculturais, e (b.iii) políticas de nomeação e combate à discriminação.

As políticas de respeito às diferenças biológicas das mulheres procuram evitar ou combater a transformação de distinções naturais em instrumentos de marginalização ou inferiorização social. Em outras palavras, procuram garantir que as diferenças biológicas das mulheres possam ser por elas vividas sem qualquer tipo de vulnerabilização de status social. Seria o caso, por exemplo, de ações voltadas à saúde da gestante e o direito ao aborto.

Como as diferenças biológicas entre mulheres e homens são de caráter contínuo e permanente, os remédios adotados para lidar com sua possível incorporação social atentatória aos direitos das mulheres são, também, de uso possivelmente contínuo e permanente. Constituem políticas públicas sem data certa para terminar, que podem se revelar sempre necessárias.

Já as aqui denominadas políticas de respeito às diferenças socioculturais visam a evitar que tais diferenças, enquanto ainda se impuserem, levem a uma marginalização (ainda maior) das mulheres. A persistência, por exemplo, de um modelo sociocultural que demanda das mães responsabilidade quase integral pelos filhos em seus primeiros meses e anos de vida justifica a adoção, pelo Estado, de ações que permitam o cumprimento desse papel sem prejuízos adicionais ao status social das mulheres. Seria legítimo, sob essa ótica, o modelo brasileiro de licença parental, que confere prazo de afastamento remunerado do trabalho bem mais extenso às mães, em comparação ao assegurado aos pais.

Do mesmo modo, o modelo sociocultural que leva as mulheres a

terem uma dupla jornada de trabalho legitimaria a adoção, pelo Estado, de medidas compensatórias, a fim de minimizar os danos pessoais, econômicos e sociopolíticos gerados às trabalhadoras por uma vida inteira de sobrecarga de trabalho. A garantia da aposentadoria em idade e com tempo de contribuição menores do que os exigidos para os homens seria um exemplo de política compensatória destinada a esse fim. Em uma última e mais extrema hipótese, o modelo sociocultural que coloca as mulheres como objeto sexual, contribuindo para a perpetuação do assédio em meios de transporte público, justificaria o estabelecimento de vagões de trem ou metrô segregados, voltados a garantir, em curto prazo, que elas possam exercer seu direito de locomoção sem tantos transtornos.

Se, por um lado, os exemplos acima tornam compreensível o segundo grupo de políticas de reconhecimento aqui delineado, por outro lado, ilustram uma grande dificuldade por elas suscitada: até que ponto a proteção dada às mulheres para minimizar os impactos de uma diferença sociocultural que lhes é imposta não acaba por reiterar o próprio modelo originário, e geralmente injusto, de diferenciação? Até quando e sob quais condições deve-se respeitar uma diferença sociocultural em si discutível, a fim de mitigar os efeitos danosos que ela ocasiona em curto prazo?

Não parece haver resposta universal para essas questões. Apesar disso, há uma cautela básica que se pode considerar sempre devida: políticas de respeito a uma diferença sociocultural que seja de discutível legitimidade ou, até, sabidamente injusta devem se fazer acompanhar de ações educacionais que ataquem, diretamente, o modelo desigual de origem. Deve haver, portanto, em paralelo às políticas de reconhecimento do grupo ora analisado, campanhas que exponham o caráter duvidoso ou até mesmo equivocado da diferenciação social que está na raiz das medidas adotadas.

Assim, no caso dos prazos diferenciados de licença parental, por exemplo, é fundamental que o Estado se empenhe em adotar medidas

que estimulem uma mudança no padrão sociocultural de assunção, quase que exclusiva, pelas mães da responsabilidade por cuidado dos filhos recém-nascidos. Igualmente, no que tange aos prazos diferenciados para aposentadoria, o Estado deve criar políticas que, por um lado, incentivem a participação dos homens nas tarefas domésticas; e, por outro, facilitem a atuação das mulheres, em igualdade de condições, no mercado de trabalho e na esfera política. Quanto ao assédio nos meios de transporte público, é preciso que haja campanhas educacionais sobre o tema e o estabelecimento de mecanismos efetivos de repressão, transmitindo-se a mensagem de que cabe aos homens não assediar – e não às mulheres, segregarem-se.

Em síntese, deve-se complementar a política de respeito às diferenças socioculturais das mulheres com medidas que exponham e combatam o modelo original e possivelmente injusto de diferenciação sociocultural. Com o passar do tempo, vindo a se verificar tal modelo está sendo, finalmente, superado pela sociedade, a política originalmente adotada poderia ser revogada⁴⁶⁸.

Como terceiro e último grupo de políticas de reconhecimento, na divisão aqui proposta, haveria as ações nomeação e ao combate de práticas discriminatórias, fundadas na desvalorização sociocultural das mulheres. Trata-se de um grupo de ações eminentemente repressivas, voltadas a falhas de valorização advindas da perpetuação de um modelo que, ao contrário do que se dá no segundo grupo aqui categorizado, já se revela sabidamente injusto e, mais até do que isso, intolerável. Por tal razão, as políticas ora abordadas são mais severas do que as anteriores: não buscam apenas proteger as mulheres de impactos negativos gerados por um estereótipo; demandam a qualificação ou nomeação da prática sociocultural como intolerável e ilícita⁴⁶⁹, com a punição daqueles que a perpetuam.

A título ilustrativo, pode-se pensar nas hipóteses de violência doméstica e de abuso sexual. Existe um modelo sociocultural histórico

que visualiza as mulheres, sobretudo as mulheres negras, como carne, como objeto sexual à disposição dos homens, em especial de seus maridos. Esse modelo, felizmente, não é mais considerado tolerável ou compatível com a ordem de valores morais consagrada na CF/1988. Daí porque, para lidar com a desvalorização sociocultural por ele expressada, não se pode apenas minimizar os impactos sofridos pela mulher. É preciso qualificar-se a prática como discriminatória e repreendê-la diretamente, tal como o tipo penal do feminicídio⁴⁷⁰ (art. 121, §2º, VI, do CP), incluído em 2015 no Código Penal, fez.

4. IGUALDADE COMO REPRESENTAÇÃO

Em praticamente todos os países do mundo⁴⁷¹, mesmo naqueles em que o direito de votar e ser votada já foi há muito assegurado às mulheres, a participação efetiva destas na esfera política não é sequer próxima à representatividade que possuem na população. Estatísticas apuradas em 2020² pela União Interparlamentar indicam que homens são 75% dos membros dos parlamentos em todo o mundo⁴⁷². Entre chefes de Estado e/ou de governo, a predominância masculina é ainda maior: em 2022, apenas 24 países são liderados por mulheres⁴⁷³.

No Judiciário, embora a presença feminina tenha aumentado nos últimos anos em diversos países, persiste a sub-representação em tribunais superiores e cargos de maior poder⁴⁷⁴. Quadro semelhante é encontrado em ambientes não estatais de poder, como grandes empresas que, por vezes, possuem base profissional já igualitária em termos de gênero, mas ainda são, em suas hierarquias gerenciais e cúpulas diretivas, comandadas quase que inteiramente por homens⁴⁷⁵.

Esses e outros dados exemplificativos da *desigualdade* de gênero na ocupação de postos de poder suscitam questões de duas ordens centrais: (i) por que essa representação desigual existe; e (ii) por que a sua existência deve se considerada um problema. Em outras palavras, o

que leva, descritivamente, as mulheres a ocuparem menos cargos de poder; e por que, prescritivamente, deve se defender a reversão desse cenário?

Não haverá espaço, aqui, para aprofundamento da matéria, mas, resumidamente, pode-se dizer, quanto à primeira questão, que as mulheres não conseguem disputar mais e maiores espaços de poder porque há falhas estruturais de redistribuição e de reconhecimento que as prejudicam – falhas que abalam o desenvolvimento e a manutenção do próprio interesse prático das mulheres pelos postos de poder de maneira geral, além de minarem suas chances de êxito na disputa política (eleitoral ou não). Sendo assim, em grande medida, o incremento da representação feminina passa pela reversão dessas falhas estruturais, relacionadas a dimensões próprias da igualdade de gênero.

Acontece, porém, que não há perspectiva de resolução célere dos mencionados problemas de redistribuição e reconhecimento; e mais, parece inviável obter-se tal reversão sem a atuação das próprias mulheres em cargos decisórios. Existe, portanto, um círculo vicioso extremamente limitador da igualdade de gênero, em que problemas de redistribuição e de reconhecimento dificultam a participação das mulheres em cargos de poder, e essa sub-representação feminina contribui para a não adoção das medidas, estatais ou sociais, necessárias para reversão do presente quadro de falhas estruturais.

Nesse sentido, já adentrando na segunda grande questão mencionada no início deste capítulo, destaca-se que diversos estudos têm demonstrado, empiricamente, a correlação entre a presença de mulheres em cargos de poder e o desenvolvimento de ações voltadas ao combate à desigualdade de gênero⁴⁷⁶, além de ganhos de diversas outras naturezas. Esses resultados práticos positivos são corroborados, ainda, por teorias que explicam como e por que a presença de mulheres – mesmo quando não diretamente ligadas a causas feministas –

aprimoraria a tutela à igualdade de gênero⁴⁷⁷ e a qualidade democrática de modo geral⁴⁷⁸.

Em especial, as denominadas “teorias da perspectiva”, originadas no campo da psicologia, ajudam a compreender como a história, os valores e os preconceitos dos agentes sociais influenciam as investigações, os argumentos e as decisões por eles tomadas⁴⁷⁹. O que se sabe sobre um tema depende, em grande parte, do ponto de vista em que se está situado. Assim, os representantes de determinada visão de mundo, por mais bem-intencionados que estejam, dificilmente, conseguem representar adequadamente os interesses de pessoas que partem de outra perspectiva social; teriam uma dificuldade (quase) irrevogável de perceber quais são esses interesses e não os deturpar no processo de incorporação às suas próprias manifestações.

Naturalmente, críticas podem ser feitas às teorias da perspectiva. Há quem alegue, por exemplo, que elas subjetivam e polarizam excessivamente as ciências, a política e a sociedade de modo geral. Como contra-argumento, porém, pode-se sustentar que o subjetivismo e a parcialidade enfatizados por tais teorias são inevitáveis. Apontá-los apenas em manifestações que procuram questionar o *status quo* seria, portanto, uma tentativa de manter a dominação exercida pelos representantes da perspectiva social dominante.

Em termos mais persuasivos, segmentos do próprio feminismo chamam atenção para o fato de as teorias da perspectiva trabalharem, em geral, com visões demasiadamente uniformizadoras de grupos heterogêneos, como o próprio grupo das mulheres. Em vista disso, sob o rótulo da “perspectiva feminina”, estariam sendo defendidas causas muitas vezes direcionadas a apenas parte das mulheres – usualmente, a parte menos discriminada, formada por mulheres brancas, de classe média e alta, heterossexuais e cisgênero.⁴⁸⁰

Seja como for, o que se deseja acentuar neste artigo é o relevante papel que as teorias da perspectiva – mesmo com suas falhas –

exerceram para quebrar a ideia de perfeição e neutralidade do regime democrático tal como vinha sendo praticado e defendido desde o final da Segunda Guerra Mundial pelo menos. Elas foram fundamentais para consolidar a preocupação, atualmente acolhida por diversos organismos internacionais⁴⁸¹ e ordenamentos jurídicos estatais, com a quantidade de mulheres efetivamente atuantes na política ordinária, indicando a insuficiência da garantia do direito ao sufrágio para fins de promoção da igualdade de gênero.

Nesse sentido, destaca-se que as cotas para participação de mulheres no Poder Legislativo ganharam o mundo⁴⁸², estando presentes em pelo menos 104 países⁴⁸³. Os modelos adotados são, contudo, bastante diferentes entre si. Em um esforço de sistematização, poderiam ser classificadas como: (i) constitucionais, legais ou meramente estatutárias⁴⁸⁴; (ii) aplicáveis às pré-candidaturas (*aspirant quotas*), às candidaturas (*candidate quotas*)⁴⁸⁵ ou à efetiva ocupação dos cargos (*reserved seats*)⁴⁸⁶; (iii) prescritivas ou permissivas⁴⁸⁷; (iv) transitórias ou permanentes. São, ademais, fortemente influenciadas pelo sistema eleitoral adotado em cada país e costumam seguir percentual de 30% a 40%, visando, assim, ao atingimento, pelo menos, de uma “minoría decisiva” de mulheres na política⁴⁸⁸.

De toda forma, como era de se esperar diante de tantas variáveis, o desempenho do sistema de cotas na efetiva promoção da participação feminina no Legislativo tem sido bastante distinto em cada país. Novamente em um esforço de síntese, pode-se afirmar que os principais motivos para um desempenho fraco ou acanhado da política de cotas têm sido:

- i. a não observância pelos partidos políticos, aliada à inexistente ou baixa sindicabilidade judicial das mesmas⁴⁸⁹ – fenômeno verificado com muita força no Brasil até as eleições de 2016 inclusive, em que foram

editadas sucessivas normas visando a esvaziar as cotas criadas em 1995 e anistiar os partidos de seu descumprimento, com endosso ou apatia judicial. Em 2018, o problema por parcialmente resolvido, e, pressionados por uma postura mais incisiva do TSE⁴⁹⁰, os partidos, pela primeira vez no país, finalmente cumpriram o percentual de candidatas imposto em lei (30%), ainda que tenham recorrido a um número também recorde de candidaturas “laranja” (pelo menos 35% do total das candidaturas de mulheres)⁴⁹¹;

- ii. o sistema majoritário de eleição⁴⁹² – adotado entre nós para as eleições para o Senado;
- iii. a ausência de regras que vinculem, no sistema proporcional de lista fechada, a ordenação dos candidatos pelos partidos políticos⁴⁹³ – o que não se aplica, ao menos por enquanto, ao Brasil, que segue o modelo de lista aberta; e
- iv. a ausência de investimento financeiro na campanha eleitoral das candidatas mulheres – problema muito intenso no Brasil até as eleições de 2018, quando, por força de decisão judicial, pela primeira vez, os partidos se viram obrigados a ter gastos proporcionais na campanha de candidatas mulheres.⁴⁹⁴ A exigência constitucional reconhecida pelo Judiciário foi, ainda assim, descumprida por muitas agremiações, e a classe política se articulou para aprovar emenda constitucional que, por um lado, incorporou ao texto da CF/1988 a exigência dos gastos proporcionais, mas por outro concedeu ampla anistia aos

partidos pelo descumprimento ocorrido em 2018 (EC 117/2022); e

- v. a manipulação, por outros modos, das cotas pelas lideranças partidárias – como comentado acima, no Brasil é comum a indicação de candidatas de fachada, selecionadas pelo partido apenas para cumprirem a exigência legal e que chegam, algumas vezes, a desistir da candidatura logo após o registro, numa tentativa do partido de legitimar a posterior da candidatura por um homem.⁴⁹⁵

Em vista da conjugação de uma série de fatores acima destacados, no Brasil, em que pese haver, desde 1995, regras visando a facilitar a candidatura de mulheres a cargos legislativos, somente em 2018 os percentuais mínimos previstos em lei começaram a ser, de modo geral, cumpridos. Quando se encaram os resultados eleitorais, a discrepância entre mulheres e homens mostra-se ainda maior, confirmando a complexidade e gravidade do problema enfrentando, bem como o peso das resistências políticas à implementação efetiva das cotas de gênero no país⁴⁹⁶.

Analisando-se, por sua vez, o Poder Executivo, em termos globais, a participação feminina também se mantém aquém do que seria esperado sob a ótica da igualdade de gênero. Nada obstante, por meio do denominado feminismo de Estado, alguns avanços conseguiram ser obtidos, sobretudo no cenário europeu⁴⁹⁷. Em suma, parte das agências estatais criadas para promoção dos direitos das mulheres passou a pleitear – e obter –, a partir dos anos 1990, uma ampliação de suas competências, de modo a exercer prerrogativas de exame transversal de diversas políticas de governo, não vinculadas diretamente à temática de gênero.

A estratégia, também conhecida como *gender mainstreaming*⁴⁹⁸, chegou a ser adotada no Brasil pela Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, conforme se infere dos três Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres (PNPM) elaborados desde 2004; mas foi substancialmente esvaziada nos últimos anos, sendo certo que, desde 2015, não há sequer PNPM em vigor no país.

A situação se agravou a partir de 2019, em que não apenas a estrutura executiva federal especialmente dedicada a tratar da igualdade de gênero seguiu com o desmantelamento de políticas públicas anteriores, descontinuou a produção de dados a respeito do tema e reduziu os recursos despendidos na matéria,⁴⁹⁹ como passou a agir, em variadas frentes, na direção contrária a seus propósitos institucionais.⁵⁰⁰ De certo modo, até os propósitos do Ministério das Mulheres foram alterados ao se incorporar a proteção da família à agenda de proteção das mulheres e, propositadamente, fazer-se confundir os dois assuntos como se fossem um só⁵⁰¹ – em estratégia de instrumentalização dos direitos das mulheres e degradação do direito à igualdade de gênero utilizada em outros países que passam por processos de erosão democrática similares ao brasileiro.⁵⁰²

Já no que tange ao Poder Judiciário, nada obstante a natureza supostamente objetiva e neutra de sua atuação, há cada vez mais estudos e práticas internacionais que reforçam a importância de se promover maior participação feminina^{503 504}. A África do Sul, por exemplo, no art. 174(2) de sua Constituição, estabelece que: *a necessidade de o Judiciário refletir amplamente a composição racial e de gênero [...] deve ser considerada na indicação dos membros do Judiciário*. A Bélgica, a seu turno, já havia estabelecido em 2003 a exigência de sua Suprema Corte possuir integrantes de ambos os sexos e fixou, em 2014, o quantitativo mínimo de 1/3 para cada um deles⁵⁰⁵.

No Brasil, como se sabe, a seleção para a maior parte dos cargos do Poder Judiciário é feita por concurso público, o que tem, já há alguns

anos, facilitado o crescimento do número de mulheres atuantes na magistratura, sobretudo desde que as provas passaram a não conter qualquer tipo de identificação do gênero do candidato⁵⁰⁶. Permanece, todavia, a haver significativo desequilíbrio entre mulheres e homens nos cargos superiores da carreira: segundo censo realizado em 2015 pelo CNJ, as mulheres seriam 43% dos juizes substitutos, 37% entre os juizes titulares, 22% dos desembargadores e 18% dos ministros de tribunais superiores⁵⁰⁷. Dados mais recentes demonstram uma redução na participação de mulheres em tribunais superiores,⁵⁰⁸ demonstrando que o problema está longe de estar resolvido e que seria falacioso acreditar que o mero ingresso de mulheres na carreira levaria a uma natural participação igualitária delas nos cargos mais elevados ou poderosos da hierarquia judicial.

5. CONCLUSÃO

O Direito ainda falha com as mulheres, mesmo no mundo democrático e desenvolvido, e bem mais frequentemente do que deveria. Entender como isso ocorre, e como uma Constituição – a lei suprema de um país – pode ser melhor ou pior em atender os interesses das mulheres, é extremamente valioso para nossa compreensão sobre como trabalhar, de um lado, com uma agenda feminista, e, de outro, com uma Constituição⁵⁰⁹.

A Constituição Brasileira de 1988 é um marco na história do Brasil, representando a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito. A participação de diversos setores da sociedade civil no processo de elaboração do texto constitucional, inclusive de mulheres, contribuiu para a consagração de um extenso rol de direitos fundamentais, que constitui a maior e mais clara

manifestação do propósito transformador da Carta.

Ao longo de sua vigência, a Constituição de 1988 deu provas de sua força. Sobretudo nos anos 2000, consolidou-se a ideia de normatividade e efetividade das regras e princípios constitucionais, destacando-se, nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário, como agente central para a garantia e concretização de diversos direitos.

O constitucionalismo inaugurado pela Carta de 1988 ainda apresenta, no entanto, pontos falhos, sendo a manutenção da desigualdade, em sentido amplo, o mais grave deles. O Brasil continua a ser um país em que a dignidade humana é medida conforme o *status* político, econômico ou sociocultural das pessoas. Nesse contexto, ser mulher continua a representar uma diminuição de dignidade; continua a ser causa para que se confira menor respeito e consideração pessoais, para que se reduza a autonomia, e para que sujeite a pessoa a violências e discriminações sistemáticas, que a impedem de buscar seu pleno desenvolvimento humano. E a verdade é que o Direito Constitucional não tem contribuído como poderia para reverter esse quadro. É preciso, portanto, que se debata como melhorar o constitucionalismo brasileiro, para que seu potencial emancipatório e humanista passe a alcançar, de fato, tanto homens como mulheres.

Por fim, é imperioso notar que, nos últimos cinco anos pelo menos, os ataques ao constitucionalismo democrático brasileiro se intensificaram, colocando o modelo sob o maior risco de sua história. Em vista disso, poderia se considerar que a tarefa prioritária no país passou a ser não aprimorar, mas resgatar o modelo constitucional brasileiro do processo erosivo em que entrou. Nesse contexto, a temática de gênero perderia urgência frente à necessidade de salvaguarda da democracia.

Os temas são, no entanto, indissociáveis. Não há como combater a crise da democracia vivida no Brasil sem enfrentar as desigualdades que marcam o país, em especial – para os fins discutidos neste artigo –

a desigualdade de gênero.⁵¹⁰ Não há democracia sem proteção aos direitos de todos, inclusive das minorias políticas; e não há como romper o ciclo autoritário em curso sem enfrentar o neoconservadorismo moral e, em especial, a retórica anti-gênero, empregada como um dos principais sustentáculo do processo de corrosão democrática.

Nesse sentido, a título de conclusão do presente trabalho, reforçando a relevância e urgência do estudo e difusão do direito à igualdade de gênero no país, cabe alertar para os riscos de tratar-se a postura anti-gênero do governo Jair Bolsonaro como mera “cortina de fumaça”. As falas e práticas preconceituosas do governo federal se prestam, sim, a turvar ou desviar o foco de questões importantes que incomodam a atual gestão, mas também possuem conexão com normas e políticas públicas que, embora sejam frequentemente menos explícitas do que a oratória governamental, dão concretude a ela. A fumaça, portanto, não é pura encenação. Ela decorre da violação, não apenas simbólica, de direitos de muitas pessoas – em especial, mulheres.

Isso, por si só, deveria conferir outro enquadramento à dita “cortina de fumaça” sob a perspectiva da democracia. Afinal, não se pode considerar mero diversionismo, natural do jogo político democrático, uma atuação governamental reiterada, estruturada e sistemática de instrumentalização de direitos das mulheres à maternidade e à valorização da família, por exemplo. Mas, indo além, a postura anti-gênero funciona como importante aglutinador político e legitimador discursivo da lógica de “nós contra eles”, contribuindo, ainda, para a criação de pânicos morais que geram voto e apoio popular a medidas extremadas por parte do governo.⁵¹¹ Assim, enquanto a própria igualdade de gênero não for resgatada, a democracia brasileira também não o será.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. O que é Feminismo?, 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 38.

BADINTER, Elizabeth. *The Myth of Motherhood: a historical view of the maternal instinct*. Nova York: Souvenir Press, 1982.

BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo, 2ª ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. Feminismo e Política. São Paulo: Boitempo, 2014.

BIROLI, Flavia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. Gênero, neoconservadorismo e democracia: Disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020.

BONELLI, Maria Glória. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. Contemporânea. n° 1, jan-jul 2011, p. 105.

BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D'Água, 2013.

BRASÃO, Inês. Da porta para dentro – Servilismo doméstico é uma dominação oculta, que subjuga e desumaniza a mulher. Revista de História da Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, ano 10, n° 113, p. 46-49, fevereiro de 2015.

BROWN, Wendy. *In the ruins of neoliberalismo: the rise of antidemocratic politics in the West*. Nova York: Columbia University, 2019.

BUCHANAN, Ian. A Dictionary of Critical Theory. Nova York: Oxford, 2010.

BUSTELO, María. *Three Decades of State Feminism and Gender Equality Policies in Multi-Governed Spain*. Sex Roles, Nova York, v. 70, n° 9/10,

2014.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. E-Disciplinas USP: São Paulo, 2011, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/375003/mod_resource/content/0/Carneiro_Feminismo%20negro.pdf, último acesso em 5.5.2022.

COLLINS, Patricia Hill. Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. Trad.: Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

CUNHA, Leonam Lucas Nogueira. “A antipolítica de gênero no governo Bolsonaro e suas dinâmicas de violência”. REB – Revista de Estudos Brasileños, 2020. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/reb/article/download/176467/163971/441901>>.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 114, p 225-239, mai./jun. 2015.

DIXON, Rosalind. *Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-examination*. Yale Journal of Law and Feminism, nº 21 (2), p. 297–338, 2010.

DOBROWOLSKY, Alexandra; HART, Vivien (ed.). Women Making Constitutions – New Politics and Comparative Perspectives. Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.

DOUGLAS, Susan; MICHAELS, Meredith. The mommy myth – The idealization of motherhood and how it has undermined all women. Nova

York: Free Press, 2005.

DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

FODOR, Eva. *The Gender Regime of Anti-Liberal Hungary*. Palgrave Pivot, Cham., 2022.

FRASER, Nancy. *Fortunes of feminism – From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Nova York: Verso, 2013.

_____. *Justice Interrupts – critical reflection on the ‘Postsocialist’ condition*. Nova York: Routledge, 1997.

_____. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Letícia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-189.

_____. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

_____. *Scales of Justice – Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Nova York: Columbia University Press, 2010.

_____. *Unruly Practices – Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002.

GOETZ, A. M. *Gender and accountability*. In: DROBOWOLSKY, A.; HART, V. (Org.). *Women making Constitutions: New Politics and Comparative Perspectives*. Nova York: Palgrave Macmillan Publishers,

2003. p. 52-67.

GOLDSCHIED, Julie (Org.). Gender and Equality Law. Nova York: Ashgate Publishing, 2013.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Org. Flávia Rios, Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor. Londres: Verso, 2009.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens – Uma breve história da humanidade, 9ª ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HONDERICH, Ted (ed.). The Oxford Companion to Philosophy. Nova York: Oxford University Press, 2005.

IRVING, Helen. Gender and the Constitution: Equity and Agency in Comparative Constitutional Design. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KYMLINCKA, Will. Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOMBARDO, Emanuela; MEIER, Petra; VERLOO, Mieke (Ed.). The Discursive Politics of Gender Equality – Stretching, bending and policymaking. Abingdon: Routledge, 2009.

MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 397-416.

MONTECINOS, Veronica. Feministas e tecnocratas na democratização da América Latina. Revista Estudos Feministas: Florianópolis, vol.11, nº

2, p. 351-380, dez./2003.

MONTEIRO, Rosa. Feminismo de Estado em Portugal: mecanismos, estratégias, políticas e metamorfoses. 2011. 503f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal.

PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1-14.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. Revista da AGU, v. 41, p. 9-42, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

ROHDEN, Fabíola. Uma Ciência da Diferença: sexo e gênero na medicina da mulher [online], 2ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.

RUTHERFORD, Alexandra, et. al. (Orgs.) Handbook of International Perspectives on Feminism. Nova York: Springer, 2011.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. *Freedom of religion*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 909-928.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. RDE, Rio de Janeiro, nº 8, p. 75-90, out./dez. 2007.

SELIS, Lara Martim Rodrigues; PRADO, Débora Figueiredo Mendonça do. Política externa do governo Bolsonaro e a aliança transnacional antigênero. Friedrich- Ebert-Stietung, out./2021. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/18425.pdf>, último acesso em 5.5.2022.

TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

WILLIAMS, Susan H. (ed.). Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. “Extreme Non-Viable Candidates and Quota Maneuvering in Brazilian Legislative Elections”. São Paulo: Opinião Pública, v. 25, nº 1, p. 1–28, agosto/2019.

Esse artigo é uma síntese atualizada de alguns capítulos da dissertação de mestrado defendida em 2016, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, sob a orientação do Prof. Daniel Sarmento e coorientação da Prof. Jane Reis, com o título “*Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*”.

Doutoranda e Mestre em Direito Público pela UERJ. Professora de Direito Constitucional. Advogada.

De maneira similar, o historiador Yuval Noah Harari qualifica o gênero como “*a hierarquia social mais influente e estável da história*” e reconhece que, até hoje, simplesmente não sabemos porque ela existe, o que corrobora a aqui denominada “complexidade” do fenômeno. Como Harari afirma, “*há muitas teorias [a respeito da hierarquia social entre*

mulheres e homens], *nenhuma delas convincente*” (HARARI, Yuval Noah. Sapiens – Uma breve história da humanidade, 9ª ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 156-168).

Estes são o número e o percentual de mulheres segundo estimativa da ONU publicada no relatório *World Population 2019*. Não há informação sobre como foram computadas no relatório as pessoas transgênero. Disponível em <https://population.un.org/wpp/Publications/>, último acesso em 5.5.2022.

A expressão foi difundida a partir dos trabalhos de Raewyn Connell (*i.e.*, CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015) e é autoexplicativa: designa, de maneira ampla, os arranjos que *ordenam*, ou seja, criam padrões e dão sentido às distinções de gênero nas sociedades.

Op. cit., p. 35-6.

Cf. Relatório “*Global Study on Homicide*” da UNODOC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), disponível <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf>, último acesso em 5.5.2022.

Conforme será explorado neste artigo, “[m]ulheres são subrepresentadas como eleitoras, assim como em posições de liderança, quer seja em cargos eletivos, no serviço público, no setor privado ou na academia” e, com isso, perde-se a oportunidade de se estabelecer um ambiente deliberativo mais promissor, não apenas para os direitos e interesses das próprias mulheres, mas para o surgimento de novas ideias e a tomada de melhores decisões de modo geral (Relatório da ONU, disponível em <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/leadership-and-political-participation#sthash.vN1BrF51.dpuf>, último acesso em 5.5.2022).

Estimativa de acréscimo no PIB anual dos países em 2025, se todos atingissem o nível máximo de igualdade de gênero hoje existente

(2015). Se cada país atingisse apenas o nível máximo da sua região, o ganho em 2025 seria menor, mas ainda bastante significativo: 12 trilhões de dólares. Cf. cálculos do instituto McKinsey, divulgados no relatório “*The Power of Parity*”, em setembro de 2015, disponível em http://www.mckinsey.com/insights/growth/how_advancing_womens_equality_can_add_12_trillion_to_global_growth, último acesso em 5.5.2022. Dados semelhantes já haviam sido obtidos pela Booz & Company em 2012, quando se calculou que, especificamente no Brasil, apenas a equiparação das taxas de empregos entre mulheres e homens já representaria um impulso na economia nacional de 9% do PIB (disponível em http://www.strategyand.pwc.com/media/file/Strategyand_Empowerin_g-the-Third-Billion_Full-Report.pdf, último acesso em 5.5.2022). Também o Banco Mundial qualifica o combate à desigualdade de gênero como uma medida inteligente de economia, chegando a estimar um acréscimo na economia de mais de 160 trilhões de dólares se as mulheres não apenas conseguissem a mesma inserção no mercado de trabalho que os homens, mas também recebessem os mesmos salários (“*Unrealized Potential: The High Cost of Gender Inequality in Earnings*”, disponível em <https://www.worldbank.org/en/topic/gender/publication/unrealized-potential-the-high-cost-of-gender-inequality-in-earnings>, último acesso em 5.5.2022).

A afirmação é recorrente entre estudiosos de desenvolvimento humano, já tendo sido feita, por exemplo, por dois ex-integrantes das Nações Unidas: o ex-subsecretário-Geral Sashi Tharoor e o ex-Secretário-Geral Kofi Annan (vide: EXAME CEO – Ideias para quem decide – edição especial “Mulheres – a nova força da economia” São Paulo: Editora Abril, novembro de 2013). O efeito catalisador de bem-estar social advindo da educação de meninas também já foi apontado pelo Banco Mundial (disponível em <https://www.worldbank.org/en/topic/girlseducation#1>, último acesso

em 5.5.2022).

Atualmente, 63 milhões delas estariam fora das escolas e, apesar dos esforços mundiais, a disparidade entre meninas e meninos no acesso à educação básica tem aumentado (cf. Relatório da UNESCO disponível em <http://www.tellmaps.com/uis/gender/>, último acesso em 5.5.2022). No Brasil, especificamente, os problemas de acesso à educação têm se concentrado nas faixas pré-escolar e do ensino médio, e, embora não se verifique distinção significativa entre a quantidade de meninas e meninos não matriculados nas escolas, há dificuldades específicas aplicáveis a elas. Estima-se que a gravidez precoce seja a principal causa para evasão das mais de 769.000 adolescentes de 15 a 17 anos que estão fora das escolas no Brasil (cf. Relatório “Todas as Crianças na Escola em 2015”, publicado pela UNICEF em agosto de 2012, disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_24118.htm, último acesso em 5.5.2022; e relatório do Instituto ItauUnibanco, realizado com dados da PNAD 2015, disponível em <https://www.generonumero.media/meninas-sao-mais-do-que-o-dobro-dos-meninos-entre-jovens-que-nao-completaram-ensino-medio-e-nao-exercem-atividade-remunerada/>, último acesso em 5.5.2022).

O fato de as justificativas usuais para desigualar homens e mulheres serem a natureza humana e a religião não significa que estas sejam as causas da desigualdade. Há diversas teorias que defendem que os discursos científico e religioso para diferenciação entre homens e mulheres são instrumentos ou decorrências de outros fenômenos sociais, os quais, estes sim, estariam na base da desigualdade de gênero. Além disso, conforme já comentado, há quem entenda que simplesmente não sabemos ainda as causas dessa desigualação (vide nota de rodapé nº 1 *supra*)

Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 18-9.

Na verdade, já antes do nascimento, a desigualdade de gênero começa

a moldar a vida do futuro bebê. Perguntas sobre o sexo da criança costumam ser as primeiras a serem feitas aos pais e pautam a decoração do ambiente em que a criança viverá, os presentes que ganhará, o imaginário familiar e social sobre o seu futuro e a forma como será educada. Não por outra razão, o gênero é uma das primeiras categorias sociais que as crianças assimilam: estima-se que entre 2 e 3 anos de idade já saibam perceber as diferenças de gênero e, até os 4 anos, se identifiquem como pertencentes a algum deles. Vide, entre outros, (i) estudos da Associação Americana de Pediatria, disponíveis em <https://www.healthychildren.org/English/ages-stages/gradeschool/Pages/Gender-Identity-and-Gender-Confusion-In-Children.aspx>, último acesso em 5.5.2022; e (ii) o verbete “gênero” na Enciclopédia de Desenvolvimento da Primeira Infância, organizada por institutos vinculados à Universidade de Montreal e de Laval, no Canadá, disponível em <http://www.child-encyclopedia.com/gender-early-socialization/according-experts/gender-self-socialization-early-childhood>, último acesso também em 05.05.2022.

Quase todas as religiões do mundo estabelecem distinções entre mulheres e homens que conferem a estes maior prestígio social. Além do Cristianismo e do Islamismo, que, somados, congregam mais da metade da população adulta do planeta, Hinduísmo, Budismo e Judaísmo são alguns exemplos de religiões de grande e médio alcance que reproduzem essa desigualdade em suas crenças. Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 20.

É certo que outras formas de desigualdade já foram respaldadas por discursos científicos ou religiosos, mas nenhuma delas com a força e a persistência da desigualdade de gênero. Vide: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo?*, 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 56.

Embora controversa, a distinção entre ciências naturais e ciências

humanas permanece amplamente difundida, tomando por base, sobretudo, (supostas) diferenças de objetos de estudo e metodologias de pesquisa entre esses dois grandes grupos do conhecimento. Para uma caracterização moderna dessa dicotomia científica, veja-se: SNOW, Charles Percy. *The Two Cultures*, 18th reprint. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

O feminismo, inclusive, foi um dos principais responsáveis por desmistificar a objetividade e a neutralidade das ciências naturais. Sobre a denominada *filosofia feminista das ciências*, vide: HONDERICH, Ted (ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 2005, p. 849.

Nas palavras do professor Daniel Sarmento, “[a] laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta ou refratária à religiosidade. [...] Pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença” (SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *RDE*, Rio de Janeiro, n° 8, p. 75-90, out./dez. 2007).

Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 20. Em geral, reconhece-se que todos os povos até hoje estudados dividiram-se, em algum grau, entre mulheres e homens. Nem sempre, porém, essa divisão teve o peso social, cultural e político que passou a ostentar, pelo menos, desde a Revolução Agrícola (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*, 9ª ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 152).

O declínio da categoria médica da histeria exemplifica essas adaptações ou correções de rumo da ciência motivadas por demandas em prol da igualdade de gênero. Bastante utilizada até meados do século XX, a histeria foi concebida em um contexto de propagação de inúmeros

estudos, no século XIX, que supostamente comprovavam a origem biológica das distinções entre mulheres e homens na sociedade. Foi empregada para repreender as lutas feministas por igualdade de direitos, categorizando as mulheres que as defendiam como portadoras de comportamentos desviantes, “não saudáveis”, bem como para difundir, por contraste, padrões de comportamento desejáveis. Uma das formas de tratamento da histeria, adotada até a década de 1960 na Europa e nos Estados Unidos, foi, inclusive, a mutilação genital, hoje, felizmente, inaceitável nessas regiões do planeta, assim como a própria categoria médica da histeria – maleável em significado e restrita às mulheres em alcance. (ROHDEN, Fabíola. Uma Ciência da Diferença: sexo e gênero na medicina da mulher [online], 2ed. rev. e ext. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011, p. 30-67).

A adaptabilidade das crenças religiosas, presente nos processos de aceitação do divórcio em diversas crenças, pode ser ilustrada, também, por mudanças mais sutis, como a atinente aos padrões de vestimenta, por parte da Igreja Católica Apostólica Romana. Veja-se, nesse sentido, a “Notificação concernente às mulheres que vestem roupas de homem”, emitida pelo Cardeal Siri, recriminando, em 1960, o uso de calças pelas fiéis, o que acabou, todavia, vindo a ser admitido pela aludida instituição religiosa ainda no final do século passado (disponível em <http://www.national-coalition.org/modesty/modsiri.html>, último acesso em 5.5.2022). A “Carta às Mulheres”, emitida pelo Papa João Paulo II em 1995, por ocasião da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Conferência de Pequim), da ONU, expressa outras pontuais modificações na postura da Igreja Católica em relação às mulheres, deixando clara, porém, a manutenção da lógica central de diferenciação de papéis (desígnios divinos) entre elas e os homens (disponível em https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/1995/documents/hf_jp-ii_let_29061995_women.html, último acesso em 5.5.2022).

Cf. FREEDMAN, Estelle B. No Turning Back – The history of feminism and

the future of women. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 58; e DOEPKE, Matthias; TERTILT, Michele; VOENA, Alessandra. The Economics and Politics of Women's Rights. *Annual Review of Economics, Annual Reviews*, vol. 4(1), p. 339-372, 2012.

A Carta das Nações Unidas, aprovada em 1948 e que conta, atualmente, com 193 Estados signatários, veda, por quatro vezes, a discriminação baseada em sexo (arts. 1º, 3; 13, b; 55, c; e 76, c). Por sua vez, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, já assinada por 189 países, detalha essa vedação e reforça a tutela dos direitos das mulheres. Estes dois são os principais documentos de alcance global sobre o assunto, mas há inúmeros outros. Para um compêndio dos principais tratados adotados pelo Brasil sobre a matéria, vide: Legislação da mulher [recurso eletrônico], 6ª ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

Segundo levantamento feito por Catharine MacKinnon, dos cerca de 200 países com Constituição escrita, 184 garantem a igualdade de gênero expressamente, embora as formas de fazê-lo variem (MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 404).

Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 67, 164, 319 e 353.

Cf. BUCHANAN, Ian. *A Dictionary of Critical Theory*. Nova York: Oxford, 2010, p. 166.

No Brasil, esse esfriamento do feminismo iniciou-se um pouco depois, tornando-se mais evidente a partir da segunda metade da década de 1990. Sobre o tema, veja-se: TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) –

Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Naturalmente, houve exceções: pessoas, grupos sociais e instituições que se mantiveram alertas e mobilizados em torno da igualdade de gênero. Além de poucos e dispersos, tinham, em geral, reduzida visibilidade e apelo político, o que explica porque, infelizmente, não foram capazes de manter a força do feminismo dos anos 1970.

Comentando a difusão desse entendimento no Brasil, sobretudo a partir de um discurso jornalístico que caracterizou o feminismo no país, a partir dos anos 1990, como uma demanda “superada”, veja-se: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. Introdução: teoria política feminista hoje. In: _____. Teoria Política feminista: textos centrais. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013, p. 8.

Sobre o tema, destacando as conexões entre os processos contemporâneos de erosão democrática e o neoconservadorismo moral, veja-se: BIROLI, Flavia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. Gênero, neoconservadorismo e democracia: Disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020.

Sobre a aludida teoria de justiça e a evolução do pensamento de Fraser a seu respeito, confira-se: (i) Unruly Practices – Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989; (ii) Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. Habermas and the Public Sphere. Cambridge: MIT Press, 1992; (iii) Pragmatism, feminism and the linguistic turn. In: BUTLER, Judith; CORNELL, Drucilla; FRASER, Nancy (org.). Feminist Contentions. Nova York: Routledge, 1995; (iv) Justice Interrupts – critical reflection on the ‘Postsocialist’ condition. Nova York: Routledge, 1997; (v) FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange. Trad. Joel Gob, James Ingram, Christiane Wilke. Nova York: Verso, 2003; (vii) Scales of Justice – Reimagining Political Space in a Globalizing World. Nova York: Columbia University Press, 2010; (vi)

Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Leticia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-189; (viii) *Fortunes of feminism – From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Nova York: Verso, 2013.

Cf. TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, cap. 3.

Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 128. Confira-se, em complementação: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. O que é Feminismo?, 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 38.

Cf.: “a igualdade [...] não pode ser alcançada permitindo que os homens construam instituições sociais segundo seus interesses e, depois, ignorando o gênero dos candidatos ao decidir quem preenche os papéis nestas instituições” (KYMLINCKA, Will. Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 307.

Apenas para que não haja dúvida: o critério de presunção de paternidade previsto no art. 1.597 do CC certamente não pode ser considerado apto a justificar a restrição à autonomia da mulher, prevista no ora comentado art. 1.523. Fosse esse o propósito da limitação matrimonial no caso, não passaria pelo crivo da proporcionalidade, senão já pelo subprincípio da adequação, certamente pelo subprincípio da necessidade.

Vide: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Cap. III.

Como contraponto a esses exemplos negativos vindos do Poder

Judiciário, cabe mencionar a Recomendação nº 128/2022 do CNJ, que adotou o excelente “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” produzido por grupo de trabalho instituído pela mesma instituição.

Entre muitos outros estudos nesse sentido, veja-se: (i) BADINTER, Elizabeth. *The Myth of Motherhood: a historical view of the maternal instinct*. Nova York: Souvenir Press, 1982; (ii) O'REILLY, Andrea. *Maternal Theory: Essential Readings*. Toronto: Demeter Press, 2007; (iii) DOUGLAS, Susan; MICHAELS, Meredith. *The mommy myth – The idealization of motherhood and how it has undermined all women*. Nova York: Free Press, 2005.

Cf. CHRISLER, J. C.; McHUGH, M. C. *Waves of Feminist Psychology in the United States: Politics and Perspectives*. In: RUTHERFORD, A., CAPDEVILA, R., UNDURTI, V.; PALMARY, I. (Orgs.) *Handbook of International Perspectives on Feminism*. Nova York: Springer, 2011, p. 37-54.

Adota-se aqui, por simplificação, o conceito ainda majoritário de sexo como algo biológico, orgânico ou natural, que distingue os seres humanos em categorias tradicionalmente denominadas “mulheres” e “homens”, mas que, hoje em dia, entendem-se melhor designadas como “pessoas do sexo feminino” (fêmeas) e “pessoas do sexo masculino” (machos). Sexo não seria, assim, sinônimo de gênero: enquanto o primeiro decorreria do órgão genital, dos hormônios e dos cromossomos (XX ou XY) de nascimento de um indivíduo, o segundo resultaria da valoração sociocultural dada a esses elementos. Para maiores considerações sobre o tema, veja-se: TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Análises comparativas indicam que, na maioria dos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

Econômico), os pais empregados despendem menos de metade do tempo que elas no cuidado com seus filhos e filhas (GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. *The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor*. Londres: Verso, 2009, p. 10).

Tanto que casais homossexuais também assumiriam papéis cerebrais distintos, de “mãe” e de “pai”, haja vista a usual adoção, por cada membro da relação, de um padrão típico de comportamento, materno ou paterno (cf. pesquisa realizada pela Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, noticiada, entre outros, em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/casais-gays-com-filhos-assumem-papeis-cerebrais-de-mae-pai-12615247>, último acesso em 5.5.2022).

O modelo brasileiro está bem longe do adequado. Não apenas para o atingimento da igualdade de gênero, mas para o próprio bem-estar da criança, deveria se adotar uma sistemática de licenças maternidade e paternidade mais próximas em termos de duração. Examinando a fundo as políticas adotadas em 6 países (Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia, Bélgica e França), as autoras sugerem regimes em que os tempos totais de licença sejam somados e possam ser utilizados com alguma liberdade pelo casal, ressaltando-se, somente, um período inicial mínimo às mulheres e um período também mínimo exclusivo para os pais. (GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. *The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor*. Londres: Verso, 2009, p. 18-26).

Isso não significa que não haja, ainda, empecilhos à ocupação efetiva do mercado de trabalho pelas mulheres. Em 2012, pelo menos de 5 em cada 10 mulheres da população economicamente ativa trabalhava ou procurava emprego. Na mesma situação, contudo, eram 7 em cada 10 homens. (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, p. 14) A geração “nem nem”, de jovens que não estudam nem trabalham, afetada significativamente pela crise econômica evidenciada em 2015 e mais recentemente pela pandemia da COVID-19, tem, nas meninas, suas principais representantes, sendo a gravidez precoce um dos

elementos centrais a dificultar a formação e a inserção profissional dessas mulheres (cf. relatório elaborado pelo Banco Mundial, disponível em <http://www.worldbank.org/pt/news/feature/2018/03/17/brasil-estudio-jovenes-no-estudian-ni-trabajan-ninis-genero-pobreza>, último acesso em 5.5.2022; e pesquisa da FGV, disponível em <https://cps.fgv.br/pesquisas/juventudes-educacao-e-trabalho-impactos-da-pandemia-nos-nem-nem>, último acesso em 5.5.2022).

Muitos fatores explicam a continuidade da menor participação das mulheres no mercado de trabalho e, enquanto não forem devidamente enfrentados, a economia continuará a funcionar como ferramenta de opressão de gênero e deixará de se beneficiar pelos ganhos que as mulheres poderiam trazer. Apenas a título de exemplo, há três desestímulos graves à inserção e à permanência das brasileiras no mercado de trabalho: (i) mulheres recebem menos pelo mesmo serviço prestado – a estimativa é que ganhem 73,8% dos rendimentos dos homens para as mesmas funções; (ii) as profissões por elas tradicionalmente exercidas são menos valorizadas, política, social e economicamente – 17% das mulheres economicamente ativas são empregadas domésticas e, dentre estas, a maioria não possui sequer registro em carteira de trabalho; e (iii) mulheres assumem mais tarefas domésticas, que as impedem muitas vezes de permanecer ou avançar no mercado de trabalho – a média de tempo gasto em atividades domésticas pelas brasileiras é de 24 horas por semana, bem superior às menos de 10 horas semanais estimadas para os homens brasileiros (Informações obtidas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, p. 14.).

“[A] maioria dos trabalhos ‘exigem que a pessoa, neutra quanto ao gênero, que esteja qualificada para eles seja alguém que não é o guardião primário de uma criança em idade pré-escolar (Mackinnon, 1987:37). Dado que ainda se espera que as mulheres tomem conta dos filhos em nossa sociedade, os homens tenderão a se sair melhor do que as mulheres ao competir por tais trabalhos. Isso não acontece porque haja discriminação contra as mulheres

candidatas. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos ou podem, na verdade, desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres carecem de qualificação relevante para o trabalho – isto é, serem livres de responsabilidades pelo cuidado dos filhos. Há neutralidade quanto ao gênero no fato de que os empregadores não atentam para o gênero dos candidatos, mas não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido sob o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa, cuidando dos filhos. [...] ‘[O] dia em que se levou em conta o sexo foi o dia em que as funções do cargo foram estruturadas com a expectativa de que seu ocupante não teria responsabilidades pelo cuidado dos filhos’ (MacKinnon, 1987:37). [...] O resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres tornam-se economicamente dependentes dos homens. [...] As consequências desta dependência tornaram-se mais evidentes com o aumento da taxa de divórcios. [...] Na Califórnia, o padrão de vida médio dos homens sobe 42 por cento depois do divórcio, o das mulheres cai 73 por cento e resultados similares foram encontrados em outros estados (Okin, 1989b: 161) [...]” (KYMLINCA, Will. Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 308-9).

Em que pese ter sido incorporado como algo sem mais valia, o trabalho doméstico nunca foi indiferente para a economia capitalista. Ao contrário, ele teve um papel histórico fundamental no processo de industrialização econômica, tendo possibilitado que os homens trabalhassem por períodos maiores de tempo nas fábricas, bem como levado as próprias mulheres a encararem uma dupla jornada de serviços, útil ao sistema. A ausência de remuneração das tarefas domésticas, seja de cuidados com o lar ou com as pessoas da família, possibilitou, ademais, que o capitalismo demandasse menor giro de

dinheiro para funcionar – o que foi importante em determinados momentos e pode ter, ainda hoje, utilidade econômica. Nesse sentido, destaca-se que, em 1993, por exemplo, a economia realizada por uma família dos Estados Unidos ao não pagar pelos serviços feitos pela mãe, “dona de casa”, era de aproximadamente US\$ 50.000 por ano (FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, cap. 7).

Em 2011, estima-se que houvesse no país 6,6 milhões de trabalhadores domésticos, sendo 92,6% desse total mulheres e, entre estas, 61% fossem negras (cf. estudo “O Emprego Doméstico no Brasil”, disponível em

<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>, divulgado em agosto de 2013, último acesso em 5.5.2022).

“Uma das explicações para a ausência de um verdadeiro combate nos discursos feministas pela defesa das trabalhadoras domésticas é que a emancipação da mulher de classe média e classe média-alta dependia da contratação de uma outra mulher para assumir o governo e o cuidado da casa. Nem sempre essa classe média esteve disponível para renegociar formas de exploração, até porque os seus recursos eram escassos e, em contraponto, muito altas (e legítimas) as aspirações de mobilidade social. [...] Para que não se tornem seres fantasmáticos, é imperativo conferir às trabalhadoras domésticas o direito à existência e à história, escavado na memória e no cotidiano mais próximo” (BRASÃO, Inês. Da porta para dentro – Servilismo doméstico é uma dominação oculta, que subjuga e desumaniza a mulher. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, ano 10, nº 113, p. 46-49, fev./2015, p. 48).

“Tanto no trabalho como na educação, os progressos das mulheres não devem fazer esquecer os avanços correspondentes dos homens, que fazem com que, numa corrida de obstáculos, a estrutura das distâncias se mantenha. O exemplo mais surpreendente desta permanência na (e pela) mudança é o facto de os postos de trabalho que se feminizam estarem já desvalorizados (os operários especializados são na sua maioria mulheres ou

imigrantes), ou em declínio, sendo a sua desvalorização redobrada, por um efeito de bola de neve, em consequência da deserção dos homens que essa feminização ajudou a provocar” (BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D’Água, 2013, p. 111).

Cf. ELSON, Diane. Iniciativas orçamentárias sensíveis ao gênero: dimensões chave e exemplos práticos. Revista do Serviço Público: Brasília, v. 56 (2), abr./jun. 2005, p. 161-179.

O tema é objeto, entre outras, das ADPFs n. ADPFs 850, 851 e 854, em curso no STF, sob a relatoria da Min. Rosa Weber.

Cf. GOETZ, A. M. *Gender and accountability*. In: DROBOWOLSKY, A.; HART, V. (Org.). Women making Constitutions: New Politics and Comparative Perspectives. Nova York: Palgrave Macmillan Publishers, 2003. p. 52-67.

Para exemplificar as análises orçamentárias aqui sugeridas, poderia se cogitar de (i) preocupações específicas com a alocação de verbas em políticas públicas destinadas à saúde da gestante; (ii) cautelas para que cortes nos gastos com segurança pública não recaíssem mais acentuada e injustificadamente sobre programas de combate à violência doméstica; e (iii) estudos sobre o impacto de medidas de ampliação da oferta de ensino público integral de nível básico na empregabilidade das mães dos alunos; ou sobre a tributação de bens e serviços consumidos majoritariamente por mulheres.

Vide, entre outros, a definição exposta no site do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), disponível em <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=1301>, último acesso em 5.5.2022.

Cf. relatório da ONU, disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2020/09/covid19-women-pandemic-gender-poverty-gap-united-nations>, último acesso em 5.5.2022.

A retração foi de 3,8% do PIB nacional, conforme noticiado, entre outros, pelo jornal Valor Econômico em 3.3.2016:

<http://www.valor.com.br/brasil/4464366/pib-cai-38-em-2015-pior-retracao-desde-1990>, último acesso em 5.5.2022.

Cf. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE, disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadct/tabelas>, último acesso em 5.5.2022; e relatório do IPEA sobre a COVID-19, disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/210512_bmt_71_nota_tecnica_a3.pdf, último acesso em 5.5.2022.

Cf. FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Letícia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

Sobre o tema, veja-se a observação de Pierre Bordieu: “[M]ais surpreendente é ainda que a ordem estabelecida, com as suas relações de dominação, com os seus direitos e os seus atropelos, com os seus privilégios e as suas injustiças, se perpetue infinitamente com tanta facilidade [...] Encarei sempre a dominação masculina, e o modo como ela é imposta e suportada, como o melhor exemplo dessa submissão paradoxal, resultante daquilo a que chamo a violência simbólica, violência suave, insensível e invisível para as suas próprias vítimas que, no essencial, se exerce pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento ou, mais concretamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento” (BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D’Água, 2013, p. 13-4)

O gênero não traz apenas experiências ruins. Há muitas mulheres que, verdadeiramente, gostam de passar a maior parte de seus dias cuidando do lar e de seus familiares, que apreciam quando os homens abrem a porta do carro para elas, ou que se sentem bem cumprindo rituais de beleza. Como afirmou Stuart Mill, “as mulheres não são criadas apenas para servirem aos homens, mas para desejarem servi-los”; e assim se dá. (MILL, Stuart. The Subjection of Women. 1869, disponível em

<http://www.constitution.org/jsm/women.htm>, último acesso em 5.5.2022).

Precisar o momento ideal da revogação é, certamente, difícil. Uma revogação precipitada pode se mostrar pouco democrática. Por outro lado, a demora do Estado pode contribuir para a prorrogação excessiva do modelo injusto de diferenciação social; e, mais até, pode dar tempo para um rearranjo de forças conservadoras que impeçam a sua extinção.

Sobre a importância da nomeação de condutas discriminatórias, esclarecendo que se trata de medida que pode ocorrer, em uma escala cumulativa de efeitos, (i) para gerar o conhecimento da prática discriminatória, (ii) para simbolizar o seu combate pelo Estado, e (iii) para punir, veja-se: DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 114, p 225-239, mai./jun. 2015.

Sobre o histórico da expressão “feminicídio”, leia-se: *“O termo ‘femicídio’ (femicide) é atribuído a Diana Russel, pesquisadora feminista sul-africana que o teria criado na década de 1970 para falar do extremo letal do ‘continuum de terror antifeminino’. A geografia do termo remete ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, um tribunal popular organizado por militantes feministas em Bruxelas, em 1976, que queria tornar pública a variedade de crimes cometidos contra mulheres em diferentes países e culturas, fosse na forma de agressões diretas, fosse na de discriminações letais. Nesse marco, femicídio não se reduziria a homicídio: é qualquer morte que decorra do gênero, seja na violência doméstica, seja na violência sexual anônima, no aborto clandestino, na mutilação genital, na mortalidade materna, no tráfico de mulheres. Na década de 1990, o termo foi apropriado para descrever o que se passa em Ciudad Juarez, no México, onde centenas de mulheres jovens e trabalhadoras têm desaparecido, sido violentadas, torturadas e assassinadas sem que as autoridades respondam ao terror – nem protegendo, nem punindo. A antropóloga e deputada mexicana Marcela Lagarde considerou que femicídio, homólogo de homicídio, seria insuficiente;*

apenas arranhava a neutralidade da vitimação para a lei penal. Preferiu “feminicídio”, que poderia perturbar o regime da nomenclatura: designaria o conjunto de violações a direitos humanos das mulheres e denunciaria o Estado desprotetor, omissor, negligente ou cúmplice. A disputa quanto à sinonímia entre feminicídio e femicídio segue atual” (Idem).

A única exceção é Ruanda, em que, desde 2008, as mulheres ocupam mais da metade das vagas na Câmara dos Deputados (cf. MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2013, p. 410).

Cf. relatório “Mulheres no Parlamento em 2020”, disponível em <https://www.ipu.org/women-in-parliament-2020>, último acesso em 5.5.2022. No mesmo sentido, é a estatística apurada pelo *Quota Project*, elaborado e mantido por organizações intergovernamentais com apoio da Universidade de Estocolmo, disponível em <http://www.quotaproject.org>, último acesso em 5.5.2022.

Dados disponíveis em <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-with-female-leaders>, último acesso em 5.5.2022.

Vide relatório da OCDE, divulgado em março de 2017, disponível em <http://oecdinsights.org/2017/03/10/gender-responsive-and-diverse-justice-systems/>, último acesso em 5.5.2022.

A título ilustrativo, vale registrar que, entre as quinhentas maiores empresas do mundo, listadas na “edição Global 500” da revista Fortune em 2013, somente 22 tinham uma mulher como CEO. Em levantamento mais recente, apurou-se que as mulheres seriam apenas 4,4% das mais poderosas lideranças de negócios no mundo (CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p. 32). Esse cenário, aliado a um contexto global de diminuição do tamanho do Estado, de crescimento do espaço de atuação dos agentes econômicos, e de emergência de novos atores políticos, tem ensejado a defesa da

adoção de ações afirmativas junto a determinadas organizações privadas, notadamente grandes empresas que atuem em setores de significativa importância econômica ou social. Há, nesse sentido, projeto de lei em curso no Parlamento europeu, segundo o qual 40% dos assentos disponíveis nos conselhos de administração de companhias de capital aberto teriam de ser reservados a mulheres (disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20131118IPR25532/html/40-of-seats-on-company-boards-for-women>, último acesso em 5.5.2022). Paralelamente, e sem que haja propriamente imposição estatal, organizações privadas têm, por iniciativa própria, estabelecido, em âmbito interno, regras para reserva de vagas de seus órgãos deliberativos e/ou de administração. A ONU estabeleceu programa nesse sentido; e, no Brasil, a título de exemplo, algumas seccionais da OAB firmaram compromisso para aumento do número de mulheres em suas comissões e postos de direção (<http://www.oab.org.br/noticia/27775/oab-aprova-a-unanimidade-cota-de-30-de-mulheres-em-chapas-internas>, último acesso em 5.5.2022).

Com efeito, a Dinamarca é o único país do mundo em que se obtiveram avanços significativos na promoção da igualdade de gênero por meio de medidas que não envolviam ações afirmativas para incremento direto e imediato da quantidade de mulheres na política ordinária. Os demais países europeus, notadamente os escandinavos, conhecidos por serem os que mais se aproximaram, até hoje, da igualdade entre mulheres e homens, adotaram cotas para promover o aumento, em curto prazo, da participação política feminina (e.g., Suécia) (IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 119).

PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos

Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 11.

Na Índia e na África do Sul, por exemplo, a adoção de medidas que promoveram a participação de um quantitativo mínimo de mulheres em órgãos políticos locais costuma ser atrelada à melhoria das condições de saneamento básico. Isso porque, embora fosse um problema de todos, gerando doenças e mortes, inclusive, a falta de saneamento adequado era bem mais visível ou importante cotidianamente para as mulheres, por serem elas tradicionalmente encarregadas das tarefas domésticas que demandam a coleta quase que diária de água limpa, muitas vezes rara e distante quilômetros de distância de suas residências (WILLIAMS, Susan H., “Equality, Representation, and Challenge to Hierarchy: Justifying Electoral Quotas for Women”. In: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 62-63).

A análise das teorias da perspectiva a seguir apresentada tomou como referência principal o seguinte trabalho: CHRISLER, Joan C.; McHUGH, Mauree C. *Waves of Feminist Psychology in the United States: Politics and Perspectives*. In: RUTHERFORD, Alexandra, et. al. (Orgs.) *Handbook of International Perspectives on Feminism*. Nova York: Springer, 2011, p. 37-54.

Cf. COLLINS, Patricia Hill. Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. Trad.: Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019; CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. E-Disciplinas USP: São Paulo, 2011, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/375003/mod_resource/content/0/Carneiro_Feminismo%20negro.pdf, último acesso em 5.5.2022; GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Org. Flávia Rios, Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Além dos atos já citados nesta artigo, vale mencionar a Resolução nº

1325 do Conselho de Segurança da ONU.

Em 2006, 50% dos países democráticos, 47% dos semi-democráticos e 38% dos não-democráticos adotavam alguma política de cotas de gênero para eleições políticas (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. “Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge” In. WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 39). Dados periodicamente atualizados são disponibilizados no site <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>, organizado por pesquisadores da Universidade de Estocolmo e do instituto IDEA, último acesso em 5.5.2022.

Cf. MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2013, p. 410.

Conforme o levantamento feito pela autora, cerca de 104 países adotariam algum sistema de cotas para incentivar a participação de mulheres na política (Op. cit, p. 118), sendo que 40 deles trariam garantia constitucional nesse sentido. Cruzando-se tal dado com o apurado por Helen Irving, chega-se ao número estimado de 64 países que teriam política de cotas prevista exclusivamente em lei ou outro ato infraconstitucional. Por fim, contratando o dado com a pesquisa de Drude Dahlerup e Lenita Freidenvall, conclui-se que, em 50 desses 64 países, o sistema de cotas seria originário de estatutos de partidos políticos (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In. WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 29. Por fim, destaca-se que, Segundo os últimos autores, o modelo estatutário prevaleceria nos países democráticos, sendo mais comum o modelo constitucional ou o legal nos países semi-democráticos. (Op. cit., p. 40).

Cerca de 50 países teriam cotas aplicáveis aos partidos políticos, na

definição de suas pré-candidaturas ou candidaturas (IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 119).

Uma tendência nesse tipo de sistema de cotas é a realização de eleições apartadas para os cargos reservados, em que a disputa se trava exclusivamente entre mulheres, como vem ocorrendo em Ruanda, Marrocos e Uganda.

Em geral, as cotas previstas apenas em estatutos de partidos políticos, mesmo quando estabelecidas como obrigatórias, são de mais difícil imposição judicial, adquirindo, na prática, contornos de simples recomendação.

Cf. PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 11.

Cf. IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 120.

TSE, Plenário, PCs n. 228-15 e 238-59, Rel. Min. Rosa Weber, j. 6.4.2018.

Destaca-se, nesse sentido, o trabalho dos professores Kristin Wyllie, Pedro Santos e Daniel Marcelino que aponta para uma estimativa de 35% de candidaturas laranjas entre todas as candidaturas de mulheres lançadas em 2018 para a Câmara dos Deputados.: WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. “Extreme Non-Viable Candidates and Quota Maneuvering in Brazilian Legislative Elections”. São Paulo: Opinião Pública, v. 25, nº 1, p. 1–28, agosto/2019.

Estudos de Direito Constitucional Comparado indicam que a adoção do sistema proporcional é, por si só – ou seja, independentemente de haver conjugação ou não com ações afirmativas –, mais propenso à

eleição de mulheres. Nessa esteira, assinala-se que, em média, países com sistema proporcional para definição dos cargos do Poder Legislativo, têm 19,6% deles ocupados por mulheres, ao passo que países de sistema majoritário atingiriam representação feminina de 10,5%, e aqueles que seguem sistemas mistos, como o Brasil, elegeriam, também em média, 13,6% de mulheres para o Legislativo (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In. WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality – Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 30).

Op. cit., p. 37.

Vide: STF, ADI 5617, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 15.03.2018; e TSE, TSE, Resolução nº 23.568, de 24.05.2018.

WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. “Extreme Non-Viable Candidates and Quota Maneuvering in Brazilian Legislative Elections”. São Paulo: Opinião Pública, v. 25, nº 1, p. 1–28, agosto/2019.

Entre os candidatos eleitos em 2018 para o cargo de deputado(a) federal, 14% foram mulheres – número maior do que a das eleições de 2014 e possivelmente influenciado pelo fato de o pleito de 2018 ter sido o primeiro em que se impôs gasto proporcional do Fundo Partidário na candidatura de mulheres, historicamente subfinanciadas pelos partidos. Sobre o tema, confira-se: LOMBARDO, Emanuela; MEIER, Petra; VERLOO, Mieke (Ed.). *The Discursive Politics of Gender Equality – Stretching, bending and policymaking*. Abingdon: Routledge, 2009; BUSTELO, M. *Three Decades of State Feminism and Gender Equality Policies in Multi-Governed Spain*. *Sex Roles*, Nova Iorque, v. 70, nº 9/10, 2014; MONTEIRO, Rosa. Feminismo de Estado em Portugal: mecanismos, estratégias, políticas e metamorfoses. 2011. 503f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal.

Termo utilizado, dentre outros, em: CONNELL, Raewyn; PEARSE,

Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p. 265.

Nesse sentido, vale conferir: (i) relatório do TCU sobre os gastos do Ministério das Mulheres (Acórdão nº 1449/2019, Rel. Min. Augusto Sherman); e (ii) Nota técnica do INESC – Instituto de Estudo Socioeconômicos, disponível em https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2022/03/8-de-Marco_Orcamento.docx.pdf, último acesso em 5.5.2022.

Vide, entre outros: (i) SELIS, Lara Martim Rodrigues; PRADO, Débora Figueiredo Mendonça do. Política externa do governo Bolsonaro e a aliança transnacional antigênero. Friedrich-Ebert-Stietung, out./2021. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/18425.pdf>, último acesso em 5.5.2022; e (ii) CUNHA, Leonam Lucas Nogueira. A antipolítica de gênero no governo Bolsonaro e suas dinâmicas de violência. REB – Revista de Estudios Brasileños, 2020. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/reb/article/download/176467/163971/441901>>. Último acesso em 5.5.2022.

Cabe esclarecer que não há nada de errado na tutela jurídica da família, bem jurídico expressamente consagrado na CF/1988 inclusive. Mas o que se nota no atual “Ministério das Mulheres, *da Família* e dos Direitos Humanos” é a instrumentalização e subordinação das mulheres à finalidade de cuidado familiar e, em especial, ao exercício da maternidade. Trata-se de um Ministério que não protege as mulheres que vivem a maternidade; protege a maternidade como um valor em si, protege a geração e criação de filhos como elemento central de constituição das famílias. Um Ministério que encara as mulheres como parte instrumental de um bem maior, e não como sujeito de direitos.

Tratando especificamente do caso húngaro, país que constitui um dos mais notórios exemplos de erosão democrática contemporânea e também – não por mera coincidência – o que menos avançou em

igualdade de gênero na União Europeia nas últimas décadas, veja-se: FODOR, Eva. The Gender Regime of Anti-Liberal Hungary. Palgrave Pivot, Cham., 2022.

Por todos, confira-se: DIXON, Rosalind. *Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-examination*. Yale Journal of Law and Feminism, nº 21 (2), p. 297–338, 2010.

Em estudo das realidades australiana e canadense, Reg Graycar e Jenny Morgan constataram, por outro lado, que ainda é comum se utilizar o gênero como elemento questionador da autoridade de juízas, como se estas tivessem uma visão necessariamente parcial e enviesada – no mau sentido – sobre certos temas. Mesmo em questões não vinculadas a estereótipos femininos, as magistradas seriam mais frequentemente acusadas de subjetivismo e de consideração a aspectos ligados à sua identidade do que juízes homens (GRAYCAR, Reg; MORGAN, Jenny. *Feminist Legal Theory and Understandings of Equality: One Step Forward or Two Steps Back?* In: GOLDSCHIED, Julie (Org.). Gender and Equality Law. Nova York: Ashgate Publishing, 2013. p. 51-73).

Cf. site da própria Corte Constitucional (<http://www.const-court.be/en/common/home.html>) e matéria veiculada pela ONG Oxford Human Rights Hub (<http://ohrh.law.ox.ac.uk/belgian-parliament-introduces-sex-quota-in-constitutional-court/>), ambos com último acesso em 10.6.2018).

Cf. BONELLI, Maria Glória. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. Contemporânea. nº 1, jan-jul 2011, p. 105.

Informações compiladas em: <http://jota.info/agora-quem-julga-sao-elas-as-juizas-brasileiras>, ultimo acesso em 10.6.2018.

Levantamento realizado pelo site jurídico Migalhas apontou a presença de apenas 15,5% de mulheres em tribunais superiores no ano de 2020. Disponível

em <https://www.migalhas.com.br/quentes/336640/mulheres-ainda-sao-minoria-em-todo-poder-judiciario--apontam-dados>, último acesso em

5.5.2022.

IRVING, Helen. Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 37.

Entre outros, confira-se: BIROLI, Flavia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. Gênero, neoconservadorismo e democracia: Disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020; BROWN, Wendy. In the ruins of neoliberalismo: the rise of antidemocratic politics in the West. Nova York: Columbia University, 2019. No mesmo sentido, xx.

POR UMA TEORIA QUEER DO DIREITO DAS PESSOAS E DAS FAMÍLIAS

DANIEL BORRILLO

1. INTRODUÇÃO: A TEORIA QUEER

O termo queer, de origem inglesa, significa bizarro, estranho ou anormal. No início do século XX, começou a assumir uma nova conotação para se referir aos comportamentos que não correspondem à norma sexual e, de forma injuriosa, faz referência aos gays e lésbicas – os quais mais tarde retomaram esse conceito para se autodefinir. Embora mais tarde a palavra gay tenha substituído o termo queer, este ressurge em 1990, em Nova York, com o nascimento do grupo radical Queer Nation que vai denunciar o conformismo das associações gays da classe média branca e propor uma ação política mais ampla, na qual possam se reconhecer todas as minorias sexuais (travestis, transexuais, loucas, afeminados, sadomasoquistas, lésbicas...). Como destaca Didier Eribon: “Queer é uma forma de buscar a dissolução das fronteiras para que, tanto outras identidades (transgênero, bissexual, travestis...) quanto a multiplicidade de identidades gays e lésbicas (bichas, tias, caminhoneiras, femmes...) encontrem, todas elas, lugar em um movimento que contesta as normas sexuais, culturais e sociais”. Teresa de Laurentis é a primeira a utilizar academicamente a palavra queer no seu seminário da Universidade da Califórnia, em 1990, para denunciar o caráter heterossexista dos estudos sobre a homossexualidade⁵¹². A Teoria Queer (as maiúsculas utilizadas pela professora de Laurentis são uma forma irônica de referir-se à pomposidade das teorias científicas) se nutre de diferentes pesquisas que, desde os anos 1950, não pararam

de analisar os mecanismos da dominação patriarcal. Duas décadas antes, a antropóloga norte-americana Margaret Mead, no seu conhecido livro 'Coming of Age in Samoa: a Psychological Study of Primitive Youth For Western Civilisation (1928)', demonstrou que os comportamentos próprios do homem e aqueles atribuídos à mulher são o resultado de condicionamentos sociais. Conforme Mead, a natureza é maleável, pois obedece às pulsações que a massa social comunica. Uma parte do feminismo não tardou em se apropriar dessa corrente culturalista e em denunciar a naturalização das características biológicas atribuídas às mulheres, principalmente, os papéis psicológicos e sociais deduzidos dessa imputação natural.

Os primeiros trabalhos sociológicos sobre gênero provêm de intelectuais comprometidos com o movimento feminista e têm em comum a crítica ao universalismo, apresentado até então como sendo pura e exclusivamente masculino. Os estudos de Jeanne Bouvier⁵¹³ ou de Léon Abensour⁵¹⁴, entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, bem como a obra de Édith Thomas, nos anos 1950, para citar alguns exemplos, fizeram uma tentativa de escrever a história a partir da perspectiva ignorada da mulher.

O feminismo permitiu trazer à tona a metade oculta da humanidade, no entanto, não deixou de pensar em termos binários, ou seja, supondo a existência de dois gêneros estáveis. Conhecida como diferencialismo, a corrente feminista sustenta que o acesso à igualdade deve acontecer considerando a especificidade de um e outro gênero: "Ao simbolismo fálico, é necessário opor o simbolismo uterino polifórmico"⁵¹⁵.

O Direito é denunciado pelo feminismo como sendo um instituto masculino, argumentando-se que, para democratizá-lo, bastaria feminilizá-lo. Esse objetivo reivindicado por uma parcela do feminismo institucional põe em evidência a continuidade do pensamento binário, inclusive dentro da estrutura crítica produzida por esse movimento

político⁵¹⁶. Assim, pois, a contribuição do primeiro feminismo (o feminismo clássico) não está na contestação da categoria gênero como tal, mas na denúncia da dominação de um gênero sobre o outro.

O primeiro passo para pôr fim a essa dominação foi a dissociação entre sexualidade e reprodução, graças à legalização dos métodos contraceptivos, no final dos anos 1960. Essa legalização permitiu pensar a sexualidade como uma atividade importante por si mesma, independentemente das consequências que venha a provocar. Então, se não é mais reprodução o que justifica a sexualidade, já que é legítimo manter relações não reprodutivas, a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo deixa, *a fortiori*, de ser um tabu e, progressivamente, a sua estigmatização se fragiliza.

Sem renunciar ao aporte fundamental do feminismo, a nova teoria vai ainda mais longe. A partir da ideia que considera “anormal” aqueles comportamentos sexuais que se afastam da heterossexualidade, a Teoria Queer parte do seguinte pressuposto: o gênero é uma construção social que permite repensar as identidades independentemente da lógica binária dos sexos e da matriz heterossexual da lei⁵¹⁷. A partir da obra de Simone de Beauvoir e da sua fórmula revolucionária “não se nasce mulher, chega-se a sê-lo”, a Teoria Queer prolonga os estudos de Michel Foucault e Jacques Derrida e se consolida com a publicação, em 1990, do ensaio *Gender Trouble*, de Judith Butler⁵¹⁸, e do livro *Epistemology of the Closet*, de Eve Kosofsky Sedgwick⁵¹⁹.

As categorias dualistas universais “homem/mulher” e “heterossexualidade/homossexualidade” são questionadas por esses autores. Não existem dois, mas uma multiplicidade de sexos, uma vez que não é a anatomia o que define a diferença, mas sim certos códigos culturais. A crítica radical do “sexo” proposta pela Teoria Queer consiste em desvendar o dispositivo metafísico (necessário, indiscutível e natural) que condiciona tanto os papéis quanto o desejo sexual. A

força normativa da categoria “sexo” foi e continua sendo a de concebê-la como evidente, como algo substancial que determina naturalmente os papéis familiares e culturais (masculino e feminino), bem como a atração erótica normal entre indivíduos do sexo oposto (heterossexualidade obrigatória)⁵²⁰.

A Teoria Queer parte da hipótese de que o sujeito não preexiste à ação (retomando a premissa do existencialismo: a existência precede a essência) e, portanto, não há qualquer original verdadeiro (o sexo biológico) por trás do gênero (constituído socialmente). Judith Butler completa, dessa forma, a crítica à naturalização iniciada por Simon de Beauvoir, meio século antes. O sexo, o gênero e a sexualidade se retroalimentam produzindo, dessa forma, um dispositivo político que poderíamos resumir da seguinte forma: a espécie humana está dividida em dois sexos (macho e fêmea), os quais têm características próprias (o masculino e o feminino) que os tornam complementares um do outro (desejo heterossexual). Ao evidenciar a dinâmica do dispositivo *sexo-gênero-(hétero) sexualidade*, a Teoria Queer permitiu pensar esse dispositivo político como um todo sem isolar cada um dos seus componentes, como tinha feito o feminismo⁵²¹.

A Teoria Queer poderia ser definida como um gesto crítico que permite, a partir da desconstrução das categorias naturalizadas sexo, gênero e sexualidade, repensar a forma como são apresentados as normas e os mecanismos que as justificam. Utilizo a expressão “gesto crítico” uma vez que, na realidade, não se trata tanto de uma teoria (no senso clássico de um corpus acabado), mas de um grupo de estudos em formação que tentam problematizar não apenas os efeitos do dispositivo sexo-gênero-sexualidade, como também todas as categorizações que enclausuram os indivíduos em identidades fixas e imutáveis⁵²².

Apesar de ter tido uma repercussão importante nas ciências sociais, o Direito ignorou, no entanto, a contribuição fundamental da

Teoria Queer. A hegemonia do formalismo jurídico nas faculdades de Direito explica em grande medida a impermeabilidade das ciências jurídicas a outras ciências sociais. A situação é ainda mais surpreendente se pensamos que, justamente, o positivismo e o formalismo contêm importantes elementos teóricos passíveis de deixarem entrar a Teoria Queer no campo jurídico. De fato, graças à ruptura com o Direito Natural, o Direito moderno não necessita mais justificar as suas instituições em princípios universais, inalteráveis e verdadeiros, nem procurar uma fundamentação da norma jurídica em outra instância que não seja a deliberação política. A técnica da “fiction jurídica”⁵²³ poderia ter constituído também um elemento favorável ao pensamento queer nas ciências jurídicas. De fato, quando a norma do Direito resolve tomar por verdadeiro algo que não existe para justificar uma prerrogativa (por exemplo, a fundamentação da existência das pessoas jurídicas, a representação ou os direitos que podem ser reconhecidos a quem ainda não nasceu: *infans conceptus pro nato habetur*), está, de alguma forma, produzindo um enunciado queer. A teoria da comoriência (ficção jurídica do Direito sucessório em virtude da qual, no caso de duas pessoas terem falecido sem que se possa estabelecer quem faleceu primeiro, por exemplo, em um acidente, pressupõe-se que ambas faleceram ao mesmo tempo) também constitui uma entidade queer. O Direito pressupõe a existência de algo que de fato não existe para obter determinados resultados e, nesse sentido, demonstra, por meio da sua intervenção, o caráter puramente convencional tanto das normas que regem os comportamentos humanos quanto a representação dos fatos que as fundamentam.

Este artigo propõe levar à esfera jurídica a reflexão realizada por um setor do pensamento crítico que, desde os anos 1970, vem questionando a categorização e a hierarquização dos indivíduos em função do sexo e da sexualidade. Tal como o feminismo tinha feito, a Teoria Queer trata mais radicalmente das novas situações políticas que

surtem da norma naturalizada. Uma Teoria Queer do Direito deve, pois, começar por desnaturalizar a norma jurídica por meio da crítica do conjunto dos elementos históricos e jusfilosóficos que participaram da sua naturalização.

Desnaturalizar o dispositivo metafísico sexo-gênero-sexualidade significa despojá-lo de evidência e olhá-lo de uma perspectiva nova, que nos permita, ao mesmo tempo, relativizar cada um dos conceitos que compõem esse dispositivo e propor uma definição da norma jurídica mais ampla e, principalmente, mais justa.

Se as teorias clássicas do Direito (tanto as liberais quanto as críticas) não questionaram a normatividade a partir da perspectiva do *gênero-sexo-sexualidade*, uma Teoria Queer do Direito parte justamente das posições subjetivas que estão nos limites da norma social (gays, lésbicas, hermafroditas, travestis, transexuais, sadomasoquistas...) para criticar os dispositivos normativos (estado civil, matrimônio, filiação...) que negaram e ainda continuam negando entidade jurídica aos que, conforme essa lógica, estão nos limites da cidadania.

Uma Teoria Queer do Direito é uma teoria da justiça individual que integra no universo jurídico todas as pessoas sem considerá-las em função do seu *sexo-gênero-sexualidade*, categorias essas desprovidas de pertença jurídica. Levada à esfera jurídica, a multiplicidade de gêneros proposta por Judith Butler, por meio da noção de *performativity*, apenas pode ser materializada no desaparecimento da categoria gênero como identificação obrigatória dos indivíduos. De fato, para que o ser humano possa adotar diferentes gêneros na sua vida privada, é necessário que o sujeito de Direito se despoje publicamente dessa categoria. De outra forma, seria absurdo registrar nos documentos de identidade todas as subjetividades temporárias e passageiras que os indivíduos desejarem dar às suas próprias subjetividades (homem, mulher, assexuado, trans, travesti, macho, *femme*, amo, escravo...). A proposta de Butler de naturalizar o gênero para que os indivíduos que praticam uma sexualidade alternativa possam ter uma vida plena se concretiza

juridicamente com a desapropriação da categoria como identificação pública e obrigatória das pessoas físicas.

2. DESSACRALIZANDO A SEXUALIDADE

A atividade sexual, como tantas outras ações humanas, é caracterizada pela sua variedade e complexidade. Inclui aqueles que encontram nela apenas uma forma de prazer, aqueles que renunciam ao sexo por abnegação religiosa⁵²⁴, aqueles que fazem dela uma atividade comercial e os que a vivem como uma obrigação moral. Alguns a escolhem, e outros a padecem. Existem aqueles que desfrutam com pessoas do seu próprio sexo, aqueles que preferem o sexo oposto e os que praticam indistintamente com um ou outro sexo. Alguns o fazem apenas por amor, outros para sofrer, e outros não sentem nada com essa atividade⁵²⁵.

Durante séculos, sexo e reprodução se encontraram tão intimamente relacionados que não se compreendia um sem o outro. Embora o ideal sexual do cristianismo seja a abstinência, a visão pragmática de São Paulo e o seu pessimismo a respeito da natureza humana o levaram a pronunciar a célebre sentença: “é melhor casar do que queimar-se” (1. Corintios 7:9), fazendo do matrimônio o único lugar legítimo do desenvolvimento da sexualidade humana.

Os sexólogos, no seu delírio taxonômico, pregaram a noção de parafilia para patologizar os comportamentos sexuais que não encontram a fonte de prazer na cópula heterossexual clássica (pênis-vagina), mas em alguma outra atividade que possa substituí-la. Assim, a atração sexual por pessoas deficientes é denominada abasiofilia, e a ligofilia se refere aos que se excitam em locais sórdidos e escuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos e pedófilos povoam as enciclopédias e outros tratados de sexologia. Existem libertinos e inclusive aqueles que, por respeito ao *debitum conjugalis*, copulam

exclusivamente com o seu cônjuge no seio do matrimônio. Existem, pois, tantas sexualidades quanto indivíduos que as praticam.

Uma regulação justa da sexualidade deve colocar entre parênteses os diferentes significados que cada um imprime à sua vida erótica, a qual, ao ser realizada entre adultos, goza de plena legitimidade, independentemente do conteúdo que ela assuma. De tal forma que, com a ausência de dano a terceiros, o consentimento livremente declarado constitui os únicos elementos de apreciação jurídica. Todo o resto é irrelevante, pois pertence ao âmbito da vida privada⁵²⁶.

Nesse contexto, a sexualidade não goza de especificidade alguma e, apesar dos psicanalistas e outros guardiães da ordem simbólica, o Direito não pode reservar um tratamento de exceção a uma atividade desprovida precisamente de excepcionalidade. Uma leitura da sexualidade emancipada da tradição religiosa (e da carga afetiva própria da visão românica dominante) nos obriga a abandonar qualquer pretensão sacralizadora da atividade erótica⁵²⁷.

Contrariamente à moral cristã, que impõe um sentido unívoco da sexualidade, o Direito dos Estados laicos deve renunciar a tal pretensão. O abandono de um modelo erótico implica a constatação do pluralismo sexual e da equivalência de todas as manifestações sensuais, de tal forma que nenhuma sexualidade em especial deve ser promovida pelo Estado. Assim, o matrimônio e a prostituição, o amor romântico e o sadomasoquismo merecem ser tratados da mesma forma pela Ordem Jurídica, uma vez que se trata de atos livremente consentidos⁵²⁸.

Embora não exista uma definição do consentimento no código civil, este determina aquilo que pode produzir a sua alteração, nulidade ou inexistência. São vícios do consentimento o erro, o engano, a fraude, a violência física ou a intimidação e a dominação financeira (chamada de lesão: negócio jurídico lesivo ou usurário, pelo qual uma das partes sofre um prejuízo em virtude da desproporção entre as prestações)⁵²⁹.

Um acordo de vontades entre pessoas capazes e sem vícios do consentimento produz os mesmos efeitos que a lei a respeito das partes.

Aos efeitos de garantir a pluralidade sexual, o Estado moderno se baseia no princípio da neutralidade ética; vale dizer que o Direito é indiferente no que se refere às concepções substanciais do bem e se limita a garantir o respeito às condições antes mencionadas (capacidade plena, consentimento desprovido de erro, dolo, violência e lesão). O que torna um Estado justo não é o objetivo, o *telos*, a finalidade a alcançar, mas justamente a renúncia a escolher com antecendência entre objetivos e finalidades concorrentes⁵³⁰. Todo ato sexual praticado livremente entre adultos, que não produz um dano a terceiros, fica fora da avaliação jurídica e deve, conseqüentemente, estar desprovido de sanção legal.

O Direito não pode promover uma moral sexual em especial, do contrário se transforma ele próprio em imoral: a neutralidade ética garante o pluralismo, pois o Estado se abstém de promover uma forma de sexualidade em detrimento de outras. O cidadão adulto é o único capaz de determinar aquilo que lhe convém sexualmente. A liberdade se transforma em tirania quando o Estado pretende saber melhor que nós mesmos o que é bom para nós e tenta impor a sua visão⁵³¹.

Dessacralizar a sexualidade significa abandonar a sua leitura religiosa e também retirá-la do espaço da excepcionalidade, aplicando a ela as normas do Direito comum. Como o comércio, a navegação e o trabalho, a sexualidade se submete aos mesmos princípios que regulam essas outras atividades. Ao final, a sexualidade é um componente a mais na vida humana.

3. DESSEXUALIZANDO O SUJEITO DE DIREITO

É o gênero, e não a religião, o ópio dos povos, afirma Goffmann

no seu conhecido livro *Gender Advertisement* (1979). Embora existam contrastes mais significativos como as diferenças de classes, idade ou origem étnica, são os relativos ao gênero aqueles que continuam organizando a classificação das pessoas físicas no Direito Civil.

Se as pessoas jurídicas (associações, fundações, cooperativas...) são neutras a respeito do gênero, as pessoas físicas continuam sendo catalogadas como homens e mulheres. Desde o nascimento, o indivíduo integra uma das duas classes da *summa divisio* da humanidade. A categoria gênero aparece como o código fundamental a partir do qual são organizadas as interações humanas e as estruturas culturais. Essa visão encontra a sua origem nas raízes do pensamento judaico-cristão. A Bíblia conta que Deus criou o homem primeiro e depois:

“... O Senhor Deus fez com que o homem caísse num sono profundo; e, enquanto dormia, tomou uma costela e fechou a carne em seu lugar. E da costela que o Senhor Deus retirou do homem, fez uma mulher e a levou para o homem. Então, disse para Adão: Esta agora é osso dos seus ossos e carne da sua carne; ela será chamada mulher, porque do homem foi tomada. Portanto, deixará o homem o seu pai e a sua mãe e se unirá à sua mulher, e serão uma única carne.” (Gênesis 2:21-24).

A antropóloga francesa Françoise Héritier retoma o relato bíblico e lhe confere um revestimento científico, ao considerar que “a diferença sexuada e o papel diferente dos sexos na reprodução (...) constituem uma fronteira do pensamento na qual se funda uma oposição conceitual essencial: aquela que opõe o idêntico ao diferente; trata-se de um desses *thematha* arcaicos que encontramos em todo pensamento científico antigo e moderno e em todos os sistemas de representação”⁵³².

Nenhuma classificação é inocente, já que, ao catalogar, organizamos a realidade de forma hierárquica. Seidman tem razão quando diz que “as identidades são formas de controle social, uma vez

que estabelecem diferenciação entre populações normais e desviadas, reprimem a diferença e impõem avaliações normalizadoras do desejo”⁵³³. Ao encerrar os indivíduos em categorias pétreas, estamos impondo a esses indivíduos um lugar no qual provavelmente não desejam permanecer e comportamentos que, talvez, não queiram assumir.

Nossas democracias não toleram mais a classificação das pessoas em função da cor da pele (desde o fim do apartheid). A decadência da política colonial terminou com a categoria de “indígenas muçulmanos ou israelitas” própria das colônias francesas do norte da África⁵³⁴. Em virtude do princípio de separação da Igreja e do Estado, a religião desaparece dos documentos de identidade e desde a Revolução Francesa os cidadãos deixaram de ter a linhagem aristocrática reconhecida juridicamente. Enquanto os registros de raça, religião⁵³⁵, classe... foram superados, o registro obrigatório de um ou outro sexo permanece vigente, pois nos parece evidente e natural. O gênero continua definindo qualidades e virtudes (ou defeitos) em função de raízes biológicas. O ser humano, para essa ideologia, está constituído por corpos estáveis, definidos biologicamente por duas gramáticas diferentes, XY-XX, que permitem uma escritura coerente do destino individual e social. O registro do sexo como forma de identificação das pessoas alimenta a ilusão de uma naturalidade da diferença entre homens e mulheres. A “história natural” da diferença de sexos não é outra coisa que a justificação da heterossexualidade como a forma necessária de identidade sexual: machos e fêmeas organizam um intercâmbio sexual estruturado em uma ordem hierárquica com uma finalidade reprodutora que podemos denominar, conforme a expressão de Louis-Georges Tin, a “cultura heterossexual”⁵³⁶.

Os comportamentos esperados por essa nomenclatura sexual determinam as relações sociais de sexo, ou seja, os protótipos de masculinidade e feminidade construídos e com base nos quais são

medidos os comportamentos humanos. Várias pesquisas demonstram que raramente a literatura infantil retrata um mundo paritário, no qual meninos e meninas exercem atividades de forma igualitária. Os contos, dessa forma, junto com o universo dos brinquedos⁵³⁷, preparam o terreno da subjetivação e a dominação social⁵³⁸.

A lógica binária dos sexos surge como o suporte do sistema jurídico, tanto em nível individual quanto familiar e social. De fato, durante séculos, essa foi a mesma lógica que serviu para justificar a inferioridade da mulher e, atualmente, continua servindo para legitimar a desigualdade de lésbicas, gays e transexuais⁵³⁹.

Em nível individual, o estado civil cristaliza situações permanentes ou relativamente estáveis que determinam qualidades da pessoa e pré-determinam a capacidade de atuar do indivíduo. O estado civil das pessoas compreende o sobrenome, os nomes, a data e o local de nascimento, as relações familiares e a filiação, a nacionalidade, o domicílio, a capacidade civil e o sexo. O artigo 58 do Código Civil Argentino (inspirado no artigo 57 do Código Francês) estabelece:

“A certidão de nascimento será lavrada mediante a presença de duas testemunhas. Conterá a data e o local de nascimento, o sexo do registrado, o nome e os sobrenomes que lhe correspondem; também a condição de apresentado vivo ou morto; a impressão digital do apresentado. Se este é apresentado como filho de pais desconhecidos, o Juiz do Registro Civil escolherá o nome e os sobrenomes, fazendo constar tal circunstância na certidão.”

O exame dos órgãos genitais permite determinar, com testes cromossômicos, o sexo do indivíduo. No entanto, pode acontecer que o bebê possua ambos os órgãos genitais, ou que estes sejam ambíguos⁵⁴⁰.

Chamadas tradicionalmente de hermafroditas (filhos do deus Hermes e da deusa Afrodite), essas pessoas foram consideradas ao longo da história como monstros e continuam causando reações de horror⁵⁴¹.

A lei francesa, no que se refere às instruções gerais do estado civil, determina que:

“quando o sexo do recém-nascido é indeterminado, convém evitar indicar nas certidões de nascimento sexo indefinido, e o oficial do registro deve aconselhar os pais a procurarem um médico que lhes informe o sexo mais provável do bebê, considerando, em caso de não haver outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Esse será o sexo registrado na certidão de nascimento, podendo ser posteriormente retificado em caso de erro”.

Então, apenas em caso de erro era possível retificar os documentos de identidade. Assim, durante muito tempo, os juizados se opunham a alterar o registro do estado civil dos transexuais⁵⁴², invocando a indisponibilidade do estado das pessoas. No caso “*Botella contra França*”, de 25 de maio de 1992, o tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que se produziu uma infração do artigo 8 da Convenção Europeia (“direito ao respeito da vida privada e familiar”), ao considerar que a menção do sexo em múltiplos registros de órgãos públicos franceses (certidões de nascimento, carteiras de identidade digitais, passaporte, contas da previdência social, contracheques e boletins de contribuição da previdência social, etc.) causa sérios prejuízos e inconvenientes na vida cotidiana da autora. Atualmente, a maioria dos países reconhece a mudança de sexo e a alteração dos documentos de identidade como sendo um direito fundamental dos transexuais. Embora a operação cirúrgica não seja necessária, em

países como a França ou a Espanha, para alterar o estado civil, é obrigatória para provar um grau avançado de hominização que leva à esterilização das pessoas transexuais.

Embora os avanços sejam significativos, nenhum Estado questionou ainda a categoria “sexo” como tal. As autoridades que foram mais longe foram as da Austrália, ao permitir o registro de uma terceira categoria “*not identified gender*” nos documentos de identidade. De fato, Norrie May-Welby, um cidadão transexual anglo-australiano, é a única pessoa que oficialmente não pertence nem ao gênero masculino nem ao gênero feminino. Aos 28 anos de idade, Norrie May-Welby se submeteu a uma cirurgia para transformar o seu corpo e tornar-se uma mulher (embora nunca tenha ingerido hormônios femininos), porém, mais tarde, também não se reconheceu no seu novo sexo. Assim sendo, resolveu solicitar às autoridades da Austrália (país no qual reside) que lhe permitissem não ter registro de gênero nos documentos de identidade. A província de *New South Wales* respondeu favoravelmente à demanda. A partir desse caso, o Departamento de Relações Exteriores da Austrália adotou novas diretrizes para a gestão dos documentos de identidade dos transexuais, os quais poderão optar por assinalar o seu sexo com um “xis” (“indeterminado”) no lugar dessa informação nos novos documentos a serem emitidos pela administração australiana⁵⁴³.

Caso os Estados não se empenhassem em categorizar os indivíduos em função do sexo, esse tipo de problemas deixaria de existir. Vamos lembrar que, se não mudam seu estado civil, na maioria dos países, os transexuais não podem casar, não têm acesso às técnicas de reprodução assistida e, em muitos casos, nem mesmo conseguem adotar⁵⁴⁴.

Com relação aos indivíduos intersexuados, ao deixar de registrar o sexo nas certidões de nascimento, imediatamente estaria resolvida a inscrição obrigatória a um gênero. Vamos lembrar que a

intersexualidade é uma construção social que pretendeu ser resolvida com a designação obrigatória (desde a tenra infância) de um ou outro sexo. Em muitos casos, a precipitação nesse registro não fez mais do que produzir uma síndrome de transexualidade que se manifesta na puberdade.

Além disso, o abandono dessas categorias também colocaria fim aos brutais e mutiladores tratamentos aos quais são submetidos os transexuais para mudar o estado civil (operação cirúrgica, consumo de hormônios, esterilização...). De forma mais geral, o fim da categorização ajudará a enfraquecer a determinação de papéis diferenciados pelo simples fato de se possuir órgãos sexuais masculinos ou femininos. Também seria a solução para a discriminação dos casais homossexuais que desejam casar, pois a diferença de sexos deixaria de ser uma *conditio matrimonii*.

Na condição de categoria juridicamente irrelevante, o sexo dos indivíduos deve ser considerado, pois, como uma simples informação pessoal de natureza privada, assim como a raça, a religião, as opiniões políticas.

O abandono da categoria como identificação obrigatória dos indivíduos nos documentos de identidade do Estado não significa renunciar às políticas de luta contra a discriminação. Uma coisa é o gênero-identificação, e outra é o gênero-proteção⁵⁴⁵. De fato, é possível desenvolver políticas de igualdade racial e religiosa sem que, por isso, os indivíduos tenham de ser definidos, obrigatoriamente, por uma raça ou uma religião determinada nos seus documentos de identidade. Nesses programas, os indivíduos se autodefinem como membros de uma comunidade étnica, religiosa ou outra minoria se desejam se beneficiar de quotas ou de medidas corretivas próprias da igualdade material⁵⁴⁶, mas de forma alguma o Estado os classifica de ofício como o faz com relação ao gênero.

4. DESETEROSSEXUALIZANDO O MATRIMÔNIO

A aprendizagem do gênero contribui para a construção de uma ideologia da complementaridade: cada um sabe qual é o seu lugar, o qual determina uma função social específica e uma identidade psicológica própria.

Efetivamente, a identidade sexual constitui, no Ocidente, a mais potente das identificações⁵⁴⁷. Os ideais sexuais funcionam de tal forma que permitem a identidade subjetiva e a complementaridade “objetiva”. Assim, para essa ideologia, a fragilidade feminina se ajusta à solidez masculina, e a propensão doméstica da mulher, à capacidade de realizar projetos, própria dos homens. O matrimônio surge, assim, como o teatro no qual são interpretados papéis de gênero e também como o lugar ideal de acolhimento das crianças, as quais, por sua vez, aprenderão na escola do gênero – que é a família – o que devem ser e como devem se comportar. Essa ideologia explica a resistência em deixar entrarem na instituição matrimonial os casais do mesmo sexo, situação que chega a ser percebida como uma empresa de indiferenciação devastadora para a civilização:

“Institucionalizar a homossexualidade como um estatuto familiar é colocar o princípio democrático a serviço de um fantasma. Isso é fatal, na medida em que o Direito, fundado no princípio da genealogia, é substituído por uma lógica hedonista herdeira do nazismo.”⁵⁴⁸

A lógica binária do gênero toma, nesse contexto homófono, uma nova significação, reenviando a questão não já a um estatuto específico próprio de um ou outro sexo, mas à sua necessária complementaridade, situação que remete, por sua vez, justamente à heterossexualidade⁵⁴⁹. O

gênero se refere, ao mesmo tempo, à condição da mulher e ao dispositivo da diferença de sexos, base do vínculo conjugal e parental, o que implica a preeminência da heterossexualidade nas instituições do Direito de família.

O movimento LGBT (lesbiano, gay, bissexual e transexual) produziu o triunfo de uma visão “contratualista” e dessacralizada da vida familiar, concebida desde agora a serviço do indivíduo, e não pressupondo a ideia deste ao serviço daquela. Se o feminismo colocou ponto final ao “contrato de gênero” denunciado como a perpetuação da desigualdade social e política da mulher, o movimento LGBT radicaliza essa evolução, pois rompe com a base própria da dualidade sexual como constitutiva do contrato matrimonial.

O fim da diferença de sexos como *conditio sine qua non* do matrimônio nas legislações de vários Estados corresponde à concepção moderna do casamento baseado exclusivamente na vontade individual daqueles que o celebram. Se para o Direito Canônico a diferença de sexos é constitutiva do matrimônio, pois o sacramento implica a união dos corpos (*copula carnalis*) com vistas à reprodução da espécie, o Direito Civil deixa de impor essa condição e assume a dimensão abstrata do contrato, no qual apenas o encontro de duas vontades é relevante, e não mais a união de dois corpos. Assim, é o consentimento (vontade), e não mais a consumação (carne), o que produz a legitimidade do ato matrimonial. A vontade não tem sexo⁵⁵⁰.

Se, como proponho nestas páginas, a referência ao sexo desaparece dos documentos de identidade, a dualidade sexual deixa de ser um elemento constituído do *ius connubii*. Afinal, se considerarmos o matrimônio como um contrato *intuitu personae* (celebrado em especial consideração da pessoa com quem se obriga) por antonomásia, o sexo das partes é um elemento unicamente importante para as mesmas, mas deixa de ter relevância para o Estado. A linguagem jurídica utilizada pelos novos códigos civis que reconhecem o matrimônio homossexual

(Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Islândia, Argentina...) mostra a dimensão assexuada do novo sujeito do direito matrimonial. De fato, não se referem mais aquelas leis ao “marido” e à “mulher” ou ao “pai” e à “mãe”, mas aos “cônjuges”, os “contraentes”, os “pais” ou os “progenitores”.

Deseterossexualizar o matrimônio também significa dessexualizá-lo. É surpreendente que muitos ordenamentos jurídicos modernos, como o francês, por exemplo, continuem considerando que a fidelidade e as relações sexuais constituem obrigações pessoais dos cônjuges (artigo 212 do Código Civil). O adultério ou a ausência de sexualidade constituem faltas que podem levar ao divórcio por culpa de quem não cumprir com tais obrigações. Vestígio do Direito Canônico, o *debitum conjugalis*, continua sendo um poderoso instrumento de controle da sexualidade. Assim, quem por excesso ou por ausência se afastar da norma sexual matrimonial ou não respeitar a exclusividade erótica imposta pela lei assumirá as consequências patrimoniais e pessoais de um divórcio não consensual⁵⁵¹.

5. DESBIOLOGIZANDO A FILIAÇÃO

O Direito nunca necessitou da verdade biológica para fabricar vínculos de filiação. Enquanto a reprodução é um fato da natureza, a filiação é um ato cultural: obviamente, é possível pertencer a uma família por vínculos biológicos, mas a institucionalização desses vínculos constitui uma convenção, e não o simples registro de um fato natural. O Direito não necessita da natureza para produzir vínculos familiares. A adoção é o exemplo paradigmático, mas também são a presunção da paternidade ou a posse de estado. O desenvolvimento da ciência permitiu, inclusive, considerar como pai não o genitor (doador de espermatozoides), mas o parceiro da mulher que se fez mãe graças a essa doação. A contracepção permitiu o sexo sem procriação, e as técnicas

de procriação artificial tornaram possível a reprodução sem sexo. Refletir sobre a maternidade lésbica, por exemplo, permite também dissociar dois elementos que o senso comum continua associando: maternidade e homossexualidade⁵⁵².

A reprodução pode ser fruto de um ato espontâneo, de um estupro ou de uma relação consensual e planejada. Alguns sistemas jurídicos autorizam a mulher a interromper a gravidez e inclusive, em última instância, a abandonar legalmente o recém-nascido. Nesse sentido, o artigo 326 do Código Civil Francês estabelece que: “No momento do parto, a mãe pode solicitar que o sigilo da sua identidade seja preservado”.

Ao abandonar o seu filho, a mãe biológica permite a ele um novo nascimento, produto da futura adoção. Não podendo (ou não querendo) assumir a transmissão do vínculo familiar, a mulher oferece à sua descendência uma nova relação mais forte e mais estável. O abandono apenas é possível para a mãe⁵⁵³. Ao contrário disso, um coito fecundado faz do homem um pai, independentemente da sua vontade. Essa dissimetria é contrária ao princípio da igualdade e não corresponde à concepção civilista do Direito que, como afirmamos anteriormente, não pode estar baseada exclusivamente em um fato biológico. Desbiologizar a filiação significa justamente assumir a dimensão convencional desse instituto. Garantir que a sua legitimidade não repousa exclusivamente no fato reprodutivo, mas, sim, principalmente, na vontade.

O pensamento ortodoxo tende a ver a filiação como consequência da reprodução. Assim, a procriação artificial se fundamenta em uma mentira para fazer acreditar que a causa da filiação é o ato sexual dos pais, quando, na verdade, trata-se de um procedimento completamente artificial, que inclusive pode fazer com que entre no jogo um terceiro (doador de espermatozoides, por exemplo) que desaparecerá em benefício do cônjuge da mãe. Da mesma forma, a

generalização de um teste de sangue e os testes genéticos utilizados nas disputas sobre filiação reforçam o modelo biológico⁵⁵⁴.

Em vez de copiar a natureza, uma Teoria Queer do Direito procede de forma inversa. Não é a biologia que serve de referência, mas a convenção, a qual, no Direito de Família, corresponde à figura jurídica da adoção. De fato, de origem exclusivamente voluntária, a adoção permite a constituição de vínculos familiares programados, baseados na reflexão e no cálculo, algo que não acontece com a espontaneidade do coito reprodutivo⁵⁵⁵.

A desbiologização da filiação não apenas permite resolver a questão da homoparentalidade ao integrar plenamente uma criança ao seio de um casal homossexual⁵⁵⁶, mas também põe fim à discriminação a respeito dos homens que não desejam assumir a paternidade. No caso dos países em que não há aborto, o abandono legal do recém-nascido pode contribuir especialmente para minimizar a questão da maternidade não desejada e colocar no circuito de adoção as crianças de idade mais tenra, facilmente adotadas. Na França, inclusive, com a lei de interrupção voluntária da gravidez, que tem quase quarenta anos, o “*accouchement sous X*” continua permitindo (como vimos anteriormente) que a mulher dê à luz, em um hospital público, de forma anônima e entregue a criança para adoção sem revelar a sua identidade⁵⁵⁷. O Direito faz como se o fato (parto) nunca tivesse existido. O abandono de um filho é um tabu nas nossas sociedades, no entanto, poderíamos considerá-lo como um ato de amor, justamente quando é impossível dar ao menor as condições afetivas, materiais e morais necessárias para o seu desenvolvimento.

A generalização do abandono legal dos homens deixará claro que não é uma realidade biológica o que produz a filiação, mas a vontade. Os progenitores poderão, então, escolher abandonar a sua descendência ou assumi-la plenamente. De tal forma que não será mais a fatalidade o que definirá a condição parental, mas a vontade. De fato,

a desnaturalização da filiação aplicada aos progenitores implicará que, ao poder eventualmente abandoná-los, estes teriam de adotar os seus próprios filhos biológicos se desejarem assumir a paternidade. Evidentemente, essa nova forma de adoção “intrafamiliar” gozaria de um regime menos burocrático que aquela relativa a terceiras pessoas e poderia se aproximar, do ponto de vista administrativo, das ações clássicas de reconhecimento de paternidade antes do nascimento ou por simples contrato homologado pelo juiz.

A desbiologização da filiação implica também legalizar a maternidade subrogada, tanto parcial (com o seu próprio óvulo) quanto plena (com óvulo alheio ou por transferência de embrião). Além de se fundamentar no princípio da livre disponibilidade do próprio corpo, o popularmente chamado “ventre de aluguel” permite quebrar o paradigma da maternidade associada ao vínculo biológico que se estabelece durante o período da gestação. Assim, não será o parto (*Mater sempre certa est*) o critério para designar a mãe, como no antigo regime de filiação, mas aquilo que as partes tiverem estabelecido no contrato⁵⁵⁸.

6. CONTRATUALIZANDO OS VÍNCULOS FAMILIARES

Jean-Jacques Rousseau, no seu Contrato Social, constrói uma teoria da vida na sociedade baseada na vontade individual e coletiva, mas curiosamente considera a instituição familiar como pré-contratual. De fato, diz o filósofo: “A família é o primeiro modelo das sociedades políticas, a mais antiga e natural: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos”. Ao deixar a família fora do contrato social, Rousseau naturaliza o poder patriarcal e explica a origem da coesão familiar por um imperativo natural: “A mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família: os filhos não estão por acaso sob a tutela do pai enquanto necessitam dele para sobreviver. Mas,

quando essa necessidade cessa, o vínculo natural se desfaz. Os filhos, emancipados da obediência que deviam ao pai, o pai isento dos cuidados que devia aos seus filhos, entram todos de forma igualitária na independência. Se continuam juntos não mais naturalmente, mas voluntariamente, a família se mantém exclusivamente pela convenção⁵⁵⁹.

Locke, por sua vez, vê na família a comunidade mais próxima do estado natural, e a ordem patriarcal lhe aparece como um modelo da organização social. “A família, para Locke, é, se assim queremos, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos, e todos, nascidos iguais e livres, alienam a sua liberdade exclusivamente em favor da utilidade”⁵⁶⁰.

A ruptura com a visão naturalista não encontrou nos filósofos contratualistas um equivalente em matéria familiar. Nem Hobbes, Rousseau, Locke, Tocqueville ou Constant puderam tomar como objeto a família. Mais tarde, os demais filósofos contratualistas continuarão reproduzindo essa naturalização, nem mesmo John Rawls, o último grande expoente da teoria do contrato, ocupa-se das relações familiares. Os efeitos dessa situação não tardarão a ser sentidos: a família será o espaço mais difícil de democratizar. Vemos, pois, quando se pensa a sociedade em termos contratuais, até que ponto é difícil conceber a família como uma construção social, fruto da negociação individual. No entanto, o seu caráter histórico foi amplamente demonstrado desde o século XIX por todas as correntes sociológicas. Engels⁵⁶¹ explicava as relações familiares a partir das relações sociais de produção. A família grande, de origem rural, deixa de ser a norma no final do século XIX, período em que surgirá a família moderna do tipo nuclear (T. Parsons)⁵⁶² e depois será incerta, segundo o sociólogo Louis Roussel⁵⁶³.

A democratização da vida privada necessita, como preâmbulo de qualquer reflexão futura, de uma reformulação dos vínculos familiares

que permita tirá-los do processo de naturalização, próprio à ideologia familiar⁵⁶⁴. Essa última, ao colocar o pai no cume da hierarquia familiar, legitima a visão holística fundada no matrimônio indissolúvel e na divisão sexual dos papéis: a mulher se ocupa do espaço doméstico, o homem governa e se compromete a sustentar o lar⁵⁶⁵.

O processo de desinstitucionalização da concepção tradicionalista de família começa com o surgimento do Direito Civil Laico, do início do século XX. A partir da ruptura com o Direito Canônico, o Direito Civil tenta fundar a organização da vida familiar não na instituição, mas no contrato. O divórcio constitui uma prova desse processo (pois a qualquer momento as partes podem deixar sem efeito o negócio matrimonial), bem como todas as reformas que promovem a igualdade da mulher e dos filhos dentro e fora do matrimônio. A coexistência do matrimônio com outras formas de vida conjugal, como a união estável, os casais de fato, os casais que coabitam, responde a essa exigência de igualdade, bem como o acesso à adoção para os casais do mesmo sexo. As famílias sem nome⁵⁶⁶, retomando a expressão de Pierre Bourdieu, começam a ser reconhecidas pelo Direito, primeiro em nível da aliança e depois da filiação. O movimento LGBT assume plenamente a cultura política da pós-modernidade, na qual prevalece a lógica da escolha, inclusive nas relações familiares.

Fundada na vontade, a adoção é uma instituição mais apta que a verdade biológica para garantir a estabilidade dos vínculos familiares, tanto homossexuais quanto heterossexuais. Contrariamente à filiação carnal, a filiação adotiva encontra a sua legitimidade na liberdade não apenas de acolher os filhos biológicos dos demais, mas também na liberdade. A generalização da adoção (inclusive para os filhos biológicos) permitirá colocar a autonomia da vontade e a heteronomia da natureza no centro do dispositivo familiar. A partir de agora, o vínculo filial deixa de depender da simples capacidade reprodutiva dos

indivíduos e repousa exclusivamente na vontade dos progenitores que entregam em adoção e dos adotantes que acolhem.

A filiação, claramente dissociada da reprodução, permite justificar um sistema jurídico fundado não mais na verdade biológica, mas, sim, no projeto parental. Esse novo paradigma corresponde à visão da família na qual não é mais a autoridade paterna e a divisão dos papéis o que caracteriza a organização da vida privada, mas a comunicação, a autonomia e a negociação.

7. CONCLUSÃO

Pouco importa que a organização familiar seja tradicional, monoparental, reconstituída ou homoparental, o que realmente conta é que o interesse do menor seja garantido e que as premissas do contrato sejam respeitadas. Nesse caso, o Estado deve tratar da mesma forma todas as formas familiares, mas, para isso, é necessário previamente fazer o luto do dogma paterno (e a consequente visão vertical da família)⁵⁶⁷ e repensar as regras que regem as famílias (no plural) a partir da negociação e da contratualização próprias à visão horizontal das mesmas.

Assumir uma teoria contratualista dos afetos, tanto em nível do matrimônio quanto da filiação, não significa se desinteressar pelos mais vulneráveis (os menores, os idosos, os animais, o pessoal de serviço...). Pelo contrário, a técnica contratual bem conhecida do equilíbrio das prestações e a proteção da parte vulnerável (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permitem garantir eficazmente a liberdade e a igualdade de todos os membros dessa comunidade afetiva e patrimonial.

Em última análise, a contratualização da família é o resultado lógico da democratização da vida privada⁵⁶⁸ e a vitória de uma concepção nova do indivíduo emancipado, definido em função de si

mesmo, capaz de escolher o rumo da sua vida e analisar as consequências dos seus atos⁵⁶⁹. Se a Teoria Queer nos ensinou a construir novas subjetividades, uma Teoria Queer do Direito nos propõe desenhar, de forma mais livre, os contornos do sujeito de Direito e as suas relações familiares e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLIN, I. *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press, 1990.

BORRILLO, D. PITOIS-ETIENNE, Thierry. «Différence des sexes et adoption: la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu», *Revue de Droit de McGill*, vol. 49, N° 4, octobre 2004, pp. 1035-1056.

BORRILLO, D. COLAS, D. *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.

BORRILLO, D. «Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité» in: *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, Paris, 2006.

BORRILLO, Daniel. «La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion» in FORTIN Véronique, JEZEQUEL Myriam, et KASIRER Nicholas, (Org.) *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*, Montréal, Les éditions Thémis, 2007.

BORRILLO, Daniel. *Le droit des sexualités*, Presses Universitaires de France, coll. «Les voies du droit», Paris, 2009.

BORRILLO, Daniel. «La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut du beau-parent ou le « PaCS de la filiation», *Droit et société* 2/2009 (n° 72), p. 259-271.

BORRILLO, Daniel. «O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a

matriz heterosexual da Lei», Revista *Meritum*, Revista de Direito da Universidade FUMEC, Vol. 5 N° 2, juillet/décembre, Belo Horizonte 2010, 289-321.

BORRILLO, Daniel. – «La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l’idéologie naturaliste de la filiation» in: DORLIN, E. y FASSIN, E. (Org.), *Reproduire le genre*, Paris, Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.

BORRILLO, Daniel. Est-il *juste de diviser le genre humain en deux sexes?* In SCHUSTER, Alexander. (Org.), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Udine, Forum, 2011, pp. 41-51.

BOURDIEU, Pierre. «Des familles sans nom». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 113, juin 1996. *La famille clans tous ses états*, pp. 3-5.

BOUVIER, J. *La lingerie et les lingères* (1928); *Histoire des dames employées dans les Postes, télégraphes et téléphones* de 1714 à 1929 (1930).

BRISSON, Luc. *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l’Antiquité gréco-romaine*, Les belles lettres, Paris, 1997, p. 9.

BROWN, P. *The Body and Society: Men, Women, and Sexual Renunciation in Early Christianity*, Columbia University Press, 1988.

BUTLER, J. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990.

CASADO, Maria. (Org.) *Nuevos Materiales de Bioética y Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007.

COMMAILLE, Jacques, y MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.

DESCOUTURES, Virginie, *Les mères lesbiennes*, Paris, Presses universitaires de France, Le Monde, 2010.

DE LAURENTIS, Teresa. “Queer Theory, Lesbian and Gay Studies: An

Introduction.” *differences: A Journal of Feminist Cultural Studies* 1) 12 (Summer 1991; special issue), III-XVIII.

ENGELS, F. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Zurich, 1884.

ERIBON, Didier. (Org.), *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, Paris, Larousse 2003.

FINE, A. «Maternité et identité féminine», dans KNIBIEHLER, Y. (Org.), *Maternité, affaire privée, affaire publique*, Paris, 2001, p. 61-76.

FOUCAULT, M. «À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours»; entrevista con H. Dreyfus et P. Rabinow; trad. G. Barbedette), in DREYFUS (H.) et RABINOW (P.), Michel Foucault: *un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984.

FULLER, Lon, L. *Legal Fictions*, Stanford University Press, California, 1967.

GIDDENS, Anthony. *The transformation of intimacy: sexuality, love and eroticism in modern societies*, Polity Press, Cambridge, 1992.

ITALLEY, J., “Le Genre Critique: Comment (ne pas) genrer le droit?» (jurisprudence Revue Critique n° 2, 2011.

HERITIER, E. *Masculin/Féminin: la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

HOLLINDALE, Peter. *Ideology and the Children's Book*, Thimble Press in association with Westminster College, Oxford, 1988.

IACUB, Marcela. «Naître sous X», *Savoirs et clinique*, Paris, 1/2004 (n°4).

IRIGARAY, L. *Ce sexe qui n'en est pas un*, Paris, Minuit, Collection «Critique», 1977.

JOHNSON, Myra T. “Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups” in GOCHROS, H.L. GOCHROS, J.S. (Org.) *The Sexually*

Oppressed. Associated Press, 1977.

KOSOFKY SEDGWICK, E. *Epistemology of the Closet*. Los Angeles: University of California Press, 1990.

LENOIR, Rémi. *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Editions du Seuil, coll. «Liber», 2003.

LYTTON, H. ROMMEY, D.M. Parents' differential socialization of boys and girls: A meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 109, 2, 1991.

LLAMAS, Ricardo. Teoría torcida. *Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad"*. Madrid, Siglo XXI, 1998.

PARSONS, T. "The American Family: Its Relations to Personality and the Social Structure" In *Family Socialization and Interaction Process*, ed. T. Parsons and R. E Bales. New York: Free Press. 1955.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de cultura económica, 1era edición en español, México, 1975.

RICH, Adrienne. "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence" en Signs: *Journal of Women in Culture and Society*, vol 5, 1980.

ROMAN, Diane. «Droits de l'homme et identité de genre: le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle?» Dalloz. fr 19/3/2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Chapitre 1.2, 1762

ROUSSEL, L., *La famille incertaine*. Paris, Éd. Odile Jacob, 1989.

RUBIN, Gayle. Surveiller et jouir. *Anthropologie politique du sexe*, Paris, Epel, 2010.

SEIDMAN, Steve, *Queer Theory/Sociology*, Oxford, Blackwell, 1996.

TIN, L.-G. *L'invention de la culture hétérosexuelle*, Paris, Autrement, 2008.

TORT, Michel. *La fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2005.

WEILL, Patrick. *Qu'est-ce qu'un français? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002.

1 ERIBON, 2003, p. 394. Direito, Estado e Sociedade – nº 39 p. 27 a 51 – jul/dez 2011.

BOUVIER, 1928.

ABENSOUR, 1913 Y 1923.

IRIGARAY, 1977.

HALLEY, 2011, P. 109-132.

BORRILLO, 2010, p. 289-321.

BUTLER, 1990.

KOSOFSKY SEDGWICK, 1990.

RICH, 1980.

A obra de Monique WITTIG (1035-2003) e mais especificamente o seu ensaio *The Straight Mind* (1992) propõe acabar, por meio da escrita, com “a naturalização e a universalização do pensamento heterossexual”. “O gênero, como conceito, diz a escritora francesa, justamente como sexo, como homem, como mulher, é um instrumento que serve para construir o discurso do contrato social como heterossexual” (p. 129).

LLAMAS, 1998.

FULLER, 1967.

BROWN, 1988.

JOHNSON, Myra T. “*Asexual and Autocrotic Women: Two Invisible Groups*” in GOCHROS, H.L. GOCHROS, 1977. Uma pesquisa sobre a propagação da AIDS realizada na Grã-Bretanha mostra que 1% das pessoas questionadas tinha respondido “não ter sentido atração sexual alguma por ninguém”.

O respeito pela vida privada constitui um direito fundamental no Código Civil Francês (artigo 9), no Acordo Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (artigo 8) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 12).

RUBIN, 2010.

BORRILLO, 2009.

O vício do consentimento é a ausência de uma vontade sadia com o objetivo de enganar, adulterar, anular essa vontade e alcançar objetivos desejados, o que compromete a sua eficácia. A vontade fica excluída quando o consentimento, na sua forma externa, está viciado.

RAWLS, 1975.

BERLIN, 1990.

HERITIER, 1996, P. 17-18.

SEIDMAN, 1996.

WEILL, 2002.

No Antigo Regime, os judeus formavam um grupo à parte com um estatuto jurídico próprio. Durante o período petenista, na França ocupada, foi criado o tristemente famoso estatuto dos judeus (03 de outubro de 1940).

TIN, L-G.,2008.

LYTTON e ROMMEY, 1991.

HOLLINDALE, 1988.

BORRILLO e COLAS, 2005.

A Organização Mundial da Saúde define a intersexualidade como uma “condição hormonal-enzimática” de certas pessoas “que ao nascer apresentam, de forma simultânea, características sexuais masculinas e femininas”. Dados da OMS indicam que nessa condição nascem 1 a cada 2.000 pessoas no mundo todo.

BRISSON, 1997, p. 9.

A Organização Mundial da Saúde qualifica a transexualidade como sendo um transtorno de identidade sexual, caracterizado pela incongruência entre o sexo anatômico e a identidade sexual, entendendo por tal a consciência de pertencer a um sexo determinado, e vem definindo-a como a dissociação sexual concentrada na crença fixa de que as características sexuais externas não são as que correspondem à pessoa, de tal forma que a conduta resultante do sujeito se dirige a uma troca dos órgãos sexuais, por meio de uma

operação cirúrgica, ou à ocultação sexo operante adaptando o vestuário e os modais do sexo oposto.

<http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculmo-ni-femenino>.

ROMAN, 2010.

BORRILLO, 2011, p. 41-51.

Statistique Canada 2003. Enquete sur la diversité ethnique: portrait d'une société multiculturelle, Ottawa, Ministère de L'industrie 2003.

FINE, 2001, p. 61-76.

LEGENDRE, Pierre. Entrevista realizada por Antoine SPIRE, Le Monde, 23 octobre 2001.

BORRILLO, Daniel. «La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion» in FORTIN, JEZEQUEL y KASIRER, 2007.

BORRILLO, 2006.

Artigos 242 a 246 do Código Civil Francês.

DESCOUTURES, 2010

IACUB, 2004, P. 41-57.

BORRILLO, 2010 p. 121-136.

BORRILLO e PITOIS-HTIENNE, 2004, p. 1035-1056.

BORRILLO, 2009, p. 259-271.

Aproximadamente 600 bebês entram no circuito de adoção francês por meio desse sistema.

CASADO, 2007.

ROUSSEAU, 1762

LOCKE, 1689.

ENGELS, 1884.

PERSONS, 1955.

ROUSSEL, 1989.

LENOIR, 2003.

COMMAILLE e Martin, 1998.

BOURDIEU, 1996, P. 3-5.

TORT, 2005.

GIDDENS, 1992.

FOUCAULT, 1984, pp. 322-346.

QUEM É NEGRO NO BRASIL? MISTIÇAGEM E JUDICIALIZAÇÃO DAS COTAS RACIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO⁵⁷⁰

EDUARDO ADAMI⁵⁷¹

1. INTRODUÇÃO

Afinal, quem é negro no Brasil? A pergunta não tem resposta fácil. De um lado, há certo conhecimento difuso, uma sociabilidade culturalmente repassada de geração em geração, que ensina a todos como identificar quem é negro e quem não é. As viaturas policiais em todo o país parecem não ter dúvidas quanto a quem, dentro do código racial brasileiro, “pode” ser tratado como cidadão de segunda categoria, e quanto a quem devem ser estendidos todos os direitos e garantias típicos de um Estado Democrático de Direito. De outro lado, no entanto, parece impossível estabelecer, de forma objetiva, regras ou critérios que justifiquem a classificação racial de um indivíduo. Nesse sentido, a *ambiguidade* se mostra elemento caracterizador da questão.

O tema ganhou novos contornos com a adoção generalizada das políticas de cotas raciais no Brasil, declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e utilizadas para entrada tanto no ensino superior quanto em cargos públicos. Junto com a valorização da negritude e a quebra com o padrão histórico de negação da própria identidade, que levaram mais negros de pele clara a se autodeclararem como negros, também houve pessoas socialmente lidas como brancas que passaram a se declarar “pardas” para concorrer às vagas reservadas.

Instalou-se, assim, a discussão sobre as fraudes e a efetividade das cotas raciais. Como resposta, tornou-se cada vez mais comum a adoção de etapa adicional de confirmação da autodeclaração, modelo conhecido como heteroidentificação.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo averiguar especificamente como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decide os casos em que são judicializados os conflitos quanto à identidade racial de um pleiteante a cotas raciais. No *primeiro item*, é analisada a questão da classificação racial no Brasil, a partir da discussão sobre a formação racial brasileira, o discurso do branqueamento e os impactos do colorismo. A análise pretende evidenciar, de um lado, que a construção social do sistema classificatório de pertença racial, no Brasil, é marcada pela ambiguidade, tendo por base o fenótipo dos indivíduos, e, de outro, que a identidade racial, embora também envolva o mundo interno do sujeito, diz respeito a uma dimensão relacional do fenômeno, sendo forjada principalmente pelo choque com a violência racial branca. No *segundo item*, são examinadas questões relativas ao método de heteroidentificação, notadamente quanto à sua obrigatoriedade e ao seu modelo de funcionamento. Por fim, no *terceiro item*, apresentam-se os resultados da pesquisa de jurisprudência do TJRJ sobre o tema, na qual se investigou a postura do tribunal no contexto de tais demandas.

2. QUEM É NEGRO NO BRASIL? NOTAS SOBRE RACISMO, MISTIÇAGEM E IDENTIDADE RACIAL

Biologicamente, “raças” não existem. Na verdade, a noção de raça retrata elemento essencialmente *político*, que não faz sentido fora da dimensão socioantropológica. Isso não quer dizer, porém, que seja sem importância. A raça, como fenômeno social, é um fator “utilizado para naturalizar desigualdades e legitimar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários”.⁵⁷²

Do ponto de vista psicológico, segundo Grada Kilomba, o racismo

revela um processo de *negação*, no qual o colonizador projeta a colonização sobre o colonizado. Cuida-se de um mecanismo de defesa do ego, no qual o sujeito branco afirma sobre o Outro – o negro – justamente o que se recusa a reconhecer em si próprio. Assim, somente uma parte do ego é reconhecida pelo “eu” – a parte “boa”, com atributos positivos. Já o resto, a parte “má”, é projetada sobre o Outro, e o “*sujeito negro* torna-se, então, tela de projeção daquilo que o *sujeito branco* teme reconhecer sobre si mesmo”.⁵⁷³

Por sua vez, esse dispositivo psicológico, levado ao plano social, dá causa ao fenômeno do racismo – que, para Grada Kilomba, se desenvolve em três etapas.⁵⁷⁴ Em primeiro lugar, ocorre a *construção da diferença*. O branco, que tem poder para se definir como norma, estabelece o negro como diferente. Nesse sentido, a diferenciação não é uma característica dada, mas construída. Assim, diz a autora, “não se é ‘diferente’, *torna-se* ‘diferente’ por meio do processo de discriminação”.⁵⁷⁵ A segunda etapa, por sua vez, requer o *estabelecimento de valores hierárquicos* entre tais diferenças, a partir das quais atribui-se a marca “do estigma, da desonra e da inferioridade”. Estereótipos que, por atingirem a todo o grupo de forma generalizada, produzem a naturalização de atributos negativos supostamente essenciais, o que se chama de preconceito. Na terceira e última etapa, o mero preconceito é alavancado à condição de racismo pela *atribuição da dimensão do poder* – histórico, político, social e econômico – de forma a estabelecer a efetiva *supremacia branca*. Assim, o racismo estabelece as “diferenças globais na partilha e no acesso a recursos valorizados, tais como representação política, ações políticas, mídia, emprego, educação, habitação, saúde”, dentre outros.⁵⁷⁶

Nesse contexto de operacionalidade do racismo, a raça deve ser compreendida como uma *construção social*. É por meio do processo de *racialização* a que são submetidos determinados grupos de indivíduos, cujos sentidos culturais dinâmicos são atribuídos pelo grupo dominante,

que raça e racismo se entrelaçam na realidade. Segundo Adilson Moreira, esse processo se dá porque “[m]embros do grupo racial dominante têm o poder de criar sentidos culturais, poder que utilizam para atribuir conotações negativas a traços fenotípicos dos grupos humanos que querem explorar economicamente”.⁵⁷⁷

No Brasil, esse processo de racialização não possui fronteiras raciais objetivamente delimitadas. Aqui, em regra, não se observa a hereditariedade do indivíduo para a atribuição de pertencimento étnico, mas suas características físicas. O principal elemento é a cor de pele, que deve ser analisada junto a outros traços negroides e signos de africanidade.⁵⁷⁸ A identificação racial se dá por um conhecimento “adquirido e transmitido no processo de sociabilização, de modo consciente e inconsciente”.⁵⁷⁹ É o que Oracy Nogueira chamou de *preconceito de marca*, no qual o *critério fenotípico*, quando aliado à questão da *mestiçagem*, abre uma margem de apreciação de *caráter ambíguo* e, até certo ponto, permeável pela subjetividade.⁵⁸⁰ Como disse o autor:

Onde o preconceito é de marca, como no Brasil, o limiar entre o tipo que se atribui ao grupo discriminador e o que se atribui ao grupo discriminado é indefinido, variando subjetivamente, tanto em função dos característicos de quem observa como dos de quem está sendo julgado, bem como, ainda, em função da atitude (relações de amizade, deferência etc.) de quem observa em relação a quem está sendo identificado, estando, porém, a amplitude de variação dos julgamentos, em qualquer caso, limitada pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem.

Assim, a concepção de branco e não-branco varia, no Brasil, em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região.⁵⁸¹

Essa ambiguidade cumpre uma função. Ela atualiza os mecanismos racistas ao complexificar a identidade racial, criando uma hierarquização dos indivíduos conforme eles se deslocam pelo gradiente de cor, a depender da proximidade ou distanciamento do ideal de branquitude. Trata-se da ideologia do *colorismo*,⁵⁸² erigida, no caso brasileiro, após a abolição da escravidão em 1888, de modo a (re)organizar e estratificar a sociedade, social e racialmente, na ausência de uma regra expressa como a que estabelecia o escravismo.⁵⁸³ Nesse sistema, no contexto de um país miscigenado, é o colorismo que determina “aqueles que possuem marcadores raciais suficientes para serem considerados negros claros”, dado que, para além da pigmentação da pele, ele “leva em conta toda e qualquer marca de africanidade relevante na indicação de seu pertencimento não branco, hierarquizando sujeitos de acordo com o número e intensidade dessas características”.⁵⁸⁴

Historicamente, no contexto brasileiro, tal sistema se formou por conta de uma estratégia deliberada das elites, cujo projeto de embranquecimento da nação tinha o objetivo de diminuir a negritude na sociedade, sem, ao mesmo tempo, despertar aberto conflito social.⁵⁸⁵ Rondava, à época, o medo da “haitização” do Brasil.⁵⁸⁶ O processo de apagamento étnico se dava, de um lado, pela “importação” do sangue branco puro, por meio de imigrantes europeus; e, de outro, pela mestiçagem proposital para “arianizar” os mestiços, até que só restassem brancos puros e brancos aparentes, do ponto de vista fenotípico.⁵⁸⁷ Essa é a *ideologia do embranquecimento*, que, para Antonio Sérgio Guimarães, constitui a manifestação brasileira do racismo

científico, pautada na superioridade branca, mas vinculado à ideia de purificação por meio do sangue branco, com a consequente diluição e, posteriormente, extermínio do negro.⁵⁸⁸

Na década de 1930, com Gilberto Freyre, a questão da raça passa a se imbricar com a da *identidade nacional*. Nesse momento, o mito fundante da nação brasileira passa a reconhecer na mestiçagem – cultural e biológica – de brancos, negros e indígenas o elemento caracterizador do Brasil, país no qual, por conta dessa mistura, não seria possível encontrar o preconceito racial, absorvido pela convivência harmônica.⁵⁸⁹ Essa é a ideia da *democracia racial*, a qual permite que as elites dominantes dissimulem as desigualdades e impede que os membros de comunidade não brancas tenham consciência dos mecanismos sutis de discriminação a que são submetidos.⁵⁹⁰ Isso acaba por impedir a formação de uma identidade própria por esses grupos, cujas diferenças acabam diluídas e incorporadas na ideia pretensamente universal de “brasileiro”. De fato, foi-se percebendo que a faceta conservadora da democracia racial causava a inação em vez da luta em prol de um ideal – transmutava-se o *dever ser*, pretensamente progressista, em um falso *ser*.⁵⁹¹

Como se vê, a dinâmica da mestiçagem está atrelada à própria construção da ideia de Brasil. Somada à ideologia de branqueamento e ao mito da democracia racial, produziu-se uma massa significativa de pessoas na posição intermediária entre o branco e o negro. A figura do *pardo*, em razão disso, até hoje revela enorme ambivalência. Na crítica de Sueli Carneiro, “[t]alvez o termo ‘pardo’ se preste apenas a agregar os que, por terem sua identidade étnica e racial destruída pelo racismo, pela discriminação e pelo ônus simbólico que a negritude contém socialmente, não sabem mais o que são ou, simplesmente, não desejam ser o que são”.⁵⁹² No entanto, a despeito da indeterminação classificatória, os dados demonstram com clareza a absoluta diferença da *situação material* entre brancos e negros – isto é, a soma de pretos e

pardos.⁵⁹³

E como essa ambiguidade se relaciona com a formação de uma identidade? Em estudo seminal, publicado em 1983, Neusa Souza Santos analisou o custo emocional que recai sobre os negros que ascendem socialmente, dos quais é exigida a renúncia à sua identidade negra.⁵⁹⁴ Para ela, a história da ascensão do negro é “a história de sua assimilação aos padrões brancos de relações sociais”; “a história da submissão ideológica de um estoque racial em presença de outro que se lhe faz hegemônico”; “a história de uma identidade renunciada, em atenção às circunstâncias que estipulam o preço do reconhecimento ao negro com base na intensidade de sua negação”.⁵⁹⁵

Para enfrentar esse cenário, a autora defende que “ser negro” pressupõe a tomada de consciência do processo ideológico de espoliação da identidade, em um movimento capaz de reassegurar o respeito às diferenças e à dignidade. Isto é, uma tarefa eminentemente política. Tal processo, diz ela, “não é uma condição dada *a priori*. É um vir a ser. Ser negro é tornar-se negro”.⁵⁹⁶ É ou isto, ou “consumir-se em esforços por cumprir o veredito impossível – desejo do Outro – de vir a ser branco”. Nesse ponto, podemos aproximar o pensamento da psicanalista brasileira com o de Grada Kilomba. Se, para a portuguesa, como visto, o racismo produz a diferença subjugadora – ou seja, por meio da discriminação, *torna-se diferente* (ou, mais precisamente, se é tornado diferente) –, para Neusa Souza a solução parcial está em fazer o caminho inverso, recuperando o valor da diferença por meio da construção da identidade negra – isto é, *tornar-se negro*.

A natureza complexa de tal processo deixa claro que, conquanto indubitavelmente individual e subjetiva, de uma parte, a questão da identidade racial também apresenta *dimensão relacional*, de outra.⁵⁹⁷ Na lição de Kabengele Munanga, a identidade de um grupo funciona ideologicamente para permitir que seus membros se definam em contraposição aos membros de outros grupos, de modo a reforçar os

laços de solidariedade e conservar o grupo como entidade distinta.⁵⁹⁸ A triste – porém acertada – constatação que surge daí, quanto à identidade do negro em relação à branquitude, é de que:

[...] poder-se-ia reter como traço fundamental próprio a todos os negros (pouco importa a classe social) a situação de excluídos em que se encontram em nível nacional. Isto é, a identidade do mundo negro se inscreve no real sob a forma de “exclusão”. *Ser negro é ser excluído*. Por isso, sem minimizar os outros fatores, persistimos em afirmar que a identidade negra mais abrangente seria a identidade política de um segmento importante da população brasileira excluída de sua participação política e econômica e do pleno exercício da cidadania.⁵⁹⁹ (grifos acrescentados)

Não se trata, evidentemente, de tentar essencializar tal dado à condição negra. Mas há de se reconhecer os efeitos da sociabilidade racista a que todos os negros estão submetidos. Não por acaso, Alessandra Devulsky chega à mesma conclusão, ressaltando que, apesar do caráter *ambíguo* da questão racial, não há dúvida da *dimensão constitutiva* do olhar do Outro sobre a identidade racial do negro. Em suas palavras:

Ainda que composto inequivocamente em substância e forma por narrativas não lineares e desdobramentos de irregulares consequências no que tange a negros claros e pretos, o colorismo nos oferece ao menos uma certeza: sentir-se pertencente a uma raça depende mais do olhar do outro do que daquele que nós mesmo nos oferecemos. Disso infere-se que a construção identitária

do negro no Brasil é uma criação da supremacia branca, que pretendeu disciplinar e hierarquizar negros e negras segundo a pigmentação da sua pele, ou seja, de acordo com a maneira mais fácil de distinguir visivelmente o outro, compreendendo todos aqueles traços que são capazes de associá-lo à africanidade.⁶⁰⁰

Feitas tais considerações, ainda que de maneira breve, estão estabelecidas as premissas que permitirão a compreensão das nuances do debate sobre heteroidentificação no contexto brasileiro.

3. COTAS RACIAIS E HETEROIDENTIFICAÇÃO NO BRASIL: OBRIGATORIEDADE E FUNCIONAMENTO

As *ações afirmativas* – medidas popularizadas nos EUA e cuja origem tem profunda ligação com o combate ao racismo institucional⁶⁰¹ – podem ser compreendidas, nas palavras de Roger Raupp Rios, como o “conjunto de medidas, conscientes do ponto de vista racial, visando a beneficiar minorias raciais em situação de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal”.⁶⁰² Segundo seus defensores, a defesa de tais mecanismos costuma se basear em argumentos de justiça compensatória e distributiva, diversidade, reconhecimento e de prestação de melhores serviços. As *cotas raciais*, por sua vez, são espécie desse gênero, por meio da qual ocorre a reserva de vagas para os grupos-alvo.

No Brasil, as políticas de cotas são amplamente aceitas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em 2012, no julgamento da ADPF 186, o STF declarou a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial adotado pela Universidade de Brasília. Na oportunidade, o Min. Lewandowski defendeu expressamente a possibilidade de controle por heteroidentificação.⁶⁰³ Do

mesmo modo, em 2017, quando apreciou a ADC 41, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de maneira unânime pela viabilidade de ações afirmativas sensíveis a marcadores raciais, dessa vez nos concursos públicos. Ao fixar a tese jurídica, o Tribunal consignou expressamente que “[é] legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Como se vê, as decisões do STF se encaminharam no sentido da mera *legitimidade* de etapa de heteroidentificação. No entanto, mais do que possível, a verificação da autodeclaração mostra-se verdadeiramente *obrigatória*.

Por certo, a autodeclaração tem benefícios. Ela permite que os indivíduos mobilizem sua agência na própria classificação racial, impedindo leituras arbitrárias realizadas por terceiros, além da cristalização de estereótipos raciais.⁶⁰⁴ Esse procedimento se adequa melhor aos direitos fundamentais da dignidade, liberdade e privacidade dos sujeitos envolvidos.⁶⁰⁵ Ademais, trata-se de vitória de movimento negro, pleiteada a partir da década de 1970, que viu nela uma forma de valorização e fortalecimento da identidade negra, em contraposição à história racial brasileira, que sempre incentivou o embranquecimento por meio de postura assimilacionista de rejeição à negritude.⁶⁰⁶ Não à toa, a autodeclaração encontra ampla fundamentação legal, tanto em dispositivos internacionais – como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – quanto na legislação doméstica, conforme se depreende do Estatuto da Igualdade Racial e das normas que preveem as ações afirmativas para concurso público e para ingresso nas universidades públicas.

Porém, questiona-se sua suficiência no que concerne à garantia da *efetividade* da política de cotas. Afinal, trata-se de matéria de complexa compreensão no contexto da mestiçagem brasileira, cuja

abertura descontrolada poderia levar a autoidentificações equivocadas ou deliberadamente fraudulentas, de modo a prejudicar os verdadeiros beneficiários da medida. Além disso, um processo que ignore completamente o olhar do outro também seria incompatível com o modelo de funcionamento do fenômeno social, ao desconsiderar por completo a *dimensão relacional* da questão racial.

Com efeito, a etapa heteroidentificatória compreende “a identificação por terceiros da condição autodeclarada”.⁶⁰⁷ Segundo Roger Raupp Rios, tal procedimento deve apenas buscar confirmar a autoatribuição “no horizonte e para os fins da implementação da política pública”.⁶⁰⁸ Seu intuito é confirmar que, do ponto de vista externo, também a sociedade enxerga no indivíduo alguém pertencente ao grupo beneficiado. Essa exigência se harmoniza com a natureza do processo social que resulta na racialização dos indivíduos como pessoas negras. A identidade racial compreende efetiva *via de mão dupla*, e, portanto, não se resolve inteiramente na visão que o indivíduo tem de si mesmo. Se, de fato, esse é um dado absolutamente importante – daí a autodeclaração servir de ponto de partida –, também se mostra necessário que a heteroidentificação ratifique o ponto de vista da sociedade, cuja percepção precisa reconhecer naquele indivíduo alguém pertencente ao grupo beneficiário.⁶⁰⁹ Nesse sentido, aponta Livia Vaz que a autoatribuição, embora importante, “não adquire verdadeiro sentido nas relações sociorraciais se completamente dissociada da heteroatribuição”, pois “as restrições jurídico-políticas e sociais que se impõem em função da raça dizem mais respeito a como as pessoas são percebidas e classificadas racialmente pela sociedade do que à autoidentificação racial, isoladamente considerada”.⁶¹⁰

E há exigências jurídicas de que tal processo possa ter sua efetividade garantida. Afinal, a ausência de qualquer fiscalização deixaria a política pública completamente desprotegida, sem qualquer mecanismo que garantisse sua higidez. Na visão de Daniel Sarmiento, violaria o *princípio da razoabilidade* – na dimensão que vincula as

normas jurídicas abstratas ao mundo concreto ao qual se aplicam – supor que a presunção de veracidade atribuída à autodeclaração é absoluta, já que isso abre caminho para o desvirtuamento por indivíduos maliciosos que não se identificam verdadeiramente com a raça negra.⁶¹¹

No mesmo sentido, foram aventados outros argumentos no julgamento da ADC 41. O Min. Alexandre de Moraes defendeu a obrigatoriedade de alguma forma de verificação – ainda que não tenha defendido, impreterivelmente, a realização de uma etapa de heteroatribuição – em razão das previsões de eliminação do concurso e de anulação da admissão para os casos de autodeclaração falsa (art. 2º, p. u., Lei 12.990/14). Para ele, há na verdade a imposição de “procedimento de verificação da idoneidade das afirmações dos candidatos”. Por seu turno, o voto-vogal do Min. Edson Fachin foi ainda mais longe, ao defender que, “ao estabelecer a opção pelo controle de fraude, adotou o legislador critério de heterorreconhecimento, porquanto não poderia a Administração atribuir-se uma finalidade que não pudesse atender”. Nesse sentido, seria uma exigência do *princípio republicano* – tutelado pela Constituição de 1988 –, que a política pública fosse dotada de alguma forma de controle, sob risco de se estabelecer proteção insuficiente ao princípio da igualdade. O ponto, contudo, não foi objeto de deliberação por todos os ministros da Corte.

Como se vê, há boas razões para reconhecer a obrigatoriedade da heteroatribuição. Atualmente, o tema se encontra parcialmente regulamentado, ao menos nos concursos públicos federais, em razão da edição da Portaria Normativa nº 04/18, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Ao detalhar o procedimento da Lei nº 12.990/14, a norma estabeleceu a presunção *relativa* de veracidade da autodeclaração, que necessariamente “será confirmada mediante procedimento de heteroidentificação” (art. 3º, *caput* e §1º).

O regulamento também sistematizou diversos outros aspectos relativos à etapa de verificação, que serão brevemente tratados aqui. A portaria é de grande importância, pois, ainda que não seja aplicável ao

objeto desta pesquisa – que se volta a casos no âmbito estadual fluminense –, cuida-se da norma mais atual e detalhada sobre o tema. Assim, embora vincule somente a administração federal, ela tem sido utilizada como parâmetro inclusive por entes estaduais e municipais Brasil afora.⁶¹² Por isso, de maneira brevíssima, serão analisados alguns pontos estabelecidos pela norma.

Em razão do racismo de marca vigente no Brasil, o art. 9º, *caput*, da PN 04/18 prevê que “[a] comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o *critério fenotípico* para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público”. Deve-se averiguar, portanto, se, da perspectiva da sociedade, aquele indivíduo apresenta as características fenotípicas necessárias para passar pelo processo de *racialização*, de modo a ser lido socialmente como negro. Para Livia Santana Vaz, os avaliadores devem levar em consideração, principalmente, três aspectos essenciais: o fator principal será a cor da pele, acompanhado de análise textura do cabelo e dos traços faciais.⁶¹³ Dentro de uma sociedade estruturalmente colorista como a brasileira, tais traços de africanidade se encontram no topo dos fatores que podem justificar a classificação racial de um indivíduo como negro.

A norma também instituiu a limitação dos fatores que podem ser considerados pelos avaliadores. A Portaria Normativa impediu que, na verificação, seja levado em conta “quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive em imagens e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, distritais e municipais” (§2º, art. 9º). Também se restringiu temporalmente a análise às características dos candidatos ao momento da realização do procedimento de heteroidentificação (§1º, art. 9º).

Com isso, a normativa delimita com exclusividade o elemento fenotípico, atribuindo marco temporal bem estabelecido – a data da verificação – para tomada de parâmetro. Afasta-se, assim, por exemplo, a análise da “raça documental”, isto é, aquela registrada em boletins de

ocorrência, carteiras do exército, certidões de nascimento, registros do SUS, dentre outros, que muitas vezes eram utilizadas para tentar justificar o enquadramento na cor parda.⁶¹⁴ No mesmo sentido, restam inviabilizadas as provas periciais, relatórios médicos – como os atestados de dermatologistas que confirmam a pele parda – etc. Tais provas não enfrentam a construção social associada à negritude, resumindo-se ao tom de pele, o que também não é suficiente para a validação da autodeclaração.

Quanto ao *procedimento*, o art. 12 exige que a maioria dos membros delibere “sob forma de parecer motivado”. Trata-se de inequívoca garantia do dever de fundamentação, que deve ser compreendida de maneira equilibrada, de modo que não recaia em análise lombrosiana, antropométrica.⁶¹⁵ Segundo Livia Vaz, a jurisprudência sobre o tema já vinha entendendo que “para afastar a presunção relativa de veracidade da autodeclaração racial, a decisão da comissão de verificação deve apresentar fundamentação baseada em critérios objetivos capazes de justificar a exclusão do candidato do certame”.⁶¹⁶

Ademais, o regulamento prevê, em seu art. 15, que a comissão recursal deverá levar em consideração a filmagem do procedimento, o parecer da comissão e o *conteúdo do recurso elaborado pelo candidato*. Segundo a normativa, portanto, é apenas na fase recursal que o candidato poderá aduzir suas razões para justificar sua autodeclaração. No entanto, entendo que tal espaço deveria ser previsto inclusive na fase inicial, frente à comissão de heteroidentificação, até mesmo para resguardar o contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 1º, II). Afinal, o §2º do art. 3º define que a autodeclaração “prevalecerá em caso de *dúvida razoável* a respeito de seu fenótipo, motivada no parecer da comissão de heteroidentificação”. Nesse contexto, seria importante que os candidatos tivessem a oportunidade de justificar sua posição, de modo a, ao menos, suscitar tal dúvida nos avaliadores. Ainda que o critério seja exclusivamente fenotípico, ele é complexo e comporta certa

ambiguidade – inclusive entre as diversas regiões do país –, de modo que o procedimento de sua verificação também deve abarcar essas nuances, possibilitando aos candidatos que se justifiquem.

O regulamento também prevê regras sobre a *composição* da comissão. Trata-se de estrutura colegiada e especializada – isto é, dotada de *expertise* na temática. No caso, a Portaria Normativa prevê que a heteroidentificação será realizada por “comissão criada especificamente para este fim”, com 5 membros (art. 6º, *caput* e §2º), que obrigatoriamente deverão ter “participado de oficina sobre a temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo”, sendo “preferencialmente experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo” (art. 6º, III e IV). A exigência de conhecimento sobre a temática deve ser levada a sério, pois é justamente o que justifica a deferência em eventual análise por parte do Poder Judiciário.

Além disso, o §4º do mesmo artigo estabelece que a composição levará em conta o “critério da diversidade, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade”. O dispositivo busca favorecer o respeito às mais distintas classificações raciais existentes Brasil afora, e não somente aquela culturalmente enraizada no local do concurso.⁶¹⁷ Objetiva-se diminuir a diferença de tratamento entre os diversos concursos – principalmente, a partir de múltiplas naturalidades –, tendo sempre por norte que, em caso de dúvida, ela deve militar em favor da autodeclaração do candidato cotista.

Recentemente, a Portaria Normativa foi alterada pela Portaria SGP/SEDGG/ME nº 14.635/2021. Antes, eventual desacordo entre a autodeclaração e a heteroatribuição importava em imediata exclusão do certame. A norma alterou o art. 11 para prever que a não confirmação na heteroidentificação levará o candidato a concorrer às vagas da ampla concorrência, a não ser que a comissão entenda que houve declaração falsa. Agora, é só nesse caso que o pleiteante será eliminado do

concurso público. Trata-se de atualização ponderada, que busca amenizar os impactos da não confirmação, diferenciando entre os casos de mero desacordo e efetiva má-fé.

Por fim, vale trazer breves comentários sobre a *revisão judicial* do procedimento de heteroidentificação. Como se sabe, eventuais ilegalidades estarão sempre sujeitas ao controle judicial. Por outro lado, deve ser considerada a separação de poderes (art. 2º, CF/88), que atribui à Administração Pública a tarefa de levar a cabo os procedimentos de heteroidentificação. Por isso, Roger Raupp Rios argumenta que “não incorrendo em arbitrariedade (por qualquer vício material ou processual, tais como contradição, tratamento anti-isonômico em relação a outros candidatos, procedimento desrespeitoso ao indivíduo e à sua autopercepção, falta de fundamentação, inobservância de regramento procedimental e ou de garantias processuais), a princípio autoridades judiciais, no exercício da jurisdição, não podem adentrar no mérito das deliberações relativas à qualidade de beneficiários das políticas públicas”.⁶¹⁸

Nesse contexto, o respeito ao mérito administrativo deve ser compreendido como a postura de autocontenção judicial, respeitosa quanto à “*margem de apreciação administrativa*, que não pode ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário”, na palavras de Gustavo Binenbojm.⁶¹⁹ Trata-se, nesse caso, de se valer da teoria das *capacidades institucionais* – muitas vezes suscitada na discussão de aspectos regulatórios –, de modo a compreender que a comissão de verificação, reunida em colegiado diverso, normalmente com membros de movimentos sociais, detém maior *expertise* e instrumentos para aferir a compatibilidade da autodeclaração do candidato com o fenômeno cultural. Por sua vez, os magistrados, em geral, não detém o conhecimento necessário para substituir-se ao mérito da etapa heteroidentificatória. E a intervenção do Judiciário nesse aspecto ainda quebra a igualdade de tratamento conferida aos candidatos do certame, que passarão a ser analisados de acordo com dois padrões distintos – o

da comissão de verificação e o do magistrado no processo judicial.

Tem-se, ademais, certa incongruência entre o horizonte da política de ações afirmativas e a produção probatória em âmbito judicial, ainda que esta retrate inequívoca demonstração de cautela. De um lado, dada a natureza do fenômeno social, a etapa de produção probatória será incapaz, justamente, de provar o que se pretende, para fins da política pública. De outro, limitações processuais, como ocorre nos mandados de segurança, ensejariam decisões baseadas em “prova documental e limitada ao início do processamento, em que se pleiteie, forte em documento fotográfico indicativo de fenótipo (sujeito, em sua produção e observação, a um sem número de variações de luz, sombra, cor, perspectiva, nitidez, etc.), o reconhecimento de alguém havido pela comissão deliberante não contemplado dentre os beneficiários das ações afirmativas”.⁶²⁰ Por todas essas razões, não se recomenda, a princípio, a intromissão do Judiciário nos casos em que haja análise por comissão de heteroidentificação.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DAS COTAS RACIAIS NO TJRJ

Consideradas as particularidades que circundam o tema da classificação racial no Brasil e as que tratam da política de cotas raciais no país, cabe agora a análise da jurisprudência do TJRJ sobre a questão. A presente pesquisa jurisprudencial teve como objeto os julgados colegiados do TJRJ, no recorte temporal entre 2017 – quando as cotas em concursos públicos foram declaradas constitucionais – e outubro de 2021, data em que a base de dados foi elaborada. Os acórdãos colhidos abarcam tanto casos relativos a concursos públicos quanto a ingresso no ensino superior. Após a exclusão dos resultados duplicados, sob sigilo ou não relacionados com o tema de pesquisa, o banco de dados final contou com 23 acórdãos.⁶²¹ Dentre diversas outras variáveis analisadas nos processos, a “postura do tribunal”, para melhor compreensão dos

resultados, considerou as possibilidades de “respeito à heteroidentificação”, “respeito por concordância”, “argumento estritamente processual” e “análise do pertencimento étnico-racial”, que serão devidamente explanadas mais à frente.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se à análise dos resultados obtidos.

4.1 DADOS GERAIS SOBRE OS ACÓRDÃOS ANALISADOS

De início, chama atenção o baixo número de acórdãos identificados no TJRJ. Considerado o lapso de 5 anos (2017-2021), foram encontrados apenas 23 acórdãos que representavam controvérsia sobre a análise fenotípica de beneficiários de políticas de ação afirmativas com critérios raciais, todos no contexto de concursos públicos. Talvez a ausência de casos relativos ao ingresso no ensino superior se dê porque a UERJ – universidade pública estadual, cujos procedimentos poderiam justificar a competência do TJRJ – não adotava qualquer fiscalização com relação ao aspecto racial da autodeclaração, instituindo comissão de heteroidentificação apenas em 2021.⁶²² A adoção tardia desse importante mecanismo de garantia da efetividade vem em boa hora, para ampliar os efeitos dessa política pública transformadora.

Por sua vez, outra hipótese que pode justificar os poucos conflitos encontrados, mesmo quando considerados os concursos públicos, é a situação calamitosa da economia do Rio de Janeiro. Quanto ao ponto, parece relevante lembrar que o Estado do Rio de Janeiro adotou o Plano de Recuperação Fiscal (PRF) justamente a partir de 2017, o que limitou a realização de concursos públicos, que agora servem apenas à reposição de vagas e devem estar previstos no PRF, revisto a cada dois anos.⁶²³

Com respeito aos processos em si, dos 23 acórdãos, todos

decorreram de ações ou recursos movidos pelos candidatos que tiveram sua autodeclaração recusada. Além disso, as ações apresentaram razoável diversidade, tanto de modalidades processuais quanto de julgadores. Na maioria das vezes, a discussão se deu em mandado de segurança originário (7 casos) ou apelação em ação ordinária (também 7 casos). Apenas três julgamentos ocorreram em apelação em mandado de segurança, e os demais (6 processos) tratavam de agravos de instrumento. Ademais, foram 19 diferentes relatores, distribuídos entre 12 câmaras cíveis distintas. Apenas três desembargadores relataram mais de um processo sobre o tema. A 14ª Câmara Cível foi o único colegiado que se manifestou quatro vezes, seguido das 5ª, 9ª e 17ª Câmaras (três vezes cada) e das 12ª e 24ª Câmaras (duas cada). As demais apresentaram apenas um caso. Dada a pulverização dos casos entre as câmaras e as poucas manifestações de cada uma – a maioria decidiu apenas 1 caso –, é fácil perceber que qualquer análise não pode pretender generalizar o comportamento para todo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Quanto ao *resultado* dos julgamentos, do ponto de vista da pretensão dos candidatos, é possível concluir que, na maior parte dos casos, o acórdão mostra-se desfavorável ao seu pleito. Com efeito, em 78% dos acórdãos, a decisão colegiada foi contrária ao pedido do pretendo beneficiário (18 casos), e só em 22% dos casos houve reversão favorável ao autor (5 casos). Os dados ensinam que, em geral, são baixas as chances de que o candidato consiga reverter o resultado alcançado pela comissão de heteroidentificação no âmbito judicial.

Quanto à *postura do tribunal* no que toca à classificação étnico-racial estabelecida na seara administrativa, os resultados demonstram que, na maioria dos casos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro realmente acata o resultado alcançado pela comissão de heteroidentificação. Em 56% dos acórdãos analisados, houve efetivo respeito à decisão da comissão. Além desses, há parcela de casos – 22% – em que o Tribunal adentrou na análise do pertencimento étnico-racial

do candidato. E o resto corresponde aos julgados em que a demanda foi resolvida exclusivamente em razão de questão processual (13% dos casos), ou, então, nos quais a decisão da comissão foi mantida, mas apenas porque o Tribunal pareceu concordar com seu resultado (9% dos acórdãos). Na hipótese de se considerarem essas últimas duas categorias como manifestação da autocontenção judicial sobre o mérito administrativo, alcança-se um percentual de 78% de decisões que denotam autocontenção judicial.

Em 22 dos 23 casos, a discussão tratava de concursos com etapa heteroidentificatória. A razão para a quase unanimidade é óbvia: sem o controle por heteroatribuição, basta a autodeclaração para a submissão às cotas raciais, ainda que ela seja equivocada ou deliberadamente fraudulenta. Ao se adicionar o modelo de verificação, surgem os conflitos e, conseqüentemente, a judicialização. Apenas um agravo de instrumento, interposto em ação ordinária, dizia respeito a processo baseado exclusivamente na autodeclaração. Nesse caso, porém, a questão centrou-se no excesso de formalidade, vez que a candidata – autodeclarada preta, com fenótipo de negra retinta – foi conduzida à ampla concorrência apenas por ter esquecido de assinar a declaração, embora tenha entregue o documento. O acórdão registrou que “[a]o se negar a oportunidade à agravante, *evidentemente negra – frise-se* –, de concorrer a uma das vagas destinadas às cotas raciais, direito esse que lhe acolhe, estar-se-ia prestigiando em excesso a formalidade que, por vezes, serve para agravar desigualdades”.⁶²⁴ Trata-se, portanto, de excepcional caso de acórdão favorável ao candidato, com análise de pertencimento étnico-racial, decidido em razão de questão formal.

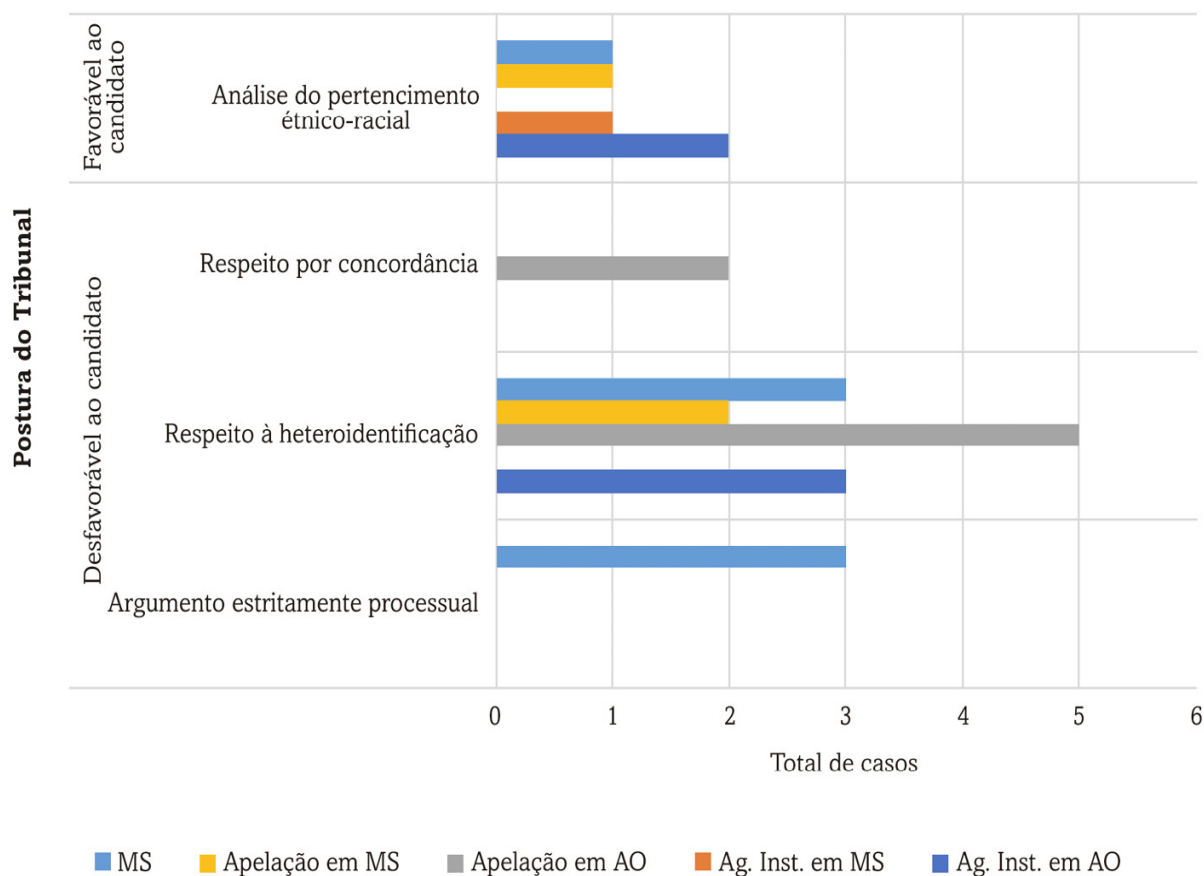
Por fim, o quadro abaixo sumariza o cruzamento entre as classes processuais utilizadas, a postura do tribunal e a decisão proferida – se favorável ou desfavorável ao candidato. Os resultados são interessantes. Houve razoável dispersão de resultados entre as mais diversas classes – não é possível afirmar, por exemplo, que determinada classe processual é mais ou menos arriscada. É verdade, contudo, que a utilização da via

do mandado de segurança fornece argumento adicional para o indeferimento – a necessidade de dilação probatória –, incabível de ser manejado com a ação ordinária – que, de outra parte, tem apreciação menos célere. Por outro lado, porém, houve mais casos favoráveis aos candidatos no âmbito de mandados de segurança (seja em apreciação originária, em apelação ou agravo de instrumento) do que em ações ordinárias.

Ademais, chama a atenção que, segundo a tipologia utilizada, nenhum caso favorável ao candidato tenha ocorrido sem a expressa análise do pertencimento étnico-racial do candidato. É dizer, não houve caso em que o Tribunal tenha apenas reconhecido alguma ilegalidade no procedimento – por exemplo, a ausência de motivação da decisão administrativa – sem que tenha, ao mesmo tempo, atestado o pertencimento étnico-racial do candidato.

Quadro 1 – Resultado/Postura/Classe processual em total de casos

Contagem de Postura do tribunal	Ag. Inst. Em AO	Ag. Inst. em MS	Apelação em AO	Apelação em MS	MS	Total Geral
Desfavorável ao candidato	3		7	2	6	18
Argumento estritamente processual					3	3
Respeito à heteroidentificação	3		5	2	3	13
Respeito por concordância			2			2
Favorável ao candidato	2	1		1	1	5
Análise do pertencimento étnico-racial	2	1		1	1	5
Total Geral	5	1	7	3	7	23



Mapeados os aspectos gerais dos acórdãos analisados, a próxima seção cuidará de detalhar as categorias que sumarizam a postura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto à classificação étnico-racial, quais sejam, *(i)* respeito à heteroidentificação; *(ii)* análise do pertencimento étnico-racial; *(iii)* respeito por concordância; e *(iv)* argumento estritamente processual.

4.2 RESPEITO À HETEROIDENTIFICAÇÃO

Conforme desenvolvido anteriormente, a adoção de postura cautelosa e autocontida, de *respeito à heteroidentificação*, mostra-se a mais adequada do ponto de vista da capacidade institucional. É a

expertise da comissão de verificação, colegiado formado preferencialmente por pessoas conhecedoras das relações raciais no Brasil, que justifica, legitima e reforça a proteção do mérito administrativo. E, de fato, tal especialização parece ser levada em consideração na maioria dos casos.

Contudo, há um gradiente de autocontenção que pode ser encontrado. De uma perspectiva mais rígida, por exemplo, tem-se a Apelação 0219897-95.2018.8.19.0001. Nesse caso, a 18ª Câmara Cível recusou em absoluto a possibilidade de realizar análise fenotípica em sede judicial. Registrou o colegiado que “compete ao Judiciário examinar, tão somente, a legalidade do ato administrativo, sob pena de afronta à separação dos poderes e ofensa à isonomia entre os candidatos inscritos no certame, pelo que *descabida a aferição do fenótipo do impetrante nesta sede*, o que redundaria ingerência indevida no mérito administrativo”.⁶²⁵

Adotando posicionamento mais flexível, a 22ª Câmara Cível, no Ag. Inst. 0039102-63.2019.8.19.0000, manteve a decisão que havia indeferido a tutela antecipada para suspender o indeferimento emitido pela comissão de verificação. Embora revele postura aparentemente cautelosa, esse aspecto é mitigado pelo expresse reconhecimento de que “o conjunto probatório apresentado até o momento *ainda não permite* aferir a verossimilhança dos fatos alegados pelo Agravante, baseada em prova inequívoca de sua procedência, o que se exige para que se antecipe a tutela pretendida, não bastando, simplesmente, um juízo de aparência (*fumus boni juris*)”.⁶²⁶ Ou seja, o colegiado defendeu a legitimidade da decisão da comissão, mas reservou-se a possibilidade de, após a produção de provas, concluir pela reversão do posicionamento autocontido. No caso, não há dúvida de que o posicionamento, embora demonstre algum respeito pelo resultado alcançado pela etapa de heteroatribuição, consagra leitura bem menos restritiva que a do julgado citado anteriormente. Nesse sentido, pode-se perceber que são diversos os níveis de vinculatividade que, na prática,

cada colegiado pode atribuir ao mérito administrativo.

4.3 ANÁLISE DO PERTENCIMENTO ÉTNICO DO CANDIDATO

De outro lado, também foi possível encontrar casos em que a postura do Tribunal foi diametralmente oposta. Isto é, há cenários em que houve efetiva *análise do pertencimento étnico do candidato*. Esse fator foi preponderante para a conclusão do colegiado, que decidiu proteger o direito à reserva de vagas, declarando o desacerto da avaliação administrativa. Nesses casos, o discurso do Tribunal não enfrentou as nuances suscitadas pela revisão judicial das decisões das comissões de heteroatribuição.

Isso não quer dizer, no entanto, que não existissem razões adicionais para o provimento do pleito. Isso porque, em alguns casos analisados, foi possível perceber que à classificação racial realizada pelo Tribunal somou-se a constatação de vício de motivação na decisão da Administração Pública. Essa questão não pode ser deixada de lado, pois demonstra que, na prática, a análise fenotípica não necessariamente quer dizer desrespeito completo à decisão administrativa. São questões que se somam e levam ao convencimento do juiz – que analisa o fenótipo, quando poderia não o fazer.

Veja-se o caso da Apelação no MS 0004839-72.2020.8.19.0031, julgado pela 14ª Câmara Cível. Naqueles autos, o desembargador José Carlos Paes adotou posicionamento manifestamente equivocado quanto à política de ações afirmativas, uma vez que se pautou pelo critério da *afrodescendência*, e não por avaliação exclusivamente fenotípica. Essa postura foi abordada explicitamente, como se extrai do seguinte trecho:

Na espécie, o impetrante confirma através das fotografias e dos documentos que acompanharam a petição inicial que ostenta a *cútis parda*, assim como vários integrantes da sua família.

Além disso, na sua Certidão de Nascimento acostada às fls. 775-776 (0775) consta, entre outros dados, a cor “PARDA”.

Por seu turno, os documentos de fls. 788 e 794 (0788) confirmam que sua avó materna também era PARDA e que seu avô materno era NEGRO.

Assim, ainda que se possa admitir que o agravante não tenha a cor da sua pele tipicamente parda, é imperioso reconhecer que o mesmo é, sim, afrodescendente, o que o insere no âmbito de proteção das referidas ações afirmativas tão necessárias à redução das históricas desigualdades sociais da sociedade brasileira.⁶²⁷

Do ponto de vista do procedimento, o trecho revela as razões por que deve ser evitada a atribuição racial em sede judicial. *A um*, porque o magistrado se vale apenas de fotografias e documentos juntados em mandado de segurança – que, como dito anteriormente, são imagens que podem ser manipuladas ou utilizadas de forma a induzir a erro o julgador, pelo destaque de determinadas características, jogos de luz, etc. *A dois*, pois valora a raça documental – isto é, aquela registrada em documentos oficiais –, tomando por base a certidão de nascimento. *A três*, em razão de o magistrado inserir a afrodescendência no âmbito de proteção das ações afirmativas no Brasil. Dadas as características particulares do fenômeno racial brasileiro, todas essas constatações estão em desacordo com as melhores práticas de heteroatribuição.

Esse, porém, não foi o único fundamento adotado no acórdão. É que o colegiado também identificou violação ao dever de fundamentação da Administração Pública. O acórdão registrou que “os documentos [...] confirmam as alegações autorais de que a exclusão do impetrante da lista de concorrentes às cotas raciais decorreu de decisões sem qualquer fundamentação”, pois “tanto o indeferimento do requerimento de heteroidentificação quanto o resultado do recurso

interposto em face de tal decisão se limitaram a: INDEFERIDO”.

É evidente que, independentemente do juízo acerca do acerto ou desacerto da heteroatribuição, as decisões manifestadas apenas por “indeferido” não se mostram devidamente fundamentadas, eis que não permitem ao candidato o conhecimento *mínimo* acerca das razões que levaram à sua desclassificação. Tratando-se de decisão com impacto profundo na vida do candidato – que não só o retira da disputa pela lista de cotas raciais, mas também leva à eliminação do certame como um todo, além de produzir significativos impactos psicológicos –, não podem as comissões furtarem-se a explicitar minimamente as razões que endereçaram aquela solução.

Nesse caso, as compreensões do magistrado sobre as políticas de ações afirmativas estão em profundo desacordo com o que se vem discutindo, sugerindo e aplicando no Brasil. Por outro lado, tampouco a Administração Pública adotou práticas consentâneas com a Constituição e a legislação pertinente. Nessa hipótese, talvez a solução mais adequada seria evitar a heteroatribuição em sede judicial, mas determinar a participação do candidato no certame até nova decisão da comissão de aferição, devidamente fundamentada, com anulação do ato administrativo impugnado. Essa resposta, embora exija mais um *round* de verificações administrativas – ou seja, ela não determina a inclusão definitiva do candidato na lista dos cotistas –, permite que o Tribunal corrija o vício sem suceder-se na posição de especialista – qualificação que, como visto, está longe da realidade.

Outro argumento utilizado para justificar a concessão da ordem foi o fato de a impetrante já ter sido aprovada em cotas raciais em diversos outros concursos, inclusive com etapas de heteroidentificação. Como reconheceu o Tribunal do Rio de Janeiro, a candidata “foi aprovada para as vagas reservadas a negros e índios, a saber, nos concursos da Petrobrás, UFRJ, MPU e DPGE/RJ”. Nesse ponto, embora a orientação normativa federal determine a desconsideração de resultados anteriores na aferição por bancas de heteroatribuição (que,

relembre-se, não se aplica aos casos levados à apreciação do TJRJ), é inegável que tais fatos constituem forte elemento de convencimento do magistrado, pois, de seu ponto de vista, revelam a efetiva *racialização* da candidata, reconhecida por outros especialistas anteriormente. Assim como outros, trata-se de mais um ponto complexo no que diz respeito à aferição da política de cotas, principalmente quanto aos diferentes momentos de controle – administrativo ou judicial.

Antes de se passar à próxima categoria, é importante abrir um parêntese para realçar que a correta compreensão do dever de motivação não foi devidamente considerada em algumas decisões que se lastreiam na separação de poderes e na autocontenção judicial. Após a análise mais detida dos documentos constantes de alguns autos, foi possível perceber que os julgados se furtaram de enfrentar a questão sob o argumento da impossibilidade de revisar o mérito. Em outros processos, a questão foi explicitamente debatida, tendo o colegiado afirmado que não havia qualquer ilegalidade em decisão veiculada apenas por marcação de opção na qual se lia “indeferido”.⁶²⁸

Tais decisões, no entanto, não atendem aos requisitos constitucionais, pois não permitem que o candidato compreenda as razões para seu indeferimento, tampouco facultam que recorra adequadamente, seja em âmbito administrativo ou judicial. Como defendido no capítulo anterior, ainda que tal política pública se baseie no conjunto de marcadores negroides do fenótipo – não se tratando, portanto, de um juízo exato e integralmente objetivo –, é importante que as comissões de heteroidentificação fundamentem minimamente suas decisões. O reconhecimento de que “[n]ão é cabível exigir relatório minucioso sobre os traços de fisionomia” não pode levar à compreensão diametralmente oposta, no sentido de que a absoluta ausência fundamentação encontrar-se-ia justificada.

4.4 RESPEITO POR CONCORDÂNCIA

A terceira modalidade de postura do tribunal foi o que se convencionou chamar de *respeito por concordância*. Nesses casos, o posicionamento do TJRJ foi ambíguo a tal ponto que, diante da dificuldade de se associar os acórdãos, de forma segura, seja a “respeito à heteroatribuição”, seja a “análise de pertencimento étnico-racial”, mostrou-se necessário criar uma nova categoria própria. Esse é o caso das Apelações 0021963-31.2018.8.19.0066 e 0184579-51.2018.8.19.0001, julgadas, respectivamente, pela 13ª Câmara Cível, sob relatoria do desembargador Agostinho Teixeira, e pela 5ª Câmara Cível, relatora a desembargadora Denise Nicoll Simões.

Em ambos os julgamentos, como nos casos de “respeito à heteroatribuição”, foi suscitada a separação de poderes, o respeito à legalidade, a vinculação ao edital e a insindicabilidade do mérito administrativo. Apesar desse discurso de autocontenção, porém, os colegiados efetivamente realizaram a avaliação fenotípica dos pleiteantes, tendo concluído tratar-se de candidatos brancos, que, portanto, haviam sido corretamente eliminados do certame. Nesse sentido, vejam-se os trechos dos acórdãos:

O apelante foi examinado visualmente pela comissão, que não o considerou negro ou pardo.

Como se sabe, o Judiciário não pode invadir o mérito administrativo para substituir a banca examinadora do concurso e adotar conclusão diversa.

Ademais, como bem observou o juízo unitário, “pela fotografia de fls. 34 é possível constatar que o auto é da cor branca, estando correta a conclusão da banca examinadora”.⁶²⁹ (grifos acrescentados)

E embora a avaliação da comissão não possua, assim como a autodeclaração, presunção absoluta de veracidade, entendo que os documentos apresentados pelo Apelante não são suficientes para afastar a

motivação do ato administrativo, *não se mostrando desarrazoado o critério utilizado pela banca para afastar o candidato do fenótipo pardo*, mesmo porque existe previsão normativa nesse sentido.⁶³⁰ (grifos acrescentados)

Como se vê, ainda que em graus diferentes de profundidade, as duas decisões deixam claro que houve concordância, por parte do colegiado, com a avaliação da banca de verificação. Fica a pergunta: o resultado final ocorreu porque o Tribunal efetivamente resguarda à comissão a função de aferir o pertencimento étnico-racial, em homenagem à separação de poderes? Ou porque, após realizar aferição própria, a conclusão dos magistrados foi a mesma?⁶³¹ Em caso de discordância, a solução teria favorecido o candidato ou ainda assim seria respeitada a posição da banca? Fora do campo da especulação, o que se pode afirmar é que, discursivamente, as decisões se utilizaram de argumentos de autocontenção, embora tenham deixado entrever a efetiva análise fenotípica do candidato. Por essa razão, mostrou-se necessária a criação dessa categoria à parte.

4.5 ARGUMENTO ESTRITAMENTE PROCESSUAL

A última classe de processos diz respeito àqueles que utilizaram o *argumento estritamente processual*. Nesta modalidade se encontram alguns mandados de segurança, nos quais o colegiado limitou-se a afirmar a impossibilidade de dilação probatória.⁶³² A extinção do processo foi sem resolução do mérito, nos termos do art. 6º, §5º da Lei nº 12.016/09.

Assim como na categoria de “respeito por concordância”, os processos denotam parcial autocontenção – já que mantiveram, em um primeiro momento, a decisão administrativa –, mas, nesse caso, deixam resguardada a possibilidade de posterior anulação, no âmbito de ação

ordinária, mediante a produção de provas capazes de infirmar a presunção de veracidade do ato administrativo. Veja-se, a título de exemplo, excerto do acórdão do MS nº 0051856-37.2019.8.19.0000, julgado pela 15ª Câmara Cível, sob relatoria da desembargadora Maria Teresa Pontes Gazineu:

Assim, a prova prévia da ofensa do direito líquido e certo deve ser patente, robusta e cristalina, não podendo ser deduzida a partir de meros indícios.

No caso *sub examine*, porém, tem-se que para a aferição do direito postulado, seja quanto ao erro perpetrado em sua avaliação fenotípica, seja no tocante à alegação de parcialidade da Comissão Especial, com base na aprovação de terceiros sem os requisitos legais, *mister se faz a abertura de dilação probatória para averiguação da higidez ou validade da conclusão da referida Comissão, o que não se admite pela via eleita*.

Portanto, na espécie, a impetrante carece de interesse processual, em virtude de que o ato praticado pela autoridade apontada como coatora não se reveste de ilegalidade flagrante ou teratologia, detectável de plano em mandado de segurança.⁶³³ (grifos acrescentados)

O entendimento levanta interessante questão sobre a relação entre o elemento processual e a compreensão quanto ao fenômeno racial brasileiro. Como se sabe, mandado de segurança é ação constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) voltada à proteção de direito líquido e certo, ou seja, “que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.⁶³⁴ Exige, para a concessão da ordem, “fatos certos, provados documentalmente, com a petição inicial, de modo absoluto e

evidente”, ou seja, direito comprovado de plano.⁶³⁵

Por conta dessa exigência rígida de prova pré-constituída, Roger Raupp Rios apontou a cautela e o cuidado necessários para a apreciação dessa modalidade processual, como visto no capítulo anterior.⁶³⁶ É que a prova documental juntada aos autos provavelmente se resumirá a documento fotográfico, “sujeito, em sua produção em observação, a um sem número de variações de luz, sombra, cor, perspectiva, nitidez, etc.”.⁶³⁷

No entanto, como apontado por Livia Santana, a produção probatória não guarda relação com o que se avalia, para fins de política pública, na etapa da heteroatribuição. Com efeito, discussões dermatológicas sobre tom de pele, relatórios médicos, exames genéticos, etc – nada disso pode comprovar que, no fenômeno social brasileiro, o sujeito é efetivamente lido e tratado como negro (isso, sim, capaz de qualificá-lo para as ações afirmativas).⁶³⁸ Sem pretensão de encontrar uma resposta final sobre a discussão neste trabalho, pode-se afirmar que essa sinuca de bico parece reforçar a importância da autocontenção judicial, vez que o Poder Judiciário, embora encarregado de evitar e corrigir ilegalidades, não detém os instrumentos adequados para suceder-se nas decisões das comissões de heteroidentificação.

A título de conclusão, pode-se afirmar que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem adotado – ao menos nos casos ora analisados – postura razoavelmente autocontida. Embora tenham sido encontrados equívocos nos posicionamentos externados por magistrados, principalmente naqueles casos em que se procedeu à efetiva análise de pertencimento étnico-racial, tratavam-se de circunstâncias fáticas em que havia inegável irregularidade cometida pela comissão de heteroidentificação – como nos casos sobre decisões eliminatórias imotivadas e excesso de formalismo na assinatura de declaração.

5. CONCLUSÃO

A classificação racial no Brasil constitui fenômeno complexo, ambíguo e com certa margem de subjetividade – notadamente quando se trata dos mestiços, que constituem a maior parte do corpo social. De modo geral, os signos de africanidade que mais influenciam nessa análise podem ser depreendidos de elementos fenotípicos, como cor da pele, textura do cabelo, traços do rosto, etc. Além disso, a identidade negra e o processo de racialização são forjados no encontro com o outro. Disso decorre, portanto, o aspecto relacional desse fenômeno. Todos esses elementos se interconectam de forma intrincada, influenciados por elementos ideológicos ainda vigentes, como a ideologia da democracia racial e ideal de branqueamento.

Tudo tomado em consideração, as ações afirmativas – e as cotas raciais em específico – já alcançaram elevado grau de aceitação na sociedade, tendo sua constitucionalidade reconhecida de forma inequívoca pelo Supremo Tribunal Federal. Para avançar ainda mais, é necessário reconhecer a obrigatoriedade da etapa de heteroidentificação sempre que for implementada tal política pública. Ademais, ainda é preciso amadurecer e corrigir aspectos procedimentais, de forma a construir uma verificação mais harmônica, equilibrada, justa e segura. Se a Administração Pública se comprometer a conduzir bons processos administrativos, aplicando de forma rigorosa as melhores práticas, há poucas razões para justificar a intervenção judicial no mérito administrativo. O TJRJ tem adotado essa postura, sendo possível identificar altos índices de autocontenção nos seus julgados. Se todos bem compreenderem e cumprirem seu papel, as cotas se tornarão cada vez mais efetivas, fortalecendo finalmente a tão esperada inclusão do negro na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARNEIRO, Sueli. A miscigenação racial no Brasil. In: _____. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

DIAS, Gleidson Renato Martins. Considerações à Portaria Normativa nº 4 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018.

Folha Dirigida. *Concursos RJ: secretário de Fazenda traz panorama sobre editais*. Disponível em <<https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/especial-fd/concursos-rj-entrevista-secretario-de-fazenda>>.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Democracia Racial. In: _____. *Classes, raça e democracia*. 2º ed., São Paulo: Editora 34, 2012.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e antirracismo no Brasil. In: _____. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3ª ed., São Paulo: Editora 34, 2009.

IBGE. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. *Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica*, nº 41, 2019.

JORDÃO, Eduardo, JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 4, nº 2, dez. 2018, p. 537-573.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Tradução Jess Oliveira, 1ª ed., Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 38º ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MUNANGA, Kabengele. *Negritude: usos e sentidos*. 4ª ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2020

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. 5ª ed., Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v. 19, nº 1, nov. 2006.

NUNES, Georgina Helena Lima. *Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestores/as de ações afirmativas*. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018.

QUEIROZ, Marcos. *Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ação afirmativa étnico-racial: a ADPF 186 e a delicada questão da autodeclaração. In: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Ciência e consciência*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015.

SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e colonialidade no pensamento brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1976.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se Negro: As Vicissitudes da Identidade do Negro Brasileiro em Ascensão Social*. 1ª ed. (versão ebook), Rio de Janeiro: LeBooks Editora, 2019.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant’Anna. As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018.

WALD, Arnaldo. *Mandado de segurança na prática judiciária*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

O presente artigo consiste em versão reduzida, com algumas atualizações, da monografia que defendi na graduação da UERJ, em 2021, sob orientação do Prof. Daniel Sarmento. Para a versão completa, cf. ADAMI, Eduardo Ramos. *Quem é negro no Brasil? Mestiçagem e judicialização de cotas raciais na jurisprudência do TJRJ*. Monografia (Graduação em Direito) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, 95 páginas.

Graduado em Direito pela UERJ. Membro da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Advogado.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro;

Pólen, 2019, p. 22.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Tradução Jess Oliveira, 1ª ed., Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, p. 34-37. Na síntese da autora, “[e]m termos psicanalíticos, isso permite que os sentimentos positivos em relação a si mesma/o permaneçam intactos – branquitude como a parte ‘boa’ do ego – enquanto as manifestações da parte ‘má’ são projetadas para o exterior e vistas como *objetos* externos e ‘ruins’. No mundo conceitual *branco*, o *sujeito negro* é identificado como o *objeto ‘ruim’*, incorporando os aspectos que a sociedade branca tem reprimido e transformando em tabu, isto é, agressividade e sexualidade. Por conseguinte, acabamos por coincidir com a ameaça, o perigo, o violento, o excitante e também o sujo, mas desejável – permitindo à branquitude olhar para si como moralmente ideal, decente, civilizada e majestosamente generosa, em controle total e livre da inquietude que sua história causa” (p. 37).

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação*. Op. cit., p. 75-80. No mesmo sentido, cf. MUNANGA, Kabengele. *Negritude: usos e sentidos*. 4ª ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2020, p. 31.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação*. Op. cit., p. 75. Grifos acrescentados.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação*. Op. cit., p. 76.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 560.

Conforme aponta Alessandra Devulsky, “a identidade racial se expressa no corpo, entre outras características e outros elementos não exatamente biológicos, é identificável por larguras, espessuras, contornos e curvaturas de traços, pelos, textura de cabelo, biótipos, chegando até mesmo à tonalidade de mucosas e genitálias. Lábios, olhos, nariz, formato dos quadris, seios e genitais apontam o grupo de pertencimento racial de um indivíduo e, por conseguinte, a medida da fruição de direitos e de certas vantagens sociais” (*Colorismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021, p. 48-50). Dentre todos, no entanto, ela aponta que é a

cor o principal fator a ser levado em consideração.

DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. Op. cit., p. 41.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v. 19, n° 1, nov. 2006, p. 292.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*. Op. cit, p. 293-294.

O termo “colorismo” foi cunhado por Alice Walker, em 1983, em sua obra *In search of Our Mother Gardens*.

DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. Op. cit., p. 47.

DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. Op. cit., p. 65. Quanto à fragilidade da tolerância estendida aos negros de pele clara, Alessandra Devulsky explica que, “[n]o Brasil, o colorismo estipula o quanto é possível ser negro gozando de alguma segurança. A mestiçagem serve, assim, como *laisser-passer*. Contudo, um negro de pele clara lido como sujeito autorizado a circular na esfera branca de poder, ao portar um turbante, ao usar dreads no cabelo, pode perder com muita facilidade seu *laisser-passer*. A sutil linha que divide esses espaços de trânsito é facilmente rompida, e essa segurança é apreendida quase que naturalmente na sociedade por negros, especialmente os de pele clara, visto que para aqueles de pele escura a linha separatória é praticamente inamovível” (p. 43).

Sobre o tema, cf. MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. 5ª ed., Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

Sobre o tema, cf. QUEIROZ, Marcos. *Constitucionalismo brasileiro e o atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

O movimento era deliberado, como se vê do seguinte trecho de Manuel de Oliveira Lima, transcrito por José Veríssimo no *Jornal do Comércio* em 1899, citado em Skidmore e equivocadamente atribuído por

Munanga a Oliveira Viana: “Não há perigo de que o problema negro venha a surgir no Brasil. Antes que pudesse surgir seria logo resolvido pelo amor. A miscigenação roubou o elemento negro de sua importância numérica, diluindo-o na população branca. Aqui o mulato, a começar da segunda geração, quer ser branco, e o homem branco (com rara exceção) acolhe-o, estima-o e aceita-o no seu meio. Como asseguram os etnólogos, e como pode ser confirmado à primeira vista, a mistura de raças é facilitada pela prevalência do ‘elemento superior’. Por isso, mais cedo ou mais tarde, ela vai eliminar a raça negra daqui. É óbvio que isso já começou a ocorrer. Quando a imigração, que julgo ser a primeira necessidade do Brasil, aumentar, irá, pela inevitável mistura, acelerar o processo de seleção” (SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e colonialidade no pensamento brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1976, p. 90).

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e antirracismo no Brasil. In: _____. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3ª ed., São Paulo: Editora 34, 2009, p. 53. Sobre o tema, Sueli Carneiro anota que “a miscigenação tem constituído um instrumento eficaz de embranquecimento do país por meio da instituição de uma hierarquia cromática e de fenótipos que têm na base o negro retinto e no topo o “branco da terra”, oferecendo aos intermediários o benefício simbólico de estar mais próximos do ideal humano, o branco. Isso tem impactado particularmente os negros brasileiros, em função de tal imaginário social, que indica uma suposta melhor aceitação social dos mais claros em relação aos mais escuros” (CARNEIRO, Sueli. A miscigenação racial no Brasil. In: _____. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011, p. 67).

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Democracia Racial. In: _____. *Classes, raça e democracia*. 2º ed., São Paulo: Editora 34, 2012, p. 141.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil*. Op. cit., p. 83.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Democracia racial*. Op. cit., p. 158.

CARNEIRO, Sueli. *A miscigenação racial no Brasil*. Op. cit., p. 67.

Nesse sentido, por exemplo, os dados de 2018 sobre desigualdade racial demonstram que os brancos eram 43,1% da população, frente a 55,8% de pretos e pardos. Estes últimos, porém, correspondiam a apenas 29,9% dos cargos de gerência – 68,6% ocupados por brancos. Dos deputados eleitos, 75,6% eram brancos, contra 24,4% de pretos ou pardos. A taxa de homicídios por 100 mil jovens, por sua vez, era de 34,0 para brancos e 98,5 para pretos ou pardos (IBGE. *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica*, nº 41, 2019, p. 1).

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se Negro: As Vicissitudes da Identidade do Negro Brasileiro em Ascensão Social*. 1ª ed. (versão ebook), Rio de Janeiro: LeBooks Editora, 2019, posição 451. Sobre o ponto, a autora pontua que “[a] inexistência de barreiras de cor e de segregação racial – baluartes da democracia racial – associada à ideologia do embranquecimento, resultava num crescente desestímulo à solidariedade do negro que percebia seu grupo de origem como referência negativa, lugar de onde teria que escapar para realizar, individualmente, as expectativas de mobilidade vertical ascendente. O caráter individualista da ascensão era coerente com as predicas da democracia racial que colocava ênfase na capacidade individual como responsável pela efetivação do projeto”.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se Negro*. Op. cit., posição 451.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro*. Op. cit., posição 1254.

Nesse sentido, Silvio Almeida afirma que raça é um conceito relacional e histórico, por trás do qual “há contingência, conflito, poder e decisão”, e por isso “raça não é uma fantasmagoria, um delírio ou uma criação da cabeça de pessoas mal-intencionadas. É uma relação social, o que significa dizer que a raça se manifesta em atos concretos ocorridos no interior de uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos” (*Racismo estrutural*. Op. cit., p. 18 e 34).

MUNANGA, Kabengele. *Negritude: usos e sentidos*. Op. cit., p. 13.

MUNANGA, Kabengele. *Negritude: usos e sentidos*. Op. cit., p. 15.

DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. Op. cit., p. 180.

Segundo Silvio Almeida, o racismo institucional se revela no “resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça” (ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. Op. cit., p. 26).

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 158. Para uma definição mais detalhada sobre o conceito de ações afirmativas, cf. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 202.

O relator, Min, Lewandowski defendeu a possibilidade de heteroidentificação, registrando que são legítimos “[t]anto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível”, alguns critérios. Segundo tais exigências, as comissões de heteroidentificação deveriam (i) atuar apenas após a autodeclaração do candidato, (b) julgar apenas com base no fenótipo – e não na ascendência –, e (c) ser compostas por pessoas diversas, considerando-se a raça, classe econômica, orientação sexual e de gênero dos avaliadores, além de prever a fixação de mandatos curtos. Além disso, as comissões de verificação jamais podem deixar “de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos”.

SARMENTO, Daniel. Ação afirmativa étnico-racial: a ADPF 186 e a delicada questão da autodeclaração. In: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Ciência e consciência*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015, p. 72.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In: DIAS, Gleidson

Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018, p. 224.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018, p. 43. Porém, quanto ao pleito do movimento negro na década de 1970, a autora relembra que “a autodeclaração racial vinha sendo proferida em contexto desinteressado, realidade que não persiste nos dias atuais, em que se autodeclarar negro pode implicar benefícios jurídico-políticos relevantes, inclusive afetos ao acesso a bens escassos” (p. 43).

Artigo 5º, *caput*, da Portaria Normativa 04/2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 243.

SARMENTO, Daniel. *Ação afirmativa étnico-racial: a ADPF 186 e a delicada questão da autodeclaração*. Op. cit., p. 75.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 43.

SARMENTO, Daniel. *Ação afirmativa étnico-racial: a ADPF 186 e a delicada questão da autodeclaração*. Op. cit., p. 75.

Como aponta Georgina Helena Lima Nunes, “a grande maioria [das comissões de verificação] atua sob orientação da Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão de Pessoas [...]. Até o presente momento, é o único dispositivo jurídico que orienta formas procedimentais para monitorar a autodeclaração étnico-racial e, por isso, tem sido utilizada também por universidades no ingresso através da 12.711/12” (*Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestores/as de ações afirmativas*. In: DIAS, Gleidson Renato Martins;

TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). *Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos*. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018, p. 18).

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 58.

Cf. RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 226-230.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 58.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 61.

Neste ponto, discordo da interpretação de Livia Vaz, para quem o requisito não deve ser compreendido como exigência de naturalidades distintas – membros de diversos locais de origem –, mas como exigência de conhecimento sobre a percepção racial local. Cf. VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 55.

RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 245.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 235. Como ressaltou o professor Gustavo Binenobjm, recorrendo à teoria das capacidades institucionais de Cass Susteins e Adrian Vermeule, “naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle” (p. 241).

RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 246.

Segue a lista de processos que compuseram o banco de dados: TJRJ, Ag. Inst. 0045555-11.2018.8.19.0000, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Elton Martinez Carvalho Leme, DJe 29/03/2019; TJRJ, Ag. Inst. Nº 0013875-37.2020.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, DJe 04/06/2020; TJRJ, Ag. Inst. nº 0039102-63.2019.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, DJe 04/09/2019; TJRJ, Apelação nº 0004839-72.2020.8.19.0031, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, DJe 29/07/2021; TJRJ, Apelação nº 0009144-33.2017.8.19.0087, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Valeria Dacheux Nascimento, DJe 25/09/2020; TJRJ, Apelação nº 0021963-31.2018.8.19.0066, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, DJe 08/04/2020; TJRJ, Apelação nº 0077940-92.2018.8.19.0038, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Georgia de Carvalho Lima, DJe 03/08/2021; TJRJ, Apelação nº 0152332-17.2018.8.19.0001, 24ª Câmara Cível, Rel. Des. Andrea Fortuna Teixeira, DJe 13/11/2020; TJRJ, Apelação nº 0184579-51.2018.8.19.0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Denise Nicoll Simões; TJRJ, Apelação nº 0219897-95.2018.8.19.0001, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, DJe 08/08/2019; TJRJ, Apelação nº 0226187-29.2018.8.19.0001, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Azeredo de Araújo, DJe 01/03/2021; TJRJ, MS nº 0012410-90.2020.8.19.0000, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, DJe 02/07/2020; TJRJ, MS nº 0015095-70.2020.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro, DJe 23/07/2020; TJRJ, MS nº 0038054-69.2019.8.19.0000, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Flavia Romano de Rezende, DJe 25/07/2019; TJRJ, MS nº 0039464-31.2020.8.19.0000, 24ª Câmara Cível, Rel. Des. Alcides da Fonseca Neto, DJe 16/10/2020; TJRJ, MS nº 0051856-37.2019.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Teresa Pontes Gazineu, DJe 19/11/2020; TJRJ, MS nº 0054786-28.2019.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Plínio Pinto Coelho Filho, DJe 22/11/2019.

Com efeito, embora seja precursora na adoção de política de cotas

raciais no Brasil, apenas recentemente a UERJ passou a discutir a adoção de etapa de heteroidentificação. Foi a Deliberação UERJ nº 01/2021 que instituiu a heteroidentificação dos candidatos, por meio da Comissão Permanente de Validação de Autodeclaração (CPVA). A íntegra da Deliberação UERJ nº 01/2021 pode ser encontrada em <https://www.uerj.br/wp-content/uploads/2021/03/Del_01_2021_Comissao-Valida%C3%A7ao-PR4.pdf>.

Sobre o tema, cf. Folha Dirigida. *Concursos RJ: secretário de Fazenda traz panorama sobre editais*. Disponível em <<https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/especial-fd/concursos-rj-entrevista-secretario-de-fazenda>>.

TJRJ, Ag. Inst. nº 0013875-37.2020.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, DJe 04/06/2020. Grifos acrescentados.

TJRJ, Apelação nº 0219897-95.2018.8.19.0001, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, DJe 08/08/2019.

TJRJ, Ag. Inst. nº 0039102-63.2019.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, DJe 04/09/2019.

TJRJ, Apelação nº 0004839-72.2020.8.19.0031, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, DJe 29/07/2021.

Foi o que ocorreu, por exemplo, na Apelação nº 0226187-29.2018.8.19.0001. Naqueles autos, as decisões das comissões de verificação e recursal foram veiculadas apenas mediante formulários pré-impessos idênticos, apenas com alternativas de aprovação ou reprovação, sem qualquer detalhamento sobre a razão do resultado. Ainda assim, o acórdão entendeu como cumprido o dever de motivação, sob a fundamentação de que “[a] *motivação do não reconhecimento da autodeclaração encontra respaldo no próprio edital e não é complexa: ou se constata, visualmente, o fenótipo declarado pelo candidato, ou não se verificam tais características. Não é cabível exigir relatório minucioso sobre os traços de fisionomia, visto que não se trata de análise técnica, mas de percepção pessoal dos avaliadores*” (TJRJ, Apelação nº 0226187-

29.2018.8.19.0001, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Azeredo de Araújo, DJe 01/03/2021).

TJRJ, Apelação nº 0021963-31.2018.8.19.0066, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, DJe 08/04/2020.

TJRJ, Apelação nº 0184579-51.2018.8.19.0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Denise Nicoll Simões, DJe 14/05/2020.

Situação similar ocorreu em estudo sobre a deferência do TJRJ às decisões da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), para o qual pude contribuir como pesquisador. Naquela oportunidade, mostrou-se necessário avaliar dois fatores distintos: a deferência como discurso e a deferência como resultado, uma vez que uma não levava necessariamente a outra. Cf. JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 4, nº 2, dez. 2018, p. 537-573.

TJRJ, MS nº 0051856-37.2019.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Teresa Pontes Gazineu, DJe 19/11/2020; TJRJ, MS nº 0054786-28.2019.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Plínio Pinto Coelho Filho, DJe 22/11/2019; TJRJ, MS nº 0015095-70.2020.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro, DJe 23/07/2020.

TJRJ, MS nº 0051856-37.2019.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Teresa Pontes Gazineu, DJe 19/11/2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 38º ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 38.

WALD, Arnoldo. *Mandado de segurança na prática judiciária*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 124.

RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 246.

RIOS, Roger Raupp. *Pretos e pardos nas ações afirmativas*. Op. cit., p. 246.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. Op. cit., p. 60-61.

DISCURSO PÚBLICO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IGUALDADE LGBT⁶³⁹

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES⁶⁴⁰

A degradação do discurso público brasileiro vem de longa data, mas convém apontar para um caso em particular em que isso se nota. Trata-se da maneira como a população LGBTQ é tratada. Tempos atrás eram alvo de deboche, comparecendo apenas como palhaços ou aberrações em shows de horrores como eram alguns dos programas humorísticos e de auditório na televisão brasileira. De uns tempos a esta parte, sobretudo depois da constitucionalização do Brasil e da nova liberdade de expressão, o tratamento passou a ser mais de ódio e de incitação à violência, uma vez que sua visibilidade foi em certa medida consagrada. Essa perspectiva mostra-se bastante exemplar do que vem acontecendo.

O fato de serem minoria na população facilita muito isso. De fato, os LGBT são e permanecem sempre minoria nas sociedades. Mulheres e pretos são grupos subalternizados, mas não são minorias numéricas. São discriminados, humilhados, desapropriados e explorados e submetidos a toda sorte de violência na sociedade brasileira, e assim por toda a história do Brasil independente, mas não são em número menor do que o dos homens brancos. Para entender o que se passa no discurso, que representa e sintetiza afinal de contas o contexto em que LBTQs passam suas vidas, é preciso ter uma ideia do que significa o espaço e o discurso públicos em qualquer sociedade, e o que significa em sociedades políticas que pretendem ser democráticas, plurais e tolerantes.

Pode-se falar do discurso público em duas dimensões

complementares embora diferentes. Em primeiro lugar pode-se tratá-lo na esfera da ciência política e lidar com ele sob a perspectiva institucional. O discurso público constituiria a esfera pública onde se encontram idealmente cidadãos idealizados, isto é, cidadãos enquanto cidadãos e não enquanto pessoas concretas, ou indivíduos, com interesses e identidades próprias e singulares. O cidadão é o portador de direitos e deveres universais ou gerais, o indivíduo é o sujeito de interesses e desejos. Os cidadãos podem exigir de qualquer um certos comportamentos e devem a outros o mesmo comportamento. Caso exemplar é o de quem se encontra no trânsito: não interessa para onde vão as outras pessoas, motoristas, pedestres ou ciclistas. Basta que cada um cumpra as leis de trânsito e todos podem ir para onde quiserem. A condição dessa liberdade é que todos sigam a mesma lei, o código de trânsito, e não tomem a execução de suas penalidades em suas mãos. Para isso há os agentes e autoridades de trânsito. Já o indivíduo em sua vida privada envolve-se em contratos e negócios dos quais é ele mesmo o gestor. Nestes casos, tem interesses particulares e definidos e nas relações em que se envolve pode escolher o que fazer e caso considere que foi prejudicado deve ele mesmo tomar sua defesa. Não uma autoridade dos contratos particulares como há uma autoridade de trânsito.⁶⁴¹

Nestes termos, a esfera pública, onde se fala acertadamente de discurso público, constitui do conjunto de institutos a compor a vida política de uma sociedade democrática. Para falar desse discurso, nestes termos, precisamos propor e entrar em acordo a respeito de conceitos fundamentais como o de democracia, república, ou cidadão. Em momentos determinados – quando se alteram as condições que pareciam existir em repouso e paz – somos obrigados a esclarecer novamente esses conceitos. Por exemplo: precisamos saber se estamos de acordo com a ideia de cidadão e, ao mesmo tempo, investigar se os que participam do debate (a esfera pública, ou o debate público) são

cidadãos e equivalem minimamente ao conceito de cidadão. O conceito de cidadão que aprendemos nas escolas é o do sujeito capaz de colocar-se no lugar dos outros que vivem na mesma cidade (república, Estado) no que diz respeito às escolhas a respeito da forma de vida política em comum.

Aristóteles diz que uma cidade (πόλις) não se confunde com uma liga de defesa militar (um exército), nem com uma sociedade comercial para ampliar riqueza e bens. Ela não é “uma reunião de pessoas num mesmo lugar com o propósito de evitar ofensas recíprocas e de intercambiar produtos” (Política, L.III, v, 1281^a). Ela deveria permitir uma “vida boa” para todos os cidadãos. O risco de transformar-se apenas num “regime militar” de vigilância ou num “mercado” ronda constantemente a vida política, mas representa uma desconsideração de seu propósito e de sua natureza mesma, dizia o estagirita. No século XIX apareceu uma forma de política cujo resultado foi a consolidação dos Estados nacionais. Essas “comunidades imaginadas”, como diz Anderson (Anderson, 2008), pretendiam elevar a um nível mais amplo as alianças e governos locais, criando então essas unidades familiares: língua nacional, história nacional etc. Entre os elos identitários de ligação cultural tentou-se desenvolver um “amor à constituição”, que nada mais seria do que o apego a uma vida sob as leis, e sob uma lei em particular, cuja finalidade era instituir (constituir) o poder político e distribuir direitos entre os cidadãos.

Durante séculos os seres humanos pensaram que essas outras dimensões e identidades eram tão fundamentais que os grupos maiores, como as cidades e as repúblicas, precisavam estar associados a elas para poderem existir e sobreviver. A separação de religião e república é muito recente. No Brasil ela tem pouco mais de cento e trinta anos, isto é, cinco ou seis gerações apenas. E foi instituída por força da República liberal de 1891. Não correspondia a um sentimento unânime. Muita gente continuava a achar que o “Brasil” se definia por sua religião. Ser

brasileiro era sinônimo de ser crente e cristão.

Essas identidades fortes são importantes. Ninguém vive sem elas. Permitem-nos entrar no mundo e começar a escrever nossas biografias, nossas histórias a partir delas. Esse “a partir delas” indica também que não são fixas e podemos alterá-las. De outro lado, não se trata de identidades que inventamos do zero. São criações sociais estabilizadas. Estabilizadas mas não congeladas e inalteráveis, naturalmente.

Cidadão é, portanto, um conceito de caráter político-moral, quer dizer, cidadão não é o ser humano empiricamente considerado, mas o ser humano considerado – visto como, percebido como – parte da ordem política. Por não ser alguém considerado empiricamente, o cidadão é uma instituição da esfera da teoria ética e política.⁶⁴² Parece um pleonasma falar de “vida política em comum”, mas não creio. Vivemos em comum com os outros de muitas maneiras: em família, em associações que reúnem os amantes de algum esporte ou entretenimento, em religiões. Em poucas palavras, vivemos em muitos e diferentes grupos, alguns dos quais nos fornecem uma identidade pessoal muito forte. As famílias fazem isso, as religiões também, mas há muitos outros. Nossas identidades pessoais são sempre formadas dentro de tradições e grupos de identidade específicos.

Essa consideração política e moral do sujeito equivale à igualação de todos e de qualquer um na esfera da vida política, ou seja, no espaço público. Como resultado, todos têm exatamente os mesmos direitos que os outros. Trata-se de direitos que devem ser exercidos simultaneamente. O exercício igual e simultâneo é o que limita cada um. Não se trata de direitos que se podem exercer sequencialmente. Assim, não se trata de dizer que alguém tem o direito primeiro de ofender o outro e, em seguida, o ofendido tem o direito de pedir uma reparação. Na verdade, quem ofende não está exercendo um direito: está infringindo o direito alheio. Essa igualdade de direitos é condição importante para que se estabeleça o espaço público, um espaço comum

em que cada um possa seguramente exercer seu próprio direito.

Por isso na vida política saímos das identidades particulares para sermos capazes de viver na dimensão de muitas diferenças sem precisarmos nos matar uns aos outros. A esfera política nos fornece certamente alguma identidade, mas trata-se de uma identidade referida a apenas uma dimensão de nossa vida: aquela que nos permite, nos obriga ou exige de nós vivermos e convivermos também com quem não compartilha as outras identidades, quer dizer, não compartilham nossas histórias de infância e crescimento, não têm os mesmos gostos por entretenimento, nem acreditam nos mesmos deuses que nós.

A esfera pública, como disse antes, é tratada como uma dimensão da política, ou seja, de um nível de interação social distinto dessas outras esferas (privadas, particulares). E sendo política não se confunde com o simples viver junto em comunidades naturais de reprodução e proteção recíproca (famílias e bandos). Tem uma dimensão simultaneamente moral, isto é, de escolha consciente de uma forma de viver. Nas sociedades democráticas, republicanas e liberais, essa dimensão é constituída para permitir que a deliberação seja por todos (democrática) e nela cada um possa desenvolver-se autonomamente (liberal), simultaneamente e em condições igualitárias com todos os outros (republicana). Nela, isto é na esfera pública, devem ter lugar os discursos relativos à vida em comum além dessa vida das identidades fortes. Trata-se da esfera de debate sobre um bem em comum aplicável apenas à esfera política, em que os outros são anônimos.

Essa esfera tem lá suas próprias dificuldades. De certo modo ela é natural, e assim os clássicos do pensamento político pré-moderno e da primeira modernidade a trataram. As cidades e as repúblicas, diziam, são uma espécie de habitat natural dos seres humanos: todos nascemos e vivemos em famílias, e as famílias por seu turno se organizam em grupos maiores. Mas atenção: essa naturalidade das comunidades políticas não é biológica ou orgânica. De certo modo ela tira sua

naturalidade de outra dimensão dos seres humanos, que é sua capacidade de falar e de simbolizar. Pela fala e pelo discurso somos capazes de colocar entre nós, no meio da conversa por assim dizer, o que não está presente: ou porque é passado ou porque é futuro. Introduzida essa dimensão, podemos falar de e pensar nos outros que não estão presentes. É possível pensar nos outros anonimamente. Esse é o ponto da política: uma convivência com qualquer um, qualquer outro.

Essa dimensão social, vê-se bem, não é natural no sentido orgânico do termo, uma vez que não a produzimos nem a secretamos pelos nossos órgãos corporais. Ela é natural como produto de invenção e reflexão.⁶⁴³ É assim que a natureza da política é institucional, é criação e invenção de regras e instituições. Creio que são ideias assim que no século XX voltaram à tona em obras como a de John Rawls,⁶⁴⁴ cuja teoria da justiça depende de aceitarmos o que ele chama de uma concepção não abrangente de bem para podermos falar propriamente da justiça na esfera pública. Não abrangente significa não totalizante, que permite-nos acreditar em certas coisas mas deixa espaço para convivermos com quem acredita em coisas diferentes. De certo modo estamos aqui na separação de vida privada e vida política. Ideia paralela, parece, encontramos em Jürgen Habermas, ao sugerir que se pode e se deve pensar em um “patriotismo constitucional”, pelo qual nossa identidade política (patriotismo) atrela-se não a identidades culturais (étnicas ou religiosas, v.g.) à pertença, como cidadãos, a uma mesma ordem constitucional.⁶⁴⁵

O cidadão é, nestes termos, uma espécie de igual universal. Ele é igual a todos os outros membros da comunidade política em termos de submissão à constituição, às leis, e em termos de contar de maneira igual na decisão a respeito do futuro da vida em comum. E nesse momento é preciso saber se está legitimado a propor que essa esfera da vida comum, a política, deva ser alterada para que os outros, cujas

identidades sejam diferentes, possam ser eliminados ou excluídos. Como sabemos, na história da humanidade isso já ocorreu e em alguns lugares continua a ocorrer: formas políticas nas quais grupos étnicos, religiosos, sexuais e de gênero foram ou são excluídos da vida política e nas quais seus desejos e interesses não têm ou não tiveram proteção.

Tudo isso que foi dito a partir da ideia de cidadão, do agente que está disposto a viver na esfera das relações anônimas distintas das relações de identidade, poderíamos dizer a respeito de conceitos como democracia ou república. O importante é saber que sempre, e muito especialmente nos momentos de crise, estas ideias podem ser contestadas e precisam ser redefinidas.

A segunda dimensão, complementar à político-institucional, tem caráter moral universal. É claro que a dimensão política e institucional depende desta, na medida em que diz respeito à esfera das ações humanas que podem ser escolhidas e justificadas e fundamenta-se em algum conceito de pessoa humana. Os cidadãos são pessoas humanas, logo a cidadania é algo que recobre as pessoas humanas. Como diz a longa tradição jurídica, a cidadania é um estado, o *status civitatis*. Nesses termos ela encontra fundamento ainda mais seguro quando levamos a discussão para a concepção moral de ser humano. Falar de vida política em comum e tratar todos os outros como cidadãos na esfera política leva-nos naturalmente a pensar no porquê, na *razão de ser* dessa ideia e, em seguida, leva-nos a justificar ou não esse tratamento igualitário. É um pressuposto da discussão que tenhamos certa ideia de pessoa. Se considerarmos que certos seres humanos não precisam ou não devem ser tratados como seres humanos iguais a nós, naturalmente não vamos estender a eles todos os direitos que julgamos possuir. Essa discussão, no seu aspecto mais básico, é moral.

Essa dimensão moral teve ao longo da história muitas explicações diferentes, mas o simples fato de colocar-se sempre e sempre exigir alguma justificativa indica desde já que se apoia em experiências compartilhadas por todos nós. Quando olhamos para

outro ser humano reconhecemos ou não nosso igual? Suas muitas diferenças, de aparência, de hábitos culturais, de gostos, são suficientes para que os consideremos externos à comunidade humana? E se essa “empatia” ou “simpatia” quase que biológica for um fato da espécie? Uma vez que somos capazes de pensar – usar a fala e a linguagem – leva-nos a pensar em regras para convivermos com os outros?⁶⁴⁶

É nesse nível que muitos acreditam na igualdade fundamental dos seres humanos com uma implicação seguinte: essa igualdade entre seres que interagem de forma regrada (e discursiva) exige a elaboração (reflexão e invenção) de regras para lidar com os outros. Toda filosofia moral no fundo lida com isso. E como as diversas formas de interagirmos com os outros consolidam-se em campos de ação distintos, todos eles estão sujeitos a essa espécie de avaliação ou crítica.

O discurso público enquadra-se nas dimensões expressamente política e moral, uma vez que a vida política mesma diz respeito à deliberação de como viver e como organizar o futuro comum. E se enquadra porque a deliberação não se faz a não ser que haja possibilidade de escolha: não deliberamos sobre o necessário. Deliberamos sobre o singular e o contingente. Mas a deliberação se faz discursivamente: só pode deliberar quem for capaz de pensar. Pensamos por conceitos. Isso quer dizer que quando pensamos agimos não por simples reação a estímulos, ódios, paixões ou amores. Tudo isso compõem naturalmente nossa vida humana, mas pensar sobre o que fazer significa exatamente agir para além da reação instintiva e imediata. Deliberar significa ver alternativas de cursos de ação, não apenas de ações singulares. Tanto ações quanto cursos de ação devem se fazer inteligíveis e nisso consiste justificá-las. De certo modo estamos aqui no tema central das filosofias da ação e do discurso que definiram a segunda metade do século XX. Tudo isso não se faz senão na esfera discursiva e do pensamento.

Considerando que o discurso público está imerso na vida

política, para não dizer que a organiza, em que condições ele se dá de fato? Quais são as que hoje podem ser questionadas e preocupar. Há diversas questões a se considerar. Em primeiro lugar, o problema de quem participa dessa esfera de discurso: Todos? Alguns habilitados por seus títulos (políticos, “intelectuais”, donos de meios de comunicação)? Em segundo lugar: o que pode ser dito. Existem restrições a temas? Existem restrições a formas (insultos são permitidos? O que é um insulto?). Em terceiro lugar, é preciso atentar para a grande transformação ocorrida nos meios e instrumentos da comunicação: assim como a imprensa alterou profundamente o espaço público no século XVI com a invenção dos livros impressos, nos séculos XVIII e XIX com a invenção dos jornais diários, no século XX viu a expansão não apenas dos meios de comunicação de massa (mass media), da indústria cultural e da propaganda, o século XXI está a assistir outra revolução com os meios digitais.⁶⁴⁷ De um lado eles parecem permitir uma real democratização, na medida em que um simples telefone celular se converte em fonte em potencial divulgador das ideias de qualquer um, mas de outro os canais pelos quais a divulgação se dá pertence aos mais poderosos grupos empresariais do planeta. Sem falar nas técnicas de manipulação de informação e de controle de comportamento embutidas nesses instrumentos. Finalmente, interessa os contextos sociais e os contextos lingüísticos e simbólicos em que tudo isso acontece.

Quando surgiu a imprensa duas preocupações confrontaram os então detentores do monopólio da palavra. Em primeiro lugar a extensão democrática do pensamento. Aquilo que se dizia ou se discutia no restrito âmbito das universidades (que nada tinham de populares pois restritas a grupos pequeníssimos de estudiosos), passava a ser potencialmente acessível a todos os que fossem letrados e esses, por sua vez, poderiam multiplicar a discussão e a divulgação das ideias em toda parte. A Bíblia, primeiro livro impresso por Gutenberg, saía das

mãos de um grupo restrito de teólogos e potencialmente alcançava a muitos. Outra preocupação dizia respeito à veracidade e integridade do texto. O que se reproduzia era o texto original, verdadeiro? Os monopólios dados a certos livreiros e impressores pretendia garantir que a transmissão da mensagem fosse fiel. A segunda preocupação foi diminuindo de importância, na medida em que as técnicas de reprodução se aperfeiçoaram e em que a crítica dos textos foi fixando os originais. A primeira, contudo, manteve-se por longo tempo e nem sempre se distinguiu bem da primeira. A verdade da reprodução por vezes se ocultava um debate sobre a correspondência de uma ideia com a doutrina aceita pela autoridade. O controle das reproduções gráficas confundiu-se com o controle das ideias mesmas. Contra esse controle forjou-se a concepção de que as ideias não deveriam ser censuradas. Que o melhor a fazer era permitir a ampliação do debate e que o árbitro último desse confronto seria o “mercado de ideias”.

Discursos são proferidos por alguém e têm propósitos. Pode-se falar para mostrar, descrever, demonstrar, narrar (contar uma história), ordenar, explicar, justificar. No caso da vida política (e jurídica) estamos diante do interesse de guiar, indicar um caminho a seguir, promover alguma ação em conjunto. Quem faz isso? Na esfera pública o autor do discurso é o cidadão, tanto no momento em que está em funções de representação e comando, quanto no momento em que participa apenas com sua opinião ou com seu acatamento das instituições. O cidadão é, entretanto, um papel que o indivíduo deve aprender a atualizar. Nesses termos, colocar-se no lugar do cidadão é um artifício que se aprende e se coloca por cima de outras experiências, as experiências individuais adquiridas nas esferas sociais mais restritas. Nessas esferas a pessoa se familiariza com certas ideias, nem sempre compatíveis com o ponto de vista universal do cidadão.

O exercício do debate político – da esfera pública – é particularmente difícil porque requer certa disposição para deixar o ponto de vista dos interesses pessoais, das preferências de cada um na

condução de sua própria vida, para colocar-se na esfera das escolhas de instituições, ou seja, de regras e formas de vida aptas a permitir muitas escolhas diferentes pelos indivíduos em suas vidas. Discorrer e debater sobre isso está, pois, em um nível bem diferente dos debates de gosto e preferências comuns em nossa vida diária. Alguns conseguem convencer outros de suas preferências, conseguem transformar seus interesses particulares em interesses de todos, ou mais propriamente, conseguem fazer passar seus interesses por interesses de todos. Um dos mais relevantes papéis do debate público aberto consiste em permitir a crítica capaz de mostrar que os interesses de alguns não têm razões suficientes para se converterem no interesse de todos e dirigir os rumos da vida política. A crítica, nestes termos, é um instrumento de igualação: ela pretende mostrar que certas ideias não conseguem ser ideias de todos e, portanto, que alguns estão sendo deixados de lado de uma maneira não justificada.

Como os discursos identificam e unificam grandes interesses, interesses de grandes grupos, e nem todos dispõem dos mesmos meios e poderes para se fazerem ouvir, o “mercado de ideias”, deixado a si mesmo, pode produzir os mesmos efeitos indesejáveis que a liberdade de concorrência desenfreada gera na esfera da economia: concentração, monopolização e, como dizia Adam Smith, uma constante conspiração contra o bem comum.⁶⁴⁸

Em nossas sociedades é claro que o capital em geral e o capital financeiro em particular pode falar, falar muito e falar para muitos. E fala a partir de certa posição. Tende a transformar sua posição num dado natural, numa condição inalterável. No fundo de seu discurso está, de certo modo, uma ameaça e uma extorsão: se mudarem alguma coisa na forma de condução da vida comum ou na distribuição de poderes, tudo ruirá. Não existe outra alternativa a não deixar tudo como está e seguir seu curso ‘natural’. O curso ‘natural’, claramente, não é nem orgânico nem mecânico, mas institucional. Deixem-se as mesmas

instituições produzirem os mesmos resultados. E se houver necessidade de mudanças, deixem que os encarregados atuais as conduzam. A cultura dominante naturaliza as coisas.

Algo muito parecido acontece quando se trata dos direitos individuais de quem pertence a minorias estigmatizadas longamente.⁶⁴⁹ A visão tradicional, que se apropriou dos meios de controle cultural, do capital simbólico, como diz Pierre Bourdieu, pode impedir que visões alternativas se apresentem. E pode naturalizar seu ponto de vista, tratando as formas de compensação ou de equilíbrio de posições tentadas pelos grupos estigmatizados como se fosse violência a sua liberdade de expressão. Isso porque tomou como liberdade natural sua posição adquirida historicamente.

Assim, o contexto do discurso, uma vez naturalizado pela cultura, promove a as desigualdades já estabelecidas a um estado natural. Congela e estabiliza desigualdades, que começam a fazer parte daquelas coisas do mundo que não se podem mudar. E no âmbito do direito essas desigualdades consolidadas têm uma dinâmica bem curiosa: como são tomadas por circunstâncias naturais, considera-se que alterá-las consiste em ferir ‘direitos fundamentais’ para não dizer direitos naturais. Assim, homens (machos) brancos, detentores de renda ou de capital suficientes para não serem molestados pela polícia, acham que é seu direito continuar a falar com desprezo sobre e incitando à violência contra certos grupos sociais.

Desse grupo costumam sair os gerentes da situação existente, entre eles os profissionais do direito, advogados, juízes, membros do ministério público, professores de direito, para ficar no universo que mais diretamente interessa neste caso. Para eles, mudar os rumos da conversa é ferir seus direitos. “Mas não posso dizer mais isso, isso que eu sempre disse sem ser importunado?” Qualquer semelhança com o discurso dos senhores de escravos que lutavam bravamente contra todas as medidas que punham fim à escravidão não é mera

coincidência. Também eles se defendiam com argumentos dessa mesma natureza, dizendo por exemplo que haviam herdado uma instituição, que não a haviam inventado, que apenas faziam uso de seus direitos legitimamente adquiridos, que não se deveria opor a seu direito de proprietários o direito à liberdade das pessoas escravas, etc. O arsenal de argumentos não era pequeno e se hoje parece menos convincente, não o era na época.

Existe, portanto, uma aceitação do discurso, mas uma aceitação criada e mantida por quem tem acesso privilegiado aos meios de divulgação. Os meios de comunicação, os agentes do grande capital investido na indústria cultural e de entretenimento por muitos e longos anos consideravam-se no direito de fazer um uso apelativo, caricato, grosseiro e ofensivo de pessoas e personagens LGBT, ou de simplesmente os apagarem ou impedirem sua visibilidade.⁶⁵⁰ Atores e contexto precisam, pois, ser analisados para saber se realmente sustentam e fornecem aquelas condições necessárias para uma vida política civil. Essa vida pressupõe que todos os cidadãos de uma comunidade devem ser capazes de sentir-se seguros com relação a seus concidadãos, seguros para não sofrerem violências físicas nem verbais. O discurso dos meios de comunicação cultivam isso de forma republicana, democrática, compatível com a dignidade de todos?

Quando se fala de degradação do discurso público constata-se duas coisas bem diferentes. Primeiro, que se eleva à dignidade de discussão pública uma espécie de manifestação que tanto pelo estilo quanto pelo nível de seriedade e reflexão deveria estar confinada à esfera privada. Os novos meios de comunicação eletrônica e digital criaram a possibilidade de manifestar-se “em público” insultos de toda ordem como se fossem ideias dignas de reflexão. Visto que esse tipo de manifestação gera lucros para as mega-empresas que fornecem as plataformas digitais em que circulam essas ideias, existe um incentivo econômico e financeiro para que essa espécie de discurso se popularize

e cresça. Além disso, grupos políticos, com acesso a recursos milionários, passam a manipular esses meios, quer valendo-se da “monetização” de discursos emocionais (e de ódio), quer valendo-se de máquinas (robôs) que produzem, aceleram a circulação e multiplicam esses discursos. O ódio tornou-se uma indústria lucrativa.

Segundo, ocupam o lugar de reflexão e discussão apenas as ofensas e xingamentos realizados com o propósito de incitar violência e ódio. Os lingüistas ensinam que todo discurso tem uma dimensão locucionária (algo que se diz), uma dimensão ilocucionária (a forma como se diz, como por exemplo a ironia, a amargura, etc.) e uma dimensão perlocucionária (o resultado provocado pelo que se diz sobre os destinatários). Os discursos que rapidamente se monetizam e capitalizam sobre o ódio às minorias estigmatizadas têm por finalidade cultivar e incentivar esse desprezo e tratamento humilhante, o que significa desigual e desigualador, para com elas. É um discurso feito em público, mas não visa propriamente a debater, isto é, fazer pensar sobre o assunto.

A degradação do discurso público consiste, então, em aceitar, quando não em promover, que se instigue generalizadamente comportamentos de desprezo a grupos determinados de pessoas. Desprezo significa tratar esse grupo e seus membros como não merecedores da estima ou respeito alheio. Além do desprezo pode-se ter um segundo passo, que é promover ativamente o desrespeito, instigando a violência verbal ou física, de modo que esses cidadão deixam andar em segurança no meio de seus iguais. Passam a ser tratados como desiguais, como ameaça a ser banida. E isso não por causa de alguma ação de sua parte, mas por sua pertença a algum grupo identitário. No fundo, o discurso pretende impedir que esses grupos adquiram direitos iguais aos dos outros cidadãos. Ele naturaliza o desprezo e a manutenção de um grupo de cidadãos em posição de desvantagem. Não é republicano (não admite a igual dignidade), nem liberal (impede o desenvolvimento autônomo de certas pessoas).

O contexto – a estrutura social, pode-se dizer – determina o efeito e resultado desse discurso. Poderia ele ser aceitável em alguma dimensão privada? E na esfera pública? Essa a questão relevante.

Significativa é a posição do judiciário paulista a respeito dos LGBT. Em recente decisão do Tribunal de Justiça (Proc. 1026872-31/2020.8.26.0100, j. 26.04/2021, v.u.), um apresentador de programas de TV foi absolvido em processo civil no qual se pedia indenização por danos morais. Expondo a foto de uma pessoa transexual, na qual esta se apresentava como crucificada na cruz da hostilidade e do preconceito, esse indivíduo começou a proferir impropérios contra a população LGBTQIA+ em geral. Sentindo-se vítima de injúria em rede nacional, a transexual recorreu à justiça. No altar da liberdade de expressão viu o Tribunal de Justiça sacrificar seu direito pessoal a não ser insultada, e o direito de toda a população LGBT a não ser hostilizada gratuitamente. O Tribunal “pesou” uma coisa e outra, o direito de livre expressão e o direito de não ser injuriado, e concluiu que o primeiro era mais “pesado” que o segundo. Reformou a sentença de primeira instância, que havia reconhecido o caráter injurioso das palavras do réu. Com essa absolvição em mãos, o réu voltou a usar livremente seu espaço público para continuar a agredir verbalmente todos os cidadãos LGBT do país.

Onde está a degradação do discurso? A degradação está na forma de dizer em primeiro lugar e, em seguida, no que se disse. A população LGBT entra na conversa porque parece ser o alvo predileto do que já foi chamado de “o último preconceito socialmente aceito”.⁶⁵¹ Como alvo predileto do preconceito, essa população pode ser tratada como o caso exemplar do que é o preconceito, o discurso de ódio, a injúria tomada como coisa corriqueira e defensável. Vamos aos pontos.

Depois dos anos da censura do regime ditatorial, os bravos, corajosos e sérios jornalistas que se opuseram à censura – lembro aqui os nomes de Audálio Dantas e de Barbosa Lima Sobrinho, por exemplo

– foram sucedidos nas redes de televisão por uma espécie de programa que levou às tardes brasileiras um estilo de jornalismo existente antes no rádio. Na televisão esses programas tiveram algum sucesso. Navegaram na onda da liberdade de expressão e informação duramente conquistada por um jornalismo que não era apenas de xingamentos de governantes ou políticos, nem limitado a expor suspeitos detidos pela polícia.

Os jornalistas realmente visados pela ditadura eram os que investigavam e dispunham de informações fidedignas sobre os porões do regime, tanto os porões da tortura quanto dos negócios de bastidores. Jornalismo que vivia de casos escandalosos porque picantes ou de mexericos não importava, nem incomodava muito. Pelo contrário, prosperou sem ser incomodado. Minha geração lembra-se perfeitamente das manchetes escabrosas e preconceituosas dos jornais diários expostas todas as manhãs nas bancas de jornal. Nada disso era perseguido, e de certo modo andava na linha do reforço dos preconceitos socialmente aceitos e divulgados pelos grupos conservadores que apoiavam a ditadura.

Herdeiros desse jornalismo escandaloso e apelativo, nunca realmente perseguido pela ditadura, alguns construíram para si a muralha protetora do direito de expressão e informação. E o invocam de tal modo que parece não haver limites para seu discurso. Parece, à primeira vista, tratar-se de expressão de opinião. Bem, esse cobertor precisa ser discutido ou pouco melhor. Na verdade essa opinião, aparentemente coberta de maneira intransponível pelo art. 5, IX da Constituição Federal (“É livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”), talvez mereça ser analisada. Não se trata de opor abstratamente um direito à livre expressão de ideias e pensamento a um abstrato direito à imagem. Trata-se de verificar em concreto se a liberdade de exposição de ideias pode resguardar e abrigar o estímulo ao ódio e a incitação à violência contra um grupo social, historicamente

vulnerável, e em que nível.

Claro que o direito de liberdade de expressão é fundamental, mas sua própria história ajuda a discernir sua razão de ser. Ele nasce para proteger os perseguidos políticos e os que expõem ideias novas. É, portanto, um direito de oposição ao poder constituído político e religioso, nos séculos XVII, XVIII e XIX), e mais tarde ao poder econômico, um direito garantido às minorias dissidentes. Ele nasceu na controvérsia e na disputa por ideias, tanto na esfera política, quanto na cultura, na ciência e na academia. Mas em cada uma dessas situações tratava-se de discutir os objetos daquelas esferas valendo-se de argumentos, ainda que a linguagem pudesse conter termos que uma das partes considerasse ofensivos. No caso da política era perfeitamente aceitável que se discutisse o caráter dos governantes e de seus governos, que poderiam ser chamados à responsabilidade por tirania e traição do seu próprio povo. Veja-se o que disse John Milton em plena guerra civil inglesa em seu discurso de acusação do Rei, chamando-o de traidor (um crime) e exibindo as provas do que dizia.⁶⁵²

Se quisermos pensar no espaço público em que se debatem ideias e se expressam diferenças talvez valha a pena perguntar se em alguns casos estamos diante de uma manifestação de opinião ou de um simples xingamento e se esse xingamento pode ser diariamente dirigido a um grupo de cidadãos que não cometem qualquer delito e que só provocam essas reações virulentas pelo fato de existirem no meio de outros cidadãos. Se a aplicação de princípios abstratos e gerais deve ser feita segundo circunstâncias concretas, perguntemos se o discurso de ódio, gratuitamente veiculado por meio de um bem público como um canal de televisão, é realmente o que está a exigir proteção no país conhecido no mundo inteiro como aquele em que mais se cometem crimes violentos contra gays, lésbicas e transexuais.

Não faltaria, nesse caso, toda proporção e noção para o que realmente está acontecendo? Estamos realmente diante de uma

informação, quando o réu apenas repete aos gritos que tem nojo? Estamos realmente diante de um debate quando a pessoa, confortavelmente instalada no preconceito vigente, serve-se de um programa diário para ofender continuamente uma parte dos cidadãos da República? Seria acaso desnecessário levar em conta as circunstâncias concretas do caso para ‘ponderar’ no vácuo um princípio e outro?

Suponhamos que alguém tenha uma opinião muito ruim de outra pessoa, ou de outras pessoas em geral, por exemplo, a respeito de um desembargador, ou dos descendentes de italianos, ou de judeus, ou de... negros. Talvez manifeste essa opinião sem oferecer razões, nem mesmo de ordem pessoal, como, por exemplo, a de generalizar para todos os desembargadores de um tribunal, para todos os descendentes de italianos ou para todos os judeus os defeitos de caráter que sabe com certeza serem o de um deles. Imagine-se a pessoa dizendo, ou melhor gritando e babando em rede nacional, que tem nojo de judeus, ou nojo de negros, ou nojo de italianos, ou nojo de evangélicos.

Quiçá essa generalização do nojo seja feita não por razões, mas por um xingamento, do tipo “todos os desembargadores, todos os italianos, todos os judeus, todos os católicos, todos os evangélicos são...” (e o leitor completa com o xingamento que quiser). Bem, manifestar essa ideia num ambiente não público talvez não tenha relevância, uma vez que a Constituição, em particular, e o direito, em geral, dizem respeito apenas à convivência fora dos círculos dos afetos. Será um sinal de vulgaridade, que afastará pessoas mais bem formadas do convívio desse indivíduo, e os tribunais não terão o que fazer nesses casos. Proferida num ambiente público começamos a ver alguma diferença.

E é mais ou menos isso, aliás, que hoje alguns não entenderam bem quando usam suas redes sociais como se fossem mesas de bar. Quem fala nas redes sociais, está falando apenas para os seus, ou está se valendo de um espaço público? Pode falar coisas como se estivesse

entre amigos? Mas quem é amigo de centenas de seguidores? ou de um grupo frouxo de relações que de comum tem apenas o trabalho e a profissão? E quem faz uso de redes cujo propósito é exatamente angariar seguidores incontáveis e anônimos, com os quais os donos e donas da “conta” não querem ter nenhuma intimidade? Se essas pessoas falassem apenas para os seus não precisariam dos meios de divulgação que as plataformas digitais oferecem.

E quem fala em transmissão televisiva? Fala apenas para os seus, ou fala no espaço público? E se fala no espaço público, pode simplesmente xingar como se isso fosse informação ou opinião? Pode dizer que sua opinião é que “todo desembargador, italiano, judeu, católico, evangélico é uma... desgraça para a humanidade”? Que degrada a raça humana? Que deveria ser eliminado? que não deveria poder mostrar-se em público?

Creio que é disso que se trata, de distinções que precisam ser feitas para sermos capazes de não confundir uma mesa de bar ou um jantar de família com a praça pública em que somos regrada e ordeiramente chamados a debater os rumos da sociedade em que vivemos. A admissão na vida pública da espécie de discurso que se teria num boteco de esquina pode ser o começo da degradação dos termos da conversa.

Até aqui apenas uma sugestão para distinguir discursos de discursos, opiniões de xingamentos, informação de cultivo da ignorância e assim por diante. O ponto importante é ainda a situação da população LGBT e o quanto um tribunal, como o de São Paulo, ou pelo menos alguns de seus desembargadores, não é sensível ou atento ao que o ódio e o preconceito representam de deletério na vida da República.

Anos atrás, quando orientava um grupo de alunos (graduandos e pós-graduandos) da Faculdade de Direito da USP a desenvolver um trabalho de extensão universitária no Departamento Jurídico XI de agosto, alguns deles (Thales Coimbra, Pablo Lago e Arthur Prado)

conduziram uma pesquisa sobre a jurisprudência dos tribunais estaduais com relação às pessoas transexuais. Na época, acompanhávamos o andamento da ADI 4275 (mudança de nome no registro civil) para ingressarmos como *amicus curiae*. O que o levantamento mostrou foi bem interessante: de todos os tribunais brasileiros, o TJ de São Paulo era o mais restritivo na concessão de pedidos de mudança de nome quando os interessados eram transexuais: indeferia 62,5% dos casos, enquanto no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais a taxa de sucesso de pedidos semelhantes era respectivamente de 85,7%, 76,5% e 66,7%. O exato oposto do que se passava por aqui. A diferença era notável. Com esse histórico, a decisão recente do TJ-SP não chegou propriamente a surpreender.

Os números já dizem muito, mas não dizem tudo. E parte do que se pode dizer não está explicitada nas decisões: vem nas suas entrelinhas e contexto, que vale a pena analisar. A decisão do TJ toma a manifestação de rancor, ressentimento, desprezo e fobia pelos outros como parte da liberdade de expressão. Considera que expressar o desejo de que o outro seja silenciado e eliminado violentamente, com palavras e gestos nitidamente agressivos, é o mesmo que expressar uma opinião. Seria como levar a sério o fanfarrão cruel (*bully*), como se ele tivesse um direito adquirido a sua crueldade contra quem está quieto e é objeto primeiro de seu assédio verbal e moral, e em seguida da violência física.

O Tribunal admitiu como liberdade de opinião e expressão um discurso em nada semelhante a um debate. Aceitou um tipo de manifestação que inclui o que se chama de ‘racismo recreativo’⁶⁵³, para a qual não tem importância dizer certas coisas valendo-se de um canal de televisão concedido pelo poder público, isto é, pelo poder que deve zelar pela dignidade de todos os cidadãos simultaneamente.

De onde vem essa ideia que fundamenta o acórdão? Vem de

aceitar-se como natural e legítimo – apenas porque freqüente até hoje aceito predominante –, o discurso de quem sempre julgou ser seu direito tratar com desprezo, discriminação e agressão (verbal e física) grupos minoritários e subalternos. Quem até hoje fez isso com outros cidadãos (individual e coletivamente), acha que se trata de um seu direito adquirido de manifestar sua opinião e continuar a fazê-lo: percebe seus discursos racistas, xenófobos e homofóbicos como direito seu. Mas não apenas o direito de pensar assim e, na esfera de sua vida íntima e privada não entreter relações nem admitir pessoas desses grupos. Toma para si o direito de ofender publicamente. E pensa (ou finge pensar) que retirar-lhe a possibilidade dessas agressões verbais e dessa incitação à violência é um grave atentado a seu direito fundamental de ofender, zombar, humilhar e agredir os grupos historicamente vulneráveis. Quando os grupos e indivíduos objeto desses desrespeitos históricos vão buscar reconhecimento em alguns tribunal hoje, encontram ainda às vezes a resposta que o TJ de São Paulo lhes deu, ou seja, vêem essas práticas apoiadas. Como sempre existiram, quem nunca sofreu as humilhações diz que devem e podem continuar a existir.

É fácil para os neo-Squaremas de mercado, instalados em lugares na Avenida Faria Lima e nos Jardins em São Paulo, por exemplo, acharem que não há nada demais em imprecisar de modo passional – pode-se dizer “espumando de ódio” –, ou em ofender e incentivar o desprezo ativo e apaixonado contra um grupo de cidadãos, principalmente quando sentem que não pertencem a esse grupo, que são diferentes, que estão acima deles.⁶⁵⁴ Mas o fato é que uma parte da cidadania vive essa “liberdade” de uns de outra forma. No ato de convocação para um dos primeiros protestos contra os abusos de que foram historicamente os alvos preferidos, deu a público um manifesto com grande clareza: “Basta de humilhação, despotismo e escárnio [...] Chega de ser saco-de-pancada, desprezo, sarcasmo e desdém”. (apud

Quinalha, 2021, p. 81)

O princípio fundamental da vida civil, vida política em comum, no regime constitucional que fixa direitos individuais fundamentais, como o brasileiro, é que fica proibido maximizar a autonomia de uns indivíduos à custa da autonomia de outros. Isso significa que a liberdade de uns – digamos a “liberdade” de manifestar seu ódio e seu desejo de que alguma classe de indivíduos sejam desprezados, humilhados, submetidos a tortura e a tratamento degradante – não pode ser defendida, mantida ou ampliada, à custa de tirar de outros – digamos, os grupos “estigmatizados” – sua liberdade de viver sua vida em paz, sem ameaça, sem humilhações, sem desvantagens oriundas exclusivamente de sua pertença a esse grupo.⁶⁵⁵ E sem que esse grupo represente nenhuma ameaça a direitos individuais de outros cidadãos. Atenção, trata-se aqui de ameaça a direitos individuais de outras pessoas. Essas outras pessoas não podem pretender que entre seus direitos individuais estejam os de usufruir de estados de coisas ou instituições sociais quando essas instituições têm por finalidade ou por resultado estrutural (quer dizer, necessário, recorrente e permanente) a subordinação de um grupo de cidadãos, ou a exclusão de direitos fundamentais dos membros desses grupos. Pensemos no direito de transitar livre e seguramente pelas ruas da cidade, sem ter medo de ser a qualquer momento ofendido verbalmente, agredido fisicamente ou impedido de exercer qualquer atividade, como a de entrar em um restaurante, por algum outro cidadão ou por um agente público (pensemos na polícia) sem que tenha cometido nenhum ato criminoso.

É a essa insegurança e diminuição de seus direitos que os grupos estigmatizados, como os LGBT (mas também os pretos, os pobres, os indígenas e as mulheres, para ficar em alguns) são diariamente expostos. E esta insegurança decorre de fatores sociais, não de fatores naturais. Os fatores sociais que a criam, sustentam e promovem incluem o discurso de ódio e de promoção da violência. Um discurso

que por isso mesmo degrada o ambiente público e por isso mesmo impede a convivência civil e civilizada.

É uma defesa ingênua e pouco ponderada da liberdade de expressão a que confunde o discurso de ódio com a manifestação de opiniões e que há muito tempo vem sendo debatida e rejeitada. Quem, tendo passado por uma faculdade de direito, não conhece a história da República de Weimar, que permitiu à intolerância assumir as rédeas do Estado e conduzi-lo à ruína? Quem, tendo passado por uma faculdade de direito, não tomou conhecimento dos paradoxos da tolerância que, estendida aos intolerantes, termina por enterrar a sociedade tolerante e aberta?⁶⁵⁶ Quem não sabe que foi o discurso religioso ao longo da história o maior inimigo da tolerância, porque, como disse Locke, tendente a arrogar “a si e à própria seita alguma prerrogativa peculiar, disfarçada sob mostra capciosa de palavras enganadoras (...) de fato opostas ao direito civil dos homens”? (Locke, 1964, p. 51)

A decisão desse escandaloso caso da televisão paulista parece vir de Marte e não no Brasil. Não deu o devido peso, não ponderou o fato histórico do desrespeito e (Goffman, 1978) da desigualdade para com grupos determinados, que hoje não estão mais dispostos a ouvir injúrias e calúnias em silêncio. Para quem pertence a algum dos grupos visados pelo desprezo, o episódio de abuso verbal não tem graça nenhuma, nem é sem importância.

A decisão naturalizou o tratamento desrespeitoso dado reiterada e rotineiramente aos cidadãos brasileiros LGBT. O julgamento não viu nada demais em o réu falar de um crime e ligar imediatamente a origem e causa do crime à sexualidade da acusada. Que tal se a cada crime violento cometido, o réu dissesse que se tratava de crime cometido por um homossexual? Por que não associar crimes passionais envolvendo crianças – muitas vezes os filhos do casal ou de um dos membros do casal – à homossexualidade dos criminosos? E porque não começar ou terminar uma notícia a respeito de corrupção dizendo, por exemplo,

que se trata de uma prática majoritariamente cometida por heterossexuais? Quem sabe sugerindo que heterossexuais são geralmente corruptos e, portanto, seria bom que fossem eliminados?! Afinal, pode-se bem pensar – na linha vulgar e despreocupada com consequências e consistência – que uma vez que a maior parte dos corruptos ou dos homicidas são heterossexuais isso bem poderia ser a razão de seus crimes.

Nos livros de direito ensina-se que a injúria não consiste em acusar de um crime, mas simplesmente de ofender. É a vítima quem diz se sentiu-se ou não injuriada. E a vítima, nesse caso, havia na verdade dado uma verdadeira aula de teologia cristã por meio de uma performance na Parada Gay. De fato, encenou ali o sermão escatológico de Jesus (Mt 25, 31-46).⁶⁵⁷ Em troca, ela e toda a população LGBTQ, recebeu uma injúria que justamente por ser mais ampla (ou seja, por expressar racismo e transfobia explícitos contra toda uma parcela da população) pareceu (inacreditavelmente) aos julgadores que fora mais leve, mais escusável, mais protegida pela liberdade de expressão.⁶⁵⁸

Num verso famoso de sua peça *Almensor*, Heinrich Heine (1797-1856), um dos meus poetas alemães favoritos, diz: “Isso foi apenas um ensaio. Ali onde se queimam livros, acaba-se queimando gente”.⁶⁵⁹ Parafraseando, podemos dizer que isso foi apenas um ensaio, e ali onde se permite o vilipêndio de LGBTQ, permite-se no fim, a violência contra qualquer dissidente. A falta de sensibilidade de quem nunca pertenceu a um grupo desprezado e violentado pode contribuir para a degradação do espaço e do debate públicos, não para sua salvaguarda.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, B. *Comunidades imaginadas*. (D. Bottman, Trans.) São Paulo: Cia. das Letras, 2008.

BERNSTEIN, M. D. *The last acceptable prejudice: student harassment of*

gay public school teachers. Tennessee Journal of Race, Gender and Social Justice, 3(2), pp. 67-109, 2014.

CARMICHAEL Jr., J. V., & Shontz, M. L. *The last socially acceptable prejudice: gay and lesbian issues, social responsibility and coverage of these topics* in MLJS/MLS programs. 66(1), pp. 21-58, 1996.

CHOMSKY, N. *Mídia: propaganda política e manipulação*. (F. Santos, Trans.) São Paulo: Martins Fontes, 2013.

DE WAAL, F. *The age of empathy: nature's lessons for a kinder society*. New York: Random House, 2009.

DE WAAL, F. *Mama's last hug: animal emotions and what they tell us about ourselves*. New York: W. W. Norton, 2019.

GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada* (2a. ed. ed.). (M. B. Nunes, Trans.) Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

HABERMAS, J. *Between facts and norms*. (W. Rehg, Trans.) Cambridge (MA): MIT Press, 1996.

HERMAN, E. S., & Chomsky, N. *Manufacturing consent: the political economy of the mass media*. New York: Pantheon Books, 2002.

LA TORRE, M. *The German impact on fascist public law doctrine: Costantino Mortati's 'material constitution'*. In C. G. Joerges, *Darker legacies of law in Europe* (pp. 305-320). Oxford: Hart Publishing, 2003.

LOCKE, J. *Cara a respeito da tolerância*. (E. J. Ribeiro, Trans.) São Paulo: Ibrasa, 1964.

LOPES, J. R. *Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia*. In J. Green, & R. Quinalha, *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade* (pp. 273-299). São Carlos: Ed. UFSCar, 2014.

MILTON, J. *Political writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

MOREIRA, A. *Racismo recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019.

NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

POPPER, K. ([1945] 2013). *The open society and its enemies*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

QUINALHA, R. *Contra a moral e os bons costumes: a ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

RUSSON, J. *Filosofia da mente*. In M. Baur, G. W. F. Hegel: conceitos fundamentais. (J. M. Gomes de Souza Neto, Trans.). Petrópolis: Vozes, 2021.

SMITH, A. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações* (2a. ed.). (C. J. Cary, & E. L. Nogueira, Trans.) São Paulo: Abril Cultural, 1979.

TOMASELLO, M. *Becoming human: a theory of ontogeny*. Cambridge (MA): Harvard, 2019.

VAZ, H. C. *Introdução à ética filosófica 1* (7a. ed. ed.). São Paulo: Loyola, 2015.

WALZER, M. *Da tolerância*. (A. Pisetta, Trans.) São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WILLIAMS, R. R. *Hegel's ethics of recognition*. Berkeley, CA: Univ. of California Press, 1997.

Uma versão anterior desse texto foi publicada em <https://estadodarte.estadao.com.br/jrll-liberdade-expressao-tjsp/> (jornal O Estado de São Paulo, 1º de julho de 2021)

Faculdade de Direito da USP.

Em certas “indústrias reguladas” existe algo semelhante às autoridades de trânsito, na figura de autarquias que exercem poder de polícia sobre o setor econômico, como por exemplo nas telecomunicações, nos transportes públicos ou no fornecimento de energia. Mas nestes casos se explicam pela existência de um *mercado* com características especiais, por exemplo a de lidarem com algum bem público (no sentido em que os economistas falam dele).

Henrique C. de Lima Vaz, *Introdução à ética filosófica 1*, 7a. ed. (São Paulo: Loyola, 2015) esclarece adequadamente que tanto a ética quanto a moral são ciências do agir humano. Como ciências, nestes termos, dependem de regras e lógica peculiares, ou seja, de uma perspectiva que define seus pontos de partida. A política é, pois, dependente desse saber a respeito do agir humano, dirigido à *práxis social*. (p. 15)

“Nossas identidades como pessoas não são simplesmente idênticas às nossas identidades como corpos: somos corporificados em linguagem e instituições sociais, significando poder haver distinções significativas entre mim e o meu corpo, e somos informados pela nossa racionalidade autônoma (aquilo que poderíamos chamar, com propriedade, “mente”), significando poder existir distinção entre os termos definidores de nossas perspectivas finitas e estas perspectivas *per se*.” (Russon, 2021, p. 81). Assim John Russon explica a diferença entre mente e corpo em Hegel, sem cair no dualismo. Para nós o importante é que a vida da mente (da linguagem e das instituições sociais) é natural, mas não é natural da mesma forma que um organismo. Toda consciência precisa de um corpo, mas a consciência não pode se confundir com um corpo individual, na medida em que a tomada de consciência de um ser humano é mediada pela linguagem e “ao adotar uma linguagem (..) assumo uma identidade que não se limita à perspectiva limitada suportada pela minha exclusiva corporificação orgânica e linguística.” (Russon, 2021, p. 79)

John Rawls, *A theory of justice* (Oxford: Oxford University Press, 1992).

Jürgen Habermas, *Between facts and norms* – contributions to a discourse theory of law and democracy. (trad. W. Rehg) Cambridge (MA): MIT Press, 1996.

Desse assunto tratam hoje alguns biólogos, nomeadamente Frans de Waal (De Waal, *Mama's last hug: animal emotions and what they tell us about ourselves*, 2019) (De Waal, *The age of empathy: nature's lessons for a kinder society*, 2009) e Michael Tomasello (Tomasello, 2019).

Muitas dessas questões estão na base da preocupação de Noah Chomsky, *Mídia: propaganda política e manipulação*, trad. Fernando Santos (São Paulo: Martins Fontes, 2013), e Edward S. Herman e Noah Chomsky, *Manufacturing consent: the political economy of the mass media* (New York: Pantheon Books, 2002).

“As pessoas que se dedicam a um mesmo negócio raramente se encontram, mesmo que o seu interesse imediato seja a diversão, sem que de qualquer modo a conversação deixe de acabar numa espécie de conspiração contra o público, ou em alguma combinação cujo objetivo seja o de aumentar os preços.” Adam Smith, *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, 2a., trads. Conceição J. Cary e Eduardo L. Nogueira (São Paulo: Abril Cultural, 1979), p. 105.

Sobre o estigma ver o clássico de Erving Goffman (Goffman, 1978).

Sobre a censura a pessoas e personagens gays durante a ditadura ver (Quinalha, 2021, pp. 177-199), e sobre sua imagem entre os juristas ver (Lopes, 2014)

Cf. James V. Carmichael Jr. e Marilyn L. Shontz, “The last socially acceptable prejudice: gay and lesbian issues, social responsibility and coverage of these topics in MLJS/MLS programs,” 1996: 21-58; Matthew D. Bernstein, “The last acceptable prejudice: student harassment of gay public school teachers,” *Tennessee Journal of Race, Gender and Social Justice*, 2014: 67-109.

Ver tanto “The tenure of kings and magistrates” quanto especialmente “A defence of the people of England” em John Milton, *Political writings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

V. Adilson Moreira, *Racismo recreativo* (São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019).

Esse sentimento de superioridade é reconhecido historicamente por Massimo La Torre como um sinal característico do pensamento fascista: o sentimento de excepcionalidade, de exceção, de falta de limites. “A pessoa sente que não está submetida às leis porque estas se aplicam aos casos normais, mas eu sou um caso excepcional. Eu sou diferente, eu não sou como os outros, não sou igual aos outros a quem as regras se aplicam. De fato, eu sou ‘superior’, pois sou dispensado do cumprimento.” (La Torre, 2003)

Ver esse princípio em Carlos Santiago Nino. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 268.

O paradoxo é antigo e foi expresso por John Locke, *Carta a respeito da tolerância*, trad. E. J. Ribeiro (São Paulo: Ibrasa, 1964), e retomado expressamente por Karl Popper, *The open society and its enemies* (Princeton, NJ: Princeton University Press, [1945] 2013, p. 581).

Para quem não conhece a tradição cristã, só a conhece superficialmente, ou dela aproveita quiçá elementos pouco ou menos relevante, a performance não foi compreendida.

Aqui vale lembrar que a injúria, para Hegel, é o crime por excelência, porque nega reconhecimento à humanidade alheia. Cf. Robert R. Williams, *Hegel's ethics of recognition* (Berkeley, CA: Univ. of California Press, 1997, p. 105).

“*Das war ein Vorspiel nur. Dort wo man bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen.*” A frase hoje está imortalizada em placas de bronze espalhadas em diversas cidades alemãs, geralmente nas praças diante das universidades onde em 1933 os nazistas, em defesa de “sua” cultura, realizaram as queimas de livros.

INTERCULTURALIDADE EM CONSTRUÇÃO: NOVOS VENTOS SOBRE O PROTAGONISMO INDÍGENA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

JULIO JOSÉ ARAUJO JUNIOR⁶⁶⁰

*É isso aí você não pode parar
Esperar o tempo ruim vir te abraçar
Acreditar que sonhar sempre é preciso
É o que mantém os irmãos vivos*
(“A vida é desafio” – Racionais MCs)

INTRODUÇÃO

Defender a interculturalidade significa pensá-la como um projeto em construção. Afinal, a história e a presença de genocídios e violências contra os povos indígenas cobra o seu preço a cada manifestação e práticas administrativas ou judiciárias. Visões integracionistas teimam em reaparecer na mídia, nos governos e nos poderes, fazendo reviver um modelo constitucional há muito tempo superado. Ao mesmo tempo, as campanhas de solidariedade e o engajamento pela diversidade muitas vezes pecam por idealizações ou por uma visão instrumental dos povos indígenas que almeja defender outras pautas, como meio ambiente.

As generalizações e as incompreensões sobre a realidade da multiplicidade de povos e grupos étnicos tão diferentes entre si acarretam padrões de tratamento e formas de garantir direitos que são insuficientes para uma real paridade no diálogo intercultural. Por um

lado, a visão negacionista do fracionamento de identidades que compõem a sociedade brasileira – consagrada na frase de um ministro da educação acerca do incômodo com o termo “povos indígenas” – e a ideia de que os indígenas devem submeter-se às majorias acarretam manifestações integracionistas de vários graus. Por outro lado, a tentativa de estabelecer direitos especiais ou meramente ornamentais normalmente acantona os grupos em uma posição diferenciada, porém alheia ao processo político. Parece que aos indígenas só caberia discutir os destinos de seu próprio grupo – e, mesmo assim, sempre sob a égide de um interesse público abstrato hegemônico.

No presente trabalho, pretendo ressaltar aspectos da interpretação intercultural que proponho para os direitos territoriais indígenas⁶⁶¹, com o fim de sublinhar o seu caráter contínuo, que demanda permanente construção. Isso significa, em primeiro lugar, reconhecer que ainda estamos longe de garantir aos indígenas que efetivamente participem e aportem sua interpretação constitucional nas questões que lhes interessem – direta ou indiretamente. Em segundo lugar, o fato de a interpretação intercultural estar em andamento impõe medidas que ajudem a colocar tijolos nessa empreitada. A ADPF 709, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), a Resolução nº 230/2021, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e a Resolução nº 454/2022, do Conselho Nacional de Justiça, são exemplos bem-sucedidos dessa tarefa.

Na primeira parte, destaco o caráter descolonial da interculturalidade. Procuo mostrar que o reconhecimento da diferença promovido pelo multiculturalismo não é suficiente, impondo-se o estabelecimento de condições para uma efetiva afirmação indígena, as quais devem superar as feridas coloniais. Na segunda parte, aponto diretrizes para a interpretação intercultural, com ênfase nos direitos territoriais, e destaco a insuficiência dos modelos existentes e a necessidade de participação política e internalização de cosmovisões

como uma saída fundamental. Por fim, abordo a importância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 no atual cenário como um marco na interpretação constitucional junto aos espaços oficiais e realço as resoluções do CNMP e CNJ como novos ventos na atualização da compreensão constitucional desse debate.

1. A INTERCULTURALIDADE COMO UMA EMPREITADA DESCOLONIAL

De início, é fundamental demarcar o campo conceitual da interculturalidade. A expressão “interculturalidade” mostra-se mais feliz do que “multiculturalismo”, pois não se contenta em apenas reconhecer o fato das múltiplas culturas, mas também em preconizar um diálogo que reconheça as incompletudes mútuas e permita a troca entre os diferentes saberes, por meio da chamada hermenêutica diatópica⁶⁶². A visão intercultural confere ênfase ao diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um aprendizado recíproco.

O multiculturalismo enfatiza a diferença e prevê direitos de grupos que podem ser acomodados em relação à sociedade majoritária, mas, ao lidar com a realidade do estigma e da inferiorização, questiona pouco as razões desta construção do “outro”, principalmente em sociedades marcadas pelos impactos da colonização. Mesmo quando o faz, o lugar de enunciação tem um viés eurocêntrico, que dispensa pouca atenção à compreensão dos povos dominados.

A interculturalidade, sobretudo quando influenciada pelas teorias pós-colonial e descolonial, preocupa-se justamente em romper com um olhar hegemônico e desconstruir as visões do “outro” que foram consagradas em dicotomias que colocavam os povos colonizados em posições inferiores. A construção do outro do “oriente”, como mostra Edward Said⁶⁶³, e a colonialidade do poder, de que trata Aníbal

Quijano⁶⁶⁴, consagraram um discurso de inferiorização desses povos como forma de justificar a dominação.

Reconhecer as colonialidades é fundamental para repensar as estigmatizações e os essencialismos, bem como para construir diálogos interculturais que aspirem a uma igualdade de condições com os povos indígenas. Enfrentar a ferida colonial demanda ir além das políticas de acomodação e mexer nas cicatrizes de um passado de violências. A interculturalidade fortalece mecanismos mais atentos à historicidade dos conflitos sociais e aos processos políticos que embasam a etnicidade e a afirmação identitária.

Na visão eurocêntrica, o tratamento jurídico é marcado pela insistência na ideia de que as comunidades tradicionais são meros resquícios de um passado, cujas terras devem ser liberadas ao mercado, impondo um enquadramento jurídico baseado nos institutos delineados pelo direito civil clássico. O conceito de “tradicional”, porém, é muito mais dinâmico e muito mais atual do que se imagina, cabendo ao intérprete fugir dos essencialismos e analisar essa realidade em toda a sua completude. A tendência de distinguir as formas de apropriação da terra em um suposto antagonismo entre o moderno e o arcaico não atenta para o fato de que há um único processo histórico, com dois tipos de relações que dele decorrem, sendo que nenhum dos dois modelos de apropriação da terra deixa de ser parte de uma mesma trajetória.

Não se trata de grupos homogêneos, devemos sempre lembrar, e existem hierarquias e diferenciações econômicas que não permitem confundi-las com modalidades de apropriação coletiva ou com formas associativas implementadas pelos órgãos oficiais. O direito tem dificuldades em regular essas realidades, recaindo no processo de nominação⁶⁶⁵ – enquadramento que tenta explicar essas identidades heterogêneas com base em determinadas características comuns, tornando estáticos os movimentos dinâmicos – ou no essencialismo

baseado no “primitivismo” ou no tratamento atemporal⁶⁶⁶, que visa limitar a abrangência da classificação e, por conseguinte, o acesso à terra.

Não estão em jogo apenas distintas interpretações da história, mas também distintas perspectivas, que carregam princípios de conhecimento e regras do jogo próprios dentro da estrutura de poder do mundo colonial moderno. Isso permite a busca de uma genealogia do pensamento descolonial que se proponha pluriversal, e não universal, caracterizada pelo fato de que cada espaço constitui pontos de abertura que reintroduzem línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

É nesta paisagem que a interculturalidade joga um papel central, pois permite a horizontalidade no reconhecimento da pluralidade de culturas e almeja o diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um efetivo aprendizado recíproco. Só pode haver interculturalidade mediante a descolonização do ser, do saber e do poder, sob pena de os paradigmas serem construídos sob apenas uma única concepção⁶⁶⁷. Tais premissas permitem constatar as limitações do projeto do multiculturalismo ao apostar nas acomodações e no tratamento mais ornamental da diferença, muitas vezes instrumental ao próprio capitalismo e desatento à historicidade que envolveu a construção da inferiorização de grupos por meio de epistemologias, signos e símbolos.

A postura intercultural não rejeita as conquistas da modernidade. Pensar em rejeição implicaria adotar o racismo epistêmico da colonialidade. No entanto, a atribuição de novos sentidos aos textos e um compromisso ativo com a superação das feridas coloniais implicam uma relativização do alcance de institutos calcados em saberes hegemônicos. As interpretações existentes carregam pré-compreensões que se preocupam em manter um certo *status quo*, como se vê em relação ao direito de propriedade e na clássica justificação que se atém

apenas aos proprietários existentes, olvidando-se dos não proprietários. Ao desvendar a falsa neutralidade de um instituto, abre-se espaço a redefinições.

A interculturalidade tampouco dispensa a utilização dos métodos usualmente adotados para a resolução de colisões de direitos fundamentais. A definição de âmbito de proteção de direitos, a adoção do princípio da proporcionalidade e a posição preferencial *prima facie* de certos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter existencial, são construções que podem ser tranquilamente aplicadas, pois consistem em técnicas e métodos que versam sobre a aplicação de normas, e não acerca do conteúdo delas, porquanto não provocam a inferiorização ou estigmatização de grupos étnicos. Ao contrário, essas técnicas podem ser utilizadas em favor do incremento de um diálogo em igualdade de condições entre grupos, de modo a propiciar uma melhor promoção de reconhecimento e redistribuição. Nesse exercício, certos conceitos e sentidos de um texto podem ganhar novos contornos, especialmente quando disserem respeito à realidade dos povos indígenas. As ideias contidas em expressões como “bens da União”, “usufruto”, “terras indígenas”, “habitação permanente”, “tradicionalmente ocupadas”, entre outras, estão potencialmente sujeitas a uma ressignificação.

Isso não significa que os processos interpretativos devem render-se à cosmologia dos grupos, tampouco representa suplantar uma história oficial por outra. Há, contudo, uma complexidade de direitos, costumes, crenças, valores e história cuja obstrução deveria impor ônus argumentativos mais elevados. Este fenômeno é muito mais complicado do que a visão naturalizada ou primitivista pode sugerir, pois demanda a compreensão acerca do caráter dinâmico das transformações por que passaram e passam os grupos, inclusive no que se refere às suas cosmologias e redefinições, ampliando a reflexão sobre a reivindicação territorial. Diante da horizontalidade dos embates e da atualidade das reivindicações indígenas, já não se aceitam acriticamente as locuções “você não é proprietário”, “isso aqui nunca foi área indígena”, “a terra

está registrada em nome de fulano de tal” ou “a letra do código não permite outra interpretação”. A interculturalidade exige a paridade na solução dos conflitos e impõe a colocação à mesa das manifestações dos índios e de suas perspectivas nas colisões de propriedades.

A maior carga de abertura conferida à interpretação dos textos não confronta o fundamento da segurança jurídica na concepção tradicional de Estado de Direito. Ao contrário, a segurança jurídica torna-se aqui menos seletiva. O não reconhecimento de territórios tem favorecido a adoção de projetos de assimilação de diversas populações, causando desestruturação étnica, expulsões, deslocamentos forçados e mortes. Não é possível pensar em Estado de Direito, mesmo na visão dos brancos, sem pensar em uma estabilidade que garanta previsibilidade a todos os grupos que compõem a sociedade nacional, e esse objetivo só pode ser cumprido mediante a realização das tarefas de reconhecimento e redistribuição impostas pela Constituição.

A interculturalidade encara, pois, os institutos de forma mais aberta, mas não perde de vista a unidade necessária da Constituição para superar, e não normalizar, os conflitos. Ela é debitária do universalismo de confluência⁶⁶⁸ e da ecologia dos saberes⁶⁶⁹, por isso enseja o abandono de uma superioridade *a priori* da explicação hegemônica do direito para democratizar as perspectivas, com o fim de conferir igualdade a todas elas e assegurar um efetivo compromisso descolonial.

As bases da modernidade/colonialidade ainda seguem muito presentes, o que é inegável, e não legaram à humanidade apenas feridas, mas também importantes conquistas, como a democracia e os direitos fundamentais, cuja interpretação ampliativa, fruto de lutas das minorias, vem procurando há décadas corrigir os racismos e sexismos presentes na origem dos textos legais. As diversas correntes do pensamento crítico mostram como é possível avançar a partir de princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa

humana. A interpretação intercultural soma-se ao esforço dessas correntes e propõe uma prática mais radical quanto ao compromisso pela transformação. Além disso, ela contribui para a configuração do conjunto de valores básicos que formam a atual ordem constitucional, realçando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e reforçando a compreensão de que a eficácia desses direitos deve ser valorada não apenas sob o ângulo individualista, em uma relação sujeito e Estado, mas também como parâmetro para os deveres de proteção pelo último, vinculados a princípios constitucionais que transcendam uma relação singular. Nesse contexto, direitos subjetivos individuais como o de propriedade privada estão sujeitos a uma certa limitação de conteúdo e alcance.

2. AS DIRETRIZES PARA UMA INTERPRETAÇÃO INTERCULTURAL E O PROTAGONISMO INADIÁVEL DOS POVOS INDÍGENAS

No campo dos direitos territoriais indígenas, a interpretação intercultural demanda o acompanhamento de três diretrizes. A primeira diretriz impõe que todas as normas que tratam do direito de propriedade devem estar sujeitas a uma leitura que aborde os direitos territoriais indígenas, pois o art. 5º, XXII, da Constituição alberga diversas propriedades, e não apenas a propriedade privada. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Código Civil, o Código de Processo Civil e tantos outros diplomas devem ser densificados interpretativamente para colocar em cena os direitos territoriais indígenas. Essa abordagem não nega a importância de instrumentos normativos especiais, sobretudo os internacionais, que detalham a caracterização de territórios, mas procura acolher os territórios indígenas em uma interpretação evolutiva do próprio direito de propriedade.

A segunda diretriz corresponde a pensar os direitos territoriais

como um mecanismo de efetivação intercultural do princípio da igualdade, mediante uma combinação intensa de ferramentas de reconhecimento e redistribuição. Para tanto, a fronteira étnica deve ser entendida como um processo de afirmação identitária e reivindicação política, não essencializante, que demarca o “nós” em oposição ao “eles”, ainda que a linha que o define não se apresente de forma clara. Afinal, as interações não são proibidas e até são imprescindíveis, em alguns casos, para permitir a etnicidade. Além disso, os direitos territoriais indígenas não constituem mera expiação de culpa por um genocídio não admitido e prescindem de qualquer caráter instrumental à promoção de outros bens jurídicos (como meio ambiente) ou à conservação de um modo de vida para deleite de terceiros. Eles existem para garantir no presente o direito ao autodesenvolvimento da personalidade desses grupos e seus projetos de vida comunitários, viabilizando a definição da fronteira étnica, mediada pelo território.

Para assegurar tais direitos, aciona-se a historicidade, e não propriamente a história, dos conflitos. Não se trata de olhar para a histórica específica dos grupos e promover um exame meramente técnico, topográfico ou arqueológico de uma ocupação tradicional, de caráter linear, mas de identificar a trajetória que levaram os índios a afirmar-se etnicamente e reivindicar direitos no presente, distinguindo-se da sociedade nacional.

A terceira diretriz, que mais nos interessa neste artigo, sublinha que só o protagonismo indígena na condução de processos políticos pode contribuir para a resignificação dos conceitos existentes. A garantia de voz e de escuta deve ser pautada pela crítica dos arranjos existentes e pela viabilização de formas de participação ativa na definição de assuntos atinentes aos indígenas e na contribuição para a definição dos projetos interculturais. A consideração de conceitos e propostas indígenas, nos moldes do *vivir bien/buen vivir*⁶⁷⁰, são autorizadas pela Constituição e devem ser estimuladas, em constante

diálogo intercultural.

Como afirma Eric Wolf, desde cedo a escola nos ensina que o Ocidente é uma entidade independente de outras civilizações e que segue uma determinada genealogia, na qual a história se converte em um relato dos ganhadores, bons e virtuosos, sobre os perdedores. Assim, a Grécia antiga deu origem a Roma, que deu origem à Europa cristã, ao renascimento, ao iluminismo, à democracia política e à revolução industrial. A democracia produziu os Estados, de onde surgiram os direitos à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Os povos derrotados são tratados como povos sem história, relegados a um estudo de etno-história, que não se confundiria com a “verdadeira” história. No entanto, Wolf observa que, quanto mais se conhece a tal etno-história, a constatação de que a história “deles” e a “nossa história” são parte de uma mesma história se torna mais evidente. Não existe uma história indígena que é separada da história dos brancos, pois ambas são componentes de uma história comum, sendo que algumas partes desse mosaico foram suprimidas por razões políticas, econômicas ou ideológicas⁶⁷¹.

Como consequência dos processos de dominação, a história oficial reflete a história dos dominadores. Sem embargo, os processos históricos não se limitam à sucessão linear de acontecimentos escolhidos para favorecer uma versão da história. Essa heterogeneidade histórico-estrutural agrega perspectivas e trajetórias distintas. A genealogia do pensamento descolonial deve ser pluriversal e reintroduzir línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

A utopia de um diálogo intercultural pleno não pode negar que o caminho é árduo, pois demanda a desconstrução de um racismo epistêmico de mais de quinhentos anos. Por isso, a desobediência epistêmica, que propõe Catherine Walsh⁶⁷², e a consolidação de medidas afirmativas com viés transformativo, a que se refere Nancy

Fraser⁶⁷³, devem compor estratégias de luta na descolonização dos próprios direitos humanos. A alternativa da interpretação intercultural trilha por essa estrada, tentando revirar o ordenamento e ressignificá-lo de forma construtiva mesmo com o jogo em andamento.

O trajeto só será completo, porém, se contar com o protagonismo indígena. A lógica do tratamento tutelar aos povos indígenas ainda está muito arraigada na condução dos assuntos que lhes interessam. Em vários espaços, muitas deliberações que afetam decisivamente os indígenas prescindem de uma interferência decisiva desses grupos na definição dos rumos escolhidos. Em debates acadêmicos, na atuação do Ministério Público, nas decisões da Fundação Nacional do Índio (Funai) e da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), no Parlamento, no Ministério da Justiça e no Judiciário, os indígenas carecem de mecanismos institucionais de controle das decisões e não há arranjos que os coloquem no centro das esferas de poder. Em relação a processos decisórios mais amplos, que não lhes digam respeito de forma direta, a situação é ainda pior, pois a participação indígena sequer é cogitada.

O sistema de justiça é um verdadeiro exemplo, pois nele há constante denegação aos indígenas de direitos básicos, como a citação e a participação em processos judiciais – com resquícios de aplicação do regime tutelar que vigorava antes de 1988 e que ainda está presente em textos legais não recepcionados na atual ordem constitucional -, e indiferença quanto ao pluralismo que a Constituição expressamente assegurou, por meio de um indisfarçado olhar colonial, superior e indiferente. O processo judicial não costuma ser aberto à participação dos índios, que só podem se fazer representar por advogado e dificilmente são atendidos por um juiz – às vezes nem é autorizada sua entrada no fórum ou, quando admitida, são feitas exigências, como a retirada de pinturas ou a colocação de camiseta. Da mesma forma, são raras as vezes em que um julgador se dispõe a realizar uma reunião

com a comunidade ou a realizar uma inspeção judicial na terra indígena nos casos de conflitos de terras. Apesar da densidade normativa do art. 232 da Constituição, predominam as mediações – via Funai, MPF ou Defensoria – e a discussão em torno dos papéis, dos registros e das leis feitas por não-indígenas para não-indígenas, ainda que gerem impactos sobre os povos originários.

Mesmo os órgãos de mediação estabelecem uma relação distanciada com as comunidades. No Ministério Público Federal (MPF), embora tenha se consolidado uma cultura institucional de respeito a esses povos e de atuação combativa, por conta da existência da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão e de um grupo de procuradores comprometidos com a causa, em muitos momentos ainda prevalece uma relação meramente burocrática com os grupos, de apoio em situações emergenciais e de pouca interação com as demandas apresentadas, sem falar nos casos em que a atuação do órgão acaba contribuindo para a própria desagregação da comunidade⁶⁷⁴.

Esse distanciamento evidencia não apenas o fato de que a ultrapassada ideia de incapacidade civil paira sobre as pré-compreensões dos juristas, com a sobreposição do Estatuto do Índio à Constituição, mas também um distanciamento regulamentar por parte dos órgãos do sistema de justiça quanto a esta pauta, preferindo colocar a responsabilidade pelo encaminhamento de soluções à Funai, enquanto parte, deixando de fora do processo os principais interessados. Muitas vezes os índios são privados da possibilidade de estar no processo, como se deu no julgamento dos embargos de declaração no RMS 29.087/DF⁶⁷⁵ ou na ACO 3300/PR⁶⁷⁶, no STF, que denegou a participação indígena em razão da presença da FUNAI, e, quando isso acontece, lhes é relegado um papel menor, com o risco de ser obscurecido pela atuação do MPF e da FUNAI. O julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR) ratificou essa invisibilização, o que se extrai da inexistência de audiências públicas e da falta de

abertura a um diálogo intercultural com os diversos povos para discutir as chamadas salvaguardas propostas pelo Min. Menezes Direito.

A proteção jurídica efetiva desses povos depende de direitos e procedimentos judiciais e administrativos, os quais devem desempenhar um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais das comunidades. Isso não decorre apenas da característica dos processos demarcatórios, mas também pelo fato de que qualquer tipo de decisão que subestime a voz dos povos indígenas incorrerá em forte etnocentrismo. As normas procedimentais e organizacionais aumentam, portanto, a proteção aos direitos fundamentais territoriais e devem ser entendidas como parte de sua implementação⁶⁷⁷.

A criação de condições para o florescimento do protagonismo indígena é medida premente, a ser adotada em várias esferas. A participação política dos indígenas na demarcação de terras indígenas depende da capacidade de mobilização desse grupos para desnaturalizar a realidade fundiária existente e assegurar os direitos territoriais indígenas. Estes, como se viu, não dependem da ação estatal de demarcação, razão pela qual a atuação política dos indígenas contribui para romper a inércia de um Estado comprometido com a mera normalização de ilegalidades e que não se desincumbe de seu dever constitucional.

Na qualidade de atores políticos, os indígenas são também intérpretes da Constituição e buscam aliados e parceiros, inclusive não indígenas, para conduzir estratégias que façam valer os seus direitos territoriais. Em caso de omissão do Estado, a adoção de estratégias de mobilização e luta como as “retomadas” e as “autodemarcações” são plenamente legítimas como afirmação da interpretação constitucional, pois asseguram a defesa do território indígena contra investidas de terceiros e provocam a desestabilização do *status quo* na busca efetiva de soluções⁶⁷⁸. Nesse contexto, a criação de contranarrativas dinâmicas

apresenta-se de variadas formas, como a construção dos territórios com base nos próprios parâmetros dos grupos e a criação de suas próprias cartografias, em contestação às cartografias oficiais, rompendo com as perspectivas que essencializam as identidades⁶⁷⁹.

Outra via de participação dos indígenas é o acompanhamento permanente dos processos de demarcação, mediante controle da atuação administrativa e interferência nas deliberações. As demarcações, embora demandem capacidades institucionais típicas do Poder Executivo, não são processos exclusivamente técnicos ou neutros. O processo demarcatório não se resume ao estabelecimento de marcos físicos ou trabalhos de topografia, nem à suposta investigação de espaços tradicionais. Há uma tendência em naturalizar o tratamento do vínculo de determinada população a um determinado local específico, como se houvesse concepções imutáveis de territorialidade ao longo do tempo⁶⁸⁰. A configuração da terra indígena demarcada depende de muitas variáveis que precisam ser desnaturalizadas, como as legislações envolvidas, os interesses dominantes e as disposições negociais para a concretização do direito, inclusive dos próprios indígenas. A presença política efetiva dos indígenas é fundamental para que o direito territorial seja concretizado (terra indígena demarcada) de forma próxima ou igual àquela por eles almejada (terra indígena em sentido constitucional).

Isso não significa que a imprescindível participação de um grupo técnico composto por profissionais ligados a campos do saber como a antropologia e a história deve ser desvalorizada, mas sim que o protagonismo indígena é imprescindível no estabelecimento da fronteira étnica. Há um caráter sociocultural no processo de demarcação que não se confunde com uma noção tecnicista que trate de forma exclusivamente objetiva o processo demarcatório. É reducionista imaginar que uma identificação de área indígena corresponde, por exemplo, a um simples ato técnico de busca de

antigos cemitérios, como se ela se resumisse a uma procura por impressões digitais⁶⁸¹. A articulação política e os anseios dos grupos envolvidos, que devem ser os protagonistas desses processos, são fatores preponderantes.

A atividade antropológica é fundamental, pois auxilia na tradução intercultural e nas constantes negociações que envolvem a definição de uma terra indígena a ser demarcada. Não obstante, o antropólogo não substitui a comunidade, e apenas os indígenas são capazes de dizer como se configuram, em sua visão, os territórios, e as mediações devem ser vistas permanentemente de forma crítica, com vistas a minimizar a sua influência. Acresça-se que o destaque que ora se confere à complexidade dos processos envolvidos e ao protagonismo indígena não tem nada a ver com o arbítrio político que os opositores da causa indígena almejam com a proposta de transferir a atribuição para demarcações ao Poder Legislativo. Dizer que o processo demarcatório contém aspectos não tecnicistas não autoriza a sua subordinação à maioria política ocasional no Parlamento. O processo envolve capacidades institucionais próprias do Executivo e demanda uma interação no devido processo administrativo que não autoriza uma postura discricionária na decisão final⁶⁸².

Mas isso não é suficiente: a adoção de uma estrutura cerrada como a do sistema de justiça – refratária às comunidades, formal e escrita – deve ser transformada para garantir a efetiva participação das comunidades. A constituição dos arquivos⁶⁸³ deve contrapor versões e substituir os registros cartorários pela história do conflito. A manifestação indígena deve ser obrigatória, bem como a tradução intercultural, em toda e qualquer deliberação que os afetem, de modo a estimular um caráter dialógico no processo de tomada de decisões, ainda que estas não sejam exatamente coincidentes com os anseios indígenas. A estrutura dos órgãos deve dispor de arranjos plurais de organização que potencializem constantemente as interpretações

indígenas, a serem complementados por audiências e pela valorização do pluralismo jurídico.

Ao lado da participação, a internalização das diversas cosmovisões no processo interpretativo deve permear toda a compreensão sobre os direitos territoriais. Para que os territórios sejam compreendidos em sua plenitude, a apreensão das antropologias e filosofias indígenas demanda uma releitura do texto constitucional e da legislação. Os movimentos indígenas na Bolívia e no Equador obtiveram êxito na tarefa de fazer constar das Constituições um projeto político que condensou suas cosmologias. Ainda que as perspectivas indígenas não constem do texto constitucional brasileiro, novas leituras e compreensões podem ser extraídas da interpretação, a começar pelo reconhecimento de direitos territoriais, e o movimento indígena pode condensá-las politicamente em conceitos sintetizadores, como ocorreu nos países andinos.

Nessa construção, a justiça cognitiva preconiza que as explicações e pensamentos devem valorizar as memórias e as interpretações que os grupos fazem de suas trajetórias, assegurando a elaboração de uma cultura de resistência e um embate que desvende a parcialidade das instituições. A interpretação desvinculada de parâmetros correntes, como os que envolvem a propriedade e os direitos à vida e ao desenvolvimento, implicam a desnaturalização da colonialidade. Nesse ponto, o papel dos subalternos, daqueles que vêm de baixo, das margens e das fronteiras, é denunciar as desigualdades epistemológicas, por meio da provocação política de novas interpretações sobre a realidade existente.

A descolonização dos saberes por meio de conceitos que sejam representativos das concepções indígenas, nos moldes da experiência com *suma qamaña* e *sumak kawsay* e a despeito das distorções lá adotadas pelos governos e elites locais⁶⁸⁴, proporciona uma limitação à própria atividade do intérprete. Na análise das propriedades indígenas,

o intérprete – não apenas o juiz – deve considerar esses fatores e desenvolver justificativas para suas escolhas, com elevado ônus argumentativo em caso de afastamento dessas cosmovisões.

Por fim, a tradução intercultural deve oferecer aos direitos territoriais a igualdade extensiva em todos os âmbitos. Nesse sentido, conferir peso probatório idêntico à prova documental e à compreensão histórica de eventuais conflitos, buscando entendê-lo pela memória oral dos povos tradicionais e pelos laudos antropológicos, é outra internalização imprescindível.

Em suma, o protagonismo indígena deve ser materializado em várias frentes. É necessário garantir a participação dos grupos em todo e qualquer processo relacionado à implementação dos direitos territoriais, inclusive judiciais, e a internalização das cosmovisões indígenas na interpretação dos institutos e nos procedimentos. Dessa forma, há um dever de consideração dos posicionamentos indígenas para toda e qualquer decisão que os afetam, em todos os âmbitos.

3. ADPF 709 E AS RESOLUÇÕES DO CNJ E DO CNMP: PASSOS IMPORTANTES NO PROJETO INTERCULTURAL

As premissas anteriormente expostas são importantes para compreendermos o alcance da mobilização social e jurídica realizada pelos movimentos indígenas brasileiros nos últimos anos. O fortalecimento de uma organização nacional, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), e o desenvolvimento de estratégias de luta e alianças globais conferiram maior visibilidade às pautas historicamente defendidas, o que indica um processo em andamento.

Costumo dizer que os povos indígenas são o grupo social mais apegado à Constituição de 1988, pois conhece verdadeiramente os seus dizeres e empenha-se em sua defesa e na cobrança das autoridades acerca de seu cumprimento. A materialização dessas mobilizações nos

Acampamentos Terra Livre (ATLs) indica a capacidade de resistência permanente e de contestação consciente às omissões inconstitucionais perpetradas mesmo após a Constituição de 1988. Como afirma Ailton Krenak, apesar de tantas violências, os povos indígenas buscaram forças para resistir e desenharam estratégias que lhes permitiram cruzar o pesadelo de uma colonização que queria acabar com o seu mundo e chegar ao século XXI esperneando, reivindicando e desafiando o coro dos contentes⁶⁸⁵.

As diferentes aproximações e resoluções entre entidades, órgãos públicos, academia e movimentos indígenas favoreceram a assunção pelos próprios indígenas da condução dos processos políticos e jurídicos que tratem de seus próprios interesses. Com isso, o peso dos espaços de mediação vêm começando a ser redimensionados para permitir a ocupação e o fortalecimento do pleno exercício da autonomia indígena.

É necessário perceber essa movimentação para garantir o fortalecimento de alianças institucionais e não-oficiais. Afinal, os parceiros institucionais dos povos indígenas não podem ser descartados, pois exercem deveres constitucionais relacionados à defesa desses povos, conforme previsão expressa da lei fundamental, de modo que sua atuação não constitui um favor, mas sim uma função pública a ser fiscalizada e exigida. Essa cooperação mostra-se essencial em conjunturas de ataques a direitos fundamentais, como a que atualmente se vive no Brasil. Sem embargo, não se pode conferir a eles um papel definidor dos rumos da participação indígena ou do alcance de seus direitos, sob pena de reproduzirmos a lógica tutelar.

O que se pretende dizer, em linhas gerais, é que não pode haver espaço inacessível à intervenção autônoma e direta dos povos indígenas. Não se pode esperar que o MPF, a Procuradoria-Geral da República (PGR), a Defensoria Pública da União (DPU) ou até a Funai atue em seus nomes. É imprescindível que os indígenas ocupem todos

os espaços, sobretudo as esferas mais altas dos poderes, como o Congresso Nacional e a Suprema Corte.

A ADPF 709 é um exemplo bem-sucedido de intervenção. Cansados da falta de resposta das instituições e inconformados com um cenário avassalador de disseminação do coronavírus nas aldeias e comunidades, os povos indígenas resolveram dirigir o seu destino e transformar a história constitucional. A Apib agregou parceiros, como a Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e seis partidos – PSB, PT, PDT, Rede, PCdoB e PSOL – para combater a omissão do governo federal no combate à pandemia e cobrar providências quanto ao risco de genocídio de diversas etnias. A utilização direta do controle concentrado de constitucionalidade representa um marco na defesa de direitos indígenas e impõe ao sistema de justiça a necessidade de atenção e providências ante um cenário extremamente grave de omissão do Estado brasileiro na elaboração e concretização de políticas em favor desse grupo minoritário.

A ação pede ao STF que determine ao governo federal a instalação de barreiras sanitárias em mais de 30 territórios onde vivem povos indígenas em isolamento voluntário ou de recente contato, bem como a retirada de invasores das terras indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá. A ADPF pede, ainda, que a Secretaria de Saúde Indígena (Sesai) atenda a todos os indígenas, inclusive aqueles em contexto urbano ou que vivam em terras indígenas não homologadas, e requer a elaboração de um plano de enfrentamento do COVID-19 para os povos indígenas, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) com o apoio da Fundação Osvaldo Cruz e da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco).

A propositura da ação por uma organização indígena nacional tem um peso que transcende o caráter simbólico. Ela reforça a necessidade de superar uma interpretação restritiva do art. 103, IX, da Constituição, e afastar o entendimento de que entidades de classe de

âmbito nacional seriam apenas aquelas ligadas a uma categoria econômica ou profissional – em consonância com decisões como a da ADPF 527⁶⁸⁶ e da ADI 5291⁶⁸⁷.

Além disso, a ADPF torna efetivo o art. 232 da Constituição, que sublinha a legitimidade dos povos indígenas e de suas organizações para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. Com isso, a democratização do acesso à Suprema Corte viabiliza a escuta e o exercício da interpretação constitucional pelos próprios grupos minoritários e vulneráveis. Essa abertura se torna ainda mais relevante no atual cenário, em que o governo federal constantemente se vale de uma suposta vontade majoritária das urnas para atacar os direitos indígenas. Nesse contexto de omissão sistemática, a pandemia converte-se em fator detonador de riscos a genocídios e atrocidades em massa que já estavam latentes.

O desafio que se põe à Suprema Corte consiste na ampliação dos canais de participação e na permeabilidade às diversas forças sociais, sobretudo àquelas sub-representadas, para conferir densidade democrática às suas decisões e ao processo de seguimento em casos estruturais de grande impacto. Deve ser entendido, neste contexto, que a democracia não se limita às formas majoritárias de representação, alcançando também outros mecanismos de participação e deliberação, que comportem aspectos como o engajamento cívico dos cidadãos no processo de tomada de decisões, a participação direta e ativa, a construção de consensos, a atuação coletiva e a reivindicação de que o domínio político não deve se restringir às instituições formais do Estado⁶⁸⁸. Tal percepção se acentua em contextos em que a omissão inconstitucional é flagrante, como se depreende da postura do governo de Jair Bolsonaro em relação aos direitos indígenas, responsável pela destruição de diversas políticas públicas neste campo⁶⁸⁹.

As omissões inconstitucionais geram efeitos devastadores que se aprofundaram na pandemia de Covid-19. Esta representa um gatilho

capaz de disparar processos latentes, marcados pela ameaça de genocídios e violações sistemáticas. Nesse sentido, o desarranjo das medidas de proteção territorial, associado à inefetividade na construção de uma política diferenciada de atenção à saúde indígena, tornaram-se as principais ameaças.

As violações dos direitos à saúde decorrem da não observância das especificidades socioculturais desses povos e do desrespeito às suas práticas tradicionais e aos modos de organização de cada etnia. *Embora a constituição de um subsistema de saúde indígena pela Lei nº 9.638/1999 tenha sido um avanço, ele não tem sido capaz de enfrentar todos os desafios para a implementação da saúde indígena no país. O primeiro problema reside no caráter incompleto do atendimento. A premissa colonialista de que os indígenas merecedores de atendimento diferenciado seriam apenas aqueles que vivem nas aldeias (“aldeados”) desconsidera a afirmação identitária daqueles que vivem nas cidades e ignora a extrema vulnerabilidade a que estão submetidos. Na prática, os indígenas não atendidos pela Sesai sofrem a discriminação institucional nas demais áreas do SUS e não recebem qualquer tipo de atenção diferenciada que leve em conta suas peculiaridades socioculturais. Na pandemia, os casos de indígenas em contexto urbano não são devidamente computados nas estatísticas oficiais.*

Além disso, a precariedade de atendimento e a carência de profissionais, principalmente na Amazônia Legal, as dificuldades na concretização do diálogo intercultural e do respeito à medicina tradicional mostram que há ainda um longo caminho a percorrer para o efetivo respeito à Constituição. A precariedade do subsistema leva a que os índices da saúde indígena sejam piores que os da população não-indígena – como no caso de mortalidade infantil, desnutrição e diversas morbidades. Em vez de incrementar a atuação estatal, as tentativas de privatização do subsistema e a diminuição do investimento nos últimos anos têm fragilizado o atendimento, causando impactos ainda piores nas terras indígenas mais remotas.

Enquanto a política pública de saúde indígena não alcança a

efetividade necessária, as ameaças às terras indígenas não param de crescer. Tentativas de invasão das terras para viabilizar atividades ilegais como desmatamento, mineração, garimpo, extração de madeira fragilizam a proteção das comunidades e geram riscos à sobrevivência física e cultural dos grupos. Tais ameaças já eram graves no passado, porém cresceram muito nos últimos tempos, em razão do projeto inconstitucional do atual governo federal para os povos indígenas e do aumento da vulnerabilidade em decorrência da pandemia do novo coronavírus.

Para responder aos ataques e às omissões estatais, os indígenas preferiram não esperar que a erosão de diversas instituições os deixasse sem voz. O caminho escolhido foi o da luta por direitos por conta própria, articulada com os seus parceiros e apoiadores, mas sem admitir um dirigismo tutelar. A ADPF 709 representa um ponto de virada.

A medida cautelar foi concedida pelo Min. Roberto Barroso em sua maior parte e referendada por unanimidade do pleno. Determinou-se a criação de barreiras sanitárias, a instalação de uma sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento voluntário e contato recente, a retirada de invasores das terras indígenas mencionadas na ADPF e a elaboração de plano de enfrentamento e monitoramento da Covid-19. Ressaltou-se, ainda, que os serviços do subsistema de saúde indígena devem ser acessíveis a todos os indígenas que vivem em aldeias, independentemente de as terras haverem sido homologadas. Quanto aos indígenas em contexto urbano, a decisão limitou o atendimento pela Sesai apenas quando não houver disponibilidade no restante do Sistema Único de Saúde (Sus).

A decisão deixou em aberto diversos pontos, que seguem sendo discutidos por meio de diálogos institucionais, os quais contam com a participação dos indígenas e de instituições parceiras⁶⁹⁰. Por ora, é necessário ressaltar que o reconhecimento da Apib como legitimada

para o controle de constitucionalidade foi uma vitória extraordinária, pois abre uma porta fundamental para esta e outras batalhas pela efetivação dos direitos indígenas.

O referendo da decisão cautelar viabiliza um passo fundamental na construção da interculturalidade. Valendo-se das técnicas e instrumentos dos não-indígenas, os indígenas chegaram ao Supremo. Um passo tardio, mas necessário. Impõe-se, no entanto, que avancemos muito mais. Devemos internalizar cosmovisões, trazer os conceitos e filosofias indígenas para dentro dos processos. A tradução intercultural está só começando, mas deve caminhar sem retrocessos.

Paralelamente à conquista do movimento indígena no Supremo Tribunal Federal, o CNMP e o CNJ editaram resoluções que vão em direção similar, pois incorporam os termos atuais do debate e realçam o protagonismo indígena na condução de seus interesses. A Resolução CNMP nº 230/2021⁶⁹¹, que trata da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos de povos e comunidades tradicionais, e a Resolução CNJ 454/2022⁶⁹², que dispõe sobre o acesso à justiça de povos indígenas, foram construídas de forma participativa e estão alinhadas à perspectiva do diálogo intercultural como um caminho inescapável para a concretização dos direitos desses grupos.

A Resolução CNMP 230/2021 dispõe textualmente que a atuação do Ministério Público deve ser pautada pela construção de um diálogo intercultural permanente, de caráter interseccional. No art. 3º, a resolução estipula que nem o Ministério Público nem qualquer órgão do Estado deve se arvorar na condição de definidor da identidade das pessoas e comunidades, ressaltando o caráter imprescindível do respeito à autonomia dos grupos e à autoatribuição da identidade.

No art. 4º, a resolução aponta os princípios do diálogo intercultural: a informalidade, a presença física e a tradução intercultural. Note-se que termos que apareciam antes apenas no debate acadêmico agora emergem normativamente, de forma a atender

a uma lógica que possibilite o trânsito entre mundos diferentes. É necessário que as perspectivas, os modos de vida e as compreensões de mundo das populações tradicionais possam ser trazidas ao conhecimento do órgão por meio do auxílio de profissionais como intérpretes, antropólogos e representantes de outras áreas do conhecimento, observada sempre a autonomia desses grupos e a autodefinição da identidade. O Ministério Público deve estar preparado para garantir essa tradução.

No art. 5º da resolução, temos ainda a consagração do direito à participação, que tem como diretriz fundamental o respeito à consulta prévia, livre e informada prevista no art. 6º da Convenção nº 169/OIT. A resolução dispõe que a ausência de consulta prévia enseja a nulidade de processos e procedimentos, cabendo ao Ministério Público zelar pelo respeito à norma e aos protocolos de consulta estabelecidos pelos grupos. Outro fator primordial que emerge da resolução é a centralidade dos territórios, cujo reconhecimento não depende de regularização formal (art. 6º). Em tempos tão sombrios, marcados pelas tentativas de restrição de terras indígenas e outros territórios por meio de leis, interpretações judiciais ou administrativas, a resolução dá uma resposta importante. Ela fixa que o Ministério Público deve adotar as medidas necessárias para viabilizar o seu reconhecimento e garantir que a análise de suas características não esteja limitada aos regimes civis de posse e propriedade. Deve, neste caso, prevalecer uma compreensão intercultural dos direitos fundamentais envolvidos.

A intervenção obrigatória do Ministério Público em processos judiciais está destacada no art. 8º. Ela ressalta que isso não afasta a representação judicial dos grupos por eles mesmos, cuja manifestação é imprescindível, sob pena de nulidade. Essa perspectiva dialoga com a definição da legitimidade ativa da APIB na ADPF 709 e será repetida na resolução do CNJ, em uma clara rejeição à tentativa de prolongar o regime tutelar no escudo de órgãos diferentes da Funai.

A Resolução CNJ nº 454/2022 segue a mesma preocupação,

com ênfase exclusiva na matéria indígena. A norma é regida pelos seguintes princípios: autoidentificação dos povos; diálogo interétnico e intercultural; territorialidade indígena; reconhecimento da organização social e das formas próprias de resolução de conflitos; vedação da aplicação do regime tutelar; e autodeterminação dos povos indígenas, especialmente dos povos em isolamento voluntário (art. 2º).

O protagonismo indígena é reconhecido pelo CNJ ao estabelecer o diálogo interétnico e intercultural como diretriz fundamental, consistente na aproximação entre a atuação dos órgãos que integram o sistema de justiça com as diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos, inclusive por meio da adoção de rotinas e procedimentos diferenciados para atender às especificidades socioculturais desses povos (art. 5º). A resolução internaliza, assim, a interculturalidade em construção, com vistas a favorecer o protagonismo dos povos indígenas e afastar tentativas de afastar medidas que neguem seus modos de vida e suas percepções de mundo e da própria interpretação constitucional.

Prova disso está também na afirmação da territorialidade indígena e na reafirmação do seu reconhecimento independentemente de qualquer processo de demarcação, tendo em vista a diretriz constitucional e as previsões constantes do art. 13 da Convenção nº 169/OIT e do art. 25 da Lei nº 6.001/1973 (art. 6º). A vedação do regime tutelar, indicada no art. 7º, consagra a percepção da autonomia, devendo ser combinada com a afirmação de que o ingresso em juízo dos povos indígenas, suas comunidades e organizações não depende de prévia constituição como pessoa jurídica (art. 10). Além disso, a resolução destaca que a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública não retira a necessidade de manifestação do povo interessado para viabilizar a sua direta participação.

Por fim, cabe mencionar a ênfase da resolução do CNJ na necessidade da atuação antropológica (art. 14) e da realização de audiências e inspeções, privilegiando-se sempre o diálogo intercultural

nos territórios (art. 19).

CONCLUSÃO

Procurei neste trabalho mostrar como a interculturalidade, enquanto projeto em construção, demanda constantes articulações e medidas para a sua implementação, mas pressupõe uma premissa fundamental: enquanto não houver o efetivo protagonismo indígena e a garantia de que as suas cosmovisões e incidências sejam devidamente consideradas e façam parte dos processos decisórios, o diálogo intercultural estará incompleto.

Para corroborar tais afirmações, sustento que a interculturalidade só terá a devida potência se for descolonial, pois deve estar disposta a superar as feridas de um passado de violações e hierarquizações. Nesse contexto, a desobediência epistêmica é uma tarefa fundamental, por meio da qual os grupos subalternos farão incidir não só a sua participação política, mas também a própria resistência cotidiana.

A fim de efetivar as diversas frentes de participação dos povos indígenas na construção da empreitada intercultural, o campo jurídico não pode ser desprezado. Redimensionar a atuação de mediadores e parceiros institucionais, como o MPF, é imprescindível, mas não se pode abdicar das alianças por direitos. Mesmo com dificuldades e fragilidades, essas parcerias foram fundamentais até agora e continuarão sendo em um cenário de crise da democracia. O que não se pode aceitar é a recusa ou inviabilização do protagonismo indígena.

A iniciativa da ADPF 709 é uma amostra do potencial transformador da adoção de uma frente indígena junto ao Supremo Tribunal Federal. A superação de uma vetusta jurisprudência para garantir a ampliação da participação social no Judiciário é um passo importante para a interculturalidade, pois coloca em evidência os temas e os anseios dos povos indígenas, sem qualquer filtro. Muitos temas

virão, e a Corte deverá estar preparada para isso.

No mesmo sentido, as resoluções do CNJ e do CNMP têm o vigor de transformar a maneira como as relações do sistema de justiça serão estabelecidas com esses povos. Ao ter como diretrizes o diálogo intercultural, a autoidentificação e a vedação do regime tutelar, entre outras, tais resoluções afastam qualquer tentativa de negar ou diminuir o protagonismo indígena na interpretação constitucional. Afinal, elas permitem trazer para dentro dos processos as interpretações constitucionais dos próprios indígenas, os seus conceitos, suas formas de vida, suas filosofias e saberes.

Se sonhar é o que mantém os *parentes* vivos, não custa dizer: a justiça cognitiva está chegando, pronta para questionar a monocultura do saber e abrir-se a outros mundos.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. *Quilombos e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011.

_____. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-62.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

ARRUTI, José Maurício. *Mocambo: Antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru, SP: Edusc, 2006.

FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política*

contemporânea. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, Capítulo 4. Ebook.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 24 set. 2020.

FRASER, Nancy. “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Chrsitiane Wilke. New York; London: Verso, 2003.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MAMANI, Fernando Huanacuni. *Vivir bien/buen vivir: Filosofía, políticas, estratégias y experiencias*. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

MBEMBE, Achille. The power of archive and its Limits. In: HAMILTON, Carolyn et al (eds.). *Refiguring the Archive*. Cape Town: David Philip, 2002,

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012,

OLIVEIRA, João Pacheco de; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006.

QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y America

Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000.

SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17/39.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Nota Técnica: a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 23 set. 2020.

TAPAJÓS, Ib Sales. “Direitos Indígenas no Baixo Tapajós, entre o Reconhecimento e a Negação: o caso da Terra Indígena Maró”. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 1, v. 1, n.2, 2015, p. 82-117.

TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. *Teorias y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; _____. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Conveio Andres Bello, 2010, p. 75-96.

WOLF, Eric R. *A Europa e os povos sem história*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de

São Paulo, 2005.

Procurador da República, Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Especialista em Política e Sociedade (IESP/UERJ). Autor de “Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural”. Email para contato: juliojaraujo@gmail.com.

Aprofundo esta questão no meu trabalho “Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural”, fruto da minha dissertação de mestrado. Cf. ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

A hermenêutica diatópica pressupõe que os *topoi* de cada cultura são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem. A incompletude não é visível por dentro desta cultura, pois sempre tem a aspiração de totalidade. A hermenêutica diatópica busca, assim, ampliar a consciência de incompletude por meio de um diálogo intercultural. Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 448.

A obra de Said discute uma forma de produção de pensamento, favorecida pelo exercício do poder ocidental, que cria uma distinção ontológica e epistemológica entre o “Oriente” e o “Ocidente”. O primeiro é tratado como um lugar sem história ou desprovido de razão, e o oriental é visto como um ser irracional, depravado, infantil, diferente. Já o segundo é o lugar do europeu, que é considerado racional, liberal, virtuoso, maduro, normal. Said demonstra que escritores, poetas, romancistas, filósofos, teóricos políticos e administradores imperiais aceitaram tal distinção básica como ponto de partida para teorias, romances e relatos políticos sobre o Oriente, seus povos, costumes, “mentalidade” e destino, com influências que perduram até hoje. SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition. Cap. 1.

Segundo Aníbal Quijano, pode-se falar em três colonialidades: do poder, do saber e do ser. A colonialidade do poder consiste em um padrão de poder, gerado pela colonização, que naturalizou as diferenças e permitiu a distinção entre pessoas com base na ideia de raça. A colonialidade do ser importa a inferiorização de certos seres humanos, como negros e indígenas, ao passo que a colonialidade do saber pressupõe a superioridade da forma eurocêntrica de compreender o mundo. QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000.

Cf. ARRUTI, José Maurício. *Mocambo: Antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru, SP: Edusc, 2006, p. 51-52.

As chamadas comunidades remanescentes de quilombos ainda hoje seguem sujeitas, em boa parte dos casos, a um tratamento jurídico que busca identificar os requisitos da classificação feita pelo Conselho Ultramarino, em 1740, segundo a qual quilombo seria “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões neles”. É como se a leitura da Constituição, que se propõe transformadora e de garantia de direitos territoriais, devesse ser feita à luz da legislação escravocrata. Para uma leitura crítica do conceito de “quilombos”, veja-se: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. *Quilombos e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 56-88.

A reivindicação de identidades negadas é uma parte fundamental da descolonização do ser, ancorada na não indiferença, e a descolonialidade é a prática na qual todos os grupos buscam relacionar-se de forma não condescendente entre si e militantemente em favor dos mais marginalizados, despossuídos e desumanizados na busca por justiça e “vivir bien”. TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser

y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 206.

Existe uma constante preocupação nos debates referentes ao multiculturalismo com os supostos perigos culturais oriundos dos diferentes, deixando-se de olhar para os efeitos da miséria e da marginalização. Como alerta Joaquín Herrera Flores, esta tendência decorre de um universalismo de partida que implica um pré-juízo em torno do qual toda a realidade deve adaptar-se. Ao mesmo tempo, uma visão localista ou relativista afunda-se em uma pluralidade de participações e promove um universalismo de retas paralelas, que se fecha sobre si mesmo. Em oposição a esses dois caminhos, Flores propõe um universalismo de chegada ou de confluência, que deve ser alcançado após (e não antes de) um processo conflitivo e discursivo de diálogo, por meio do qual as propostas se entrecruzam, e não se superpõem. Este universalismo deve estar preocupado com restrições internas, mas também com proteções externas. Cf. FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 25 set. 2020.

Boaventura de Sousa Santos põe em evidência as epistemologias do sul, com apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Um “Sul” simbólico dos oprimidos, não geográfico, que consiste em uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em nível global e também da resistência para superá-lo ou minimizá-lo, com uma compreensão mais ampla de mundo que a ocidental, que leve em consideração a

diversidade infinita dos modos distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos, de olhar para o passado e o futuro, de organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços e o ócio. Constitui, assim, não uma alternativa, mas um pensamento alternativo de alternativas, com ênfase na desmonumentalização do conhecimento e em uma sociologia que não seja de ausências, mas de emergências. Os dois fundamentos centrais das epistemologias do sul são a ecologia de saberes e a tradução intercultural. A ecologia de saberes decorre da diversidade epistemológica e pressupõe múltiplas concepções de ser e estar no mundo. Já a tradução intercultural vincula-se a um procedimento que permita criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17/39.

A Constituição do Equador internalizou conceitos que sintetizam cosmovisões indígenas, por meio do conceito de *buen vivir* ou *sumak kawsay*, na língua quechua. Ele demanda que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozem efetivamente de seus direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza (art. 275). Repetindo a experiência equatoriana, a ideia de *vivir bien* ou *suma qamaña* está prevista no art. 313 da Constituição boliviana, e estabelece propósitos para que esta filosofia seja alcançada, o que abrange o respeito a direitos individuais e dos povos, a distribuição justa da riqueza, a redução das desigualdades quanto ao acesso a recursos, o desenvolvimento produtivo e a participação ativa das economias pública e comunitária no aparato produtivo. Este conceito (*buen vivir/vivir bien*) compreende a síntese da cosmologia de diversos povos. Assim, por exemplo, a “vida em plenitude” dos Aymara pressupõe viver em harmonia com a Mãe-Terra e com o Pai-Cosmos, pois toda forma de existência é importante, sendo essencial a espiritualidade e a

valorização das práticas comunitárias. Da mesma forma, para os quéchua, a ideia compreende seguir os ritmos da natureza e os rituais à pachamama. Para os Guarani, o termo *Teko Kavi*, que significa *vida boa*, implica respeitar a vida e o caráter espiritual de toda ação, que não é apenas humana, devendo-se respeitar a natureza e os ancestrais. No idioma Mapuche, o termo é “Küme Mongen” e designa uma relação baseada no princípio do equilíbrio, interior e exterior, de cada pessoa com tudo o que existe. E isso vale para muitos outros povos, como os muíscas, os Emberá, os Wayúu, os Cheyene (cujo território está nos Estados Unidos), entre outros. Sobre o tema, veja-se: MAMANI, Fernando Huanacuni. *Vivir bien/buen vivir: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias*. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

WOLF, Eric R. *A Europa e os povos sem história*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 43.

Catherine Walsh faz o alerta quanto à distinção entre uma interculturalidade crítica e uma interculturalidade meramente funcional: enquanto esta parte dos interesses e necessidades das instituições sociais dominantes, aquela enfatiza o problema do poder, seu padrão de racialização e diferença, representando uma construção a partir das pessoas que sofreram um histórico de submissão. Cf. WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; _____. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Conveio Andres Bello, 2010, p. 75-96. Um aspecto ressaltado pela autora diz respeito às reformas no âmbito da educação que, sob o pretexto de fortalecer o caráter multicultural da sociedade, reforça estereótipos e colonialismos: “Este problema se puede observar, entre otros ámbitos, en la producción de textos escolares, la formación de maestros y los currículos usados en las escuelas. Bajo el pretexto de la “interculturalidad”, las editoriales de libros escolares asumen una política de representación que, mientras incorpora imágenes de

indígenas y negros, refuerza estereotipos y procesos coloniales de racialización (Granda, 2004)”.

Para enfrentar o dilema redistribuição-reconhecimento, Fraser propõe um critério normativo: a paridade de participação, que permite avaliar a legitimidade de demandas identitárias. Existem duas condições para a paridade de participação: a) a distribuição dos recursos materiais deve assegurar aos participantes independência e voz; b) os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade e garantir oportunidades iguais para conquistarem a estima social. Além do critério da paridade de participação, Nancy Fraser propõe remédios “afirmativos” e remédios “transformativos”. Os remédios “afirmativos” não promovem alterações estruturais, mas geram alguns resultados, ao passo que os “transformativos” buscam subverter as estruturas econômicas e sociais que os engendram. Exemplo: combate à miséria (afirmativo) e socialismo (transformativo), valorização da identidade (afirmativo) e extinção das diferenças entre heterossexuais e homossexuais (transformativo). Fraser valoriza medidas transformativas, mas reconhece as dificuldades de implementá-las, por isso preconiza que, para cada medida, seja avaliado se a adoção de um remédio afirmativo pode ter um impacto capaz de influir, no futuro, em uma medida transformativa, o que ela caracteriza como “reformismo sem reforma”. Cf. FRASER, Nancy. “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Chrsitiane Wilke. New York; London: Verso, 2003, p. 25 e seguintes.

Nesse sentido, veja-se: Carta Capital. Indígenas de São Paulo são acossados por todos os lados. Marsílea Gombata, publicado em 30/08/2016.

Disponível em
<<http://www.cartacapital.com.br/revista/916/indigenas-de-sao-paulo-acossados-por-todos-os-lados>> Acesso em 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No RMS 29.087/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 08.03.2016.

Esta ação cuida da reparação ao povo Ava-Guarani por conta dos danos causados pela empresa binacional Itaipu quando da construção da usina no Paraná. Após a propositura da ação pela Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, o seu sucessor, Augusto Aras, manifestou-se pela extinção do processo, com vistas a obter mais provas. O relator do caso, Min. Alexandre de Moraes, acolheu o pedido. Os indígenas recorreram, mas tiveram negada a oportunidade de levar a diante a demanda. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ACO 3300/PR, decisão do Min. Alexandre de Moraes.

Sobre o tema, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488-490.

Por exemplo, na Terra Indígena Maró, no Pará, diante da omissão do órgão indigenista, os Borari e Arapium deram início a um movimento autônomo de delimitação territorial, com base na lógica das próprias comunidades. Foi elaborado um mapa participativo, indicando uma área de 42 mil hectares. Sobre o tema, veja-se: TAPAJÓS, Ib Sales. “Direitos Indígenas no Baixo Tapajós, entre o Reconhecimento e a Negação: o caso da Terra Indígena Maró”. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 1, v. 1, n.2, 2015, p. 94-95.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-62.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 369.

Id; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: _____ (comp).

Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 57.

Colocar a garantia territorial das minorias étnicas no Congresso Nacional representaria o mesmo que esvaziar o núcleo essencial do art. 231 da Constituição. Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: *a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 23 set. 2020.

No que se refere à constituição dos arquivos, cabe fazer menção a Achille Mbembe, para quem a história nacional tenta impor que há uma única nação e uma única história, ao mesmo tempo em que aos silenciados e vítimas de segredo restam o folclore e a cultura para atenuar o ato original de violência. A “história que a história não conta”, como diz o samba da Mangueira em 2019, deve ser aqui e agora. Cf. MBEMBE, Achille. The power of archive and its Limits. In: HAMILTON, Carolyn et al (eds.). *Refiguring the Archive*. Cape Town: David Philip, 2002, p. 24.

Em outro trabalho, abordei com mais vagar o novo constitucionalismo latino-americano. Por ora, cabe destacar que vejo nas Constituições da Bolívia e do Equador uma busca por um viés descolonizador nos textos constitucionais, de forma a efetivar a interculturalidade como um projeto que contesta os males do capitalismo, sobretudo aos diversos povos que compõem suas sociedades. Há um forte apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Suas construções podem inspirar a interpretação de institutos em outros

ordenamentos, independentemente da previsão constitucional expressa, porquanto são fruto do pensamento indígena, antes invisibilizado e agora valorizado no marco da interculturalidade. Esses projetos não encontram, porém, plena ressonância na sociedade e nos governos, estando sujeitos a constantes disputas e apropriações, sobretudo em razão de interesses econômicos divergentes. As resistências dos governos boliviano e equatoriano em abandonar o modelo extrativista e desenvolvimentista demonstram como a mera inserção das cosmovisões indígenas ou a enunciação de posturas não capitalistas são insuficientes para promover as transformações sociais, mostrando-se necessário um constante embate sobre o amplo alcance de conceitos como *vivir bien/buen vivir*, Pachamama e até mesmo as concepções de plurinacionalidade e interculturalidade. As reações interpretativas das cortes constitucionais dos países, a mitigação e a manipulação das cosmovisões indígenas para uma ideia de bem-estar e a regulamentação limitadora da posição de povos tradicionais no debate nacional demandam uma reação similar àquela que não aceita as mudanças superficiais das políticas de diferença, a qual exige um processo contínuo de interpretação e disputa política dos conceitos constitucionais. Essas disputas são mais importantes para a efetivação da interculturalidade do que a própria alteração de textos. Considerando os ciclos pluriculturais no constitucionalismo da região, textos de ciclos anteriores ao do novo constitucionalismo latino-americano contêm bases para permitir aportes pluralistas e interculturais em diversos temas, mediante uma interpretação que contemple o reconhecimento de cosmovisões e formas de organização em igualdade de condições. Cf. ARAUJO JUNIOR, Julio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 99-104.

Cf. KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 28.

Na ADPF 527, o Min. Luis Roberto Barroso reconheceu a legitimidade

ativa da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, sob o entendimento de que a entidade de classe de âmbito nacional, a que alude o art. 103, IX, da Constituição, deve abranger a defesa de grupos vulneráveis ou minoritários. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 527, Dec. Min. Roberto Barroso, DJ 01/07/2019.

Na ADI 5129, o Min. Marco Aurélio de Mello reconheceu a legitimidade do Instituto de Defesa do Consumidor – IDECON, sob o fundamento de que é necessário ampliar o conceito de entidade de classe de âmbito nacional para assegurar “a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 5129, Dec. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/2015.

FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, Capítulo 4. Ebook.

Desde a posse do governo Bolsonaro, o Poder Executivo dedicou-se a cumprir a promessa inconstitucional e discriminatória de não demarcar um centímetro de terra indígena, por meio da desestruturação de políticas e da condução de um projeto integracionista para esses povos. A começar por discursos, tuítes e falas, o Presidente da República tem defendido um projeto integracionista para os povos indígenas, que busque tirá-los da “pré-história” e torná-los seres humanos “iguais a nós”. As menções são públicas e expressas, sempre com uma visão parcial a respeito do papel do Estado e uma indicação de favorecimento a certos grupos em detrimento dos povos indígenas e do meio ambiente.

Nesses diálogos, o entendimento não é fácil, uma vez que o Executivo apresenta uma concepção claramente inconstitucional e inferiorizante sobre os povos indígenas. Não tratarei dessa matéria neste artigo, pois ela demandaria um exame mais detalhado. Por ora, é importante dizer que a decisão proferida na ADPF 709 carece, no aspecto material, de meios de efetividade para estancar o cenário de violações narrado na ação.

Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 230, de 8 de

junho de 2021. Disponível em:
<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-230-2021.pdf>> Acesso em 12 mai. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022.
Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-resolucao-cnj-acesso-judiciario.pdf>> Acesso em 12 mai. 2022.

A LUTA POR DIREITOS EM CONTEXTO DE DESIGUALDADE: MOVIMENTO E RESISTÊNCIA INDÍGENA NO CONTEXTO PANDÊMICO BRASILEIRO

LUIZ ELOY TERENA⁶⁹³

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A luta dos povos indígenas não pode ser vista de maneira desconectada das questões políticas, econômicas e sociais que afetam o país. Não há dúvida de que o fundamento jurídico da proteção aos territórios indígenas e demais direitos sociais irradia da identidade étnica, configurando direitos identitários, consagrados na Constituição Federal (artigo 231). No entanto, temos observado que os desafios postos para a efetivação dessa proteção constitucional⁶⁹⁴ e seus entraves estão justamente no conflito com os interesses políticos e econômicos que recaem sobre tais territórios.

Vivenciamos um contexto extremamente adverso aos povos indígenas, no que tange a implementação da política indigenista, marcado especialmente pela conduta autoritária e colonial da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que vem atuando na contramão dos direitos e interesses dos povos indígenas, não promovendo a proteção territorial, facilitando a exploração dos territórios, perseguindo e criminalizando lideranças indígenas e abandonando a defesa judicial de comunidades indígenas, entre outros⁶⁹⁵. Em grande medida, problemas estruturais que afetam os territórios indígenas recrudesceram nos últimos anos, aliados à postura da atual gestão do presidente Jair Bolsonaro, o qual desde o início adotou medidas que privilegiaram o

mercado e o agronegócio em detrimento dos direitos indígenas e da proteção ao meio ambiente. Em nome de um suposto desenvolvimento, tem-se incentivado a exploração nos territórios indígenas⁶⁹⁶, fato que está intimamente relacionado ao aumento das invasões, atividades ilegais de garimpo, aumento do desmatamento, queimadas ilegais e grilagem de terra pública.

Aliado a isto, deve-se levar em consideração a pandemia da Covid-19, que afetou imensamente as comunidades indígenas e expôs as vulnerabilidades do subsistema de atenção à saúde indígena, os aspectos estruturais da falta de demarcação dos territórios tradicionais e a negação ao direitos identitários dos povos originários, não só no campo do direito territorial (tendo como exemplo o marco temporal), mas também, no que tange aos direitos sociais (acesso à saúde, educação escolar indígena, assistência social, dentre outros) e aos direitos e garantias fundamentais dos indígenas presos e processados.

Em tempos tão difíceis que marcaram a humanidade, os povos indígenas demonstraram profunda capacidade de articulação e trânsito entre práticas e saberes. É a partir deste pressuposto que queremos chamar atenção para alguns elementos iniciais: a) a capacidade do movimento indígena brasileiro de se articular e se reinventar frente ao contexto e às estruturas opressoras; b) o formato de incidência a partir da prática da advocacia indígena; c) a eleição de casos para litigar estrategicamente perante o Supremo Tribunal Federal; e, d) a busca constante de diálogo entre os anseios do movimento indígenas e a academia.

A capacidade do movimento indígena de se reinventar e se apropriar de novos signos e instrumentos para fazer frente às violações de direitos de povos e comunidades tem sido objeto de reflexão no campo da antropologia e da ciência política. Citam-se expressamente os trabalhos de Pacheco de Oliveira (1988), Bicalho (2010), Oliveira (2010), Ferreira (2013, 2018) e Verdum & Paula (2020). Também

confere-se atenção especial para trabalhos produzidos por pesquisadores indígenas: Gersem Baniwa (2007), Tonico Benites (2014) e Eloy Terena (2019).

Quando se aborda o movimento indígena é comum tomar como marco o movimento ocorrido nos idos da década de 70 e 80. Embora seja inegável a mobilização indígena e os avanços conquistados nesta situação histórica, costumo chamar atenção para a necessidade de frisar que o movimento indígena brasileiro nasceu desde o primeiro momento em que um líder indígena fez oposição ao processo colonial, ainda no período da Coroa Portuguesa. De lá para cá, em cada situação histórica⁶⁹⁷ houveram variadas formas de resistência indígena, cada qual com seus agentes políticos, agendas e estratégias próprias.

Nesta reflexão incipiente, faz sentido tomar como ponto de análise o movimento indígena pós-constituente de 1988. As configurações da mobilização indígena pós União das Nações Indígenas (UNI), passando pelo Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB), até o formato atual de Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pode ser objeto de estudo próprio, que não se comporta neste ensaio curto⁶⁹⁸. Entretanto, é perceptível que a forma de organização indígena vem se reinventando e se apropriando de vários símbolos e instrumentos. Isto ficou visível no ano de 2020 e 2021, quando o mundo foi assolado pela pandemia de Covid-19.

Em outro trabalho (ELOY AMADO; RIBEIRO, 2020), fez-se um sobrevoo sobre as primeiras ações engendradas pela APIB no início da pandemia. Enquanto muitos duvidavam da violência viral, situação agravada pela postura negacionista do governo brasileiro, a coordenação executiva da APIB decidiu suspender o Acampamento Terra Livre (ATL)⁶⁹⁹, como forma de resguardar suas lideranças, convocando sua realização para um novo formato – o *on line*. Este fato por si só já é contra hegemônico, tendo em vista que está no auge a

discussão sobre o direito à identidade cultural. Ver indígenas com celulares, ocupando as redes sociais e até mesmo usando tênis *nike*, por incrível que pareça, ainda é objeto de discussão capaz de colocar em xeque a identidade étnica de pessoas indígenas no Brasil. Além de realizar o ATL on line, as lideranças organizaram a *Assembleia Nacional da Resistência Indígena*⁷⁰⁰, que reuniu lideranças de diversos lugares do país, autoridades estatais e pesquisadores de vários centros de pesquisa. Com o avanço do vírus nas comunidades, as incidências indígenas foram difusas, desde o contexto local frente às prefeituras, até globais, nos organismos internacionais, abordando dimensões políticas, judiciais, administrativas e junto à sociedade civil.

Dentre as inovações perpetradas pelo movimento indígena destaca-se a prática da advocacia indígena. Refletir sobre esta categoria analítica requer um espaço maior e não é um objetivo final deste texto, mas tal dimensão de atuação deve ser levada em consideração neste momento atual em que os povos indígenas demandam cada vez mais o direito de participação. Falar da advocacia indígena nos remete a analisar o processo de chegada dos indígenas no ensino superior, extremamente relacionada à decisão política das lideranças de enviar seus jovens para as universidades⁷⁰¹.

As lideranças indígenas foram visionárias ao estabelecer a “luta com a caneta, não mais apenas com o arco e flecha”. O trabalho da pesquisadora indígena Simone Eloy Amado (2018), nos ajuda a entender essa dimensão a partir da experiência do Mato Grosso do Sul. Atualmente existe um número considerável de advogados e advogadas indígenas que estão atuando nos departamentos jurídicos da APIB, COIAB, APOINME, Conselho Terena e outras organizações indígenas de base. A prática da advocacia indígena é executada de forma alinhada com as orientações das lideranças indígenas. Tais orientações podem ser de ordem política e até mesmo espiritual, por meio dos ancestrais. O local vai desde o chão batido da aldeia ou retomada, até os mais

variados tribunais. Nem sempre são compatíveis com os procedimentos positivistas da ciência jurídica ou da ortodoxia dos tribunais. Por isso, em muitos aspectos, a prática se aperfeiçoa como método contra hegemônico e seu sentido só é perceptível ao final, quando os encantados proclamam a vitória indígena, nem sempre bem compreensível pela tradicional prática jurídica⁷⁰².

A eleição de casos estratégicos está relacionada à advocacia indígena e às formas de atuação do movimento indígena. Pensar a litigância estratégica é levar em consideração vários fatores que indicam o sucesso da demanda judicial proposta. No contexto em questão neste trabalho, a situação de agravamento da crise sanitária e as sondagens feitas junto a especialistas que observam os Tribunais foram decisivas para eleger e construir o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, proposta pela APIB no Supremo Tribunal Federal (STF). Além de pensar o litígio em termos jurídicos e políticos, foi necessário adentrar outros campos de conhecimento, notadamente o da saúde coletiva, prestação de assistência à saúde indígena, proteção territorial, monitoramento ambiental e aspectos específicos referente aos povos indígenas isolados e de recente contato. Na mesma senda, podemos falar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6622, proposta pela APIB no STF, questionando dispositivo da Lei n.14.021/21⁷⁰³ que permitiu a presença de missões religiosas em terras com presença de povos isolados e de recente contato⁷⁰⁴.

Ademais, aliado a tudo isso encontra-se a capacidade de transitar entre os anseios do movimento indígena e a academia. Os saberes produzidos pelos cientistas, aliado à estratégia política e tradicional, servem de base para a incidência do movimento indígena. A prática da pesquisa-ação nesta situação é preponderante, haja vista a constante reivindicação para que os cientistas deixem suas torres de marfim e conectem o conhecimento à prática social. Este aspecto tem mão

dupla, pois exige, de igual modo, por parte dos indígenas, a disposição para transitar entre os saberes tradicionais e os saberes que estão sendo produzidos intra muro das universidades.

2. CONJUNTURA DA POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA

O principal aspecto que marca a atual conjuntura da política indigenista brasileira é o contínuo processo de violação aos direitos dos povos indígenas. A questão indígena está na agenda política e econômica do país. Em fevereiro de 2021, com a eleição dos novos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Governo Federal, sob gestão do presidente Jair Bolsonaro, apresentou novo pacote de pautas prioritárias para serem aprovadas⁷⁰⁵. Dentre elas, inclui-se o Projeto de Lei nº 191/20, o qual basicamente trata de priorizar, em plena pandemia, a abertura das terras indígenas à exploração minerária.

O problema da mineração e do garimpo em terras indígenas (que traz consigo toda sorte de mazelas, como poluição ambiental e violência) já existe, mesmo sem a sua regulamentação em lei. A despeito disso, o presidente Jair Bolsonaro insiste em buscar essa autorização legislativa, subvertendo a hierarquia de valores inscrita no direito constitucional brasileiro e no direito internacional. Com tal prioridade em sua agenda econômica, desconsiderando as manifestações de vontade dos povos afetados⁷⁰⁶, constrói-se o quadro dos direitos indígenas como entraves à prosperidade econômica dos brasileiros, jogando a sociedade brasileira contra os povos indígenas e fornecendo um claro estímulo institucional à invasão de suas terras, o que tem por consequência o acirramento dos conflitos.

Um exemplo disso é que, no dia 25 de março de 2021, a Associação de Mulheres Munduruku Wakoborun, no município de Jacareacanga, no Pará⁷⁰⁷, foi alvo de ataque perpetrado por

garimpeiros e seus aliados, tendo sua sede depredada e incendiada. Há a invasão massiva de garimpeiros ilegais na Terra Indígena (TI) Yanomami, alcançando cifras assustadoras de mais de 20 mil garimpeiros, com devastação de uma área equivalente ao tamanho de 500 campos de futebol⁷⁰⁸.

A destruição de biomas, a invasão de terras indígenas e a sua contaminação do solo e de rios são implementadas, sobretudo, como um projeto de eliminação dos povos indígenas. Trata-se de um projeto comum aos governos populistas nacionalistas, os quais impõem uma visão excludente e homogênea sobre quem deve ser considerado “povo brasileiro”. Quem não o for deve ser eliminado ou destruído⁷⁰⁹. Neste sentido, por mais de uma vez o presidente Jair Bolsonaro disse que povos indígenas só teriam direitos se fossem “assimilados”, ou seja, se tivessem sua identidade indígena destruída⁷¹⁰.

Outra ilustração dessa pretensão é que, na contramão do debate internacional, a Fundação Nacional do Índio (Funai) publicou a Resolução nº 4/2021, que objetiva “definir novos critérios específicos de heteroidentificação que serão observados pela FUNAI, visando aprimorar a proteção dos povos e indivíduos indígenas, para execução de políticas públicas”. A definição de novos critérios específicos de heteroidentificação pretendida pela Funai contraria o pluralismo e os direitos inscritos tanto na Constituição brasileira quanto em tratados internacionais de direitos humanos, além de abrir espaço para o Estado brasileiro, chefiado pelo presidente Jair Bolsonaro, desaparecer com os povos indígenas sob a unidade homogênea almejada em sua retórica populista nacionalista. Por isso, a APIB reagiu⁷¹¹ e a resolução foi suspensa por força de decisão do STF.

No âmbito da questão ambiental, o governo federal emitiu a Instrução Normativa Conjunta n.1/2021, pela Funai e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)⁷¹². Seu conteúdo “dispõe sobre procedimentos a serem

adotados durante o processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades localizados ou desenvolvidos no interior de Terras Indígenas cujo empreendedor seja organizações indígenas”. Trata-se da possibilidade de exploração do agronegócio dentro das terras indígenas, visando fragilizar a proteção ambiental e abrir espaço para que não indígenas venham a explorar atividades de interesse econômico no interior desses territórios⁷¹³.

Nos meses de junho e julho, a base aliada do presidente Jair Bolsonaro no legislativo começou a analisar o PL 490/2007, que busca alterar as regras de demarcação de terras indígenas, adotando como parâmetro legislativo a tese do marco temporal, segundo a qual deixa-se de reconhecer terras indígenas não ocupadas por povos indígenas no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal vigente, proibindo a ampliação de terras indígenas já demarcadas, flexibilizando as possibilidades de contato de indígenas isolados ou de contato recente e permitindo a exploração de terras indígenas por garimpeiros⁷¹⁴. A APIB promoveu protestos contra a votação do PL 490/2007 e os povos indígenas foram reprimidos com violência pela polícia em Brasília.

Existe tamanha promiscuidade do governo federal com interesses econômicos favorecidos, manejados e articulados com a política anti-indígena de Jair Bolsonaro, a ponto de o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, ter sido denunciado criminalmente por facilitar a comercialização de madeira ilegal, fruto de desmatamento e invasões a terras indígenas. Como todo membro do governo de Jair Bolsonaro, Ricardo Salles também serviu à política anti-indígena. Renunciou ao cargo em 23 de junho de 2021 e a imprensa internacional repercutiu seus crimes ambientais.

A política anti-indígena do Presidente Jair Bolsonaro segue seu curso. Jair Bolsonaro, que prometeu “*não demarcar nenhum centímetro de terra indígena e quilombola*”, tem feito a defesa da tese de que os povos

indígenas, para terem suas terras preservadas e demarcadas, deveriam estar em ocupação da mesma em 5 de outubro de 1988, data de promulgação da constituição brasileira (chamada de tese do “marco temporal”). Tal exigência probatória para a proteção de terras indígenas teria duas principais consequências: a legitimação de invasores violentos que haviam deslocado de forma forçada os povos indígenas durante anos de assimilacionismo de Estado; e a impossibilidade de provar posse em um dia específico há 33 anos atrás. O impacto da admissão da tese do marco temporal, uma interpretação inconstitucional, é a inviabilização da demarcação de centenas de terras indígenas originariamente atribuídas ao usufruto de seus respectivos povos de ocupação tradicional.

O Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas, Francisco Cali Tzay, já realizou apelo para que o Supremo Tribunal Federal rejeite a tese do marco temporal. Segundo Tzay, trata-se de *“argumento legal promovido por agentes comerciais com o fim de explorar recursos naturais em terras tradicionais”*. Ainda, o relator afirmou temer que uma decisão favorável ao marco temporal legitime a violência contra os povos originários e aumente os conflitos na Floresta Amazônica⁷¹⁵.

A referida tese está em análise na corte constitucional brasileira e foi pautada para julgamento no Supremo Tribunal Federal. Desde a publicação da pauta e durante o julgamento, que durou entre 26 de agosto de 2021 e 15 de setembro de 2021, o presidente Jair Bolsonaro fez pressão e ameaças aos povos indígenas e à Suprema Corte, sugerindo que não cumpriria a decisão caso a mesma fosse favorável aos indígenas.

Em entrevista dada a uma emissora de rádio, em 4 de agosto de 2021, o Presidente Jair Bolsonaro disse:

“Por que o campo está feliz com a gente? Nós não

marcamos mais terra indígena. Já temos 14% demarcados por terra indígena. Chega. Você fica pensando como é que pode 10 mil índios terem uma área equivalente a duas vezes o estado do Rio de Janeiro, como os ianomâmis. Chega, não dá mais porque a intenção disso é inviabilizar a agricultura, inviabilizar o agronegócio do Brasil e virar um conflito”.⁷¹⁶

Na mesma entrevista, o Presidente Jair Bolsonaro alegou que se mais terras indígenas forem demarcadas, “*acabou o Brasil*”. Reforçando uma vez mais sua visão autoritária e integracionista que imputa aos povos originários do Brasil o papel de inimigos do país, continuou:

“Não demarcamos mais quilombolas e por que quilombolas? Já foi demarcado o suficiente. Se demarcar tudo que está na Justiça, acabou o Brasil. Nós já temos pouco mais de 60% de terras preservadas, incluindo terras indígenas, Apas (Áreas de Proteção Ambiental), chega disso daí”.

Poucos dias depois, em 2 de setembro de 2021, o Presidente Jair Bolsonaro se manifestou novamente de forma favorável ao marco temporal durante *live* realizada em suas redes sociais. De forma desonesta, o Presidente brasileiro afirmou que “*No campo de futebol da sua cidade, se aparecer um índio deitado, vai ter que ser terra indígena*”. Não fosse suficiente, Bolsonaro afirmou explicitamente que se o marco temporal não for considerado válido, “*acaba o Brasil*”. Em seguida, realizou apelo para que o Supremo Tribunal Federal tivesse “*bom senso*”, caso contrário “*vamos entregar o Brasil para o índio*”. Finalmente, expressou seu desejo de que os ministros “*aceitem ou peçam vista, o que*

costuma acontecer e sentam em cima do processo (sic)”. A intenção de impedir a demarcação de qualquer terra indígena é explícita e inclui também ameaças de descumprir a decisão judicial caso ela fosse favorável aos povos indígenas: “tenham certeza, caso seja aprovado (sic), tenham certeza, eu tenho duas opções, não vou falar agora quais, mas tenham certeza, é aquela que interessa ao povo brasileiro”⁷¹⁷.

Iniciado o julgamento no STF, este contou com dois votos e logo foi suspenso por pedido de vista. Os dias de julgamento também foram acompanhados de intensa mobilização por parte dos movimentos indígenas. Entre os dias 22 e 28 de agosto, a APIB organizou o Acampamento Luta pela Vida, com o objetivo de viabilizar que os povos indígenas de todas as regiões do Brasil pudessem acompanhar a decisão acerca do futuro das terras indígenas. A mobilização contou com aproximadamente seis mil indígenas acampados na Esplanada dos Ministérios, na cidade de Brasília. Durante os dias em que houveram sessões de julgamento, os povos indígenas se deslocaram para a frente da Corte Constitucional, a fim de assisti-las na Praça dos Três Poderes, na capital do país. Como o julgamento se estendeu por semanas, os eventos acabaram por coincidir com outra manifestação de âmbito nacional: a II Marcha das Mulheres Indígenas. Contando com aproximadamente cinco mil pessoas acampadas, a Marcha das Mulheres Indígenas foi organizada pela APIB e pela Articulação Nacional das Mulheres Indígenas Guerreiras da Ancestralidade (ANMIGA). Tratou-se da maior mobilização indígena nacional desde a Assembleia Constituinte, em 1986-1987.

Em outra ação, de outubro de 2021, ajuizada pela Defensoria Pública da União e pela APIB, solicitou-se a retirada de Marcelo Xavier da presidência da Funai por conduzir a autarquia a uma política anti-indígena, isso justamente no órgão cuja razão de ser é promover políticas públicas de proteção aos povos indígenas. No dia 1º de dezembro, a Justiça Federal, no entanto, negou o pedido de forma

liminar. Dessa forma, mesmo diante dessas alegações, o presidente da Funai segue no cargo. Trata-se de evento explícito das dinâmicas envolvidas no que vem sendo autointitulado pela atual gestão de “Nova Funai”.

Outro exemplo evidente refere-se aos Piripkura, povo indígena isolado que vem sofrendo graves ataques. Ao ser provocada pela Justiça para dar andamento ao moroso processo de demarcação desta terra indígena, a Funai elencou como servidores responsáveis técnicos sem aptidão comprovada e visível conflito de interesses, incluindo Joany Arantes, um dos autores do Projeto de Lei nº 490/2007 supramencionado. Em novembro de 2021, a Justiça Federal determinou a alteração dos servidores nomeados.

É importante ainda trazer para esse contexto a existência da CPI da Covid-19 que ocorreu no parlamento brasileiro. Após quase seis meses de funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito, em 26 de outubro de 2021 foi publicado o Relatório Final da CPI (BRASIL, 2021), data na qual o Brasil atingiu a triste cifra de 603.521 óbitos decorrentes da covid-19. A conclusão do procedimento indicou de maneira clara e direta que o governo federal foi omissos e optou por agir de forma não técnica e desidiosa no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, deliberadamente expondo a população a concreto risco de infecção em massa. As investigações comprovaram a existência de um gabinete paralelo, a intenção de imunizar a população por meio da contaminação natural, a priorização de um tratamento precoce sem amparo científico de eficácia e o desestímulo ao uso de medidas não farmacológicas, tudo acompanhado do deliberado atraso na aquisição de imunizantes e da propagação constante das chamadas *fake news*, cujo conteúdo, patrocinado pelo governo, apresentava afirmações contrárias a evidências técnicas e científicas. O quadro levou à constatação de que o Presidente da República Jair Bolsonaro foi o principal responsável pelos erros de governo cometidos durante a pandemia da Covid-19.

As investigações e seus resultados demonstraram que o Presidente se utilizou da pandemia de Covid-19 para aprofundar sua política anti-indígena, que já estava em curso, conclusão esta que foi expressamente reconhecida pelo documento. Assim, o Relatório consignou que o resultado da forma como o governo federal tem conduzido a política indigenista, de modo geral, e, particularmente, suas atitudes de ataque e desprezo contra os povos indígenas durante a pandemia de Covid-19, contribuíram para produzir, de modo deliberado, condições aptas a destruir total ou parcialmente esses grupos, além de gerar intenso sofrimento e o desaparecimento de importantes referências culturais, dadas as mortes de anciões e figuras centrais às comunidades.

Por fim, destaca-se o contínuo processo de criminalização e perseguição a lideranças e organizações indígenas. No dia 26 de abril de 2021, uma das coordenadoras executivas da APIB, Sônia Guajajara, uma liderança indígena conhecida internacionalmente por sua luta em defesa dos direitos indígenas, foi intimada a depor junto à Polícia Federal. A motivação se deu em razão da APIB produzir a série *Maracá – Emergência Indígena* em 2020, a qual denunciou as violações do direito à saúde dos povos indígenas, por parte do governo federal brasileiro. No dia 30 de abril de 2021, a liderança Almir Suruí, um renomado defensor dos direitos dos povos indígenas, também foi inquirido a se manifestar pela Polícia Federal.

A gestão do Presidente Jair Bolsonaro criminaliza quem quer que o critique publicamente, conforme também tem feito com o influencer Felipe Neto e o ex-candidato à Presidência da República, Guilherme Boulos. Ambos estão sendo perseguidos por se manifestarem em suas redes com críticas ao Presidente Bolsonaro, enquadrados na Lei de Segurança Nacional, um instrumento normativo produzido durante a ditadura civil-militar vigente no Brasil entre 1964-1985. Trata-se de um contexto sistemático de violação do direito fundamental à liberdade de expressão, corolário básico das democracias modernas.

A justificativa para a intimação de Sônia Guajajara foi a instauração do Inquérito Policial nº 2020.0104862, o qual acusa a APIB de difamar o governo federal e de incutir no crime de estelionato, em razão de suas campanhas de arrecadação de fundos para combater as mazelas da Covid-19 junto aos povos indígenas. Além de ser inerte, ineficaz e negligente com as políticas de proteção à saúde dos povos indígenas, conforme é de conhecimento do Supremo Tribunal Federal e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o governo Bolsonaro opta por criminalizar as ações da APIB para combater a pandemia de Covid-19.

Por ser um inquérito policial envolto em ilegalidades, como (i) investigação sem justa causa de condutas não tipificadas como crimes, (ii) afastamento do Ministério Público como órgão externo fiscalizador da atividade policial, (iii) e o carecer de critérios mínimos de procedibilidade para investigação sobre difamação e estelionato, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Constituição Federal e as leis brasileiras; a APIB ingressou com uma ação de Habeas Corpus em favor de Sônia Guajajara, solicitando o trancamento do inquérito policial. O juízo, ao avaliar o pedido de Habeas Corpus, concedeu a ordem e determinou o trancamento do inquérito imediatamente.

É preciso ainda ressaltar a importância da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas ocorrida em 2021 (COP26). O evento recebeu a maior delegação indígena da História de suas edições. A sociedade civil brasileira, organizada por meio dos povos indígenas, participou intensamente das atividades durante a conferência. Com o governo federal do Brasil atuando em cumplicidade com o desequilíbrio climático, como ficou provado pela sua omissão dos dados sobre o desmatamento 2020/2021 durante a COP26, os povos indígenas foram mostrar à comunidade internacional os ataques sistemáticos às políticas ambientais no Brasil. Em represália a isto, três mulheres lideranças indígenas foram vítimas de retaliações: i)

Alessandra Munduruku; ii) Txai Suruí; e iii) Glicéria Tupinambá.

No dia 12 de novembro de 2021, Alessandra Munduruku estava em sua casa, na cidade de Santarém, estado do Pará. Pela manhã, um homem, identificando-se como técnico da companhia que fornece eletricidade no local, informou que seria necessário fazer o desligamento momentâneo da rede elétrica no bairro, em razão de ajustes de manutenção. Por volta das 12 horas, pediu ao seu marido que telefonasse à companhia para saber o horário que o estabelecimento de energia seria retomado. Então foram informados de que não havia nenhuma previsão de manutenção na rede elétrica no local. Diante do indício de fraude e sem saber que ameaças isso poderia significar, uma vez que Alessandra Munduruku já está inclusa no Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos em razão de ser ameaçada de morte, ela e a família se retiraram da casa indo pernoitar em outro local. Na manhã do dia 13 de novembro, seu marido foi à casa e encontrou o portão arrombado. Ao entrar, verificou que a casa foi invadida. Do local foram subtraídos: i) uma pasta com farta documentação, ii) aproximadamente R\$ 4.000,00 que foram arrecadados para a realização da assembleia do povo Munduruku, e iii) a memória interna de uma câmera de segurança. Imediatamente, Alessandra Munduruku fez o registro de ocorrência na delegacia de polícia e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também foi comunicada.

No dia 1 de novembro de 2021, Txai Suruí, do povo Paiter Suruí foi a única brasileira a discursar na abertura da COP26. Em seu discurso, conclama que a comunidade internacional se comprometa imediatamente com o combate às mudanças climáticas. Em razão disso, o presidente Jair Bolsonaro, sem nominá-la especificamente, depreciou seu discurso. Em seguida, Txai Suruí relatou que passou a sofrer muitos ataques das milícias virtuais que atuam em favor de Bolsonaro. Ainda durante a COP26, Txai Suruí e outras lideranças indígenas ouviram recados de que “não deveriam falar mal do Brasil”, por parte de

representantes oficiais do Estado brasileiro.

No dia 12 de novembro de 2021, Glicéria Tupinambá, liderança do povo Tupinambá de Olivença, no estado da Bahia, estava retornando ao seu território, pela estrada BR-101. Um carro em alta velocidade faz uma ultrapassagem perigosa, freia bruscamente, obrigando que o condutor do veículo no qual ela estava também precisasse frear imediatamente, quase forçando um acidente. Em seguida, o carro acelera e foge. Poucos quilômetros à frente, em um município próximo, o carro foi encontrado abandonado. Há indícios de que foi um ato de intimidação.

Esses atos, observados em conjunto, parecem indicar uma ação sistemática de repressão às defensoras de direitos humanos que participaram da COP26, em prol dos direitos climáticos, o que afronta os princípios de cooperação internacional que garantem a livre participação de ativistas que atuam pela promoção dos direitos humanos internacionalmente protegidos. É preciso destacar que essa conjuntura de criminalização da luta indígena por parte do Estado brasileiro é o que cria terreno fértil para outras violações de direitos humanos, como foi o caso da queima da casa de Maria Leusa Munduruku, conforme já mencionado acima. Ainda como desdobramento da violência de Estado, mencionamos também as queimas das casas de reza do povo Guarani Kaiowá, os quais foram vítimas frequentes nesse ano de atentados de cunho racista, que ganham força em um Brasil no qual a diversidade é combatida com o poder autoritário de um governo federal que se pretende policialesco.

3. INDÍGENAS EM MOVIMENTO

O movimento indígena brasileiro está estruturado em comunidades e organizações locais, regionais e nacional, tendo como instância máxima de aglutinação a APIB. Ela é a organização que

representa nacionalmente os povos indígenas e é formada pelas organizações indígenas regionais: Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME); COIAB; Articulação dos Povos Indígenas do Sul (ARPINSUL); Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPIN-SUDESTE); Conselho do Povo Terena; Aty Guasu Guarani Kaiowá e Comissão Guarani Yvyrupa. A APIB foi criada no Acampamento Terra Livre (ATL) de 2005, a mobilização nacional que é realizada anualmente, desde 2004, para tornar visível a situação dos direitos indígenas e reivindicar do Estado brasileiro o atendimento das demandas dos povos indígenas. A missão da APIB é a promoção e a defesa dos direitos indígenas, a partir da articulação e união entre os povos e organizações indígenas das distintas regiões do país’.

Como vimos, quando a OMS declarou a situação de pandemia, a primeira deliberação da APIB foi suspender o ATL. Essa grande assembleia reúne caciques e lideranças de diversos povos de diferentes regiões do país, constituindo-se no principal ato da mobilização indígena. Entretanto, ciente da gravidade da situação, as lideranças indígenas não hesitaram em questionar as recomendações das autoridades sanitárias e suspenderam a realização do encontro no formato presencial.

Por outro lado, não deixaram passar em branco o abril indígena e organizaram o primeiro ATL *online*, com mesas e discussões que ocorreram entre os dias 27 e 30 de abril. No âmbito do ATL *on line*, as mesas foram organizadas com vista a contemplar as várias lideranças indígenas que se esforçaram para se conectar nas *lives* abertas nas redes da APIB. Nesse sentido, ocorreram falas da coordenação da APIB sobre o ATL e diálogos referentes à gestão dos territórios, retirada de direitos e à pandemia. Também foram feitas análises de vulnerabilidade, impactos e enfrentamentos à Covid-19 no contexto das comunidades indígenas. Houve participação da juventude indígena, falando das estratégias de comunicação, e ocorreram também painéis jurídicos

abordando a questão do marco temporal e a proteção dos direitos humanos no plano internacional. Ainda foram desenvolvidas análises voltadas para a situação dos povos indígenas em situação de isolamento voluntário e contato inicial no contexto do novo coronavírus, focando especialmente na vulnerabilidade epidemiológica e territorial.

Seguindo a agenda de mobilização e diante do crescente número de casos de Covid-19 entre indígenas, como vimos, a APIB organizou a Assembleia Nacional da Resistência Indígena, com o objetivo de reunir lideranças e pesquisadores das mais diversas áreas para, juntos, elaborarem um plano de enfrentamento à pandemia. Foi a partir dessa dimensão que a coordenação do movimento indígena promoveu a assembleia, objetivando “coordenar as estratégias de combate à disseminação do novo coronavírus de forma unificada e respeitando as diferenças regionais e culturais”⁷¹⁸. É importante salientar a visão transdisciplinar com que as lideranças organizaram e promoveram a agenda para construir um plano de enfrentamento, buscando envolver lideranças regionais e especialistas não indígenas de diferentes segmentos para compartilhar diagnósticos locais de danos causados pela disseminação do vírus, a fim de compreender como as comunidades estavam lidando com os casos e se estavam tendo acesso a equipes de saúde.

Na linha de combate à subnotificação, a APIB, a COIAB, a APOINME e o Conselho Terena adotaram instrumentos próprios de levantamento de casos junto às lideranças, comunidades e organizações locais. Tais instrumentos constituíram uma iniciativa fundamental para denunciar o descaso do governo federal. Em âmbito nacional, foi lançado o *Alerta APIB*, um boletim diário com informações de indígenas infectados, quantidade de mortos, suas localidades e seus povos. Tais dados foram fundamentais para entender o avanço da pandemia sobre as TIs e entre os indígenas que vivem próximos aos ou nos centros

urbanos.

Outro instrumento fundamental foi o lançamento do site [_](#), organizado e mantido pela APIB, em que são postados, além dos monitoramentos de casos, notas das organizações indígenas, relatos de casos e material informativo. Este site depois foi renomeado como. Na produção desses materiais informativos está a rede de comunicadores indígenas Mídia Índia, que produz materiais e traduz as informações para várias línguas indígenas. Essas orientações eram repassadas às comunidades e lideranças indígenas por meio de rádios comunitárias, boletins das associações locais e grupos de WhatsApp.

As barreiras sanitárias implementadas pelas comunidades indígenas e por suas lideranças constituíram-se em verdadeiros movimentos autônomos com vistas a impedir o acesso de pessoas ao território. Tais medidas foram adotadas por várias comunidades que, valendo-se de sua autonomia organizacional, efetivaram tais ações, as quais, sem dúvida, tiveram efeito prático imediato. Comunidades indígenas de diversas regiões e contextos territoriais fecharam os seus territórios, restringindo de forma eficaz as incursões às TIs. Em alguns casos, a restrição se estendeu até para indígenas residentes nas cidades, mesmo que trabalhadores ou estudantes temporários.

Na seara judicial, a APIB, a COIAB, o Conselho Terena e o Aty Guasu, em conjunto com várias outras entidades indigenistas (Conselho Indigenista Missionário – CIMI, ISA e Centro de Trabalho Indigenista – CTI, dentre outras), lograram êxito ao peticionar ao STF solicitação de suspensão nacional de todos os processos e recursos judiciais que tratem de demarcação de TIs até o final da pandemia de Covid-19 ou até o julgamento final do Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, cuja repercussão geral foi reconhecida no STF⁷¹⁹. No dia 6 de maio, o ministro relator Edson Fachin deferiu o pedido feito pelas organizações indígenas e indigenistas, suspendendo todas as ações de reintegração de posse movidas contra comunidades indígenas, enquanto perdurar a

pandemia⁷²⁰. Ao deferir a suspensão, o ministro relator salientou que, em razão da pandemia, que não tem prazo para acabar, a OMS vem orientando governos e populações a adotar o isolamento social, entre outras medidas, a fim de impedir a disseminação da infecção. O ministro Edson Fachin ainda frisou que os indígenas sofrem há séculos com doenças responsáveis, muitas vezes, por dizimar etnias inteiras pelo interior do país, diante da falta de preparo do seu sistema imunológico.

No campo político legislativo, o movimento indígena participou ativamente da tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 1.142/2020, de autoria da deputada professora Rosa Neide (PT/MT) e que teve como relatora a deputada federal Joênia Wapichana (Rede-RR). Esse PL foi analisado e votado na Câmara dos Deputados no dia 21 de maio de 2020, e previu a instituição de medidas para prevenir a disseminação de Covid-19 junto aos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Um projeto substitutivo foi apresentado pela deputada Joênia, preceituando que as medidas de saúde farão parte de um plano emergencial coordenado pelo governo federal, mas deverão ser adotadas também outras ações para garantir segurança alimentar. As ações previstas no PL que foi aprovado na Câmara e no Senado incluíam medidas voltadas aos indígenas aldeados ou que vivem fora das suas terras em áreas urbanas ou rurais e aos povos indígenas oriundos de outros países e que estejam provisoriamente no Brasil.

No que tange à lei que fora aprovada, não há dúvida que muitas ações contemplam as necessidades concretas dos povos indígenas. Entretanto, houve manifestação por parte do movimento indígena em relação ao dispositivo que trata dos povos isolados, que foi inserido no último momento da votação, a partir de *lobby* feito por deputados ligados aos interesses da bancada evangélica. A COIAB publicou nota de repúdio contra o que classificou como uma tentativa de legalizar missões religiosas em territórios ocupados por indígenas em isolamento

voluntário. Segundo a nota, tal ação foi uma “inclusão sorrateira [...], ao autorizar a entrada de terceiros e de garantir a permanência de missionários nestes territórios durante a pandemia, claramente coloca em risco a vida dos povos em isolamento voluntário”.⁷²¹ A entidade concluiu afirmando que historicamente os missionários proselitistas têm invadido territórios indígenas e forçado o contato com os povos em isolamento voluntário, ferindo, assim, os princípios de autodeterminação e autonomia aos povos indígenas isolados que são garantidos pela legislação brasileira através da política do não-contato. O PL foi aprovado no Congresso Nacional e sancionado com vetos pelo presidente Jair Bolsonaro. O dispositivo que permitiu a permanência de missionários nas TIs com presença de povos isolados está sendo questionado pela APIB no STF por meio da ADI nº 6622, sob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

Os povos indígenas, por meio do movimento organizado, têm demonstrado uma profunda capacidade de resistência frente a violações em diferentes contextos. Como vimos até aqui, em tempos de pandemia de Covid-19 isso não foi diferente. O plano de enfrentamento elaborado a partir da Assembleia Nacional da Resistência Indígena nos indica esse caminho. Num cenário de crescentes e inaceitáveis ataques aos direitos dos povos indígenas, a APIB elaborou esse plano, que consolidou 58 propostas apresentadas pelas lideranças de base. O plano articula ações emergenciais, judiciais, internacionais e de comunicação. As propostas buscaram evidenciar e construir respostas à omissão do Estado brasileiro no enfrentamento da pandemia de Covid-19 junto aos povos indígenas, que se agravou num cenário de desmonte dos direitos indígenas e da política indigenista, e de enfraquecimento de órgãos e instituições públicos responsáveis pela implementação e execução de assistência aos povos indígenas, a proteção de seus territórios e promoção de seus direitos.

Os quatro objetivos que demandavam ações emergenciais,

judiciais, internacionais e de comunicação, pautados pelo movimento indígena, foram:

- i. cobrar respostas culturalmente adequadas bem como medidas urgentes para salvar vidas indígenas e garantir a subsistência em todo o território nacional, sem discriminação, assim como medidas estruturantes considerando o impacto prolongado da pandemia, e a participação e consulta aos povos indígenas por parte dos órgãos públicos responsáveis pelas políticas de atendimento aos povos indígenas;
- ii. denunciar a situação de genocídio dos povos indígenas que se agrava no Brasil e exigir em todas as instâncias cabíveis todas as medidas preventivas possíveis, bem como a responsabilização do Estado brasileiro frente à omissão que ameaça a existência de indivíduos, comunidades, povos e culturas inteiras, seja com relação a ações de saúde, de assistência e/ou de proteção das terras indígenas contra a entrada de invasores e outras pessoas não-indígenas que podem transmitir a doença;
- iii. monitorar os casos de Covid-19 entre os indígenas, denunciando a subnotificação de casos e colaborando com informações, orientações e boas práticas que ajudem os povos indígenas a se manterem protegidos em isolamento social em suas casas, aldeias e territórios e a adotar medidas de prevenção e de cuidado contra a Covid-19, evitando a circulação fora das terras indígenas;
e
- iv. reforçar a articulação e solidariedade de aliados e

parceiros da APIB, reunindo conhecimentos e contribuições médicas, técnicas, artísticas, logísticas e financeiras para o enfrentamento da Covid-19, com ampla visibilidade nacional e internacional da situação dos povos indígenas, de nossa resistência e luta.

O ponto central do debate foi recolocado pelos povos indígenas: “a mãe terra enfrenta dias sombrios. O mundo atravessa sua maior crise social, econômica e política provocada pela pandemia do Covid-19, colocando a humanidade em profunda reflexão e resistência pela preservação da vida” (APIB, 2020). Mais uma vez foi preciso refletir sobre o importante papel que os territórios tradicionais cumprem no equilíbrio da humanidade. Assim, o documento final da APIB revela um sentido preciso, ao expressar que “é hora de refletir sobre o modo de vida que temos cultivado até os dias atuais, pois as diversas crises e catástrofes ambientais são fruto de ações de fortes impactos no meio ambiente que nos levam ao avanço do aquecimento global, à perda de vegetação e a profundas mudanças na natureza” (APIB, 2020). O alerta de hoje e sempre, os povos originários têm nos dado: a relação estabelecida com a mãe terra precisa ser repensada urgentemente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto nos oferece um sobrevôo muito rápido da situação dos povos indígenas no atual contexto político. São desafios que já estavam postos, mas que com o advento da pandemia de Covid-19, piorou sobremaneira a vida dos povos e comunidades indígenas. Não resta dúvida que as medidas estatais que afetam os povos originários estão alinhadas a interesses políticos e econômicos que recaem sobre tais territórios e seus recursos naturais. A violência e a sistêmica negativa do direito desses povos, especialmente o direito à terra, estão a serviço

do modelo de desenvolvimento que não contempla os povos indígenas e suas formas próprias de ver e entender o mundo. A pandemia escancarou essa constatação que há muito tempo é denunciada pelo movimento indígena.

Por outro lado, resta clara a forma como os indígenas se movimentam, por meio de suas organizações e formas próprias de incidir no âmbito político e judicial. Este é um elemento que deve ser levado em consideração, pois tais condutas são capazes de apontar para caminhos possíveis de serem percorridos na defesa da luta pela vida. Os indígenas são agentes sociais em constante interação com as lutas sociais. Portanto, apoiar seu protagonismo e forma própria de fazer política é ato de resistência qualificada.

Por fim, é preciso olhar atento e contínuo (vigilante) aos sinais e pautas que o movimento indígena propõe à sociedade envolvente. Os efeitos sentidos na aldeia, por meio da mãe terra, são sinais que antecedem o “mal-estar” da sociedade como um todo. As lutas são indissociáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFINITO, Ana Carolina & ELOY AMADO, Luiz Henrique. O direito que transborda os tribunais: advocacia indígena, território e pandemia. Plataforma de Antropologia e Respostas Indígenas à COVID-19, vol. 1, nº 10, nov. 2021. Disponível em: <www.pari-c.org>. Acesso em: 14 dez. 2021.

AMADO, Simone Eloy. O ensino superior para os povos indígenas de Mato Grosso do Sul: desafios, superação e profissionalização. 2016. 154 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – PPGAS / Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ).

APIB. Documento final do Acampamento Terra Livre 2020. 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp->

[content/uploads/2020/04/documento-final-atl-2020.pdf](#)>. Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. Lideranças indígenas organizam assembleia para construir plano de enfrentamento à pandemia. 70 mai. 2020. Disponível em: <<http://apib.info/2020/05/07/assembleia-resistencia-indigena/>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. Plano de enfrentamento do Covid-19 no Brasil. Brasília, 2020. Disponível em www.apiboficial.org. Acesso em 22.fev.2022.

_____. Regimento Interno da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB. Disponível em www.apiboficial.org. Acesso em 22.fev.2022.

_____. Relatório do Acampamento Terra Livre 2020. 16º Edição online, 27 a 30 de abril de 2020. Disponível em www.apiboficial.org. Acesso em 2.jun.2020.

BANIWA, Gersem. Movimentos e políticas indígenas no Brasil contemporâneo. Tellus, ano 7, nº 12, p. 127-146, abr. 2007. Campo Grande.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia. Relatório Final. Brasília, 2021. p. 1270 e 1271.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). 2010. 468 f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília (DF).

DUPRAT, Deborah. O Estado pluriétnico. In: Antonio Carlos de Souza Lima; Maria Barroso-Hoffmann, (orgs.). Além da tutela: bases para uma nova política indigenista, III. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2002, p. 41-47.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. VUKÁPANAVO – O Despertar do Povo

Terena para os seus Direitos: Movimento indígena e confronto político. 2019. 241 f.. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ).

_____. ADPF 709 no Supremo: Povos Indígenas e o direito de existir! Mídia Ninja. 20 jul. 2020. Disponível em <<https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/adpf-709-no-supremo-povos-indigenas-e-o-direito-de-existir/>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

_____. Violências, expulsões e subjugação jurídica: no STF o destino dos Kaiowá de Guayará. APIB. 29 mar. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3m9PCpe>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ELOY AMADO, Luiz Henrique & RIBEIRO, Ana Maria Motta. 2020. “PANORAMA E DESAFIOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO DE PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL”. *Confluências | Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito* 22 (2):335-60. <https://doi.org/10.22409/conflu.v22i2.43050>.

ELOY AMADO, Luiz Henrique & BROSTOLIN, Marta Regina. *Educação Superior Indígena: desafios e perspectivas a partir da experiência dos acadêmicos indígenas da UCDB*, Anais do IV Seminário Povos indígenas e sustentabilidade: saberes tradicionais e formação acadêmica, Campo Grande, 2011.

FERREIRA, Andrey Cordeiro. Etnopolítica e Estado: centralização e descentralização no movimento indígena brasileiro. *Anuário Antropológico* [Online], V.42 N.1, 2017, p. 195-226. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/aa/1709>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. Tutela e resistência indígena: etnografia e história das relações de poder entre os Terena e o Estado brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2013.

GUIMARÃES, Susana & VILLARDI, Raquel, *Educação Indígena*, FGV On line, 2010, <http://moodle.fgv.br/>, acesso em 10/5/2011.

OLIVEIRA, Kelly Emanuely de. Estratégias Sociais do Movimento

Indígena: representações e redes na experiência da APOINME. 276 p. Tese (Doutorado em Antropologia), Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal de Pernambuco, Recife (PE), 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/857>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. O nosso governo: os Ticuna e o regime tutelar. São Paulo: Marco Zero, 1988. MCT-CNPq.

PAULA, Luís Roberto de; ROSALEN, Juliana. Uma visualização da pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas no Brasil a partir dos boletins epidemiológicos da Sesai (Período: 01.04.20 A 29.05.2020). Maio de 2020. Disponível em: <http://www.aba.abant.org.br/files/20200601_5ed561c92875e.pdf>. Acesso: 23 fev. 2022.

SOUZA LIMA, A. C. Um Grande Cerco de Paz. Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes. 1995.

SOUZA LIMA, A. C. (Org.), *A educação superior de indígenas no Brasil: balanços e perspectivas*, Rio de Janeiro, E-papers, 2016.

SOUZA LIMA, A. C. “Educação superior de indígenas no Brasil – sobre cotas e algo mais”, in: Brandão, A. A. (Org.), *Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação*, Rio de Janeiro, DP&A: LPP/UERJ, 2007.

SOUZA LIMA, A. C. “Trilhas de conhecimentos: o ensino superior de indígenas no Brasil: uma experiência de fomento a ações afirmativas de Roraima”, in: Mato, D. (Coord.), *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior*, Caracas, IESALC– UNESCO, 2008.

SOUZA LIMA, A. C. e Barroso-Hoffmann, Maria Macedo (Org.), *Desafios para uma educação superior para os povos indígenas no Brasil: políticas públicas de ação afirmativa e direitos culturais diferenciados*. Publicação do material referente ao seminário realizado em agosto de

2004, Rio de Janeiro, Museu Nacional/UFRJ/Laced, 2007.

SOUZA LIMA, A. C. e Barroso-Hoffmann, Maria Macedo (Org.), *Povos indígenas e universidade no Brasil: contextos e perspectivas, 2004-2008*, Rio de Janeiro, E-papers, 2013a.

SOUZA LIMA, A. C. e Paladino, Mariana (Org.), *Caminos hacia la educación superior: los Programas Pathways de la Fundación Ford para Pueblos indígenas em México, Peru Brasil y Chile*, Rio de Janeiro, E-papers, 2012a.

SOUZA LIMA, A. C. e Paladino, Mariana (Org.), “De sendas y caminos. Repensando experiencias de educación superior de indígenas en países de América Latina”, in: Souza Lima, Antonio Carlos de, e Paladino, Mariana (Org.), *Caminos hacia la educación superior: los Programas Pathways de la Fundación Ford para Pueblos indígenas em México, Peru Brasil y Chile*, Rio de Janeiro, E-papers, 2012b.

STF. Relator suspende tramitação de processos sobre áreas indígenas até fim da pandemia. 06 mai. 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442822&ori=1>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

VIANNA, Fernando de Luiz Brito *et al.* *Indígenas no ensino superior: as experiências do programa Rede de Saberes, em Mato Grosso do Sul*, Rio de Janeiro, E-Papers, 2014.

Advogado indígena. Pós-doutor na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris. Coordenador Jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)

A Constituição Federal dispõe de um capítulo específico dedicado à proteção dos territórios e modos de vida dos povos originários. Ver artigos 231 e 232 da CF/88.

Sobre isso, é importante consultar a Ação Civil Pública (ACP) protocolada pela APIB e pela Defensoria Pública da União (DPU) na

Justiça Federal de Brasília, requerendo o afastamento do presidente da FUNAI. Disponível em <https://apiboficial.org/2021/10/05/apib-e-dpu-pedem-afastamento-do-presidente-da-funai-na-justica/>, acesso 14.Dez.2021.

Em fevereiro de 2020, o presidente Jair Bolsonaro enviou para o Congresso Nacional o Projeto de Lei Nº 191/2020, que autoriza a exploração mineral em terras indígenas.

De acordo com Pacheco de Oliveira (2015, p. 49): “Duas observações são necessárias para concretizar a ideia de situação histórica, caracterizando o tipo de modelo que exige. Em primeiro lugar, não se trata de um modelo que descreve o funcionamento idealizado de uma sociedade, no sentido p. ex., do trabalho dos antropólogos ingleses em *African political systems* (1975). Também não se trata de um modelo ideológico, correspondendo à visão de um grupo sobre o funcionamento da sociedade. O modelo implicado pela situação histórica traça um quadro explicativo da distribuição de poder numa sociedade, abrangendo tanto normas gerais acatadas por seus grupos componentes quanto visões particulares e manipulações dessas normas atualizadas apenas por um dos seus segmentos. Nesse sentido, o modelo referido é, então, uma construção do observador com intuítos analíticos, não se restringindo à ordem jurídica (legal, constitucional) ou ao plano da consciência dos atores, mas procurando apreender a capacidade ordenadora efetiva desses elementos em relação aos processos sociais concretos”.

Sobre isto, ver Eloy Amado (2019).

A respeito do Acampamento Terra Livre: “A instância superior da APIB é o Acampamento Terra Livre (ATL), a maior mobilização indígena nacional, que reúne todo ano, na esplanada dos ministérios, em Brasília-DF, a capital do Brasil, mais de 1000 lideranças de todas as regiões do país, sob coordenação dos dirigentes das organizações indígenas regionais que compõem APIB. O ATL permite o intercâmbio de realidades e experiências tão distintas, a identificação dos problemas

comuns, a definição das principais demandas e reivindicações, e a deliberação sobre os eixos programáticos e ações prioritárias da APIB (APIB. Quem somos? Disponível em <<https://apiboficial.org/sobre/>>. Acesso em: 23 fev. 2022).

A APIB realizou nos dias 8 e 9 de maio de 2020, a *Assembleia Nacional da Resistência Indígena*, com o objetivo de reunir lideranças indígenas e pesquisadores das mais diversas áreas, e juntos elaborar o plano de enfrentamento à pandemia. Na carta de chamada, a APIB pontuou que “a atuação das instituições públicas não é apenas ineficiente como irresponsável, pois houveram casos de contaminação causados por pessoas à serviço da Sesai nos territórios. Em paralelo à pandemia, os povos indígenas continuam enfrentando, dentro dos seus territórios, ataques de criminosos já conhecidos, como grileiros, garimpeiros e madeireiros. Ou seja, além da pandemia estão precisando lidar com aumento de criminalidade que, muitas vezes, encontra incentivo e apoio no discurso e nas medidas institucionais do atual governo” (APIB, 2020).

Sobre educação superior indígena, ver os seguintes autores: Souza Lima (2007, 2008, 2016, 2018) Souza Lima & Barroso (2013a); Souza Lima & Barroso-Hoffmann (2007), Souza Lima & Paladino (2012a, 2012b), Vianna et al. (2014), Amado (2016), Eloy Amado & Brostolin (2011) e Guimarães & Villardi (2010, p. 19).

Sobre este tema, ver: Alfinito, Ana Carolina & Eloy Amado (2021).

“Art. 13. Fica vedado o ingresso de terceiros em áreas com a presença confirmada de indígenas isolados, salvo de pessoas autorizadas pelo órgão indigenista federal, na hipótese de epidemia ou de calamidade que coloque em risco a integridade física dos indígenas isolados. § 1º As missões de cunho religioso que já estejam nas comunidades indígenas deverão ser avaliadas pela equipe de saúde responsável e poderão permanecer mediante aval do médico responsável”.

Para saber mais, leia o texto “O indigenismo de exceção: o planalto e suas novas normativas”, de Luiz Eloy Terena, Miguel Gualano de Godoy

e Carolina Santana. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-indigenismo-de-excecao-o-planalto-e-suas-novas-normativas-20022021>>. Acesso em: 23 fev. 2022..

As propostas do presidente Jair Bolsonaro foram amplamente noticiadas pela imprensa nacional. Conferir em: BRANT, Danielle; MACHADO, Renato; PUPO, Fábio. Prioridades de Bolsonaro para o Congresso incluem reformas econômicas e privatização da Eletrobras. Folha de S. Paulo. 03 fev. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/prioridades-de-bolsonaro-para-o-congresso-incluemreformas-economicas-e-privatizacao-da-elektrobras.shtml>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Conferir: SUDRÉ, Lu. “Projeto de morte”, diz Apib sobre PL que autoriza mineração em terras indígenas. Brasil de Fato. 07 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/02/07/projeto-de-morte-diz-apib-sobre-pl-que-autoriza-mineracao-em-terras-indigenas>>. Acesso em: 23 fev. 2022; APIB. Nota de repúdio contra o Projeto de Lei nº 191/20, que regulamenta exploração de bens naturais nas terras indígenas. 12 fev. 2020. Disponível em: <<https://apiboficial.org/2020/02/12/nota-de-repudio-contra-o-projeto-de-lei-no-19120-que-regulamenta-exploracao-de-bens-naturais-nas-terras-indigenas/>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Conferir: MPF. Ataque de garimpeiros ilegais à sede da associação Wakoborun, de mulheres indígenas Munduruku, no município de Jacareacanga (PA), em 25/3/2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2021/ataque-garimpeiro-sede-associacao-mulheres-munduruku-jacareacanga-pa-25-03-2021/>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Conferir o relatório: Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye’Kwana. Cicatrizes na floresta: evolução do garimpo ilegal na TI Yanomami em 2020. Boa Vista, 2021. Disponível em:

<<https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/cicatrizes-na-floresta-evolucao-do-garimpo-ilegal-na-ti-yanomami-em-2020>>.

Acesso em: 23 fev. 2022.

De acordo com um Relator Especial sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata da ONU: "§8. *In its most dangerous variants, populism deploys a monolithic exclusionary vision of who qualifies as 'the people'. Those groups and individuals depicted as excluded from forming a part of 'the people' then also become targets of populist antagonism, even if those groups and individuals have no elite status [...]* §11. *[...] The strategy, then, is not just to target elites, but also to target multiculturalism and members of minority races, ethnicities, and religions as all part of the problem. Racial, ethnic and religious minorities are relegated to the status of illegitimate interlopers whose interests are characterized as oppositional to those of the group exclusively designated as constituting 'the people'. Thus, when nationalists populists appropriate the language of democratic legitimacy and representation of 'the people', this language masks exclusionary and typically racialized conceptions of the nation that are odds with liberal conceptions of democracy"* (ONU, A/73/305 Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia, and related intolerance, 2018, par. 8 e 11).

“Vamos integrá-los à sociedade. Como o Exército faz um trabalho maravilhoso tocante a isso, incorporando índios, tá certo, às Forças Armadas”.; “Com toda a certeza, o índio mudou, tá evoluindo. Cada vez mais o índio é um ser humano igual a nós.” UOL Notícias, 23 janeiro, 2020.

APIB. APIB aciona MPF contra Resolução nº 4 da Funai. 09 fev. 2021. Disponível em: <<https://apiboficial.org/2021/02/09/apib-aciona-mpf-contra-resolucao-n-4-da-funai/>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. [Instrução Normativa Conjunta N.º, de 22 de fevereiro de 2021.](#) O Instituto Socioambiental (ISA) produziu um Relatório Técnico sobre desmatamento e invasões em sete terras indígenas na Amazônia

brasileira. Nele, o ISA registra o avanço dos invasores nas terras indígenas brasileiras, com destaque para alguns casos prioritários, nos quais se enquadram as Terras Indígena Araribóia, do povo Guajajara, no Maranhão; a Terra Indígena Munduruku, no Pará e a Terra Indígena Yanomami, em Roraima. A atualização demonstra que o desmatamento e as invasões avançaram durante a pandemia. Conferir: OVIEDO, Antônio; BATISTA, Juliana de Paula; LIMA, Michelle Araújo. Relatório Técnico atualizado (março de 2021) sobre desmatamento e invasões em sete terras indígenas na Amazônia brasileira. Brasília: ISA, 2021.

MIOTTO, Tiago. PL 490 sai de pauta após pedido de vista; veja quais partidos e parlamentares se posicionaram a favor do projeto anti-indígena. Conselho Indigenista Missionário. 16 jun. 2021. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2021/06/pl-490-sai-pauta-pedido-vista-veja-quais-parlamentares-posicionaram-projeto-anti-indigena/>>

ONU NEWS. Relator da ONU pede à Suprema Corte no Brasil para rejeitar marco temporal. 23 ago. 2021. Disponível em: <>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Entrevista dada pelo presidente Jair Bolsonaro, em 4 de agosto de 2021, à Rádio 96 FM (Natal) cuja íntegra pode ser acessada em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bmXhuzaMyAs>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

Conferir declaração à imprensa em vídeo: Record News. Bolsonaro diz que não aceita demarcar terras de índios ocupadas depois da Constituição. 28 ago. 2021. Disponível em: <>. Acesso em: 23 fev. 2022.

APIB. Lideranças indígenas organizam assembleia para construir plano de enfrentamento à pandemia. 07 mai. 2020. Disponível em: <<http://apib.info/2020/05/07/assembleia-resistencia-indigena/>>.

Acesso em: 23 fev. 2022.

Também conhecido como “Caso Xokleng”, este processo é um caso importante para os povos indígenas, pois tem repercussão geral reconhecida pelo STF, e a decisão que se tomar servirá de diretriz para todas as terras indígenas do país.

“A suspensão nacional abrange, entre outros casos, ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação e recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, até o término da pandemia da Covid-19 ou do julgamento final recurso, o que ocorrer por último” (STF. *Relator suspende tramitação de processos sobre áreas indígenas até fim da pandemia*. 06 mai. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442822&ori=1>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

COIAB. Nota de repúdio contra a tentativa de legalização de missões religiosas em territórios ocupados por indígenas em isolamento voluntário. 21 mai. 2020. Disponível em: <<https://coiab.org.br/conteudo/1590113259203x242154533360238600>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: O APRENDIZADO DE MÁQUINA (MACHINE LEARNING) E SEUS PROCESSOS DISCRIMINATÓRIOS

MARCELO CARDOZO DA SILVA⁷²²

INTRODUÇÃO

O *aprendizado de máquina* (*machine learning*), um dos mais importantes gêneros do ramo das tecnologias de inteligência artificial, é aplicado a bilhões de seres humanos, em escala planetária, com significativos impactos nas relações humanas.

Há uma miríade de contribuições positivas propiciadas pelo *aprendizado de máquina* (na medicina, agricultura, previsão meteorológica, combate às mudanças climáticas, proteção ambiental, transportes e logística, astronomia). Isso é inegável e merece ser saudado. Contudo, se os métodos de *aprendizado de máquina* muito auxiliaram em tantas áreas, em várias outras trouxeram e trazem enormes preocupações, como ocorre, em especial, quando são aplicados em temas que concernem ou intersectam à ampla gama dos assuntos relativos ao social, político, jurídico, econômico, ético, psicológico, que, refugindo às estritas leis da natureza (e de suas quantificações possíveis), residem primordialmente no mundo cultural.

Se as tecnologias de inteligência artificial tiveram uma recepção celebratória, quase utópica, nas décadas iniciais de sua utilização em grande escala, passou-se a vivenciar, nos últimos anos da década de 2010, uma inversão parcial de expectativas, não raro de caráter quase

distópico. Em contraposição à generalizada retórica autolaudatória dos sistemas de inteligência artificial, estudos críticos a tais tecnologias têm sido intensamente desenvolvidos. Dentre os temas tratados nessas pesquisas, o *aprendizado de máquina* é seguidamente visitado, havendo ampla convergência de entendimentos no sentido de que seria uma tecnologia com preocupantes potenciais para promover, reafirmar e aprofundar desigualdades e discriminações de toda sorte (de raça, gênero, origem, etnia, orientação sexual, idade; sociais, econômicas, políticas, religiosas e muitas outras). A discriminação algorítmica decorrente do *aprendizado de máquina* mascararia tais desigualdades, criando e *normalizando* isolamentos sistêmicos e estruturais, prejudicando concretos indivíduos ao mesmo tempo em que revigoraria opressivas relações sociais, políticas, econômicas, assim fortalecendo assimetrias de poder.

Este texto, embora tenha caráter reconhecidamente introdutório à *discriminação algorítmica* derivada do *aprendizado de máquina*, almeja situar a leitora e o leitor em tópicos basilares à compreensão do debate, encontrando-se organizado da seguinte forma.

Inicialmente, é exposto, de forma singela, o funcionamento do *aprendizado de máquina*, apresentando-se alguns conceitos que serão importantes para a compreensão das discussões que seguirão.

Examinam-se, então, em sete breves capítulos, traços particulares em *aprendizado de máquina* que tendem a perpetrar, reproduzir e incrementar processos discriminatórios. Para tanto, analisam-se e avaliam-se: 1) como os dados, porque provenientes do mundo social, em que grassam os fenômenos discriminatórios, deles podem ser representativos, influenciando nos modelos de predição; 2) os procedimentos de classificações dos dados e suas repercussões ao princípio da igualdade; 3) as possibilidades discriminatórias (inclusive sub-reptícias) provenientes das dinâmicas estabelecidas entre as classificações escolhidas para fazer o sistema operar (as *variáveis*) e a *variável-alvo* (o objetivo preditivo); 4) as especificidades que conduzem

a movimentos de retroalimentação e aprofundamento de discriminações, agravados pela opacidade e pelas dificuldades intrínsecas de compreensão dos modelos; 5) a discriminação algorítmica decorrente do próprio *design* dessa espécie de tecnologia, que, perfazendo hipótese de discriminação estatística, tão-somente realiza processos inferenciais sobre indivíduos a partir de generalizações; 6) a forma como a discriminação algorítmica é enfrentada no campo do *aprendizado de máquina*, a qual, de cunho tecnocêntrico, não se deixa aproximar dos reais e profundos temas a enfrentar, antes exacerbando-os; 7) a possibilidade de que sérias consequências discriminatórias possam advir da restrita composição racial, de gênero, de etnia, de orientação sexual, de classe social das pessoas que detêm o poder e desenvolvem os sistemas de aprendizado de máquina, atentando-se aos temas da representatividade e da diversidade.

O objetivo deste trabalho é destacar mecanismos discriminatórios ínsitos ao *aprendizado de máquina* quando empregado para a tomada de decisões automatizadas em temas próprios do mundo social. Dessa compreensão estrutural, ganham-se ferramentas úteis para análise das discriminações geradas por esses sistemas nos mais diversos segmentos em que são postos a operar – tais como na justiça criminal, no policiamento preditivo, reconhecimento facial, reconhecimento de imagens, reconhecimento de emoções, análises de crédito, processamento de linguagem natural, vigilância social, contratação de trabalhadores, uso militar – cada qual a demandar específicos estudos em oportunidades futuras.

1. O FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Diante da explosão de dados, deles sendo a internet um

manancial sem precedentes, houve exponencial aumento da utilização de algoritmos de *aprendizado de máquina* (KEARNS; ROTH, 2019, p. 6).

A tecnologia de inteligência artificial (IA) denominada *aprendizado de máquina* (*machine learning*) envolve, em uma descrição aproximativa bastante simples, o emprego de dois tipos de algoritmos: um, programado pelo humano, denominado *machine learning algorithm* (algoritmo de *aprendizado de máquina*); outro, autoprogramado, denominado *machine learning model* (o modelo de *aprendizado de máquina*, doravante simplesmente chamado por *modelo*). O algoritmo de *aprendizado de máquina* constitui-se em um procedimento, implementado por programação e decisão humanas, executado sobre dados. O *modelo*, por sua vez, é o resultado (o *output*) do algoritmo de *aprendizado de máquina*⁷²³. A relação é clara: o algoritmo de *aprendizado de máquina* provê o *modelo* – seu produto, um algoritmo *autoprogramado* (KEARNS; ROTH, 2019, p. 6), este sim a ser aplicado na realidade.

Há diversos tipos de algoritmos de *aprendizado de máquina*, representantes de diversas expressões matemático-computacionais: algoritmos de regressão linear, regressão logística, árvore de decisão, redes neurais, aprendizado profundo, *clustering*, redução de dimensionalidade, reforçamento de aprendizado, processamento de linguagem natural, dentre tantos outros⁷²⁴. Tais algoritmos buscam realizar o reconhecimento de padrões, “aprendendo” a partir dos dados ou “ajustando-se” a um conjunto de dados. Já o *modelo*, o algoritmo derivado, resultará do que foi “apreendido” com base nos dados pelo algoritmo de *aprendizado de máquina*. É do *modelo* que decorrerá a realização de predições, sua funcionalidade almejada. Pode-se dizer de forma simplificada que o *modelo* é um *programa* criado pelo algoritmo de *aprendizado de máquina* após rodar sobre os dados, visando, a partir destes últimos, realizar, com base em novos dados, predições⁷²⁵.

O *modelo* é construído a partir do “aprendizado” que o algoritmo

realiza sobre os conjuntos de dados (*datasets*). Os dados de aprendizado precisam estar estruturados, segundo classificações, cada qual contendo uma informação (que pode ser a mais diversa possível, uma imagem, um áudio, um texto, um vídeo) devidamente “etiquetada” (*labelled*)⁷²⁶. De fato, é imprescindível que os dados estejam “enriquecidos” com os pertinentes etiquetamentos, que fazem as associações correspondentes: por exemplo, é preciso ser apontado para a máquina, por intermédio de etiquetamento, que uma determinada coleção de *pixels* verdes e marrons, dispostos em específico formato, constitui uma árvore⁷²⁷.

Na construção do *modelo*, as fases de *treinamento*, de *testagem* e de *avaliação* são fundamentais. Para tanto, os conjuntos de dados são divididos em *dados de treinamento* e *dados de testagem*.

São sobre os dados de treinamento que a maioria dos sistemas de *aprendizado de máquina* fazem inferências. São a fonte primária material que os sistemas usam para realizar a base de suas previsões (CRAWFORD, 2021, p. 98). Na fase de treinamento, considerando-se a *variável-alvo* a ser predita, é feita a seleção das *variáveis* (*features*) que servirão como *entradas* para o *modelo*. Tome-se o exemplo dos *modelos* de predição de reiteração delitiva adotados na justiça criminal estadunidense. Nesse caso, são selecionadas, comumente por algoritmos de regressão multivariada, *variantes* (tais como *histórico de violência*, *histórico de não-aceitação às regras sociais*, *problemas educacionais e vocacionais*, *idade*), que, uma vez significativamente correlacionadas à *variável-alvo* (no caso, a reiteração delitiva), constituirão as *entradas* do *modelo*. Caberá, então, àquele que for operar o *modelo*, nele inserir os dados referentes às *variáveis*; o *modelo*, logo em seguida, fornecerá uma informação sobre o risco de reiteração delitiva da pessoa sob avaliação, se baixo, médio ou grave⁷²⁸.

A testagem, por sua vez, levada a efeito no outro conjunto de dados, visa a validar a performance e os resultados do *modelo*, a todo o

momento procedendo-se a avaliações pertinentes e promovendo-se as correções necessárias.

2. DADOS DE TREINAMENTO E A CAPTAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO

Os dados de treinamento são os pilares que sustentam os sistemas de aprendizado de máquina, demarcando as fronteiras epistemológicas em que a inteligência artificial operará, criando sua “visão do mundo” (CRAWFORD, 2021, p. 98), que, de antemão, já nasce extrativista.

Cotidianamente, fazem-se alusões de visível caráter extrativista à coleta de dados, tendo-os como objeto de mineração (*data mining* – mineração de dados⁷²⁹), mesmo chegando-se a dizer que constituiriam a nova riqueza extrativa do Século XXI – “os dados são o novo petróleo” (MOROZOV, 2018, p. 8–9), disponíveis, desse modo, quase como um “recurso natural” para a exploração. É como se os dados proviessem de uma *fonte natural*, sendo imprescindível seu *refino*, tal qual o petróleo. Na símile, as tecnologias de *aprendizado de máquina* seriam as refinarias, das quais, mediante seus processos, decorreriam distintas riquezas hábeis a circular em no mercado; os dados seriam “um recurso a ser consumido, um fluxo a ser controlado ou um investimento a ser aproveitado” (CRAWFORD, 2021, p. 113).

Cuida-se de uma compreensão típica do neoliberalismo⁷³⁰: os dados seriam *capital*, componentes do mercado, sujeitos portanto à acumulação, sendo não apenas lícita como estimulada a apropriação das atividades humanas que se encontram expressadas neles; uma vez categorizados, a extração de valores econômicos tornar-se-ia uma oportunidade, naquilo que Jathan Sadowski nomina por *capitalismo de dados*:

A coleta de dados é... impulsionada pelo ciclo perpétuo de acumulação de capital, que, por sua vez, leva o capital a construir e confiar em um mundo no qual tudo é feito de dados. A suposta universalidade dos dados reformula tudo, colocando-os sob o domínio do capitalismo de dados. Todos os espaços devem ser submetidos à *datatificação*. Se o universo é concebido como uma reserva potencialmente infinita de dados, isso significa que o acúmulo e a circulação de dados podem ser sustentados para sempre (SADOWSKI, 2019, p. 10).

Nesse processo, as pessoas cujos dados foram (e são) extraídos e empregados para treinamento frequentemente não tiveram, historicamente, qualquer possibilidade mesmo de manifestar seu consentimento, sendo inescrupulosamente desapossados (THATCHER; O'SULLIVAN; MAHMOUDI, 2016), subjugados a práticas e posturas de cunho colonial caracterizadas pelo apoderamento constante e sempre crescente de registros humanos pelo mundo afora, especialmente daqueles detêm menos poder de resistir (CRAWFORD, 2021, p. 18).

Não apenas no plano corporativo, mas principalmente nele, por décadas se teve uma compreensão de que tudo são dados e de que todos os dados estão à disposição para serem colhidos, com pouco questionamento sobre os complexos temas éticos e jurídicos subjacentes. Em análise histórica que realiza sobre a formação de diversos conjuntos de dados empregados ao longo de décadas em inteligência artificial, Kate Crawford expõe que:

Aqueles responsáveis pela montagem dos conjuntos de dados presumiram que o conteúdo da internet era deles para a obtenção, para além da necessidade de

acordos, autorizações assinadas e revisão ética... Repetidamente, os dados extraídos sem permissão ou consentimento eram levados para os pesquisadores de aprendizado de máquina, que iriam então usá-los como infraestrutura para sistemas... automatizados (CRAWFORD, 2021, p. 109–110).

Ao lado disso tudo, imperativos técnicos próprios do *aprendizado de máquina*, que pressupõe a utilização do maior número de dados possível, catalisam o perturbador processo de extração de dados. Trata-se de uma visão tecnocêntrica, que tem como foco os dados como meros insumos para o desenvolvimento e funcionamento dos sistemas. Aliás, pela ótica técnica, o fundamental é ter a maior quantidade de dados disponível:

Alguns métodos funcionam melhor para alguns problemas do que outros, mas muitas vezes essas diferenças são apenas marginais, e a maioria das pessoas na área concorda que ter muitos e muitos dados é, no final das contas, mais importante do que o algoritmo de aprendizado de máquina específico usado. Ou seja, gaste tempo coletando mais dados do que dar ênfase à busca de um método específico (NILSSON, 2010, p. 425).

As cada vez mais crescentes capacidades de armazenamento e de computação passaram mesmo a incentivar a coleta de quantidades colossais de dados:

... o comando institucional vindo da tecnologia é o mais potente de todos: ‘fazemos essas coisas porque

podemos’. A coleta de dados, nas organizações modernas, carrega essa forma de proceder em alto grau. Os profissionais recomendam, o ambiente institucional exige e a tecnologia permite que as organizações colem o máximo possível de dados individuais. Não importa que as quantidades de dados coletados possam exceder em muito o alcance imaginativo ou o alcance analítico de uma empresa. O pressuposto é que eventualmente será útil, ou seja, valioso... As organizações contemporâneas são culturalmente impelidas pelo imperativo de dados e poderosamente equipadas com novas ferramentas para implementá-los (FOURCADE; HEALY, 2016, p. 13).

Todos esses cenários são confluentes e integram-se uns aos outros. Têm como denominador comum o afastamento das compreensões ética e juridicamente esperadas, que haveriam de ter a primazia do ser humano e de sua dignidade como ponto de partida e ponto de chegada. Apontam pela substituição do humano por *sujeitos datatificados*, reificados, aglomerações de dados sem subjetividade ou contexto ou direitos minimamente definidos.

Além disso, desconsideram o fato de os dados apresentarem origens em vidas humanas concretas, que são as mais diversas, nada tendo de abstrato nelas, pois que umbilicalmente conectados a contextos pessoais, sociais, históricos, políticos, econômicos, jurídicos, éticos, deles jamais podendo ser divorciados (BRAYNE, 2021, p. 108). Tais significados passaram, no entanto, a ser constantemente neutralizados, apagados ao ingressar no sistema de *aprendizado de máquina*; aos dados passou-se a atribuir finalidades *instrumentais*, quase um mero “material para ser digerido para melhorar a performance técnica” (CRAWFORD, 2021, p. 93–94).

Os dados de treinamento, históricos necessariamente, nos quais as máquinas são *treinadas* para *descobrir* padrões estatísticos, gerarão e acumularão correlações que desembocarão no *modelo* automatizado de predição. Pelos dados de treinamento, a partir do passado, seja ele qual for, prediz-se estatisticamente um futuro. Evidentemente, as mazelas do passado, suas inequidades, tendem também a ser refletidas no futuro. Se os dados são incompletos, equivocados, discriminatórios ou resultantes de processos de discriminação (seja *direta*, seja *indireta*⁷³¹), nos *modelos* teremos a perpetuação e a amplificação crescentes de tais impactos discriminatórios.

Outrossim, é preciso salientar que a não-randomização adequada e proporcional dos dados coletados também consubstancia, em si, fator motriz de possíveis processos e mecanismos discriminatórios, favorecendo ou prejudicando grupos que sejam super ou sub-representados (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 686). Assim, no caso da concessão de benefícios, a sistemática omissão da coleta de dados daqueles que vivem marginalizados – devido a motivos como a pobreza, por exemplo, acarreta na sua sub-representação durante a fase do treinamento, originando-se, então, “zonas sombrias onde alguns cidadãos e comunidades são negligenciados” (CRAWFORD, 2013), com o enviesamento, por consequência, da decisão automatizada a decorrer do *modelo*. A super-representação também é igualmente problemática, como ocorre no âmbito da justiça criminal em face das populações negras:

os fenômenos discriminatórios, altamente presentes no sistema de justiça criminal, restam reforçados nos [modelos], que apontarão como candidatos à prisão mais e mais pessoas com as características das populações já sujeitas a diversas experiências discriminatórias, que, por sua vez, serão presas e

gerarão mais dados sobre prisões, e mais os [modelos] essa realidade captarão e assim sucessivamente (SILVA, 2020, p. 170).

3. AS CLASSIFICAÇÕES DOS DADOS E DISCRIMINAÇÃO.

As políticas de classificação constituem prática nuclear em inteligência artificial.

Todos os conjuntos de dados empregados para o treinamento de máquina contêm uma “visão de e do mundo”. Toma-se da realidade uma quase infinita complexidade e variedade sociais, tentando fazê-las caber em taxonomias, em um processo em que há, inerentemente, decisões de cunho social, político, econômico, jurídico, ético. Classificações são atos de poder; tendem, porém, a desaparecer na infraestrutura do *aprendizado de máquina*, passando a ser *naturalizadas*. Como expõe Kate Crawford:

A maneira como os dados são compreendidos, capturados, classificados e nomeados é fundamentalmente um ato de criação e contenção de mundo. Tem enormes ramificações para a forma como a inteligência artificial funciona no mundo e quais comunidades são as mais afetadas (CRAWFORD, 2021, p. 121).

E não apenas: as classificações projetam, de forma dinâmica, um próprio futuro, moldando o mundo à sua imagem e semelhança, fazendo alterações concretas na realidade, afetando as pessoas que estão sendo classificadas. E, uma vez construídas as classificações, estas “podem estabilizar categorias políticas contestadas, em um procedimento difícil de enxergar, a não ser caso sejam objeto de ativa

resistência”, tornando “naturalizadas particulares ordens do mundo que produzem efeitos que parecem justificar tais ordens” (CRAWFORD, 2021, p. 139).

Os problemas dos critérios de classificação e seus potenciais discriminatórios sempre foram um capítulo central no direito da antidiscriminação⁷³²; em *aprendizado de máquina*, em particular, têm a propensão de se acentuarem.

Considerando que os *modelos de aprendizado de máquina* são majoritariamente desenvolvidos pelo setor privado, protegidos por regras de propriedade intelectual, as classificações realizadas comumente restam invisibilizadas ou opacizadas, escamoteando-se, dessa forma, possíveis paradigmas discriminatórios que as sustentam. Restam escondidas as “fragilidades técnicas de como os sistemas foram construídos, as prioridades de por que foram projetados e os muitos processos políticos de categorização que os moldam” (CRAWFORD, 2021, p. 146).

É inerente à lógica classificatória a reificação das mais diversas categorias (raciais, de gênero, dentre tantas outras), reproduzindo e exacerbando sistêmicas desigualdades. Consoante exposto por Kate Crawford:

Em vários níveis, o ato de definir categorias e ideias de normalidade cria marginalizações: formas de anormalidade, diferença e alteridade. Os sistemas técnicos estão fazendo intervenções políticas e normativas quando dão nomes a algo tão dinâmico e relacional como a identidade pessoal, e geralmente o fazem usando um conjunto redutor de possibilidades do que é o ser humano. Isso restringe o alcance de como as pessoas são compreendidas e podem representar a si mesmas, estreitando o horizonte de

identidades reconhecíveis (CRAWFORD, 2021, p. 146–147).

A construção e a operação dos modelos de aprendizado de máquina, por meio do mapeamento e intervenção no mundo que fazem em nível de escala (O’NEIL, 2020), atuam na própria formação do conhecimento, reconfigurando-o com suas classificações, acarretando significativas consequências no “nível da epistemologia, dos princípios de justiça, da organização social, da expressão política, da cultura, da compreensão dos corpos humanos, das subjetividades e das identidades: o que somos e o que podemos ver” (CRAWFORD, 2021, p. 19–20).

4. DEFINIÇÕES E DINÂMICAS ENTRE AS VARIÁVEIS E A VARIÁVEL-ALVO COMO FONTES DE DISCRIMINAÇÃO

Por meio de um procedimento denominado “*feature selection*” (*seleção de variáveis*), englobante de diversos métodos, almeja-se selecionar *variáveis* que tenham correlações significativas com a *variável-alvo* (o objetivo preditivo do *modelo*), excluindo-se, por conseguinte, aquelas que não são adequadas para o melhor funcionamento do *modelo*. Cuida-se, pois, do procedimento em que determinadas *categorias classificatórias* são escolhidas para fazer operar o sistema, quando passam, então, a receber a denominação de *variáveis*.

As definições das *variáveis* e da *variável-alvo*, bem como as dinâmicas entre elas estabelecidas, também podem ser particularmente controversas à luz do direito da antidiscriminação.

Do lado da *variável-alvo*, conforme Solon Barocas e Andrew Selbst:

Às vezes... definir a variável-alvo envolve a criação de

novas classes... Não há maneira de medir diretamente a qualidade de crédito porque a própria noção de qualidade de crédito é uma função da maneira particular como a indústria de crédito construiu o sistema de emissão e reembolso de crédito... A definição de um bom funcionário não é um dado adquirido. «Bom» deve ser definido de forma que corresponda a resultados mensuráveis. Estes resultados podem parecer como algo eminentemente razoável de serem objetivados pelos empregadores, mas são, na realidade, apenas uma parcela dentro de um rol de possibilidades do que seja “bom” (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 679).

De fato, são realizados juízos subjetivos, de diferentes searas, por vezes ingressando no território movediço da *meritocracia*, para a definição da *variável-alvo*, cuja construção deve ser problematizada e indagada à luz do princípio da igualdade. Se a *variável-alvo* já traz consigo enviesamento contra ou a favor de determinados grupos, todo o sistema confluirá para o atingimento desse objetivo.

Por sua vez, os caminhos das *variáveis* para o atingimento da *variável-alvo* são de caráter matemático-estatístico, computacionalmente construídos, em uma imbricação que nada tem de causal. Para o atingimento da *variável-alvo*, que pode decorrer das necessidades da vida social, segue-se uma via bastante estreita, que tudo precisa quantificar para funcionar. Essa imbricação conduz ao alheamento de quaisquer teorias causais para explicar as relações existentes entre as *variáveis* e a *variável-alvo*. Não se pretende (nunca se conseguiria), entre as *variáveis* e a *variável-alvo* demonstrar *causalidade* no ambiente de *aprendizado de máquina*, espaço em que se estabelecem tão-somente correlações⁷³³.

Selecionadas por critérios “técnicos”, visando à máxima eficiência preditiva do *modelo*, as *variáveis* não são postas a dialogar com o princípio da igualdade; ao contrário, em face dos critérios matemático-estatísticos que lhes edificam – e que correm o risco de codificar processos profundos de discriminação *direta* e *indireta*, do princípio da igualdade podem se afastam.

Evidentemente, as *variáveis* não podem constituir critérios proibidos de discriminação. Contudo, isso pode ocorrer indiretamente, com as variáveis veiculando tais proibições de forma sub-reptícia, quando então perfazem *proxies* (veículos indiretos) para discriminação. Os casos envolvendo a utilização de *modelos* preditivos de reiteração delitiva para a decretação de prisão preventiva podem ser paradigmáticos:

o “fato de o fenômeno da discriminação racial perpassar por diversas esferas da vida, obviamente acaba sendo captada noutras *variáveis*...: piores condições educacionais, piores condições de habitação, piores empregos... Mas não apenas as disparidades raciais são captadas e internalizadas pelos [*modelos*]... pela utilização de *variáveis explicativas* de caráter socioeconômico – condições laborais, educacionais, de habitação: a pobreza em si acaba captada e selecionada, com consequentes grandes potenciais discriminatórios *diretos* e *indiretos*. Como pode uma pessoa, pelo simples fato de estar desempregada, com baixa educação, moradora de rua, receber pontuação negativa para efeitos de avaliação do risco de reiteração delitiva, pergunta-se. A miséria (e, por decorrência, as *variáveis explicativas* que com ela se conectam direta ou indiretamente) jamais

poderia ser considerada como um preditor legítimo, do ponto de vista jurídico e moral, de reiteração delitiva. Contudo, é ínsito aos [modelos]... de reiteração a captação da miséria por diversas *variáveis explicativas*, o que, por sua vez, aumenta a concentração do impacto da prisão preventiva sobre aquelas pessoas que, em si, já carregam as propriedades objeto de discriminação. E tudo isso, em contínuo movimento, reforça estereótipos e generalizações de *periculosidade*, cujas tenebrosas histórias marcam nossas culturas (SILVA, 2020, p. 172–174).

Grupos especialmente sensíveis à discriminação em múltiplos aspectos da vida social têm suas experiências granularmente espalhadas, captáveis em *variáveis* que – se, em princípio, ostentariam certo distanciamento dos critérios proibidos de discriminação, podem concretamente corporificá-los.

No direito brasileiro, além da determinação constitucional de não-discriminação (artigo 3º, IV), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) é específica ao proibir a utilização de dados para “fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (artigo 6º, IX). Tendo esse norte orientativo, a LGPD institui duas categorias de dados pessoais: uma primeira, que se vale simplesmente da expressão *dado pessoal*, conceitua-o como aquelas informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, I); uma segunda, especialmente preocupada com consequências potencialmente discriminatórias, denominada *dado pessoal sensível*, tem-no como o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico” (artigo 5º, II). Do que vem sendo dito, é preciso concluir que a distinção

entre *dados pessoais* e *dados pessoais sensíveis* deve ser buscada no diuturno diálogo com o princípio da igualdade e a proibição de discriminação, devendo assumir feição dinâmica e funcional: se, pelos *dados pessoais*, há a possibilidade de seu emprego para se aportar ao território próprio dos *dados pessoais sensíveis*, há se aplicar, em todo o processo, as restrições legalmente fornecidas à proteção em maior nível dos *dados pessoais sensíveis*, precisamente para se evitar a formação de *variáveis* constitutivas de *proxies* de critérios proibidos de discriminação⁷³⁴.

5. OPACIDADE E DIFICULDADES DE COMPREENSÃO: A OCULTAÇÃO DOS PROCESSOS DISCRIMINATÓRIOS

O artigo 20 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) concede aos titulares dos dados o *direito à explicação* e o *direito à transparência em aprendizado de máquina*:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de

segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Embora tal quadro normativo⁷³⁵, são de difícil efetivação tanto o *direito à explicação* quanto o *direito à transparência em aprendizado de máquina*.

Diante da incerteza e complexidade de se estabelecer regras para os programas, a opção deu-se em prol por uma abordagem probabilística; daí uma das razões para as imprescindíveis enormes quantidades de dados de treinamento em *aprendizado de máquina*. Sem a necessidade de compreender as relações materiais havidas entre os dados, o que demandaria a elaboração de algoritmos completamente diversos, passou-se da redução de contexto e de significado dos dados em prol do emprego de padrões estatísticos de reconhecimento.

Os sistemas de *aprendizado de máquina* põem os dados e suas classificações, em si altamente problemáticas como vimos, a interagirem de forma altamente dinâmica, segundo critérios estatísticos-computacionais. É característico dessa interação o fato de que parte essencial do processo perde a compreensibilidade, com a máquina passando *de per si* a procurar e a estabelecer o *modelo* mais adequado em face dos dados sobre os quais é executado o *algoritmo de aprendizado de máquina*. De fato, os modelos possuem grande capacidade de, por si, “tomarem decisões” sem a intervenção humana, de forma muito flexível, para o atingimento de seus propósitos. (KEARNS; ROTH, 2019, p. 6).

Quando se fala da complexidade e da opacidade de algoritmos em *aprendizado de máquina*, não se está, na maioria das vezes, a falar dos *algoritmos de aprendizado de máquina*, que são os algoritmos desenvolvidos por seres humanos. Está-se, sim, a falar dos *modelos* que

tais algoritmos produzem (e dos procedimentos que lhe são anteriores), que podem ser complicados e inescrutáveis, especialmente quando os dados são em si complexos e as possibilidades de *modelos* a serem construídos, imensas. E, “quanto menos os seres humanos estiverem diretamente envolvidos com o algoritmo final ou *modelo*, menos conscientes poderão estar das não-pretendidas consequências éticas, morais e demais efeitos colaterais provenientes desses *modelos*” (KEARNS; ROTH, 2019, p. 6).

Os processos discriminatórios ficam, por regra, ocultos em meio ao complexo funcionamento do *aprendizado de máquina*. Daí a ideia de constituírem *black boxes* – caixas pretas (PASQUALE, 2015, p. 3), que, diante de todo o arsenal de direitos de propriedade intelectual incidente, são ainda mais inacessíveis. E, tudo isso, sendo de difícil detecção e compreensão, consubstanciando aquilo que se denomina por *problema de interpretabilidade*, que ocorre quando técnicas de inteligência artificial codificam seus padrões em modelos matemáticos extremamente complexos que “não são interpretáveis por seres humanos em termos significativos, mesmo para os programadores que os criaram” (SURDEN, 2020, p. 731).

6. DISCRIMINAÇÃO ESTATÍSTICA E GENERALIZAÇÕES.

Discriminação estatística consiste no “uso de tendências de grupo como uma forma de aferição indireta de características individuais” (PHELPS, 1972), vale dizer, “no uso de generalizações estatísticas sobre grupos para inferir atributos ou futuros comportamentos de membros desses grupos” (BINNS, 2021, p. 4).

Os modelos de *aprendizado de máquina* retiram, de forma total, os componentes humanísticos e performativos das decisões, pois que não são hábeis, por intermédio de suas operações matemático-estatísticas, de se justificarem materialmente em quaisquer ciências

sociais. Sobre sua racionalidade no âmbito do sistema de justiça criminal, já tivemos a oportunidade de afirmar:

A racionalidade própria das análises feitas pelos algoritmos computacionais preditivos de comportamentos foi denominada por justiça atuarial por Malcom Feeley e Jonathan Simon. Apartada da análise individual, a justiça atuarial toma populações como alvo de controle, valendo-se de análises agregadas e gerais, operando por via de “uma razão calculadora ou actuarial”. Valendo-se da estatística, suplanta a lógica da justiça do caso individual pela da administração racional e sistêmica de riscos, assim considerada como medida de “máxima eficiência” (SILVA, 2020, p. 122–123).

Avessas à análise idiográfica e interpretativa do caso concreto a decidir, elas se afastam da singularidade de cada comportamento e seu contexto único, em especial no âmbito do processo penal. Tal qual relembram Mehozay e Fischer, “algoritmos são epistemologicamente performativos... eles não fazem reivindicações quanto à verdade, apenas buscam funcionar” (RIOS; SILVA, no prelo).

Toda a decisão automatizada, por *design*, perfaz uma hipótese de discriminação estatística (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 677): os modelos de *aprendizado de máquina* não cuidam e nada trazem sobre a pessoa que, concretamente, se encontra sob *avaliação*, incapazes de predizer comportamentos ou atributos individuais, trabalhando, em realidade, com escores de probabilidade, um processo inferencial sobre indivíduos a partir de generalizações. Desse modo, por *design*, sempre

que empregado *aprendizado de máquina* para o fim de restringir ou negar direitos, é posto potencialmente em xeque o princípio da igualdade, que impõe “o dever fundamental de tratar cada um de acordo com suas diferenças relevantes, o que abarca bem mais que meras correlações entre variáveis desapegadas” da situação fática e da individualidade da pessoa sobre quem o *modelo* operará (RIOS; SILVA, no prelo). Cada pessoa, em realidade, acaba por ser considerada como uma mera abstração (SILVA, 2020, p. 136), ao arrepio do direito de ser tratada como indivíduo, não mais passando do que um “ser estatístico individual, entendido através da sua relação com os dados e os padrões de regularidades comportamentais de uma população” (GARLAND, 1997, p. 182).

Assim, ao invés de indivíduos “biográficos” (ROBERT, 2005, p. 11), opera-se por perfis de indivíduos (*profiling* – perfilamento), gerenciando-se, então, contingentes populacionais por meio de técnicas estatísticas. Dá-se a fragmentação da identidade individual, que é refeita “em uma combinação de variáveis associadas a diferentes categorias” (ROBERT, 2005, p. 11). Como adverte Achille Mbembe:

Na era tecnocrônica, o ser humano surge cada vez mais sob a forma de fluxos, de códigos cada vez mais abstratos, de entidades cada vez mais fungíveis. A ideia sendo que tudo agora pode ser fabricado, inclusive a vida, acredita-se que a existência é um capital a ser gerido e o indivíduo é uma partícula dentro de um dispositivo; ou então uma informação que deve ser traduzida em um código conectado a outros códigos, segundo uma lógica de abstração continuamente crescente (MBEMBE, 2020, p. 196–197).

Apesar da ausência de sustentação substantiva das decisões

automatizadas, o que deveria gerar preocupações sociais, há, paradoxalmente, uma tendência de se super confiar nelas (GEBRU, 2020, p. 265); pela pátina da *objetividade*, seus resultados muitas vezes acabam por ser considerados como *científicos* (PASQUALE, 2015, p. 41–42), embora tal cientificidade devesse ser compreendida de forma bastante restrita, como mera decorrência do emprego da matemática-estatística em processos computacionais.

7. AS SOLUÇÕES TECNOCÊNTRICAS ÀS DISCRIMINAÇÕES GERADAS PELO APRENDIZADO DE MÁQUINA

As soluções comumente apresentadas aos problemas intrínsecos de discriminação existentes nos *modelos* são circulares: almeja-se a “correção”, dentro da própria lógica do *aprendizado de máquina*, das discriminações que regularmente são constatadas, reafirmando-se a neutralidade e a objetividade dos *modelos*. Trata-se da ideia de que os problemas seriam corrigidos ou com melhores dados ou com melhores algoritmos ou com melhores profissionais. Ou seja, as soluções são de caráter tecnocêntrico.

Na prática, as intervenções corretivas feitas sobre os *modelos* ainda mais ofuscam o debate acerca dos contextos de discriminação, desigualdades históricas, sociais e culturais, acerca das relações de poder derivadas dessas tecnologias, acerca de suas ideologias e acerca dos impactos que geram (LE BUI; NOBLE, 2020, p. 172). Temas éticos e jurídicos não podem ser concebidos como “um módulo suplementar tecnológico de aprendizado que poderia ser acrescido de forma profunda e penetrante às tecnologias de computação e informação” (LE BUI; NOBLE, 2020, p. 171). As perguntas são outras:

... como a classificação funciona no aprendizado de máquina? O que está em jogo quando classificamos?

De que forma as classificações interagem com os classificados? E que teorias sociais e políticas implícitas estão subjacentes e são apoiadas por essas classificações do mundo? (CRAWFORD, 2021, p. 127)... As questões mais difíceis de por que os sistemas de inteligência artificial perpetuam formas de desigualdade são comumente ignoradas na pressa de se chegar a soluções técnicas estreitas de viés estatístico, como se isso fosse um remédio suficiente para problemas estruturais mais profundos (CRAWFORD, 2021, p. 145).

O debate desconsidera, pois, importantes fatores estruturais do mundo social e as consequências de longo prazo, riscos e danos causados por essas tecnologias. Há uma inequívoca estreiteza nessa forma de abordagem:

Quando os sistemas de IA demonstram produzir resultados discriminatórios nas categorias de raça, classe, gênero, deficiência ou idade, as empresas enfrentam uma pressão considerável para reformar suas ferramentas ou diversificar seus dados. Mas o resultado geralmente é uma resposta limitada, geralmente uma tentativa de resolver erros técnicos e corrigir dados distorcidos para fazer o sistema de IA parecer mais imparcial. (CRAWFORD, 2021, p. 127)

Propala-se que as correções técnicas objetivariam atingir *fairness* nos *modelos*⁷³⁶; no entanto, o conceito de *fairness* empregado nada tem a ver com aqueles provenientes do mundo social, apresentando, antes, cunho estritamente técnico, segundo as lógicas internas do *aprendizado*

de máquina, sendo de índole procedimental⁷³⁷, e não substantiva.

Não havendo de se esperar nada diverso, temas envolvendo discriminação interseccional passam ao largo do *aprendizado de máquina*. *Variáveis* envolvendo direta ou indiretamente gênero, raça, sexualidade, aparentemente são assumidas, muitas vezes, acriticamente e sem menores considerações sobre os efeitos agregados decorrentes das interseccionalidades havidas nos processos de discriminações, com simplificação e compressão da realidade, tida como objetiva⁷³⁸, embora sabidamente ideológica.

8. PRESENÇAS E AUSÊNCIAS: SUPER E SUB-REPRESENTAÇÕES SOCIAIS E CONSEQUÊNCIAS DISCRIMINATÓRIAS

É preciso virar os olhos também para as pessoas, para os grupos e para os entes responsáveis pela criação, desenvolvimento e operação das ferramentas de *aprendizado de máquina*.

De uma atividade experimental há até não tanto tempo, as tecnologias de inteligência artificial saltaram dos laboratórios para intenso emprego, com imediato impacto em infinidades de pessoas. O laboratório ampliou-se dramaticamente, passando a ser, literalmente, por vezes, o mundo todo. E foram e são seres humanos que isso realizaram.

Embora os computadores, em *aprendizado de máquina*, passem a agir deixando de ser explicitamente programados por humanos, há muitíssimo de humano na construção de todo o sistema, como temos visto. São múltiplas decisões subjetivas de *design*, desde o algoritmo de *aprendizado de máquina* até a operação, passando por escolhas dos conjuntos de dados de treinamento e teste, classificações dos dados, seleção de *variáveis*, procedimentos de avaliação e análises de resultados, com inúmeras decisões sobre inclusões, alterações, correções e exclusões de elementos em todos os momentos do

processo.

Em *aprendizado de máquina*, é passada a hora de que todos os responsáveis por cada uma das fases dos procedimentos sejam potencialmente identificáveis, perfazendo-se registros que permitam futuras responsabilizações, sem prejuízo da integral responsabilidade do empreendedor. A possibilidade de uma futura responsabilização atualiza, no presente, para todos os que trabalham em *aprendizado de máquina*, seus deveres jurídicos para com o princípio da igualdade e para com a proibição de discriminação.

Mas não só. Entrelaçam-se e convergem, com grande relevância, os temas da representatividade e da diversidade daqueles que atuam no campo da inteligência artificial. De fato, é preciso atentar-se não apenas às pessoas que fazem as escolhas, buscando descobrir suas pré-compreensões, seus preconceitos, a ética que lhes move, mas também às significativas consequências discriminatórias que poderão decorrer do fato da restrita composição racial, de gênero, de etnia, de orientação sexual, de classe social daqueles que detêm o poder e desenvolvem os sistemas de *aprendizado de máquina*⁷³⁹. Como assinala Timmit Gebru:

O domínio de certos grupos e a sub-representação de outros no processamento de linguagem natural, visão computacional e aprendizado de máquina faz com que os problemas em que esses grupos trabalhem não abordem os maiores desafios enfrentados por aqueles que não fazem parte do grupo dominante no campo [da inteligência artificial]. Na verdade, isso pode contribuir para uma maior marginalização desses grupos (GEBRU, 2020, p. 266).

Mar Hicks, em alentado livro sobre a discriminação de gênero no campo da informática, expondo a predominância masculina no setor,

escreve que:

As identidades profissionais são o resultado de complexas redes de pri-vilégios sociais e econômicos. Elas são definidas por práticas institucionais contemporâneas, mas também por mudanças culturais e técnicas. A ficção de que são escolhidas livremente é desmentida pelo fato de que tais identidades existem especificamente para limitar a escolha e erguer barreiras à entrada. A percepção de um ideal masculino para trabalhadores de informática é, por si só, uma questão reconhecida por pesquisadores, educadores e até mesmo por empresas como um obstáculo crítico para aquelas que lutam para encontrar e reter trabalhadores talentosos e altamente qualificados. Ainda hoje, o US Census Bureau relata, por exemplo, que homens com graduação em ciências, tecnologia, engenharia e matemática [STEM – Science, technology, engineering, and mathematics] têm duas vezes mais chances de serem contratados para empregos em STEM do que mulheres com as mesmas qualificações – garantindo que não importa quantas mulheres preencham as exigências, a sub-representação e subvalorização das mulheres continuarão. Situações contemporâneas como essa se tornam menos surpreendentes quando se vê como a identidade profissional dos trabalhadores de informática está ligada a uma história de discriminação estrutural que nada tem a ver com habilidades (HICKS, 2018, p. 235).

Urge seja ampliada a representatividade e a diversidade dos que fazem tais sistemas de inteligência artificial, com especial destaque à participação daqueles que potencialmente sejam os afetados, reconhecendo-se as diversas histórias de poder e de opressão exacerbadas pelas tecnologias de inteligência artificial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontramo-nos em uma fase inicial de compreensão das discriminações que podem decorrer do *aprendizado de máquina* e suas decisões automatizadas em temas que habitam propriamente o mundo cultural, tais como os relativos ao social, político, jurídico, econômico, ético, psicológico.

Os tempos são de ampliação exponencial do uso dessa tecnologia de inteligência artificial, ainda sendo restritas as discussões sobre o grande potencial de perpetração, reprodução e aprofundamento de discriminações que lhe é ínsito.

O objetivo deste artigo foi, de forma introdutória, apresentar aspectos centrais de etapas e momentos em que fenômenos discriminatórios podem ser encontrados em *aprendizado de máquina*, visando fomentar o debate e inspirar pesquisas futuras, que se fazem imprescindíveis.

A reboque dos acontecimentos chegamos a este presente, em que bilhões de seres humanos, em escala planetária, têm parcelas de suas vidas decididas por ferramentas de *aprendizado de máquina*.

Sem nos ter sido concedido, em todas as décadas que se somam, o direito a refletir e, quiçá, mesmo de recusar a utilização do *aprendizado de máquina* em temas tão sensíveis, que historicamente estiveram sujeitos a apreciações e a juízos normativos, e não a meras análises matemático-computacionais, resta-nos enfrentar as consequências desse fato que se mostra consumado – a utilização em

quaisquer setores da vida humana do *aprendizado de máquina*, sob pena de ainda mais amplificarmos as desigualdades de toda ordem que desses sistemas advenham.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew. *Big Data's Disparate Impact*. California Law Review, nº 104, 2016.

BINNS, Reuben. *Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy*. arXiv:1712.03586 [cs], 2021. Disponível em: <<http://arxiv.org/abs/1712.03586>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil*. New York: Oxford University Press, 2021.

BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2020.

CRAWFORD, Kate. *Atlas of AI – Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*. New Haven and London: Yale University Press, 2021.

CRAWFORD, Kate. *Think Again: Big Data*. Disponível em: <<https://foreignpolicy.com/2013/05/10/think-again-big-data/>>. Acesso em 7 set. 2021.

GARLAND, David. “Governmentality” and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology. *Theoretical Criminology*, v. 1 (2), 1997.

GEBRU, Timnit. *Race and Gender*. In: *The Oxford Handbook of Ethics of AI*. New York: Oxford University Press, 2020.

HICKS, Mar. *Programed Inequality: How Britain Discarded Women and Lost Its Edge in Computing*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2018.

KEARNS, Michael; ROTH, Aaron. *The Ethical Algorithm – The Science of Socially Aware Algorithm Design*. New York: Oxford University Press, 2019.

LE BUI, Matthew; NOBLE, Safiya Umoja. *We're missing a moral framework of Justice in artificial intelligence – On the limits, Failings, and Ethics of fairness*. In: *The Oxford Handbook of Ethics of AI*. New York: Oxford University Press, 2020.

MBEMBE, Achille. *Políticas da Inimizade*. São Paulo: n-1edições.org, 2020.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a Ascensão de Dados e a Morte da Política*. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

NILSSON, Nils. *The Quest for Artificial Intelligence*. New York: Cambridge University Press, 2010.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society – The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

PHELPS, Edmund S. *The Statistical Theory of Racism and Sexism*. *American Economic Review*, v. 62, n 4, 1972.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Marcelo Cardozo da. *Justiça criminal e algoritmos computacionais na predição de comportamentos: exigências constitucionais e impactos discriminatórios a partir da experiência estadunidense*. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, nº 1, no prelo.

ROBERT, Dominique. *Actuarial Justice*. In: *Encyclopedia of Prisons &*

Correctional Facilities. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2005. 2v.

RUBINFELD, Daniel L. *Multiple Regression*. In: Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony, 2018, v. II.

SADOWSKI, Jathan. *When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction*. Big Data & Society, v. 6, n° 1, p. 205395171882054, 2019.

SILVA, Marcelo Cardozo da. *Encarcerando o futuro: prisão preventiva, reiteração delitiva e avaliação atuarial de risco*. Porto Alegre: Yoyô Ateliê Gráfico, 2020.

SILVA, Rodrigo. *Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional: As conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SURDEN, Harry. *Ethics of AI in Law: Basic Questions*. In: The Oxford Handbook of Ethics AI. New York: Oxford University Press, 2020.

THATCHER, Jim; O’SULLIVAN, David; MAHMOUDI, Dillon. *Data colonialism through accumulation by dispossession: New metaphors for daily data*. Environment and Planning D: Society and Space, v. 34, n° 6, 2016.

Doutor e Mestre em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Visiting Scholar na George Washington University Law School (GW LAW). Juiz federal na 4ª Região (mcv2433@gmail.com).

Nas palavras de Kearns e Roth: “Algoritmos... são tipicamente codificados por cientistas e engenheiros que os projetam: cada passo do procedimento é explicitamente especificado por projetistas humanos e escrito em uma linguagem de propósito geral, tal como Python ou C++. Mas nem todos os algoritmos são dessa forma projetados. Algoritmos mais complicados – o tipo que nós caracterizamos como *machine learning algorithms* – são automaticamente derivados dos dados. Um ser humano pode manualmente codificar o processo (meta-algoritmo) por meio do qual o algoritmo final – às vezes chamado modelo – constitui-

se de per si por derivação dos dados, com o ser humano não o projetando diretamente (KEARNS; ROTH, 2019, p. 5).

Sugere-se, em livro que narra e reflete sobre a história da inteligência artificial e suas diversas tecnologias, a obra de Nils Nilsson, professor da Universidade de Stanford, ele mesmo um dos responsáveis por vários avanços no campo, *The Quest for Artificial Intelligence*, cujas referências podem ser colhidas ao final deste artigo.

De forma didática, diferenciando o algoritmo de *aprendizado de máquina* do *modelo*, Kearns e Roth explicam: “Uma simples, mas útil imagem, é a de um cano, através do qual os dados que por ele passam alimentam o algoritmo, que, então, procura uma grande quantidade de modelos até encontrar um que bem se adaptará aos dados. Pense que seja dada uma nuvem com 100 pontos em um pedaço de papel, cada um rotulado ou por ‘positivo’ ou por ‘negativo’, pedindo-se para desenhar uma curva que faça uma boa, porém imperfeita, curva na qual resem separados os pontos positivos dos negativos. Os pontos positivos e os pontos negativos são os dados, e você é o algoritmo tentando diferentes curvas até que você defina aquela que você pense seja o melhor separador. A curva que você escolheu constitui o *modelo*, e ele será utilizado para prever pontos futuros categorizados como positivos e negativos. Agora, imagine que, ao invés de 100 pontos, há 10 milhões; e, ao invés de pontos constantes em uma bidimensional folha de papel, tenhamos 10.000 espaços dimensionais. Não há como se esperar seja possível que você aja como o algoritmo, por mais inteligente que você seja” (KEARNS; ROTH, 2019, p. 8–9).

Aqui, neste artigo, estamos cuidando apenas dos algoritmos de *aprendizado de máquina* supervisionados, destacadamente a categoria mais utilizada para a realização de previsões. O aprendizado de máquina supervisionado é aplicado quando já se encontram disponíveis e tabulados (*labelled* – etiquetados) os dados. A supervisão que dirige o “aprendizado” envolve informar o sistema sobre a classificação de cada dado do conjunto de treinamento (NILSSON, 2010, p. 413). Já o

aprendizado de máquina não-supervisionado ocorre quando, agrupando e relacionando os dados sem a utilização de etiquetamentos (classificações) prévios, fazem-se avaliações sobre os dados em termos de determinadas características, de modo a formar “*clusters*” (aglomerados) de dados que sejam similares uns aos outros. Os “*clusters*” são formados a partir de pontos denominados “*cluster seekers*” (buscadores de aglomerados); após o procedimento de treinamento, os novos dados a serem inseridos no modelo serão computados nos “*cluster seekers*” que estiverem mais próximos, e classificados em conformidade (NILSSON, 2010, p. 414).

Para isso ocorrer, ao contrário do que se pode pensar, há intensa atividade e interação humana, com pessoas fazendo e supervisionando, por regra, os procedimentos de etiquetamentos.

Sobre o tema, conferir o livro *Encarcerando o futuro: prisão preventiva, reiteração delitiva e avaliação atuarial de risco*, que é resultado da tese de doutoramento que defendi perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SILVA, 2020).

Mineração de dados é o processo de extração de informação útil de grandes bases de dados (NILSSON, 2010, p. 402).

Wendy Brown sustenta que o neoliberalismo tem como uma de suas características marcantes a economicização de todas as dimensões da vida humana – política, cultural, moral, pessoal, educacional, substituindo outros modos de valoração, como, por exemplo, os critérios liberais-democráticos básicos por justiça, pela métrica empresarial, configurando o sujeito como capital humano e definindo todo tipo de atividade humana em termos de autoinvestimento racional e empreendedorismo (BROWN, 2020).

A intencionalidade discriminatória constitui-se, por regra, o critério para a diferenciação de tais modalidades de discriminação: na *direta*, há o propósito de discriminar; na *indireta*, há o efeito de discriminar. Como afirma Roger Raupp Rios, pela discriminação indireta “o direito da antidiscriminação alcança não só práticas intencionais e conscientes

(discriminação direta), mas também realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias (RIOS, 2008, p. 21). Sobre os temas da discriminação *direta* e *indireta*, em *profundo* estudo sobre o direito da antidiscriminação, ver, por todos, o livro de Roger Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (RIOS, 2008, p. 89–154).

Consoante bem apresenta Roger Raupp Rios, pelo enfoque dado pelo direito da antidiscriminação compreende-se o princípio da igualdade “como proibição de discriminação, atenta para as formas pelas quais o fenômeno discriminatório opera, bem como para a formulação de medidas positivas de sua superação decorrentes desta consciência... Neste desenvolvimento... foram forjados conceitos, princípios e categorias; foram delineados objetos de proteção e emergiram diferentes abordagens acerca da função do princípio da igualdade como proibição de discriminação” (RIOS, 2008, p. 14).

Como bem expõe Daniel Rubinfeld: “A causalidade não pode ser inferida apenas pela análise de dados; em vez disso, deve-se ter em mente que apenas uma teoria causal subjacente é que pode explicar a relação causal entre as duas variáveis. Mesmo quando uma teoria apropriada for identificada, a causalidade nunca pode ser inferida diretamente da análise de dados. É preciso também procurar evidências empíricas de que exista uma relação causal. Por outro lado, o fato de duas variáveis estarem correlacionadas não garante a existência de um relacionamento... [e] a ausência de correlação não garante que a relação causal não exista” (RUBINFELD, 2018, p. 2)

De todo modo, embora as hipóteses legais (as bases legais) para a utilização dos *dados pessoais sensíveis* sejam mais restritivas na comparação com as para utilização dos *dados pessoais*, ainda assim suas possibilidades são muito alargadas. Conforme explicita o artigo 11, poder-se-iam ainda assim utilizar dados expressamente *sensíveis* para o *aprendizado de máquina*: “I – quando o titular ou seu responsável legal

consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.

Exsurtem da LGPD ainda outros deveres de transparência, que encontram nos “relatórios de impacto à proteção de dados pessoais” um de seus principais veículos. No tópico, destaquem-se as seguintes normas: “Artigo 5º... XVII – relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Artigo 10...§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial... Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os

tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público... Artigo 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial... Art. 55-J. Compete à ANPD [Agência Nacional de Proteção de Dados]:... XIII – editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei... XVI – realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público”.

Aqui *fairness* é compreendida como ausência de favoritismos, preconceitos, vale dizer, imparcialidade. Aliás, antes da palavra *fairness* em *aprendizado de máquina*, inicialmente utilizava-se *discrimination-aware* (BINNS, 2021, p. 3) – *ciência discriminatória*, cujo significado parece-me ser muito mais direto.

Tal qual ocorre com os chamados *algoritmos éticos*, que, embora a nomenclatura, mais não são do que soluções tecnocêntricas de caráter matemático-estatístico e computacional. Anne Lauren Hoffmann explana duas das espécies de tais algoritmos: uma primeira, baseada em paridades estatísticas e demográficas, defende que decisões automatizadas imparciais seriam aquelas que “evitariam discriminação quando relevantes subgrupos não são postos em situação de desvantagem ou em índices de desvantagens relevantes comparativamente a outros grupos”; já a segunda, buscaria a paridade de probabilidades de “falsos positivos e falsos negativos entre subgrupos relevantes ou protegidos” (HOFFMANN, 2019, p. 902–903).

Discriminação interseccional, nas abalizadas palavras de Rodrigo Silva,

“ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles, em uma mesma situação discriminatória. A discriminação interseccional implica análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério proibido de discriminação. A discriminação baseada em mais de um critério deve ser vista sob a perspectiva qualitativa e considerando as experiências específicas do grupo subordinado. Assim, a discriminação interseccional fornece ferramentas para a identificação de estruturas de subordinação que ocasionam invisibilidades que perpetuam injustiças” (SILVA, 2016, p. 45). Com efeito, “a interseccionalidade não é uma questão de combinar variáveis infinitas aleatoriamente para ver quais “desvantagens” caem; em vez disso, trata-se de mapear a produção e contingência de categorias sociais” (HOFFMANN, 2019, p. 906), o que é completamente inviável matematicamente.

Em passo acertado, a Resolução 332, de 21/08/2020, do Conselho Nacional de Justiça – que versa sobre a utilização de inteligência artificial no Poder Judiciário – exige que diligentes cuidados ao tema da diversidade sejam tomados, disciplinando, em seu artigo 20, que: “Art. 20. A composição de equipes para pesquisa, desenvolvimento e implantação das soluções computacionais que se utilizem de Inteligência Artificial será orientada pela busca da diversidade em seu mais amplo espectro, incluindo gênero, raça, etnia, cor, orientação sexual, pessoas com deficiência, geração e demais características individuais. § 1º A participação representativa deverá existir em todas as etapas do processo, tais como planejamento, coleta e processamento de dados, construção, verificação, validação e implementação dos modelos, tanto nas áreas técnicas como negociais. § 2º A diversidade na participação prevista no caput deste artigo apenas será dispensada mediante decisão fundamentada, dentre outros motivos, pela ausência de profissionais no quadro de pessoal dos tribunais. § 3º As vagas destinadas à capacitação na área de Inteligência Artificial serão, sempre que possível, distribuídas com observância à diversidade”.

DISCRIMINAÇÃO DE COR OU RAÇA NO SISTEMA FINANCEIRO: LIÇÕES DO ESTUDO ACESSO DOS EMPREENDEDORES AFRO-BRASILEIROS AO SISTEMA DE CRÉDITO E OS DESAFIOS À INCLUSÃO FINANCEIRA NO BRASIL

MARCELO PAIXÃO⁷⁴⁰

1. INTRODUÇÃO

O presente texto corresponde a uma versão resumida da pesquisa *Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*. A pesquisa foi financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e realizada, sob minha supervisão e elaboração do documento final de pesquisa, pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (LAESER), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)⁷⁴¹.

O estudo consistiu em um estudo pioneiro que procurou avaliar a presença da discriminação de cor ou raça no acesso ao financiamento produtivo no Brasil. O público-alvo do levantamento foram os Microempreendedores Individuais (MEI), tal como definidos pela Lei Complementar, LC nº 128/2008), com seus negócios estabelecidos nas cidades do Rio de Janeiro/RJ e de Salvador/BA. O universo do estudo foi o cadastro de MEIs do Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (SEBRAE). A partir daí foi constituída uma amostra de cerca de mil entrevistados, visando-se conhecer o seu perfil

socioeconômico, a caracterização de seus estabelecimentos e a forma pela qual aqueles MEIs tentavam acessar o crédito produtivo para alavancagem de seus empreendimentos. O levantamento foi realizado entre os meses de Março e Maio de 2013.

No país, até o momento, a maioria dos esforços que foram realizados de aplicação da teoria econômica ao problema da discriminação racial nos mercados se limitaram ou a aplicação do canônico modelo Oaxaca-Blinder para a mensuração dos componentes não explicados das assimetrias raciais de salários ou a aplicação de modelos analíticos relacionados ao problema da segregação ocupacional. Alternativamente, no estudo ora apresentado, a preocupação central foi analisar o comportamento dos potenciais mutuários no mercado de crédito tendo em vista a hipótese da presença da discriminação racial neste setor de atividade. Com isto foi possível a realização de um esforço analítico que buscou articular em um único conjunto as teorias da discriminação nos mercados em geral, e no mercado de crédito em particular, e a realização de uma pesquisa de campo que tinha justamente por eixo a identificação desta variável na realidade brasileira.

2. O PROBLEMA DO RACIONAMENTO DO CRÉDITO

No processo de contratação de empréstimos para negócios crédito para negócios, devido às recorrentes falhas na obtenção de informações obtidas por parte de credores e mutuários, o *racionamento do crédito* forma uma indelével realidade. Do lado da oferta, os bancos definem seus contratos a partir de dois critérios: *seleção adversa* (avaliação de risco do negócio proposto) e *risco moral* (avaliação do histórico de crédito do potencial mutuário e colaterais, ou garantias, que os mutuários possam oferecer pelo empréstimo solicitado). Com isto, os estabelecimentos de crédito acabam selecionando clientes de maior probabilidade de sucesso econômico e, coerentemente, menor

probabilidade de calote. O efeito é que no mercado de crédito acaba se constituindo uma legião de potenciais demandantes pelos recursos sem que haja uma oferta correspondente no mercado, mesmo que aqueles se disponham ao pagamento de elevadas taxas de juros. Por outro lado, no eixo da demanda, os potenciais mutuário, diante de um cenário de incertezas perante ao futuro, acabam portando grandes receios para assumirem compromissos financeiros. Com isto, uma razoável parcela destes agentes pode acabar evitando a contração de dívidas junto aos bancos (STIGLITZ; WEISS, 1981; AGION; MORDUCH, 2010; KON; STOREY, 2013).

O *racionamento de crédito* por parte das instituições financeiras também pode se associar a mecanismos discriminatórios a favor e contrários a determinados grupos da população. Assim, se é bem verdade que o tratamento desigual pode ser baseado em aspectos puramente econômicos (relação risco-retorno de uma determinada operação de crédito, histórico de crédito e colateral oferecido aos bancos), por outro lado, tais diferenças podem ser influenciadas pelo *estereótipo* e o *preconceito* variáveis estas obviamente relacionadas às falhas de informação (C.f. AGIER, SZAFARZ, 2011; 2013). Neste caso, os agentes econômicos vinculados aos grupos historicamente discriminados podem vir a serem preteridos dos empréstimos por causa de determinadas características pessoais adscritas. De fato, um mapeamento da literatura que aborda o problema do *racionamento de crédito* revela que esta realidade costuma afetar determinados contingentes populacionais historicamente alvos de tratamento desigual desvantajoso. Distante de esgotar a lista, estes estudos englobaram as discriminações no acesso ao crédito produtivo pelo já mencionado critério de gênero (TREICHEL, SCOTT, 2006; DÉSPALLIER, et alii, 2009; BELLUCCI et alii, 2010; AZIER, SZAFARZ, 2011; ORHAN, 2001; AZIER, SZAFARZ, *op cit*;; PIRAS et alii, 2013), de casta (KUMAR, 2013), de etnia (RATURU, SWAMY, 1999, LABIE, 2011), e de raça (ANDO, 1988; CAVALUZZO, CAVALUZZO, 1998; BOSTON, 2001; CAVALUZZO;

CAVALUZZO, WOLKEN, 2002; BLACHFLOWER et alii, 2003; STOREY, 2004; BLANCHCHARD et alii, 2005; ASIEDU et alii, BATES et alii, 2007; BATES, BRADFORD, 2008).

É importante mencionar que estas diferentes contribuições, até mesmo por partirem de bases de dados e metodologias distintas produziram conclusões bastante diferenciadas⁷⁴². Do ponto de vista metodológico a maior dificuldade para se analisar o problema do *racionamento de crédito* em termos de gênero e das minorias étnico-raciais diz respeito às dificuldades práticas de se separar as características econômicas do estabelecimento das características pessoais portadas pelos donos dos empreendimentos, tais como sexo, cor ou raça, etnia, orientação sexual, religião, etc. Assim, através das regressões logísticas, os estudos dedicados ao tema da discriminação no sistema de crédito buscam diferenciar as duas dimensões do problema, assim calculando o *efeito líquido* daquela variável sobre a recusa da concessão do empréstimo por parte dos bancos⁷⁴³.

No que tange à discriminação por gênero, um mapeamento não exaustivo da literatura parece apontar que o problema do acesso ao crédito produtivo por parte das microempreendedoras reside menos na negatização dos pedidos e mais nos montantes observados quando do estabelecimento dos contratos. Ou seja, as microempreendedoras, na comparação com seus colegas do sexo masculino, tenderiam a demandar e transacionar um menor volume médio de crédito⁷⁴⁴. Agier; Szafarz (2011; 2013) conceitualizaram este limite de *teto de vidro*. Já quando se analisa a literatura disponível que trata da discriminação racial sobre microempreendedores afrodescendentes, e, em alguns estudos, sobre hispano-descendentes; parece haver maior consenso quanto à efetiva prática do *racionamento do crédito* sobre este contingente⁷⁴⁵⁻⁷⁴⁶. A forma assumida por este *racionamento* em geral implica em uma menor probabilidade de se obter o montante solicitado (total ou parcialmente)⁷⁴⁷. É importante também citar que outras

contribuições dedicadas ao mesmo tema igualmente apontaram para questões correlatas como as taxas médias de juros pagas pelos empreendedores afrodescendentes (superiores às pagas pelo grupo racial majoritário) e o desencorajamento para a busca ao crédito por parte dos potenciais beneficiários destes recursos (C.f. ASIEDU et alii, *op cit*; CAVALUZZO; CAVALUZZO, WOLKEN, *op cit*; BLANCHARD et alii, *op cit*)⁷⁴⁸. De qualquer forma, ao se tratar do tema da discriminação racial ao sistema de crédito produtivo, é importante mencionar que o consenso existente se restringe aos estudos realizados nos EUA, local onde a quase totalidade de contribuições existentes até o momento se concentrou. Estudos realizados em outros países nem sempre levaram às mesmas conclusões.

Para além dos EUA se encontra uma maior probabilidade de *racionamento de crédito* para os empreendedores afrodescendentes em Trinidad e Tobago (STOREY, *op cit*). Já em Zimbabwe, apesar de Raturi; Swami (*op cit*) terem encontrado evidências de um menor percentual de resultados positivos na busca pelo crédito por parte dos empreendedores negros, após controle estatístico, foi verificado que as diferenças encontradas não diziam respeito à propriamente à discriminação racial⁷⁴⁹. Na Índia, um estudo realizado no começo da década de 2000 baseado no *All-India Debt and Investment Survey*, revelou que o acesso ao crédito produtivo por parte de agricultores daquele país era mais provável aos integrantes das castas privilegiadas. Porém, após controle estatístico verificou-se que isto se dava apenas nas cooperativas de crédito (gerenciadas localmente), mas não nos bancos comerciais, estes passíveis de regulamentação oficial, e como tal, mais passíveis de regulamentação pelas leis de anti-discriminação existentes naquela nação asiática (KUMAR, 2013).

Os poucos estudos realizados até o momento no Brasil dedicados ao tema da inclusão financeira desagregado por cor ou raça deram algumas pistas sobre uma possível realidade de uma não incomum discriminação sobre os afrodescendentes, tanto em termos da qualidade

do atendimento nos bancos, assim como nas políticas de recrutamento de pessoal (C.f. SANTOS; SILVA (org.), 2005; ROSSETTO; 2006; FEBRABAN, 2008; FIGUEIREDO, 2012; Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, 2009; 2010). De qualquer forma, ao contrário dos demais estudos realizados em outras partes do mundo, as pesquisas realizadas no Brasil, não tiveram por eixo o tema do acesso ao crédito produtivo, tendo analisado esta questão em meio a um conjunto de outras variáveis. Em uma busca pela superação desta lacuna, a partir das próximas seções serão comentados os principais resultados da pesquisa *Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*.

3. ACESSO DOS EMPREENDEDORES AFRO-BRASILEIROS AO SISTEMA DE CRÉDITO: CARACTERIZAÇÃO GERAL DA AMOSTRA

Quando se estuda os dados empíricos da pesquisa *Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil* se chega aos seguintes resultados em termos do perfil socioeconômico da população amostrada.

A distribuição de cor ou raça dos MEIs entrevistados foi: pardos, 47,5%; brancos, 29%; pretos, 20,5%; amarelos e indígenas, 3%. Já a composição entre os grupos de gênero foi de 51,7%, homens, e, 48,3%, mulheres. No presente estudo 24,1% dos MEIs tinham até o Ensino Fundamental completo; 54,2% o Ensino Médio incompleto e completo; e, 21,7%, o Ensino Superior completo ou acima deste nível. Esta distribuição revela uma população ocupada com padrão de escolaridade superior à média da PEA, seja a brasileira, seja a das duas cidades estudadas.

A renda média dos MEIs entrevistados foi de R\$ 2,2 mil. Os MEIs de cor ou raça brancos obtinham rendimentos médios superiores aos MEIs pretos e aos MEIs pardos em, respectivamente, 11,1% e 27,2%. Em termos medianos a mesma diferença de rendimento entre os MEIs

brancos e os MEIs pretos e pardos, era mais uma vez de 11,1%, em relação aos primeiros, e, de 33,3%, em relação aos segundos.

Os MEIs entrevistados apresentaram diferentes percepções de terem passado por situações de discriminação de cor ou raça ao longo de suas vidas nos diferentes espaços sociais. Assim, ao passo que 96,6% dos brancos afirmaram nunca terem sido discriminados, entre os MEIs pardos esta mesma resposta correspondeu a 89,7%. Entre os MEIs pretos esta sensação era compartilhada por 62,1%, quase 35 pontos percentuais inferior ao ocorrido entre os MEIs brancos.

Sugestivamente, quando a percepção de discriminação de cor ou raça era repassada, da experiência pessoal, para uma avaliação sobre a sociedade no seu conjunto, verificou-se um padrão mais convergente de respostas. Do conjunto dos entrevistados, apenas 11,7% avaliavam que as pessoas não eram discriminadas por conta de sua cor ou raça no Brasil. Esta avaliação otimista era adotada por apenas 14,4% dos MEIs brancos; 12,3% dos MEIs pardos e, por 5,5% dos MEIs pretos. Os MEIs entrevistados de todos os grupos de cor ou raça apresentaram indicadores assemelhados em termos da jornada diária de trabalho (9,2 horas) e do número de dias de funcionamento do negócio (5,8 dias na semana).

Quanto às principais dificuldades dos MEIs entrevistados para a gestão do próprio negócio, houve uma convergência no padrão de respostas dos MEIs brancos, pretos e pardos no que tange ao acesso ao capital de giro (no entorno de 53%). Contudo, os MEIs pretos, comparativamente aos outros dois grupos, relataram em maior proporção dificuldades com instalações (36,2%, frente a uma média geral de 25,4%), reformas (45,8%, frente a uma média geral de 37%), máquinas e equipamentos (39,2%, frente a uma média geral de 30,3%) e veículos (41,6%, frente a uma média geral de 30%). Os MEIs pretos e os MEIs pardos convergiram no que tange à proporção dos que relataram dificuldades com o pagamento de dívidas, em ambos os casos no entorno de 38%. Entre os MEIs brancos este percentual era menor em cerca de 5

pontos percentuais.

Os MEIs brancos declararam ter despesas mensais médias superiores aos dos MEIs pretos e dos MEIs pardos. As diferenças médias foram de, respectivamente, 16,7% e de 35,2%. Em termos medianos as diferenças foram de, respectivamente, 24,8% e 47,8%. Os MEIs pretos apresentavam despesas mensais médias superiores aos dos MEIs pardos. Os empréstimos junto aos estabelecimentos bancários não se apresentaram como uma forma usual de apoio de acesso aos MEIs para a aquisição de matéria-prima e mercadorias: 4,1%. Vale a pena lembrar estes dados à luz do que já foi comentado acerca da dificuldade do conjunto dos MEIs em gerenciarem seus negócios por dificuldades para aquisição de capital de giro.

De certo modo surpreendentemente, os MEIs pretos apresentaram dispêndios em investimento maiores do que os MEIs brancos e os MEIs pardos. Tal diferença foi observada tanto em termos médios como em termos medianos. Entretanto, apesar da informação soar alvissareira, entre os MEIs entrevistados, apenas uma pequena proporção dos investimentos que haviam sido realizados o foram a partir de financiamento obtido junto ao sistema financeiro. Pelo contrário, em 83,5% dos casos a principal fonte dos recursos foram saldos de exercícios anteriores do próprio MEI. Ampliando o grau de ironia da informação, para os MEIs pretos o peso relativo dos que haviam investido mobilizando recursos obtidos junto ao sistema financeiro era inferior a 5%. Entre os MEIs brancos e os MEIs pardos este indicador se situava na casa dos 8%.

O faturamento mediano dos estabelecimentos dirigidos por MEIs brancos era 39,3% superior ao observado entre os MEIs pretos e 21,9% superior ao verificado entre os MEIs pardos. A maioria dos MEIs entrevistados realizava sozinho a contabilidade de seus negócios (mais de $\frac{3}{4}$ adotavam este mecanismo). Não obstante, os MEIs brancos apresentaram maior percentual de apoio a um contador, 19,9%, frente a 9,4% dos MEIs pretos e de 8,8% dos MEIs pardos. Finalizando esta

seção, um baixo percentual de MEIs entrevistados revelou estar afiliado a alguma cooperativa (3,2%) ou associação de classe (4,9%).

4. ACESSO AO CRÉDITO PRODUTIVO E PERCEPÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Esta parte estará dividida em oito subseções temáticas abrangendo os seguintes assuntos: i) utilização do crédito produtivo; ii) valores solicitados e aprovados; iii) montantes dos juros pagos; iv) destinação do crédito produtivo e adimplência; v) motivos para o *possível racionamento do crédito*; vi) análise do perfil dos MEIs que não tiveram sucesso na busca pelo crédito; vii) motivos da necessidade de crédito por parte dos MEIs de *crédito racionado* e desalentados; viii) respostas dos MEIs sobre o que aconteceria se o acesso ao crédito produtivo fosse facilitado.

4.1. UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO PRODUTIVO (TABELAS 1 E 2)

Dos MEIs entrevistados somente 4,3% afirmou utilizar com frequência empréstimo, crédito ou financiamento para exercício de sua atividade econômica. Outros 19,5% igualmente afirmaram tê-lo utilizado, porém, apenas eventualmente. Mais de $\frac{3}{4}$ dos MEIs indagados em nosso levantamento afirmaram que, ou tentaram e não obtiveram sucesso; ou não buscaram acesso ao crédito produtivo⁷⁵⁰. O percentual dos MEIs de cor ou raça branca que utilizaram com frequência crédito produtivo dentro do intervalo de referencia da pesquisa foi de 4,7%. Este percentual foi praticamente idêntico ao indicador apresentado pelos MEIs pardos. Os MEIs pretos apresentaram o menor percentual de uso do crédito produtivo: 2,1%.



Tabela 1. Utilizou algum empréstimo, crédito, ou financiamento para exercer sua atividade no período de 01/10/2011 a 31/12/2012

Cor ou raça	Não	Sim, eventualmente	Sim, frequentemente	Total
Branca	78,9%	16,4%	4,7%	100,0%
Preta	78,0%	19,9%	2,1%	100,0%
Parda	74,5%	20,9%	4,6%	100,0%
Total	76,2%	19,5%	4,3%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota: na resposta "Sim, frequentemente" a margem de erro é superior a 15% para todos os grupos de cor e raça.

Os MEIs pretos e pardos apresentaram indicadores semelhantes no que disse respeito aos que utilizaram crédito produtivo apenas eventualmente, respectivamente, 19,9% e 20,9%. Já os MEIs de cor ou raça branca na mesma condição totalizaram, 16,4%. O peso relativo dos MEIs que não utilizaram nem eventual, nem frequentemente, o crédito produtivo dentro do intervalo de referencia de nosso estudo foram de: brancos, 78,9%; pretos, 78,0%; pardos, 74,5%. Ou seja, ainda que as diferenças não fossem gritantes, destes dados vemos que os MEIs pardos foram os que de um modo ou de outro acessaram com mais intensidade o sistema financeiro com a finalidade de acesso ao crédito produtivo.

Dos MEIs entrevistados que haviam utilizado crédito produtivo (ou seja, dos 23,8% do total), 67,8% obtiveram crédito produtivo recorrendo a bancos públicos ou privados. O acesso ao crédito através do apoio de parentes, amigos e outros meios, marcou a realidade de 18,6% da população pesquisada. O acesso aos bancos públicos ou privados revelou-se mais frequente aos MEIs brancos (72,9%) do que aos pardos (64,7%) e pretos (68,2%). Já o acesso ao crédito através de programa microcrédito revelou-se presente para 11,4% dos MEIs pretos e para 5,0% para os MEIs pardos, contudo não tendo sido mencionado para os MEIs brancos.

O peso relativo dos programas de microcrédito foi de 5,5%. De qualquer forma, devido a um possível problema presente no questionário, esta informação deve ser vista com muita cautela. Assim, talvez os entrevistados que obtiveram empréstimos não tenham conseguido distinguir com precisão se o seu acesso ao empréstimo se deu mediante as fontes oficiais de microcrédito intermediadas por um banco público ou privado, ou se o foram através de um programa específico de microcrédito intermediado por uma cooperativa ou OSCIP. Esta suposição ganhará corpo daqui a duas seções quando formos analisar os juros cobrados pelos empréstimos obtidos por parte dos MEIs entrevistados.

Tabela 2. Declaração de agente econômico com o qual buscou crédito (em %)				
Cor ou raça	Em bancos públicos ou privados, ou em	Crediamigo/Programa de Microcrédito	Com amigos e parentes e outras	Total

	financeiras		formas	
Branca	81,5%	0,0%	18,5%	100,0%
Preta	68,5%	11,4%	20,1%	100,0%
Parda	66,5%	5,0%	28,5%	100,0%
Total	71,0%	5,5%	23,5%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: na resposta "Crediamigo/Programa de Microcrédito" todos os grupos de cor ou raça e a população total apresentam margem de erro superior a 15%.

Nota 2: na resposta "Com amigos e parentes e outras formas" os grupos de cor ou raça branca e preta apresentam margem de erro superior a 15%.

O acesso aos empréstimos através de parentes, amigos e outras formas foi um modo de obtenção do crédito produtivo para cerca de 18% de todos os grupos de cor ou raça analisados. Estas formas alternativas de obtenção de crédito produtivo constituíram a realidade de 18,5% dos MEIs brancos, de 20,1% dos MEIs pretos e 28,5% dos MEIs pardos.

4.2. VALORES SOLICITADOS E APROVADOS (TABELA 3)

Na presente seção serão analisadas as informações sobre os valores dos créditos solicitados e aprovados pelo e para os MEIs entrevistados. Visando uma melhor compreensão sobre o modo de

interação destes agentes com o sistema de crédito produtivo formal, foram excluídos da análise os dados provenientes daqueles MEIs que obtiveram crédito através de amigos, parentes, e demais agentes que não são regulados pelo Estado brasileiro, seja através do Banco Central do Brasil (BCB) e do Conselho Monetário Nacional (CMN), seja através de programas de microcrédito como o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO) ou o Programa Crescer de Microcrédito. Assim, abaixo foi listada a realidade somente dos que obtiveram crédito através de bancos públicos, bancos privados, financeiras, bancos cooperativados e por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

O valor médio solicitado pelos MEIs que buscaram, com sucesso ou não, crédito para seus empreendimentos foi de cerca de R\$ 7,3 mil. Já o valor mediano foi de exatamente R\$ 4 mil. Vale apontar que estes dados estão dentro das margens das atuais políticas públicas de microcrédito que vão de um intervalo de R\$ 5 mil (tal qual para MEI individual sem orientação de uso do crédito), ao PNMPO e o Programa Crescer de Microcrédito, onde o limite máximo dos empréstimos era de R\$ 15 mil⁷⁵¹.

Tabela 3. MEIs que procuraram crédito por resultados obtidos (em R\$, fev 2012 e %)								
Cor ou raça	Valor solicitado (R\$)		Conseguiu o crédito solicitado?				Valor obtido	
	Média	Mediana	Totalmente	Parcialmente	Não	Total	Média	Mediana
Branca	10.711,09	5.000,00	62,7%	8,7%	28,6%	100,0%	9.708,71	3.000,00
Preta	6.000,49	2.800,00	50,7%	10,0%	37,5%	98,3%	3.899,56	2.000,00
Parda	5.547,71	5.000,00	67,0%	9,9%	23,1%	100,0%	4.734,94	3.000,00
Total	7.327,91	4.000,00	62,9%	9,1%	27,6%	99,6%	99,6%	2.500,00

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso aos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: Na resposta "Conseguir o crédito solicitado? Parcialmente" em todos os grupos de cor ou raça e na população total a margem de erro foi superior a 15%.

Nota 2: Na resposta "Conseguir o crédito solicitado? Não" em todos os grupos de cor ou raça a margem de erro foi superior a 15%.

Ao se analisar os pedidos por empréstimo desagregado pelos grupos de cor ou raça verificou-se a presença de assimetria entre os distintos contingentes. No caso dos MEIs brancos, o valor médio dos pedidos de empréstimos se situou no entorno de R\$ 10,7 mil. Já no caso dos MEIs pardos o montante médio requisitado foi de cerca de R\$ 6 mil e no caso dos MEIs pretos no entorno de R\$ 5,5 mil.

Ao se estudar o mesmo indicador através da mediana verifica-se que as assimetrias em termos dos valores requisitados se reduzia. Os MEIs brancos e pardos apresentaram uma demanda mediana por crédito produtivo no valor de R\$ 5 mil, ao passo que seus colegas MEIs pretos requisitaram valores medianos de R\$ 2,8 mil⁷⁵².

Quando se analisa o conjunto de MEIs vê-se que 63% que buscaram crédito para o desenvolvimento de seus empreendimentos conseguiram obter o valor pedido integralmente. Os demais vivenciaram uma situação de *possível racionamento de crédito*. Assim, 9,1% enfrentaram um *possível racionamento de crédito parcial* em seu pleito. Já o percentual de *possível racionamento de crédito integral* totalizou 27,6%⁷⁵³.

Em termos da taxa de liberação dos pedidos requisitados por empréstimo produtivo, observou-se que foram os MEIs pardos os que tiveram melhor desempenho, com 67% de seus pedidos tido sido concedidos integralmente. No caso dos MEIs brancos este percentual chegou a 62,7%. Finalmente, no caso dos MEIs de cor ou raça preta o percentual de sucesso integral no pedido por empréstimo ficou abaixo dos outros grupos: 50,7%. O *possível racionamento de crédito parcial* na tentativa por obter empréstimo produtivo correspondeu a realidade de 8,7% dos entrevistados de cor ou raça branca; de 10,0% dos entrevistados de cor ou raça preta; e de 9,9% dos entrevistados de cor ou raça parda. Quando se observa a taxa de *possível racionamento de crédito integral*, observou-se que os MEIs pardos apresentaram o menor percentual (23,1%), sendo seguidos pelos MEIs brancos (28,6%) e pelos MEIs pretos (37,5%).

A respeito da interpretação destas informações poderíamos ser levados a uma conclusão no sentido de que os MEIs pretos, na comparação com seus colegas de outros grupos de cor ou raça, enfrentariam de forma mais intensiva o problema do *acionamento de crédito*. Na verdade, apesar das estatísticas descritivas sugerirem algo neste terreno, é importante salientar que tal assertiva não poderá ser feita tendo em vista que uma conclusão desta natureza envolveria a necessidade de informações provenientes dos próprios estabelecimentos bancários, dimensão não abrangida em nosso levantamento⁷⁵⁴. Por isto, ao longo desta seção, vem sendo utilizado o termo *possível acionamento de crédito* mostrando tratar-se antes de uma possibilidade do que uma peremptória realidade dos fatos.

Não obstante, através da tabela 3 são observados os valores médios e medianos do crédito declarado pelos MEIs a partir de suas gestões junto aos estabelecimentos bancários. Assim, em toda a amostra, o valor médio girou no entorno de R\$ 6 mil. Em termos medianos o valor se situou no entorno de R\$ 2,5 mil. Os MEIs de cor ou raça branca entrevistados obtiveram em média cerca de R\$ 9,7 mil em crédito para seus negócios. Os MEIs pardos apresentaram média de cerca de R\$ 4,7 mil. Finalmente, os MEIs pretos auferiram em termos médios montantes no entorno de R\$ 3,9 mil. Quando são analisados os valores medianos se observa que os MEIs brancos e pardos obtiveram empréstimos no montante de R\$ 3 mil; ao passo que os MEIs pretos conseguiram valores medianos de R\$ 2 mil, assim, mantendo-se na última colocação.

Outro interessante exercício a ser feito diz respeito à relação entre os valores médios e medianos requeridos e efetivamente concedidos por parte do sistema financeiro. Este indicador foi definido como taxa média e mediana de liberação de crédito. Considerando a população amostrada como um todo, a taxa média de liberação de crédito para os MEIs foi de 82,1%. Já a taxa mediana de liberação de crédito para o mesmo contingente foi de 62,5%. A taxa média de liberação dos MEIs brancos

foi de 90,6% e a taxa mediana de liberação foi de 60,0%. No caso dos MEIs pardos a taxa média de liberação foi de 85,3%. Já a taxa de liberação deste grupo em termos medianos, tal como ocorreu com os MEIs brancos, foi de 60%.

No caso dos MEIs pretos, a taxa média de liberação foi de 65,0% e a taxa mediana de liberação foi de 71,4%. Apesar deste último indicador ter sido ligeiramente superior à mediana da taxa de liberação dos MEIs brancos e pardos, fica sugerido haver pouca margem para otimismo neste caso. Conforme sabido, a distribuição de um determinado conjunto por sua mediana o separa em dois grupos iguais, sendo a primeira parte a que justamente apresenta menores valores sejam estes quais forem (renda, idade, etc). Aplicando esta lógica para o que está sendo estudado neste momento, fica sugerido que a maior taxa mediana de liberação dos MEIs pretos comparativamente aos MEIs dos outros grupos, parece ser o resultante de demandas de menor valor que, assim, pôde ser atendida em montantes proporcionalmente maiores.

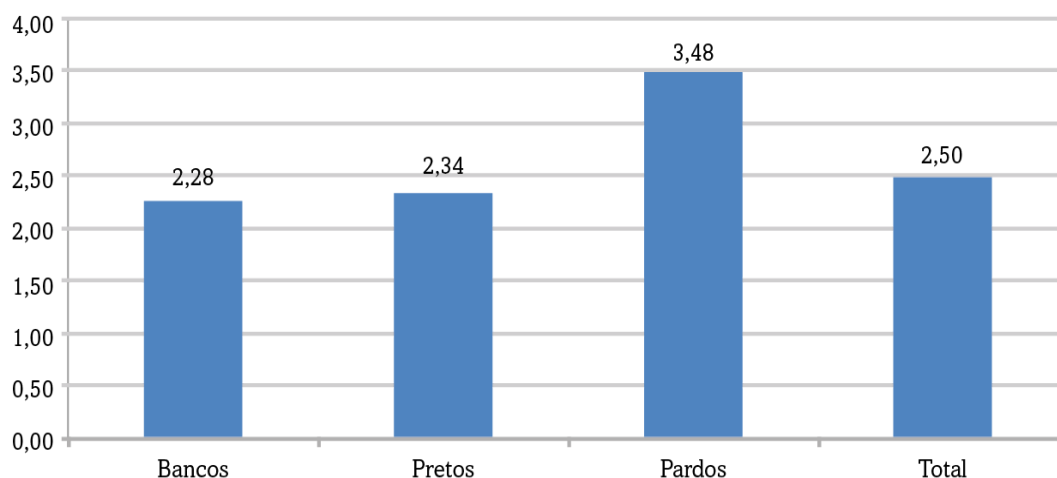
Em suma, em que pese as conclusões desta seção terem sido baseadas apenas em estatísticas descritivas, foi possível observar uma certa coerência no conjunto dos dados quando se procede uma comparação entre os MEIs pretos, de um lado, e os MEIs brancos e pardos, de outro. Assim, aqueles, proporcionalmente aos demais, solicitaram valores medianos menores, apresentaram maior taxa de *racionamento de crédito*, bem como tiveram menor proporção de liberação dos empréstimos requisitados.

4.3. MONTANTE DE JUROS PAGOS (GRÁFICO 1)

A pesquisa *Acesso dos microempreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil* indagou aos MEIs que haviam obtido crédito junto às fontes oficiais qual a fonte dos empréstimos: se em bancos públicos ou privados; se em financeiras; ou se em programa de microcrédito ou Crediamigo. Apesar da tentativa de

analisar cada uma destas fontes separadamente, o estudo se defrontou com possíveis problemas com as respostas obtidas pelos entrevistados sugerindo que estes não conseguiram diferenciar os programas de microcrédito provenientes de diferentes fontes. Esta constatação se revelou justamente quando da análise das taxas de juros cobradas aos MEIs. Assim, a taxa média de juros praticada pelos que declararam ter obtido crédito junto a um banco ou financeira foi de 2,5% ao mês, o que é compatível com as atuais políticas oficiais de microcrédito produtivo. De qualquer forma, ao se analisar as taxas de juros médias, tal como declaradas pelos tomadores de empréstimos, verificaram-se diferenças entre os grupos de cor ou raça. Assim, dos MEIs que haviam tomado empréstimos junto aos bancos ou financeiras, as maiores taxas de juros foram pagas pelos pardos (3,48%), seguida pelos pretos (2,34%) e pelos brancos (2,28%).

Gráfico 1. Taxa média de juros ao mês por empréstimos junto aos bancos públicos, privados, financeiras e OSCIPs (em %)



O que estes dados sugerem é que sobre os MEIs pardos e, igualmente, também sobre os MEIs pretos (embora em menor intensidade), as maiores taxas de juros podem ter sido resultantes dos já comentados mecanismos de *seleção adversa* e de *risco moral*. Contudo, é preciso tomar-se cuidado com esta conclusão tendo em vista que o processo de formação das taxas de juros para os tomadores de empréstimos podem se dar igualmente baseados em torno de dados econômicos, tais como as garantias ou histórico de pagamento de dívidas. Assim, na medida que o presente estudo não incorporou informações provenientes dos próprios estabelecimentos intermediadores de crédito, não teremos como avançar em maiores conclusões sobre os motivos pelos quais os MEIs pretos e pardos acabavam tendo de arcar com taxas de juros maiores, na comparação com os seus colegas MEIs de cor ou raça branca.

4.4. DESTINAÇÃO DO CRÉDITO PRODUTIVO E ADIMPLÊNCIA

(TABELAS 4 E 5)

Da população entrevistada que havia obtido crédito produtivo, 48,1% o utilizaram para aquisição de matérias-primas ou mercadorias. Este dado é coerente ao comentado na terceira parte deste artigo onde foi verificado que mais da metade dos MEIs haviam declarado que uma das maiores dificuldades no exercício da gestão de seus estabelecimentos dizia respeito, justamente, à questão do capital de giro. Verificou-se que o pagamento de dívidas correspondeu à situação de 23,6% dos MEIs que obtiveram crédito produtivo⁷⁵⁵.

Quando se analisa os dados da tabela 4 os decompondo pelos grupos de cor ou raça verifica-se que o uso dos recursos provenientes de empréstimos para giro do negócio era uma situação mais comum aos MEIs pretos (53,1%) e pardos (52,8%), do que aos MEIs brancos (35,9%). Por outro lado, o uso de crédito para o pagamento de dívidas do estabelecimento era mais frequente entre os MEIs brancos (30,1%), do que entre os MEIs pretos (22,9%) e pardos (21,8%), de algum modo refletindo o maior grau de acesso daquele primeiro grupo ao crédito produtivo, tal como pudemos analisar na seção anterior.

Igualmente chama atenção que o peso relativo dos MEIs brancos (17,1%) que utilizaram recursos provenientes de empréstimos para a expansão do próprio estabelecimento fosse maior que o que ocorria entre os MEIs pardos (7,3%) e, especialmente entre os MEIs pretos (3,5%). A demanda por empréstimos para aquisição de veículos, imóveis ou reforma ficou no entorno de 11,3% para os MEIs entrevistados que haviam obtido crédito produtivo no período. Desagregando o indicador entre os grupos de cor ou raça verificamos que esta situação correspondeu à realidade de 12,8% dos MEIs pardos; de 10,5% dos MEIs pretos e de 8,4% dos MEIs brancos.

Professor Associado da Universidade do Texas, Austin. Departamento de Estudos da Diáspora Africana (AADS) e do Instituto Teresa Lozano Long de Estudos Latino-Americanos (LLILAS). Texto preparado para ser

apresentado na 14a Conferência da BRASA realizado entre 25 e 28 de Julho na Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio de Janeiro, Brasil.

O autor estende seus agradecimentos a toda equipe de trabalho do LAESER que auxiliaram na realização deste estudo, especialmente às pesquisadoras Irene Rossetto, Elisa Monçores, ao bolsista de pesquisa Jordão Andrade e a Marco Aurélio Oliveira Alcântara, este último responsável pela coordenação da aplicação dos questionários de campo. O questionário de campo foi desenhado pelo autor com a colaboração de Ricardo Mello, Anderson Oriente e da bolsista de graduação, Bianca Carrasco. Fazemos igualmente o agradecimento institucional ao BID, ao Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (SEBRAE) e à Fundação Ford.

Uma síntese da complexidade deste debate pode ser encontrada em Blachflower et alii (*op cit*).

E mesmo assim sempre sabendo que em tais estudos é quase inevitável a presença de *variáveis omitidas* e que podem enviesar o resultado final do levantamento. A este respeito ver Blanchflower et alii, (*op cit*).

Déspallier et alii (2009) chegaram a conclusão semelhante acerca do menor volume de crédito obtidos em média pelos microempreendimentos produtivos comandados por mulheres. Orham (2001), em pesquisa sobre o sistema de microcrédito produtivo na França, verificou que haveria uma maior tendência dos microempreendimentos comandados por mulheres em apresentarem um perfil mais conservador em termos do perfil do seu investimento, conclusão fundamentalmente convergente com os estudos mencionados de Déspallier et alii (*op cit*) e de Agier, Szafaraz (*op cit*). Na contramão destas leituras se encontra o trabalho de Piras et alii (*op cit*) que analisando o problema do acesso ao crédito produtivo pelas mulheres microempreendedores de Barbados, Jamaica e Trinidad e Tobago concluíram haver evidências de *racionamento de crédito* para estes agentes econômicos pela via de negação de pedidos de empréstimos.

Entre as pesquisas econômicas realizadas nos EUA que cobriram a realidade das pequenas empresas e dos microempreendedores pertencentes aos grupos historicamente discriminados se destacam a *Survey of Business Owners*, realizada em 2007 e 2012, organizado pelo *US Census Bureau* e a *Survey of Small Business Finance*, realizada entre 1987 e 2003, organizada pelo *Federal Reserve Board* e a *Minority-Owned Business (US)*.

No âmbito do debate sobre a discriminação no sistema de crédito existe uma ampla literatura que trata especificamente da problemática do mercado imobiliário. Estes estudos mais uma vez foram realizados fundamentalmente nos EUA, especialmente a partir da publicação, no começo dos anos 1990, de um documento do *Federal Reserve of Boston*, onde se reconhecia as maiores dificuldades dos negros norte-americanos para acessar o financiamento para obtenção da casa própria. Este assunto, por outro lado, remete a outra questão correlata que engloba o tema da segregação territorial da população em zonas e bairros caracterizados pela sua conspícua homogeneidade étnico-racial. Seria infactível dar conta desta literatura neste estudo. Porém, seguem como possíveis trabalhos de referencia: Black et alii (1978), Ferguson; Peter (1995), Hunter; Walker (1996) Cloud; Galster (2003); Ross; Yinger (2001), Turner; Skidmore (1999) e Blank et alii (2004).

Vide literatura já mencionada acima: Ando, *op cit*; Cavalluzzo, Cavalluzzo, *op cit*; Boston, *op cit*; Cavalluzzo; Cavalluzzo, Wolken, *op cit*; Blanchflower et alii; Storey, *op cit*; Blanchard et alii, *op cit*; Asiedu et alii, Bates et alii. Nesta lista é igualmente importante mencionar a contribuição de Bates et alii (2007) e de Bates; Bradford, (*op cit*) quando analisaram a tendência dos pequenos empreendimentos controlados por grupos minoritários para a capitalização de seus negócios através dos fundos de pensão ao invés da mobilização dos mecanismos tradicionais que foram originados nos anos 1960 através do *US Small Business Administration*, e, a partir deste, do *Minority Enterprise Small Business Investment*.

Na verdade, no estudo de Blanchflower et alii (*op cit*), após controle

estatístico, não havia provas de que os empreendedores negros tivessem de arcar com maiores taxas de juros no sistema como um todo, mas, apenas, em alguns tipos de empresas tais como as *fund* e *leasing companies*. O desencorajamento na busca pelo crédito produtivo por parte dos empreendedores afrodescendentes após tentativas frustradas de acesso ao sistema pode ser encontrada em Cavalluzzo; Cavalluzzo; Wolken, *op cit*.

Segundo o estudo dos autores a menor probabilidade de acesso dos empreendedores negros ao sistema de crédito produtivo seria causado pela maior demanda por parte dos integrantes deste grupo por estes recursos, vis-à-vis aos outros grupos raciais. Assim, segundo as conclusões de Raturi; Swami (*op cit*), o *acionamento de crédito* para este grupo seria decorrente do fato de que, dado os recursos existentes, esta grande demanda por financiamento por parte dos empreendedores negros não teria como ser atendida pelo sistema financeiro daquele país. O SEBRAE (2013a) apontou que 77,7% dos MEIs de todo o país não haviam buscado o crédito no ano daquela publicação. Portanto este indicador converge com os dados encontrados em nossa pesquisa. Porém, no ano de 2011, o mesmo órgão realizou o mesmo levantamento junto aos MEIs cobrindo os estados da Bahia e do Rio de Janeiro. Neste caso o percentual de MEIs que não haviam tentado obter crédito chegava 87%, na Bahia, e, a 91%, no Rio; percentuais superiores ao que encontramos em nosso estudo (C.f. SEBRAE, 2011b; SEBRAE, 2011c). De qualquer forma, na comparação entre os dados do SEBRAE destes dois estados com os contidos em nosso levantamento é preciso destacar dois aspectos. O primeiro aspecto, é que há um intervalo temporal entre o levantamento do SEBRAE e o estudo realizado pelo LAESER. Deste modo, devemos considerar que, segundo o próprio SEBRAE (2013a), entre 2013 e 2010, veio ocorrendo um aumento no peso relativo dos MEIs que tentaram acessar o sistema de crédito. O segundo aspecto é que a pesquisa SEBRAE cobre os MEIs residentes no conjunto de municípios que formam aquelas unidades da Federação. Neste estudo, a

amostra foi aplicada somente nas capitais fluminense e soteropolitana, sendo razoável supor que nestes municípios poderia haver uma maior disposição por parte dos MEIs para a busca pelo crédito, no mínimo, derivado de fatores como a maior escolaridade média ou acesso mais facilitado às informações. Não obstante, é importante que o leitor deste estudo tenha em conta estas diferenças entre um e outro levantamento. Esta questão é melhor desenvolvida no capítulo 3 do relatório completo da pesquisa *Acesso dos microempreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*, escrito pelo mesmo autor.

A este respeito é interessante recuperar a pergunta feita por Agier; Szafarz (2013) sobre um possível *teto de vidro* (*glass ceiling*) no montante de pedido de empréstimos solicitados por parte das mulheres microempreendedoras. Assim, as autoras verificaram que os microempreendedores do sexo masculino tendiam a pedir um volume de empréstimo mais volumoso do que às microempreendedoras do sexo feminino. O mais interessante é que tal diferença se dava mesmo em um contexto no qual a taxa do *acionamento de crédito* se apresentava com igual intensidade para ambos os grupos de gênero.

O SEBRAE (2013a) em levantamento nacional junto aos MEIs indicou que, do total deste público que havia tentado acesso ao crédito produtivo, a taxa de *acionamento* havia sido de 44,6%. Portanto bem superior à proporção obtida em nosso levantamento. O mesmo órgão, em 2010, aplicou questionários específicos sobre o este tema junto aos MEIs desagregados pelos estados brasileiros. No caso da Bahia as taxas de *acionamento* do crédito foram de 2/3, e, no Rio, o indicador foi de quase 70%, em ambos os casos superiores aos resultados obtidos em nosso estudo (C.f. SEBRAE, 2011b; SEBRAEc, 2011). De qualquer sorte, uma reconhecendo-se as diferenças entre o levantamento do LAESER em relação ao do SEBRAE, cabem os mesmos comentários anteriores acerca das diferenças temporais e geográficas entre uma e outra pesquisa.

A este respeito ver o debate sobre o conceito de *racionamento de crédito* no segundo capítulo da versão completa deste estudo *Acesso dos microempreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*, escrito pelo mesmo autor.

Vale também lembrar que estes dados são coerentes com os indicadores da ECINF 2003 a respeito do mesmo tema. A este respeito ver Rossetto (2006).

Tabela 4. Destinação do crédito obtido (em %, respostas múltiplas)						
Cor ou raça	Compra de matérias-primas ou mercadorias	Compra de imóveis, veículos ou reformas	Máquina e equipamentos	Pagamento de dívidas do negócio	Outras	Total
Branca	37,0%	8,4%	17,6%	31,1%	5,9%	100,0%
Preta	56,7%	10,5%	3,7%	24,5%	4,7%	100,0%
Parda	54,2%	12,8%	7,5%	22,3%	3,1%	100,0%
Total	49,7%	11,3%	9,4%	24,4%	5,1%	100,0%

cafo-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: a resposta "Compra de matérias-primas ou mercadorias" para o grupo de cor ou raça branca apresenta margem de erro superior a 15%.

Nota 2: a resposta "Compra de imóveis, veículos ou reforma" em todos os grupos de cor ou raça apresenta margem de erro superior a 15%.

Nota 3: a resposta "Pagamento de dívidas do negócio" para os grupos de cor ou raça branca e preta apresenta margem de erro superior a 15%.

Nota 4: a resposta "Outras" em todos os grupos de cor ou raça e população total apresenta margem de erro superior a 15%.

Na tabela 5 observa-se a situação de adimplência por parte dos MEIs que haviam contraído crédito produtivo. Deste modo, 91% dos entrevistados afirmaram que estavam pagando suas prestações dentro do prazo. Outros 3,9% declararam fazê-lo, mas com atraso e 5% reconheceram que estavam com dívidas atrasadas por serem pagas.

Tabela 5. Declaração sobre adimplência quanto ao crédito produtivo contraído (%)				
Cor ou raça	Sim, em dia (no prazo)	Sim, mas com atraso	Não, estão atrasadas	Total
Branca	98,8%	0,0%	1,2%	100,0%
Preta	88,2%	11,2%	0,6%	100,0%
Parda	90,7%	3,0%	6,3%	100,0%
Total	91,0%	3,9%	5,0%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota: as respostas "Sim, mas com atraso" e "Não, estão atrasadas" apresentam para todos os grupos de cor ou raça e para a população total margem de erro superior a 15%.

O peso relativo dos MEIs brancos que estavam conseguindo pagar suas dívidas dentro do prazo foi de 98,8%. Este percentual era visivelmente menor tanto para os MEIs pretos (88,2%), como para os MEIs pardos (90,7%). Os MEIs pretos apresentaram maior intensidade entre os que vinham pagando sua dívida com atraso (11,2%). Já os MEIs pardos, comparativamente aos demais grupos, demonstraram maior intensidade entre aqueles que estavam inadimplentes perante seus credores (6,3%).

4.5. MOTIVOS PARA O POSSÍVEL RACIONAMENTO DO CRÉDITO (TABELA 6)

A pesquisa indagou aos entrevistados que não obtiveram ou obtiveram apenas sucesso parcial quando tentaram obter crédito produtivo acerca de suas auto-avaliações sobre as razões desta resposta total ou parcialmente negativa. Visando garantir maior consistência estatística às respostas, as opções apresentadas foram agrupadas em 4 tipos de respostas. O modo pelo qual este grupamento foi realizado pode ser vista na nota explicativa da própria tabela 6. Do mesmo modo, deve-se alertar que, dada sua baixa densidade amostral, o conjunto de indicadores contidos nesta fonte deve ser vista com ressalva.

Dos MEIs que não tiveram sucesso na busca pelo crédito produtivo ou o tiveram apenas parcialmente, 31,4% apontaram problemas cadastrais ou falta de garantias (*risco moral*); 26,6% problemas relacionados à insuficiência de renda pessoal (*risco moral*); e, 20,6% apontaram indicar problemas relacionados ao perfil do próprio negócio como tempo de atividade ou setor econômico de atuação (*seleção adversa*). As discriminações de diversas naturezas foram apontadas como motivo para 6,6% dos entrevistados.

Tabela 6. MEIs que procuraram e não tiveram sucesso total ou parcial na obtenção do crédito para produção: avaliação de motivos para recusa					
Cor ou raça	Problemas relacionados ao perfil do negócio	Por ter renda insuficiente	Por restrições cadastrais ou falta de garantias	Por discriminação de distintas naturezas	Total
Branca	23,7%	30,0%	46,3%	0,0%	100,0%
Preta	27,5%	11,9%	24,3%	22,2%	100,0%

Parda	14,4%	32,7%	26,5%	0,0%	100,0%
Total	20,6%	26,2%	31,4%	6,1%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: Problemas relacionados ao perfil do negócio. Engloba das seguintes respostas: Pelo pouco tempo de desempenho da atividade econômica;; Pelo tipo da atividade econômica desenvolvida.

Nota 2: Renda insuficiente. Engloba as seguintes respostas: Por ter renda insuficiente.

Nota 3: Por restrições cadastrais ou falta de garantias. Engloba as seguintes respostas: Por estar com restrições no SPC/SERASA; Por não oferecer garantias exigidas.

Nota 4: Por discriminação de distintas naturezas. Engloba as seguintes respostas: Pela minha cor ou raça; Pelo local de nascimento; Pelo local de moradia.

Nota 5: a tabela para todas as variáveis apresenta margem de erro superior a 15%.

Os MEIs brancos foram os que com maior intensidade relataram problemas relacionados à restrição cadastral ou falta de garantias. Assim, para os integrantes deste grupo quase metade apontou justamente este motivo, percentual que se destaca dos MEIs pretos (24,3%) e pardos (26,5%). A renda insuficiente foi reconhecida como um possível problema para 30,0% dos MEIs brancos e 32,7% dos MEIs pardos. No caso dos MEIs pretos esta possível razão correspondeu a avaliação de 11,9%. Os problemas reportados ao perfil do negócio foi mencionado como motivo plausível para 23,7% dos MEIs brancos, por 27,5% dos MEIs pretos e por 14,4% dos MEIs pardos.

Há ainda um traço especialmente sugestivo vinculado ao fato de que nenhum dos MEIs brancos e pardos avaliaram como possível causa da recusa total ou parcial do pleito por crédito razões relacionadas às diferentes formas de discriminação, tais como a de cor ou raça, local de residência ou local de nascimento. Já os MEIs pretos aparentavam possuir maior sensibilidade a esta questão. Deste modo, 22,2% dos integrantes deste grupo que tiveram o crédito negado total ou parcialmente avaliaram que motivos discriminatórios poderiam

ter sido a razão principal do *racionamento* do recurso. De qualquer forma, conforme já mencionado, os dados contidos na tabela 6 devem ser lidas com especial ressalva dada a baixa densidade amostral do conjunto dos indicadores ali apresentados.

4.6. MEIS DESALENTADOS (TABELA 7)

Na presente investigação se avaliou que tão importante quanto analisar os MEIs que procuraram com sucesso ou não o sistema de crédito é buscar compreender a situação de desencorajamento. Este ocorre quando o agente econômico mesmo precisando de crédito para a alavancagem de seus empreendimentos por alguma razão não o solicita aos agentes financeiros oficiais. Cabe salientar que o estudo, em seu mapeamento bibliográfico, não encontrou nenhuma pesquisa que tenha feito semelhante indagação. Portanto, não se terá como comparar os resultados a que se chegou com outros esforços da mesma natureza. No anexo deste texto se encontra o desenvolvimento do modelo de escolha qualitativa (Logit) que utilizado para a análise destes dados e que fundamenta corrobora o resultado encontrado na estatística descritiva acerca da maior taxa de desalento entre os MEIs de cor ou raça preta.

No questionário da pesquisa, na pergunta nº 41, se indagava aos MEIs se estes haviam utilizado o crédito no período de referência do estudo. Seguindo, na pergunta nº 42 se pode localizar os que não haviam utilizado crédito mesmo que tenham precisado do recurso. Já no campo 50.2 são identificados entre os que não haviam utilizado o crédito por conta de um *possível racionamento* do recurso por parte dos bancos. Esta situação foi definida como desalento (e as pessoas nesta condição de desalentadas). Em sequência foi conceituado por taxa de desalento o percentual de MEIs que não procuraram por crédito produtivo mesmo precisando do recurso⁷⁵⁶. Aqui, vale salientar, que o denominador do indicador vem a ser integrado pelos MEIs que não procuraram crédito produtivo dentro do intervalo de tempo coberto pelo presente estudo. Ou seja, neste último caso estão englobados os que não tomaram medidas para obtenção de crédito produtivo, tendo precisado do financiamento ou não.

Tabela 7. Empreendedores que não utilizaram o crédito mesmo

precisando no período de referência da pesquisa (em %)			
Cor ou raça	Sim	Não	Total
Branca	17,7%	82,3%	100,0%
Preta	28,0%	72,0%	100,0%
Parda	19,8%	80,2%	100,0%
Total	21,1%	78,9%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados

Da população entrevistada que não havia procurado crédito, pouco mais de 1/5 declarou que necessitavam do empréstimo. Quando se desagregava a taxa de desalento para os grupos de cor ou raça observou-se que tal realidade era mais premente para os MEIs pretos, contingente o qual 28% dos que não haviam procurado o serviço de crédito o deixaram de fazer mesmo precisando dos recursos para o fortalecimento de seus empreendimentos. O peso relativo dos MEIs pardos na mesma situação alcançava 19,8%. Já no caso dos MEIs brancos a taxa de desalento foi de 17,7%. Logo, o peso relativo dos MEIs de cor ou raça preta que se encontravam na condição de desalentados foi superior em 10 pontos percentuais em relação aos MEIs pardos, e, de praticamente 11 pontos percentuais na comparação com os MEIs brancos na mesma situação.

4.7. MOTIVOS DA NECESSIDADE DE CRÉDITO PARA MEIS DE CRÉDITO RACIONADO E DESALENTADOS (TABELAS 8 E 9)

Os indicadores contidos ao longo desta seção abrangem respostas dadas por MEIs desalentados sobre as necessidades que poderiam ter sido atendidas caso os empréstimos tivessem sido obtidos junto ao sistema financeiro. Mais da metade dos MEIs desalentados afirmou que este recurso, caso fosse viabilizado, seria destinado à aquisição de matérias-primas ou mercadorias, tema este que já

podemos ter a chance de comentar acima na seção terceira deste artigo. Outros 46,3% afirmaram que se tivessem acesso ao crédito o destinariam à ampliação das condições de produção tal como a compra de máquinas, equipamentos, veículos ou reformas. Para 14,3% dos MEIs desalentados o crédito seria utilizado para saldar dívidas.

Tabela 8. Motivos apresentados sobre porque precisou de crédito (em %, respostas múltiplas)			
Cor ou raça	Compra de máquinas e equipamentos ou reformas	Compra de matérias-primas e/ou mercadorias	Saldar compromissos referentes a dívidas
Branca	32,0%	16,3%	16,3%
Preta	55,9%	57,2%	12,2%
Parda	48,2%	50,1%	16,3%
Total	46,3%	54,8%	14,3%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: a pergunta permitia respostas múltiplas.

Nota 2: a resposta "Compra de máquinas e equipamentos" para o grupo de cor ou raça apresenta margem de erro superior a 15%.

Nota 3: a resposta "Saldar compromissos referentes a dívidas" para todos os grupos de cor ou raça apresenta margem de erro superior a 15%.

Tabela 9. Empreendedores que precisaram do crédito e não o procuraram segundo grupamento de motivos (em %)

Cor ou raça	Aversão ao risco e Falta de informação	Restrição cadastral	Total
Branca	68,6%	31,4%	100,0%
Preta	73,1%	26,9%	100,0%
Parda	68,2%	31,8%	100,0%
Total	69,7%	30,3%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Nota 1: por "Aversão à risco e Falta de informação" foram listadas as seguintes respostas: "Achei que teria minha demanda negada"; "Achei que "Isso não era para mim"; "Pela falta de informação sobre fontes e condições de empréstimos"; "Pela falta de familiaridade como o sistema bancário"; "Para evitar a todo custo ficar endividado"; "Pelo medo de não conseguir pagar a dívida"; "Achei que os juros seriam muito altos"; "Não me sinto à vontade no ambiente bancário"; "Não queria passar pela porta giratória"; "Achei que não seria bem recebido", "Fui desencorajado por funcionários do banco", "Fui desencorajado por outra pessoa".

Nota 2: por "Restrição cadastral foram listadas as seguintes respostas: Por já possuir muitas dívidas; Por estar com restrições no SPC/SERASA.

Nota 3: no conjunto de respostas agrupadas em "Aversão a risco e Falta de informação" o grupo ou raça branco apresenta margem de erro superior a 15%.

Nota 4: no conjunto de respostas agrupadas em "Aversão a risco e Falta de informação" o grupo de cor ou raça branco apresenta margem de erro superior a 15%.

A análise dos indicadores da tabela 8 decomposta pelos grupos de cor ou raça revela que os distintos contingentes desalentados destinariam de forma diferenciada os recursos dos empréstimos caso estes fossem obtidos. No caso dos MEIs brancos desalentados, pouco menos de 1/3 aplicaria na aquisição de máquinas, equipamentos, etc., percentual este que crescia para 55,9%, entre os

MEIs pretos desalentados, e 48,2%, entre os MEIs pardos desalentados. Contudo, a distância mais marcante ficava no quesito compra de matérias-primas ou mercadorias. Assim, ao passo que 52,7% dos MEIs pretos desalentados e metade dos MEIs pardos desalentados dariam esta destinação aos empréstimos, no caso dos MEIs brancos desalentados esta proporção se reduzia para 16,3%.

O pagamento de dívidas seria o destino dado aos empréstimos por parte de 16,3% dos MEIs brancos e pardos desalentados. No caso dos MEIs pretos desalentados tal entendimento correspondeu a realidade de 12,0%, talvez expressando um já comentado menor percentual de acesso ao sistema financeiro para o crédito por parte dos empreendedores deste grupo de cor ou raça.

Uma outra questão relevante no atual estudo sobre os MEIs desalentados tange às razões pelas quais estes revelaram não ter procurado o sistema financeiro para obter os empréstimos de que necessitavam. Visando-se a preservação da densidade amostral dos indicadores comentados, agrupamos os motivos da não busca pelo recurso em 2 motivos básicos: i) falta de informação, aversão aos riscos e dificuldades subjetivas com o ambiente bancário; e, ii) restrição cadastral. Para o conjunto da população desalentada quase 70% revelou que o principal motivo deste desalento dizia respeito a aversão ao risco ou à falta de informação. Os problemas decorrentes de restrição cadastral corresponderam a 30,3% dos MEIs desalentados. Dos MEIs brancos desalentados 68,6% deixaram de procurar o sistema de crédito por conta de aversão às dívidas ou por falta de informação. Este mesmo correspondeu à realidade de 73,1% dos MEIs pretos (39,5%) e de 68,2%, dos MEIs pardos (47,6%) desalentados.

4.8. AVALIAÇÃO DO GRAU DE FACILIDADE DO ACESSO AO CRÉDITO PRODUTIVO (TABELA 10)

Do conjunto de MEIs entrevistados por nosso levantamento, 55,6% avaliaram que o seu grau de acesso ao crédito produtivo era ou difícil ou muito difícil. Na outra extremidade, 26,9% avaliaram o acesso como fácil, dado que é mais ou menos convergente com o percentual dos que utilizaram crédito produtivo total ou parcialmente.

Tabela 10. Avaliação geral sobre o grau de acesso ao crédito

produtivo (em %)					
Cor ou raça	Muito difícil	Difícil	Pouco difícil	Fácil	Total
Branca	20,2%	31,5%	15,6%	32,8%	100,0%
Preta	29,6%	31,2%	14,9%	24,3%	100,0%
Parda	19,8%	35,5%	19,4%	25,3%	100,0%
Total	22,3%	33,3%	17,5%	26,9%	100,0%

Fonte: LAESER/UFRJ, Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito, microdados.

Ao se decompor as respostas sobre a avaliação do acesso ao sistema financeiro pelos grupos de cor ou raça verificou-se que entre os MEIs brancos pouco mais da metade avaliaram como difícil ou muito difícil o acesso ao crédito produtivo. Já entre os MEIs pardos este percentual era superior. Assim, no interior deste contingente 55,3% avaliaram o acesso ao sistema de crédito como difícil ou muito difícil. Coerentemente a alguns resultados vistos ao longo deste artigo, os MEIs pretos revelaram maior pessimismo quanto ao grau de dificuldade ao sistema financeiro para obtenção do crédito produtivo. Deste modo, entre os MEIs deste grupo de cor ou raça, 6 em cada 10 avaliavam que o acesso a este tipo de financiamento era difícil ou muito difícil. Na outra ponta, ou seja entre os que avaliaram que o acesso ao crédito produtivo era fácil, tal realidade fez-se presente para 1/3 dos MEIs brancos, porém para 24,3% dos MEIs pretos e para 25,3% dos MEIs pardos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados obtidos a partir da pesquisa *Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito* sugerem a presença de desigualdades de cor ou raça no que tange à capacidade de mobilização de empréstimos financeiros por parte dos MEIs residentes nas cidades do Rio de Janeiro/RJ e de Salvador/BA

para a viabilização de suas atividades econômicas.

De fato, na comparação com os MEIs pretos e pardos, os MEIs brancos, além de terem apresentado melhores condições socioeconômicas e de gestão de seus estabelecimentos, demandavam e obtinham crédito em maior volume, pagavam juros menores, apresentavam menor taxa de inadimplência e atraso no pagamento das parcelas e apareciam com menores proporções de desalentados quanto ao acesso ao crédito produtivo.

É preciso destacar que a maioria dos indicadores comentados ao longo deste artigo estão baseados apenas em estatísticas descritivas. Mas mesmo quando estes dados são estudados desde métodos estatisticamente mais rigorosos, como os métodos de escolha qualitativa, encontram-se diferenças em termos de cor ou raça, negativamente aos MEIs pretos, especialmente no que tange ao desalento pela procura do crédito produtivo, mesmo havendo a necessidade do recurso⁷⁵⁷. Do mesmo modo, em que pese as limitações comentadas, os dados produzidos abrigam uma razoável coerência entre si.

Ao se elaborar as afirmações acima, se está longe de afirmar que os MEIs brancos não enfrentem diferentes formas de problemas acessar o crédito produtivo ou que não devam merecer a devida atenção por parte dos formuladores de políticas públicas na sua qualidade de MEI em geral. Mas, sim, o que se destaca é que das estatísticas descritivas contidas no presente levantamento encontramos coerentes indícios no sentido que os MEIs brancos enfrentavam problemas para o acesso ao crédito produtivo em níveis intensidade comparativamente menores aos verificados em relação aos grupos dos MEIs pardos, e, especialmente, pretos. E tais diferenças, uma vez efetivamente comprovadas, não poderiam ser tomadas como um fato social de menor relevância.

Ao longo desta pesquisa, em diversos indicadores socioeconômicos e de percepção sobre o acesso ao sistema financeiro de crédito, os MEIs pretos e os MEIs pardos apresentaram indicadores razoavelmente próximos e mutuamente distantes dos dados dos MEIs brancos. Entre outros possíveis indicadores, podem ser incluídos nesta lista: o acesso a um contador para controle contábil do empreendimento, necessidade do crédito para o capital de giro, situação de atraso ou inadimplência no pagamento de dívidas, desconforto com o ambiente bancário em geral, incômodo com a porta giratória e as dificuldades percebidas de acesso ao sistema financeiro no seu sentido mais geral. Neste sentido, esta coerência entre os respectivos indicadores poderia levar a um reforço das perspectivas

analíticas que compreendem as assimetrias de cor ou raça no Brasil desde uma ótica *binária*, ou seja: brancos, de um lado, e pretos e pardos, conjuntamente, de outro.

Por outro lado, quando se pensa nos dados apresentados pelos MEIs pretos e pelo MEIs pardos somos levados a reconhecer que nem sempre a forma assumida por esta assimetria foi convergente ou unívoca. Assim, não raramente os indicadores dos MEIs pardos de acesso ao crédito pareciam caminhar mais de encontro às informações dos MEIs brancos (em alguns momentos até sendo melhores, tal como visto, por exemplo, quando vimos os dados da taxa de liberação integral de crédito) do que das informações dos MEIs pretos.

Desta maneira, ao se analisar especificamente os indicadores dos MEIs pretos observou-se que estes apresentaram maior sensibilidade para o problema da discriminação de cor ou raça, no acesso ao crédito produtivo. Destarte, não deixa de ficar no mínimo sugerida a existência de uma elevada coerência no conjunto de indicadores por parte dos MEIs pretos: pedidos financeiros de menor monta (possível efeito *teto de vidro*), menor taxa de liberação dos empréstimos solicitados, maior percentual de *racionamento de crédito*, menores quantias médias de valores liberados e menor proporção de valores solicitados frente ao que foi efetivamente solicitado.

Desta forma, ao se analisar os dados apresentados pelos MEIs pretos e pelos MEIs pardos em termos do seu acesso ao sistema de crédito produtivo, tanto pode-se recuperar os termos originais de Oracy Nogueira (1998 [1955]), ou mais recentemente de Edward Telles e o Projeto Etnicidade e Raça na América Latina (PERLA) (2014). Assim, segundo estes autores, os afrodescendentes de *marcas raciais* mais intensivamente negras enfrentariam barreiras à sua mobilidade social dos que os de *marcas raciais* negras menos acentuadas. Transpondo esta lógica para o nosso estudo, e uma vez se aceitando que a *cor da pele* é um bom descrito de mensuração destas *marcas* (tal como é o caso feito em geral pelas pesquisas demográficas realizadas no Brasil), se verifica que, realmente, os MEIs pretos apresentaram indicadores de utilização dos financiamentos para a produção em percentuais mais tímidos que os seus colegas MEIs do grupo de cor ou raça pardo.

Alternativamente, minorando de alguma forma um possível maior grau de otimismo quanto aos indicadores dos MEIs pardos no que tange seu acesso ao crédito produtivo; relembramos a ironia de que este contingente arcava com taxas de juros médias mais elevadas que os demais grupos de cor ou raça; isto além de

apresentar uma maior proporção de acesso ao crédito através de agentes localizados à margem do sistema formal. Do mesmo modo, os MEIs pardos, na comparação com os MEIs brancos, solicitaram valores médios de empréstimos menores (o valor mediano do indicador foi igual entre os dois grupos), assim como, igualmente, obtiveram valores médios e medianos de financiamentos menores.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AGIER, I.; SZAFARZ, A. – Subjectivity in credit allocation to micro-entrepreneurs: evidence from Brazil CEB. Working Paper n° 11/016 (May, 2011), Université Libre de Bruxelles, Solvay Brussels School of Economics and Management Centre Emile Bernheim, 18 p.

AGIER, I.; SZAFARZ, A. – Microfinance and gender: is there a glass ceiling on loan size? *Word Development*, vol. 42, 165—181, 2013.

AGHION, A; MORDUCH, J. – The economics of microfinance. Massachusetts Institute of Technology Press, 2010, 2nd Ed.

ANDO, F. – Capital issues and the minority-owned business. *The Review of Black Political Economy*, (Spring 1988), pp. 77–109.

ARDS; S; MYERS, Jr. – The color of money: bad credit, wealth, and race. *American Behavioral Scientist*, Vol. 45, n° 2, (Oct. 2001), pp. 223-239.

ASIEDU, E.; FREEMAN, J; NTI-ADDAE, A. – Access to credit by small business: how relevant are race, ethnicity and gender? *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 2012, 102(3), p.p. 532-537.

BATES, T.; BRADFORD, W. – Venture-capital investment in minority business. *Money, Credit and Banking*, vol. 40, n. 2-3, 2008, pp. 489-505.

BATES, T.; BRADFORD, W.; RUBIN, J. – The viability of the minority-oriented venture-capital industry under alternative financing arrangements. *Economic Development Quarterly*, n° 20, 2006, pp. 178-191.

BATES, T.; JACKSON, W.; JOHNSON Jr, J. – Advancing research on minority entrepreneurship. In *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 613, (Sep., 2007), pp. 10-17.

BELLUCCI, A.; BORISOV, A.; ZAZZARO, A. – Does gender matter in bank–firm relationships? Evidence from small business lending. *Journal of Banking & Finance*, 34 (2010), pp. 2968–2984.

BLACHFLOWER, D.; LEVINE, P.; ZIMMERMAN, D. – Discrimination in the small-business credit market. *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 85, n° 4 (Nov., 2003), pp. 930-943.

BLACK, H.; SCHWEITZER, R.; MANDELL, L. – Discrimination in mortgage lending. *The American Economic Review*, Vol. 68, N° 2, Papers and Proceedings of the Ninetieth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1978), pp. 186-191.

BLACK, J.; MEZA, D.; JEFFREYS, D. – House prices: the supply of collateral and the enterprise economy. *The Economic Journal*, Vol. 106, n° 434, (Jan., 1996), pp. 60-75.

BLANCHARD; L.; ZHAO, B.; YINGER, B. – Do credit market barriers exist for minority and women entrepreneurs? Syracuse University Center for Policy Research, Maxwell School of Citizenship and Public Affairs Center for Policy Research. Working Paper n° 74, 2005, 55 p. (undocumented paper).

BLANK, R; DABADY, M.; CITRO, C. (Eds) – Measuring racial discrimination: panel on methods for assessing discrimination, National Research Council <http://www.nap.edu/catalog/10887.html>, 2004, 335 p.

BOSTON, T. – Trends in minority-owned businesses. In SMELSER; N.; WILSON, J.; MITCHELL, F. (Eds.) – *America becoming: racial trends and their consequences*. National Research Council, vol. II, 2001, pp. 191–221.

CAVALUZZO, K.; CAVALLUZO, L. – Market structure and discrimination the case of small business. *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 30, n° 4, (Nov., 1998), pp. 771-792.

CAVALUZZO, K.; CAVALLUZO, L.; WOLKEN, J. – Competition, small business financing, and discrimination: evidence from a new survey. *The Journal of Business*, Vol. 75, n° 4 (Oct, 2002), pp. 641-679.

CAVALUZZO, K.; WOLKEN, J. – Small business loan turndowns, personal wealth and discrimination. *The Journal of Business*, vol. 78 (6), (Nov., 2005) pp. 2153-2178.

CLOUD, C.; GALSTER, G. – What do we know about racial discrimination in mortgage markets? *The Review of Black Political Economy*, (Summer 1993), pp. 101-120.

DÉSPALLIER, B.; GUÉRIN, I; MERSLAND, R. – Gender bias in microfinance. Working Paper 2009-4 (Rural Microfinance and Employment project – RUME). 39 p.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS – Responsabilidade social e sustentabilidade: valorização da diversidade no setor bancário.

http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/mario_sergio_febraban.pdf, 2008, 29 p.

FERGUSON, M.; PETERS, S. – What constitutes evidence of discrimination in lending? *The Journal of Finance*, Vol. 50, nº 2 (Jun., 1995), pp. 739-748.

FIGUEIREDO, A. – Classe média negra: trajetórias e perfis. Salvador: EDUFBA, 2012.

FREITAS, L. – Comparação das funções de ligação logit e probit em regressão binária considerando diferentes tamanhos amostrais. Viçosa: UFV. (dissertação de mestrado), 2013, 43 p.

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR / SP – Discriminação étnico-racial nas relações de consumo: perfil e percepção do consumidor afrodescendente, PROCON/SP, novembro 2009, 18p.

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR / SP – Discriminação étnico-racial nas relações de consumo: perfil e percepção do consumidor afrodescendente, PROCON/SP, novembro 2009, outubro 2010, 10p.

HUNTER, W.; WALKER, M. – The cultural affinity hypothesis and mortgage lending decisions. *Journal of Real State Finance and Economics*. 13, 1996, pp. 57-70.

KON, Y.; STOREY, D. – A theory of discouraged borrowers. *Small Business Economics*, Vol. 21, nº 1 (Aug., 2003), pp. 37-49.

KUMAR, S. – Does access to formal agricultural credit depend on caste? *World Development*, vol. 43, p.p. 315-328, 2013.

LABIE, M.; MÉON, PG.; MERSLAND, R.; SZAFARZ, A. – Discrimination by

microcredit officers: theory and evidence on disability in Uganda. Document du travail, Working Paper n°11-06 (Research Series). Université Libre de Bruxelles, 35 p.

NOGUEIRA, O. – Preconceito de marca: as relações raciais em Itapetininga. São Paulo: Ed. USP, 1998 [1955].

ORHAN, M. – Women business owners in France: the issue of financing discrimination. *Journal of Small Business Management*, 39 (1), 2001, pp. 95–102.

PIRAS, C., PRESBITERO, A.; RABELLOTTI, R. – Definitions matter: measuring gaps in firm's access to credit. IDB, Discussion paper, n° IDB-DP-314, October, 2013, 27 p.

RATURI, M.; SWAMY, A. – Explaining ethnic differentials in credit market outcomes in Zimbabwe. *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 47, n° 3 (Apr.,1999), pp. 585-604.

ROSS; S.; YINGER, J. – The color of credit: mortgage discriminations, research, methodology and fair-lending enforcement. *American Behavioral Scientist*, vol. 45, N° 2, October 2001 223-239.

ROSSETTO, I. (2006) – Economia solidária e igualdade racial: contribuições para a construção de um diálogo. Rio de Janeiro: IE/UFRJ (dissertação de mestrado em Economia), 162 p.

SANTOS, G.; SILVA, M. (orgs.) – Racismo no Brasil: Percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO Á PEQUENA E MÉDIA EMPRESA – Empreendedor individual: pesquisa e perfil. Brasília: SEBRAE, 2011a, 30 p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO Á PEQUENA E MÉDIA EMPRESA, BAHIA. Empreendedor individual: pesquisa e perfil. Brasília: SEBRAE, 2011b, 30 p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO Á PEQUENA E MÉDIA EMPRESA, RIO de JANEIRO. Empreendedor individual: pesquisa e perfil. Brasília: SEBRAE, 2011c, 48 p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO Á PEQUENA E MÉDIA EMPRESA, RIO de JANEIRO. Empreendedor individual: pesquisa e perfil. Brasília: SEBRAE, 2013a, 54 p.

STIGLITZ, J.; WEISS, A. – Credit rationing in markets with imperfect information. *The American Economic Review*, vol. 71, n° 3 (Jun, 1981), pp. 393-410.

STOREY, D. – Racial and gender discrimination in the micro firms credit market?: evidence from Trinidad and Tobago. *Small Business Economics* n° 23: 2004, pp. 401–422.

TELLES, E and PROJECT ON ETHNICITY AND RACE IN LATIN AMERICA (PERLA) – Pigmentocracy: ethnicity, race, and color in Latin America. Chapel Hill: University of North Carolina Press in 2014.

TREICHEL, M.; SCOTT, J. – Women-owned businesses and access to bank credit: evidence from three surveys since 1987. *Venture Capital*, vol. 8, n° 1, (Jan. 2006), pp. 51–67.

TURNER, M.; SKIDMORE, F. (Eds) – Mortgage lending discrimination: a review of existing evidence. Washington D.C.: The Urban Institute 1999.

ANEXO. PROBABILIDADE DE DESALENTO SEGUNDO MODELOS DE ESCOLHA QUALITATIVA

A partir do banco de dados *Acesso dos empreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*, foram investigados alguns fatores que poderiam explicar a probabilidade de um MEI precisar crédito mesmo não o utilizando. Para tal, foi utilizada como variável dependente a resposta à pergunta p. 42 do questionário, que indagava se os entrevistados, que não tinha utilizado o crédito, teria precisado do mesmo (1 = Sim | 0 = Não).

Sendo a variável dependente qualitativa dicotômica, é necessário utilizar técnicas de regressão binária para o tratamento dos dados, já que os modelos lineares não apresentam um bom ajuste nestes casos. Adicionalmente, a regressão binária permite estimar a probabilidade de ocorrência de determinado evento, ou seja, no nosso caso, a probabilidade de um MEI precisar de crédito mesmo não o buscando (FREITAS, 2013).

As funções principais utilizadas para casos de escolha qualitativa são a logit e a probit, dadas, respectivamente, pelos inversos das distribuições acumuladas logística e normal da variável dependente binária. Os parâmetros das duas funções logit e probit são estimados de forma iterativa pelo método da máxima verossimilhança, pois são transformações das distribuições acumuladas

(FREITAS, 2013).

De acordo com Freitas (2013) o uso da função logit é recomendado para amostras com tamanhos inferiores a 20 e o uso de ambas a logit ou a probit é possível para maiores tamanhos de amostras.

De forma geral, logit e probit produzem resultados similares, dando diferenças significativas apenas no caso em que muitas observações são concentradas nas caudas (caso em que a probit seria preferível). Como veremos a seguir, os resultados apresentados nos dois modelos testados foram muito próximos.

MODELO LOGIT (P. 42) PROBABILIDADE DO MEI PRECISAR DE CRÉDITO MESMO NÃO O UTILIZANDO

O modelo logit utilizado tem a forma:

$$\log \frac{\text{Prob}(\text{sim})}{1 - \text{Prob}(\text{sim})} = \beta_1 + \beta_2 Z_2 + \beta_3 Z_3 + \beta_4 Z_4 + \beta_5 Z_5 + \dots \beta_k Z_k$$

em que os Z representam os atributos selecionados dos MEIs, conforme quadro X abaixo, e Prob(sim) representa a probabilidade de um microempreendedor ter precisado crédito, sem tê-lo utilizado.

Quadro X – definições das variáveis independentes

Variáveis <i>dummies</i>	1	0
DCONTAPROPRIA	Se trabalhador por conta própria	Caso contrário
DEMPREGADOR	Se empregador	Caso contrário
DSEXO	Se homem	Se mulher
FUNDAMENTAL	Se ensino fundamental completo	Caso contrário
+SUPERIOR	Se ensino superior completo	Caso contrário
DCONTABANCO	Se possui conta bancária	Caso contrário

POUPANCA	Se possui caderneta de poupança	Caso contrário
DCORPRETA	Se preto	Caso contrário
DCORPARDA	Se pardo	Caso contrário
RIO	Se Rio de Janeiro	Se Salvador
REND_MENSAL = Renda média mensal pessoal do MEI		
DIAS_FUNCIONA = Número de dias de funcionamento do empreendimento por semana		
ANOS_FUNCIONA = Número de anos de existência do empreendimento		

ANÁLISE DOS COEFICIENTES INDIVIDUAIS

O teste de Wald é um teste de hipótese que permite avaliar a significância da variável no modelo. O valor z do teste de Wald é obtido dividindo-se os coeficientes estimados pelos erros padrão estimados. Este teste segue a distribuição normal, assim sendo o valor z deve ser superior a 1,96 para ser significativa. Para a variável independente ter uma influência significativa, o p-valor deve também ser inferior a 0,05.

Portanto, individualmente, a probabilidade de um MEI precisar de crédito mesmo não o utilizando não é afetada pelos seguintes fatores: i) ser trabalhador por conta-própria; ii) ser empregador; iii) ser homem; iv) ter ensino superior completo; v) ter conta bancária; vi) ter conta poupança; vii) ser pardo; viii) anos de funcionamento.

De acordo com a interpretação individual dos coeficientes, são fatores que afetam a necessidade de crédito, mesmo sem o utilizar:

- ter estudado apenas até o ensino fundamental;
- ter cor ou raça preta;
- a quantidade de dias que funciona o empreendimento;
- a renda mensal pessoal do entrevistado;
- e estar localizado no Rio de Janeiro (comparativamente a

estar localizado em Salvador).

O sinal encontrado em cada um dos coeficientes indica que, à exceção do empreendimento estar localizado no Rio de Janeiro, todas as demais variáveis possuem correlação positiva com a variável precisou de crédito e não utilizou.

Preciso	Coef.	Std. Err.	z	P > z 	[95% Conf. Interval]	
Conta própria	4619014	728499	0.63	0.526	- 9658324	1889635
Empregador	- 2009405	511.6147	0.39	0.694	- 1.203687	8018058
Sexo	- 1155243	1670106	0.69	0.489	- 4428591	2118105
Fundamental	4770262	202452	2.31	0.021	0702277	8638248
Superior	0075273	2207822	0.03	0.973	- 4251978	4402524
Conta banco	- 08274	1863198	-00.44	0.657	- 4479201	2824402
Poupança	- 1369216	1706144	-0.80	0.422	- 4713196	1974764
Preto	7707976	2400461	3.21	0.001	300316	1241279
Pardo	0952024	2151964	0.44	0.658	- 3265749	5169797
Dias_funciona	1192967	0652611	1.83	0.068	- 0086127	247206
Anos_funciona	0118523	0091178	1.30	0.194	0060183	0297228
Renda_mensal	0000903	0000496	1.82	0.069	6.96e-06	0001876
Rio	- 2951272	1780769	- 1.66	0.097	- 6441516	0538971
Cons	- 2.016144	8968648	- 2.25	0.025	-3.773967	- 2583218

ANÁLISE DOS EFEITOS MARGINAIS

Através da análise dos efeitos marginais, é possível observar que, no ponto médio, a probabilidade dos microempreendedores pesquisados terem precisado de crédito e não utilizado era de aproximadamente 34,3%.

Variable	dy/dx	Std. Err.	z	P > z 	[95% C.I.]		X
Conta	0957986	13672	0.70	0.483	- 172163	36376	980337
Dempre	- 0438483	1078	- 0.41	0.684	- 255138	167442	033708
Sexo	- 0260617	03771	- 0.69	0.490	09998	047856	542135
Fundam	1088739	04839	2.25	0.024	014035	203712	214888
Superior	0016971	04981	0.03	0.973	095931	099325	202247
D conta	- 0187369	0424	- 0.44	0659	- 101835	064361	703652
Poupança	- 0309504	03868	- 0.80	0424	- 106756	044855	58427
DPreto	1809943	05745	3.15	0.002	06839	293599	251404
DPardo	021445	04845	0.44	0.658	073521	116411	501404
Dias	026877	01468	1.83	0.067	- 001902	055656	5.70506
Anos	0026703	00205	1.30	0.194	- 001355	006695	7.49298
Renda	0000203	00001	1.82	0.069	- 1.5e-06	000042	1693.19
Rio	- 0663631	03989	- 1.66	0.096	- 144543	011817	492978

(*) dy/dx is for discrete change of dummy variable from 0 to 1.

Já se o empreendedor tiver estudado apenas até o ensino fundamental, a probabilidade de ter precisado de crédito e não utilizado aumenta em 10,8 pontos percentuais em relação ao ponto médio. Seguindo o mesmo método de análise,

vemos que tal probabilidade se eleva em 18,1 pontos percentuais de o empreendedor for preto e cai em 6,6 pontos percentuais caso o empreendimento esteja localizado no Rio de Janeiro.

Na literatura em língua inglesa que trata dos empreendedores que não buscam o crédito produtivo mesmo precisando por conta de alguma expectativa negativa de insucesso o termo mais utilizado é *discouraged burrower* (C.f. KON; STOREY, 2003), que em tradução literal quer dizer tomadores de empréstimos desencorajados. No presente estudo estamos adotando o mesmo conteúdo para a expressão desalento, escrita deste modo por ser um termo mais sintético.

A este respeito ver o relatório final de pesquisa deste estudo *Acesso dos Microempreendedores afro-brasileiros ao sistema de crédito e os desafios à inclusão financeira no Brasil*, escrito pelo autor deste artigo.

REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA E A FETICHIZAÇÃO ANTIMANICOMIAL DO ESTADO CLASSISTA, RACISTA E PATRIARCAL

RACHEL GOUVEIA PASSOS⁷⁵⁸

A política de saúde mental, álcool e outras drogas vem sofrendo com a intensificação de ataques nos últimos anos. As forças conservadoras representadas pela psiquiatria tradicional sempre estiveram afirmando a centralidade da internação, medicalização, do isolamento e do poder e saber médico e, por isso questionam as bases da Reforma Psiquiátrica – a liberdade, a emancipação e os direitos humanos (PASSOS, 2017). Entretanto, as reconfigurações conjunturais trouxeram para a cena disputas que outrora não ganhavam repercussão pública e destaque na política.

De acordo com Passos (2017), no campo da saúde mental temos pelo menos três projetos em disputa: 1º) a proposta radical de Reforma Psiquiátrica, pautada na Luta Antimanicomial; 2º) a proposta de uma Reforma Psiquiátrica “simpática” às mudanças de carácter meramente legislativo e assistencial e 3º) a proposta de manutenção da perspectiva manicomial tradicional. Aqui acrescentamos mais um projeto: 4º) a proposta conservadora em defesa das comunidades terapêuticas.

Apesar das forças conservadoras seguirem unificadas para gerirem a política de saúde mental, álcool e outras drogas torna-se fundamental compreendermos como o conservadorismo religioso da “Guerra as Drogas” ganhou impulso na conjuntura política, principalmente pós-golpe parlamentar de 2016. Destacamos que as comunidades terapêuticas germinaram, no país, no final dos anos 1960

(LIMA, 2017) e, atualmente, colocam-se na cena política para a disputa não só da gestão pública, mas principalmente do financiamento e gerenciamento da Rede de Atenção Psicossocial (PASSOS *et al.*, 2020).

Algumas análises sobre o avanço da contrarreforma na política de saúde mental, álcool e outras drogas consideram que os retrocessos ocorreram a partir de 2015 com a nomeação de um psiquiatra conservador e crítico da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial para a Coordenação Nacional de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Ministério da Saúde. Contudo, não podemos permanecer na ilusão de que diferentes disputas ocorrem por dentro do aparelho estatal e, por isso, conciliações e perdas foram feitas ao longo do processo. Portanto, o avanço do conservadorismo religioso e do neofascismo também atravessam os embates e tensionamentos no interior da saúde mental.

Nesse sentido, objetivamos analisar a conjuntura política e suas implicações para o avanço da contrarreforma psiquiátrica brasileira, apresentando as disputas colocadas pelos representantes das comunidades terapêuticas para a direção da política, em especial, nas normas legislativas e no financiamento público. Pretendemos realizar apontamentos que destaquem as implicações da organização das comunidades terapêuticas para disputar a política de saúde mental, álcool e outras drogas e, além de problematizarmos o que nomeamos de fetichização antimanicomial do Estado classista, racista e patriarcal. Dessa forma, buscaremos identificar o quanto a estratégia pela via institucional adotada pela Reforma Psiquiátrica assumiu uma conciliação entre o arcaico e o moderno/ o hospitalocêntrico e o psicossocial (ALVES *et al.*, 2020; DUARTE, 2018), uma postura de conciliação pelo alto (PASSOS, 2017) e perdeu forças no enfrentamento da ascensão conservadora e do fundamentalismo religioso e suas interrelações com o Estado e a pauta das drogas (COSTA; MENDES, 2020).

Cabe sinalizar que desde 1992, durante a presidência de

Fernando Collor, a política de saúde mental foi coordenada por profissionais que assumiram a Reforma Psiquiátrica como direcionamento político. Entretanto, a redefinição da assistência psiquiátrica para a atenção psicossocial não ocorreu sem disputas, perdas e conciliações. Já, no início da reorganização da política de saúde mental, houveram mudanças na assistência psiquiátrica e para isso foi necessário o “financiamento de uma rede de assistência extra-hospitalar, ainda embrionária, apoiando a abertura de leitos psiquiátricos em hospitais gerais e, paralelamente, instituindo regras mais rígidas para o funcionamento dos serviços hospitalares psiquiátricos” (SCHEVHTMAN; ALVES; SILVA, 1999, p. 10).

Até o ano de 2015 tivemos coordenadores vinculados ao Ministério da Saúde que se identificavam com a Reforma Psiquiátrica e a Luta Antimanicomial. Contudo, a política de saúde mental não caminhou descolada da conjuntura política, tendo sofrido tensionamentos em seu direcionamento.

Oliveira (2021) realizou uma análise dos Planos Nacionais de Saúde, no período de 2000-2019, verificando se as ações e os direcionamentos da saúde mental estavam em conformidade com a Lei 10.216/2001. Na pesquisa é possível localizar pontos importantes que dão pistas das disputas ocorridas no interior do campo a partir dos cinco planos analisados, são eles: 1º) plano 2000-2003 demarcado pela aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica; 2º) plano 2004-2007; 3º) plano 2007-2011; 4º) plano 2012 a 2015 e 5º) plano 2016 a 2019.

Queremos destacar que no período de 2000 a 2011, que conta com os três primeiros planos, há uma centralidade na reconfiguração do modelo hospitalocêntrico para as estratégias comunitárias a partir do redirecionamento do financiamento das internações. Com isso, tem-se a ampliação e expansão da implantação, em especial, dos Centros de Atenção Psicossociais (CAPS). Segundo Onocko-Campos (2019, p. 1), “houve uma efetiva inversão do gasto em saúde mental, com os serviços comunitários recebendo mais recursos do que os hospitais

psiquiátricos desde 2006”. Entretanto, para Oliveira (2021), é importante frisar que não houve aumento de recurso e, sim, apenas um redirecionamento dos gastos hospitalares para os de base comunitária.

De acordo com Denadai (2018), durante o primeiro mandato de Lula da Silva, finalmente, o Ministério da Saúde reuniu forças para conduzir a pauta política das drogas. Para a autora, “foi também a partir de 2003, que a redução de danos passou a fazer parte da política oficial do Ministério da Saúde” (DENADAI, 2018, p. 2). Essa incorporação tardia das drogas na política de saúde mental não ocorreu sem tensões e contradições no interior do campo, inclusive pela demora em pautar o tema. Além disso, o “governo da presidente Dilma herdou do anterior a necessidade de priorizar ações para o aumento da repressão ao tráfico de drogas, criação de serviços para o atendimento de usuários de crack e financiamento das comunidades terapêuticas” (DENADAI, 2019, p. 370).

Em relação ao período de 2012-2015, identificou-se que o direcionamento foi outro. Conforme identificado por Oliveira (2021, p. 477), “a diretriz definida “Fortalecimento da rede de saúde mental” teve ênfase no enfrentamento ao crack, presente nos discursos dos candidatos à campanha eleitoral para Presidência, em 2010”. Para a autora, a prioridade foi a implementação do plano Crack é Possível Vencer, o que exigiu “além da implementação dos serviços de saúde mental existentes, a instituição de novos serviços, ampliando a participação de grupos de interesses no campo da saúde mental” (OLIVEIRA, 2021, p. 477). Aqui damos destaque a presença dos representantes das comunidades terapêuticas na cena política.

O discurso baseado na pedagogia do terror contra o uso de drogas, iniciado no Congresso Nacional, em 2004, ganhou força no cenário pré-eleitoral (2009), marcado, de um lado, pela tentativa da manutenção do

Partido dos Trabalhadores (PT) na Presidência com a candidatura de Dilma Rousseff, e, do outro, a candidatura de José Serra, pelo PSDB. Por essa razão, tornou-se agenda de governo (RODRIGUES, 2012). O crack entrou como pauta na campanha presidencial impondo um plano de governo e nele a inscrição das internações involuntárias (RODRIGUES, 2012) na perspectiva saneadora, pois já era prevista na Lei nº 10.216 (OLIVEIRA, 2021, p. 485).

Além do Plano, durante o primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff e instituído pelo decreto nº 7.637, de 8 de dezembro de 2011, tivemos o surgimento da Frente Parlamentar Mista em Defesa das Comunidades Terapêuticas acolhedoras e Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (Apacs).

Esse grupo formado por parlamentares, juntamente com entidades e federações, vem atuando de forma bastante eficaz para a regulamentação das comunidades terapêuticas e para obtenção de financiamento público para as mesmas. A repercussão e a centralidade em torno do crack que resultou na criação do “Plano Crack” também ocupou grande espaço na agenda do Congresso Nacional nesse período entre os anos de 2009 e 2013. (DENADAI, 2018, p. 9-10)

Cabe recuperarmos que a ex-Ministra da Casa Civil do Governo Dilma, Gleisi Hoffman, realizou a defesa das comunidades terapêuticas, das internações compulsórias e do caráter religioso desse modelo de “tratamento”. Hoffman assumiu, na época, o comando das negociações

sobre o projeto de lei que previa internações involuntárias de pessoas que fazem uso prejudicial de drogas⁷⁵⁹. Esse apoio no interior do governo demonstrou que mesmo em uma gestão que defendia os princípios democráticos haviam disputas internas no que diz respeito às comunidades terapêuticas e a banca evangélica, uma vez que, a maioria delas adota o cristianismo como estratégia para manejar o “tratamento” para usuários de álcool e outras drogas. Para Denadai (2018), a ex-Ministra foi fundamental na articulação entre o governo e os parlamentares vinculados a Frente Parlamentar em Defesa das Comunidades Terapêuticas.

Ainda em 2011, ocorreu a regulamentação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) pela portaria GM/SM nº3088 de 2011 e, nela, a inserção formal das comunidades terapêuticas como equipamento de atenção residencial de caráter transitório. Naquele momento, tivemos uma grande derrota na inclusão desses serviços na RAPS, o que garantiu o financiamento pela política de saúde mental de uma estratégia que segue na contramão das diretrizes da Reforma Psiquiátrica brasileira (DUARTE, 2018). Posteriormente, em 2015, por meio da Resolução do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), garantiu-se um orçamento de R\$300 milhões entre os anos de 2016 e 2017 e a regulamentação das comunidades terapêuticas (DENADAI, 2018).

De acordo com Oliveira (2021), o Plano Crack é Possível Vencer ganhou centralidade no Plano Nacional de Saúde de 2012-2015. A ênfase no enfrentamento ao uso prejudicial de crack e outras drogas impulsionou “uma série de portarias para garantir o financiamento das ações nele previstas (Portarias GM/MS nº 130 de 26/01/12, nº 121 de 25/01/12, nº 122 e 123 de 2012, nº 131 de 26/01/12, nº 132 de 26/01/12, nº 148, 139, 1.615, 953 de 2012)” (OLIVEIRA, 2021, p. 485). Essas portarias viabilizam o financiamento dos novos equipamentos da RAPS, em destaque, aqueles direcionados para o atendimento aos

usuários de drogas.

Destaca-se, dentre essas edições a Portaria nº 131/12, que institui incentivo financeiro para estados, municípios e o Distrito Federal apoiarem, em forma de custeio, aos Serviços de Atenção em Regime Residencial, incluídas as Comunidades Terapêuticas, voltados para pessoas com necessidades decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas, no âmbito da Rede de Atenção Psicossocial (BRASIL, 2012b). O custeio foi instituído no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensais para cada módulo de 15 (quinze) vagas de atenção em regime de residência. Em nome do combate ao crack, há um processo de fortalecimento de um determinado tipo de instituição – as Comunidades Terapêuticas Religiosas ou não. Ou seja, a difusão do crack e a insuficiência de dispositivos assistenciais para responder à complexidade do problema que demandam intervenção na área da saúde e demais áreas assistenciais, tais como: Assistência Social, Educação, Esporte, Lazer e Habitação, entre outras, fortaleceram práticas manicomiais de internações compulsórias ou de internações em comunidades terapêuticas de cunho religioso com propostas de intervenção antagônicas à lógica antimanicomial (OLIVEIRA, 2021, p. 486).

Em 2013, ocorreu o I Encontro Nacional da RAPS, realizado na cidade de Pinhais/PR, organizado pela Coordenação Nacional de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. O evento, segundo Duarte (2018), foi planejado para dar sustentação a direção política da coordenação

devido as disputas internas na base governista. Mobilizando diferentes atores da saúde mental, os participantes do evento elaboraram, aprovaram e divulgaram a “Carta do I Encontro Nacional da RAPS”. Nesse documento os participantes (trabalhadores, usuários e familiares) denunciaram a grave ameaça que a política de saúde mental, álcool e outras drogas vinha sofrendo a partir da oficialização do financiamento público para as comunidades terapêuticas, do número crescente de internações compulsórias e das medidas higienistas utilizadas pelo poder público para lidarem de forma moralizante a famigerada guerra às drogas.

Em suma, o conteúdo da Carta, como das Recomendações, advertia sobre os rumos da política de saúde mental, cujas normatizações estavam engessando a rede, endurecendo os financiamentos, realinhando com forças conservadoras e investindo recursos públicos nas comunidades terapêuticas, para o cuidado das pessoas em uso prejudicial de álcool de outras drogas, com lógica manicomial e proibicionista, contrária a política de redução de danos. (DUARTE, 2018, p. 234).

Já, no final de 2015, diante de uma conjuntura extremamente adversa e que antecedia ao golpe parlamentar, foi que o primeiro psiquiatra conservador e manicomial assumiu a direção nacional da política. Tal mudança de gestão deu-se de forma abrupta e condicionada pelos acordos entre PT e PMDB, uma vez que a substituição do Ministro da Saúde ocorreu na tentativa de garantir, minimamente, um acordo para a permanência de Dilma Rousseff na presidência. O que levou a uma reorganização no Ministério da Saúde e das coordenações das políticas setoriais no âmbito da saúde (PASSOS,

2017).

A indicação do novo coordenador de saúde mental não foi bem aceita pelos movimentos sociais, coletivos e entidades que defendem a Reforma Psiquiátrica e a Luta Antimanicomial. Foram solicitados pedidos de audiências, além de ter sido enviado notas de repúdio, realizou-se abraços aos Centros de Atenção Psicossocial, abaixo-assinados, marchas e etc. No dia seguinte da nomeação do novo coordenador nacional, a coordenação foi ocupada por diversos militantes que pediram a sua exoneração. A ocupação não foi sustentada durante 123 dias ininterruptos e seu fim deu-se no dia 15 de abril de 2016 com a entrada da Polícia Federal no local.

No ano seguinte, em 2016, as comunidades terapêuticas foram reafirmadas através da portaria nº 1.482/2016, tornando-se elegíveis para o cadastro no sistema nacional de estabelecimentos de saúde. Não podemos deixar de registrar que o golpe institucional, que suscitou no impeachment de Dilma, aprofundou o processo de destruição dos direitos sociais, em especial, na área da saúde. No governo Temer intensificou-se um desfinanciamento do SUS configurado pela Emenda Constitucional (EC) 95/2016, por meio do congelamento de gastos públicos por 20 anos para saúde e educação (MENDES; CARNUT, 2020).

Entretanto, foi em 2017 que se consolidou as expressivas transformações na política nacional de saúde mental, álcool e outras drogas através da portaria 3.588/2017. A portaria inseriu o hospital psiquiátrico na RAPS, alegando que não existem serviços substitutivos e, sim, complementares. Além disso, a portaria garantiu o “reajuste em até 60% das diárias pagas aos hospitais psiquiátricos por atendimento a pacientes internados por mais de 90 dias ou para casos de reinternação no período inferior a 30 dias (BRASIL, 2017)” (OLIVEIRA, 2021, p. 488). Portanto, o hospital psiquiátrico retorna a cena e ganha destaque no cenário atual (SOUSA; JORGE, 2017). Cabe sinalizar, que a aprovação ocorreu por meio de articulações obscuras junto a Comissão

Intergestores Tripartite (CIT) e a coordenação nacional de saúde mental, além de passarem por cima dos representantes civis, movimentos sociais e entidades que defendem a Reforma Psiquiátrica brasileira.

Já no ano de 2018, foi aprovada pelo CONAD, através da Resolução 01/2018, uma “nova” política de drogas orientada pela perspectiva da abstinência que enrijeceu ainda mais a proibição do consumo de drogas. Isso provocou um endurecimento da política, sobretudo com a transferência da gestão do Ministério da Saúde para o Ministério do Desenvolvimento Social, fomentando ainda mais a “Guerra às Drogas”. No mesmo ano foi publicado o Edital 01/2018 pela SENAD destinado ao financiamento de comunidades terapêuticas.

Ainda nesta esteira de regressividade, nos primeiros dias de 2019, no início da gestão de Jair Bolsonaro, foi publicada a Nota Técnica nº 11, que orientava sobre novas e severas medidas para a política nacional de saúde mental, álcool e drogas. Entre as barbaridades anunciadas podemos destacar: compras de aparelhos para aplicação da eletroconvulsoterapia (ECT); internação de crianças e adolescentes em hospitais psiquiátricos violando, inclusive, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); inclusão dos hospitais psiquiátricos e ambulatorios multiprofissionais como unidades ambulatoriais especializados; negação da redução de danos e a afirmação das comunidades terapêuticas. O documento também ressaltava que não haveria mais o fechamento de leitos psiquiátricos e nem que iria considerar nenhum serviço substitutivo ao modelo asilar, descaracterizando o lugar do CAPS, dentre outras atrocidades (GUIMARÃES; ROSA, 2019). Salientamos que diversas entidades, coletivos, movimentos manifestaram notas de repúdio, sendo que, dois dias depois do lançamento da nota técnica o Ministério da Saúde retira o documento dos meios de comunicação e informa que irá rever o material.

Nessa direção, a gestão da política nacional de álcool e outras

drogas passa a compor o “superministério” da Cidadania, que incorporou Desenvolvimento Social, Cultura e Esporte. O titular da pasta, Osmar Terra, declarou publicamente apoio às comunidades terapêuticas e se colocou contrário a estratégia de redução de danos (DELGADO, 2019). Além disso, o referido ministro “impediu a divulgação do 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira, realizada ao longo de três anos e que custou R\$ 7 milhões aos cofres públicos, afirmando que “não tinha validade científica”, pois o estudo não confirmava a existência de uma epidemia de drogas no país” (PEREIRA, 2020, p. 83).

Já, em 2020, durante uma conjuntura adversa acentuada pela pandemia da COVID-19, foi promulgada a Resolução nº 3 do CONAD que “Regulamenta, no âmbito do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, o acolhimento de adolescentes com problemas decorrentes do uso, abuso ou dependência do álcool e outras drogas em comunidades terapêuticas” (BRASIL, 2020, p. 1). Algumas entidades e coletivos se manifestaram contrárias a normativas gerando repercussões importantes para a problematização desse momento de tratamento como alternativa para adolescentes. Apenas em julho de 2021, a juíza Joana Carolina Lins Pereira, da 12ª Vara Federal de Pernambuco, suspendeu, em todo território nacional, a internação de crianças e adolescentes nas comunidades terapêuticas, além do investimento previsto para os espaços.

No final de 2020, os representantes do Ministério da Saúde criaram um grupo de trabalho que pudesse rever os serviços e revogar as portarias da política de saúde mental, álcool e outras drogas. A proposta teria como alvo mais de 100 portarias que subsidiam a Reforma Psiquiátrica e os serviços que seguem na contramão da lógica manicomial. Em contrapartida, inúmeras entidades, coletivos e sujeitos iniciaram diferentes movimentos contestatórios, o que acarretou no recuo e no surgimento da Frente Ampliada em Defesa da Saúde Mental, da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial.

Ao longo de 2021 tivemos mobilização em diferentes estados levando a criação de Frentes Estaduais e Municipais, como foi o caso do Rio de Janeiro. Com tamanha articulação nacional foi possível a realização da 1ª Conferência Popular Nacional de Saúde Mental Antimanicomial, ocorrida nos dias 9 a 12 de julho, de maneira remota. Dessa forma, foi possível a construção de diálogos entre os diferentes grupos, coletivos, entidades e sujeitos que compõem o campo da saúde mental e atenção psicossocial.

O ano de 2022 iniciou com inúmeras mobilizações para a realização da 5ª Conferência Nacional de Saúde Mental e das etapas distritais, municipais, regionais e estaduais. Na tentativa de garantir a defesa das conquistas, até aqui existentes, têm-se realizado convocações para a garantia da participação de usuários, familiares, gestores, trabalhadores nesse espaço democrático importante. Destaca-se que a última Conferência ocorreu em 2010 depois de 9 anos sem termos uma convocatória.

Apesar do clima de tensionamento existente nesses espaços, devido as disputas para o direcionamento da política, os ataques – que chegam a conta-gotas – não param de acontecer. No dia 22 de março, o Ministério da Saúde publicou em diário oficial a portaria 596/2022 que visa suspender o Incentivo Financeiro de Custeio Mensal para o Programa de Desinstitucionalização Integrante do Componente de Desinstitucionalização da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), expresso na Seção XII do Capítulo III do Título VIII, art. 1049 até art. 1062, da Portaria de Consolidação GM/MS nº 6, de 28 de setembro de 2017. A revogação desse incentivo interfere diretamente na principal estratégia de sustentação da Reforma Psiquiátrica e da substituição gradual do modelo: a desinstitucionalização.

Nesse caminho, desejamos realizar alguns apontamentos a partir dos desafios colocados para a Reforma Psiquiátrica e a adoção da estratégia de ocupar o Estado e suas instâncias de representação, o que de certa forma apresenta contradições.

De acordo com Osório (2017, p. 29), “Se algo caracteriza o Estado capitalista é a fetichização das relações de poder e domínio, o que impede que essas relações apareçam tal como são, e ocorra a reconstrução da ficção de um mundo de homens livres e iguais, ao mesmo tempo em que o Estado aumenta sua presença como uma entidade abstrata”. A fetichização do Estado ofusca as relações entre os seres humanos e a lógica do valor, o que impede que seja identificado as estratégias de dominação. Dessa forma queremos destacar que o Estado se constitui como uma abstração fetichizada e que é sobreposto à sociedade. Portanto, espera-se que o Estado proporcione mudanças estruturais de ruptura, ou seja, nega-se as suas bases racista, classista e patriarcal (ALMEIDA, 2018).

A trajetória da implementação da Reforma Psiquiátrica deu-se pela via das políticas, o que gerou afastamento e fragilidades nas bases dos movimentos sociais. Ao prevalecer a estratégia de ocupação do aparato estatal, diversas alianças políticas foram realizadas, afim de que se pudesse garantir a qualquer custo a mudança do modelo assistencial e legislativo na saúde mental. Tal caminho levou a um “avanço contraditório”, uma vez que tivemos a redução dos leitos psiquiátricos e a implantação de serviços territoriais e comunitários, ao mesmo tempo que ocorria a privatização, a precarização e as pactuações pelo alto. “Muitos gestores sinceramente comprometidos com os ideais da reforma psiquiátrica acreditavam que, mesmo estas não sendo as condições ideais, o mais importante era seguir avançando” (ALBRECHT, 2022, p. 59).

Ao fetichizar o Estado como único caminho possível de transformação da lógica manicomial, não se levou em consideração a luta de classes e a perpetuação das opressões de gênero, raça e sexualidade. Segundo Basaglia (1979), a divisão de classes que organiza a sociedade e distribui os poderes de maneira hierarquizada também forja a psiquiatria. “Tenho a dizer que a psiquiatria, desde seu nascimento, é em si uma técnica altamente repressiva que o Estado

sempre usou para oprimir os doentes pobres” (BASAGLIA, 1979, p. 14). Dessa forma, o Estado que aciona a psiquiatria como técnica de controle é o mesmo que institui manicômios, prisões e instituições de medida socioeducativa para reproduzir a dominação, o controle, a sujeição e promover a eliminação da existência daqueles identificados como anormais e perigosos. Logo, podemos ter um Estado antimanicomial?

Na realidade brasileira não é possível realizar uma leitura da formação sócio-histórico-política-legislativa do campo da saúde mental sem levar em consideração toda a influência eugênica e racista. O aparato manicomial – ciência e instituições – foi estruturado por uma noção de humanidade centrada no “homem universal”. Logo, entender as contradições e disputas que forjam a Reforma Psiquiátrica torna-se fundamental para não permitirmos a reprodução da morte física e subjetiva daqueles/as que sempre ocuparam/ocupam os manicômios brasileiros: a população negra (PASSOS, 2018).

É a população negra, pobre, periférica e usuária de drogas que vem sendo internada nas comunidades terapêuticas. Ou seja, a interface da “Guerra as Drogas” não só extermina e encarcera (BORGES, 2018), como leva a internação, o isolamento e violação dos direitos humanos (PEREIRA; PASSOS, 2017). Dessa forma, o debate que atravessa a política de saúde mental, álcool e outras drogas precisa questionar os caminhos escolhidos, uma vez que toda a aposta se deu meramente pelos marcos jurídicos, predominantemente através de portarias ministeriais e, que hoje, seguem sendo revogadas. Acreditamos que seja tempo de retomarmos o fortalecimento das bases dos movimentos, coletivos e instituições antimanicomiais, antirracistas, antissexistas, antilgbtfóbicas e antiproibicionista para seguirmos pelo caminho da transformação social radical. Seguimos na defesa de uma sociedade sem manicômios!

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, D. *A luta antimanicomial nos governos democrático-populares: contribuições para um balanço a realizar*. Revista Em Pauta, Rio de Janeiro, n° 49, v.20, p. 49-64, 2022.

ALVES, D.F.A. *et al. Reforma Psiquiátrica e a Dependência Brasileira: entre o arcaico e o moderno*. Revista Katalysis, Florianópolis, v. 23, n°1, jan./abr., 2020.

ALMEIDA, S. *O que é racismo estrutural?* Editora Letramento, Belo Horizonte, 2018.

BASAGLIA, F. *A psiquiatria alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática*. Editora Brasil Debates, São Paulo, 1979.

BORGES, J. *O que é encarceramento em massa?* Editora Letramento, Belo Horizonte, 2018.

BRASIL. *Resolução nº 3, de 24 de julho de 2020*. Regulamenta, no âmbito do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, o acolhimento de adolescentes com problemas decorrentes do uso, abuso ou dependência do álcool e outras drogas em comunidades terapêuticas. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-24-de-julho-de-2020-268914833> Acesso em: 22/9/2020.

COSTA, P.H.A.; MENDES, K.T. *Contribuição à crítica da economia política da contrarreforma psiquiátrica brasileira*. Revista Argumentum, Vitória, v. 12, n° 12, mai./ago., 2020.

DELGADO, P.G. *Reforma Psiquiátrica: estratégias para resistir ao desmonte*. Revista Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, 17(2), 2019.

DENADAI, M.C.V.B. *O debate do legislativo brasileiro no campo das drogas*. In: VASCONCELOS, E.M.; CAVALCANTE, R. (Orgs.). Religiões e

o paradoxo apoio social – Intolerância, e implicações na política de drogas e comunidades terapêuticas. São Paulo, Editora Hucitec, 2019.

DENADAI, M.C.V.B. *A Frente Parlamentar em Defesa das Comunidades Terapêuticas e a hegemonia da 'pequena política' no Congresso Nacional Brasileiro*. 6º Encontro Internacional de Política Social e 13º Encontro Nacional de Política Social, Vitória, 2018. Anais...

DUARTE, M.J.O. *Política de saúde mental e drogas: desafios ao trabalho profissional em tempos de resistência*. Revista Libertas, Juiz de Fora, v.18, nº2, p. 227-248, ago./dez., 2018.

LIMA, R. C. C. *As comunidades terapêuticas religiosas e a política social de drogas*. In: 5º Encontro Internacional de Política Social e 12º Encontro Nacional de Política Social, Vitória, 2017. Anais...

MENDES, A.; CARNUT, L. *Capital, Estado, crise e a saúde pública brasileira: golpe e desfinanciamento*. Revista Ser Social, Brasília, v. 22, nº 46, jan./jun., 2020.

OLIVEIRA, E. F.A. *A saúde mental no planejamento da política de saúde brasileira*. Revista Ser Social, Brasília, v. 23, nº49, jul./dez., 2021.

ONOCKO-CAMPOS, R. T. *Saúde mental no Brasil: avanços, retrocessos e desafios*. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 35(11), 2019.

OSORIO, J. S. *Sobre o Estado, o poder político e o Estado dependente*. Revista Temporalis, Brasília (DF), ano 17, nº 34, jul./dez., 2017.

PASSOS, R.G. *et al. Comunidades terapêuticas e a (re)manicomialização na cidade do Rio de Janeiro*. Revista Argumentum, Vitória, v. 12, nº 2, p. 125-140, maio/ago. 2020.

PASSOS, R.G. *Luta antimanicomial no cenário contemporâneo: desafios atuais frente a reação conservadora*. Revista Sociedade em Debate, Pelotas, v. 23, nº 2, p. 55-75, jul./dez., 2017.

PASSOS, R.G. *“Holocausto ou Navio Negreiro?”: inquietações para a*

Reforma Psiquiátrica brasileira. Revista Argumentum, Vitória, v. 10, n° 3, p. 10-22, set./dez. 2018.

PEREIRA, M.O.; PASSOS, R.G. *Desafios contemporâneos na Luta Antimanicomial: comunidades terapêuticas, gênero e sexualidade*. In: PEREIRA, M.O.; PASSOS, R.G. *Luta Antimanicomial e Feminismos: discussões de gênero, raça e classe para a Reforma Psiquiátrica brasileira*. Editora Autografia, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, S. L.B. *A política de saúde mental brasileira em tempos neoliberais: projetos em disputa*. Revista Sociedade em Debate, Pelotas, v. 26, n.1, jan./abr. 2020.

SCHECHTMAN, A.; ALVES, D.S.N.; SILVA, R.C. *Política de saúde mental no Brasil*. In: Por uma assistência psiquiátrica em transformação. Cadernos IPUB, Rio de Janeiro: IPUB/UFRJ, n°3, 4ª edição, 1999.

SOUSA, F.S.P.; JORGE, M.S.B. *O retorno da centralidade do hospital psiquiátrico: retrocessos recentes na política de saúde mental*. Revista Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, 17(1), 2019.

VASCONCELOS, E.M. *Reforma Psiquiátrica, tempos sombrios e resistência: diálogos com o marxismo e o Serviço Social*. Editora Papel Social, Campinas, 2016.

Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Professora Adjunta na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Docente Colaboradora do Programa de Pós-graduação em Política Social da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: rachel.gouveia@gmail.com
<https://oglobo.globo.com/brasil/gleisi-hoffmann-apoia-internacao-involuntaria-de-dependentes-quimicos-8289713> Acesso realizado em: 24 de agosto de 2021.

DIREITOS DOS INVISÍVEIS: A POLÍTICA NACIONAL JUDICIAL PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI⁷⁶⁰

RENAN SOTTO MAYOR⁷⁶¹

1. INTRODUÇÃO

As pessoas em situação de rua têm sofrido histórica marginalização no Brasil com o agravamento de sua invisibilidade. Direitos humanos de vários matizes lhes são diuturnamente vilipendiados, não estando à vista a solução da questão, sobretudo nas grandes metrópoles. (MAZZUOLI, 2021, p. 337-353)

Já destacava a então relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre moradia adequada, Leilani Farha, que “a situação de rua é uma violação extrema aos direitos a uma moradia adequada, à não discriminação e, frequentemente, também uma violação aos direitos à vida, à segurança, à saúde, à proteção do lar e à família, bem como o direito de não ser submetido a tratamentos cruéis ou inumanos”. (ONU, Doc. A/HRC/31/54/ 2015 § 4º)

Durante a pandemia da Covid-19 essa situação foi ainda mais explicitada. De fato, como as pessoas em situação de rua poderiam cumprir as medidas de restrição recomendadas pela OMS como, por exemplo, ficar dentro de casa? Como poderiam adquirir máscaras e álcool em gel 70% para a necessária profilaxia durante a pandemia?

Outro dado interessante é exatamente a ausência de dados efetivos sobre o quantitativo de pessoas em situação de rua que existem no Brasil. O IBGE não computa as pessoas em situação de rua em seu

censo demográfico, como se tais pessoas simplesmente não existissem. (MAYOR; DUEK; TREIGER, 2019, p. 343)

Entretanto, observando a falta de dados, o IPEA tem realizados estimativas sobre o número de pessoas em situação de rua no Brasil. Em 2015, a estimativa do IPEA utilizando os dados oficiais das bases de dados do Governo Federal e um cálculo específico do IPEA, estimou que há 101.854 mil pessoas em situação de rua no Brasil. Passados apenas 5 anos, em março de 2020, o IPEA estimou um aumento de mais de 100% de pessoas em situação de rua, passando a estimar 221.869 pessoas em tal condição.

Também é importante ressaltar que o Programa Transdisciplinar Polos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) tem realizado pesquisas sobre os dados das pessoas em situação de rua no Projeto Incontáveis, tendo produzido importante relatório técnico-científico sobre dados referentes ao fenômeno da população em situação de rua no Brasil. Tal relatório trabalha com dados do Cadastro Único (Cad. Único) para Programas Sociais do Governo Federal. A realidade constatada pelos pesquisadores é que 91,01% das pessoas em situação de rua cadastradas no Cad. Único são pessoas em situação de extrema pobreza. (DIAS, 2021, p. 14) Portanto, a narrativa que muitas vezes se ouve de que as pessoas estão nas ruas porque querem cair por terra, pois as pessoas estão na rua pela situação de miserabilidade.

2. RESOLUÇÃO DO CNJ SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Observando essa realidade de violação de direitos, em outubro de 2020 o Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH editou a Resolução nº 40, que é um marco nos direitos das pessoas em situação de rua e que dispõe sobre as diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos dessas pessoas.

Na mesma direção, quase um ano depois da Resolução nº 40 do CNDH, o CNJ aprovou, em 21 de setembro de 2021, durante a 338ª Sessão Ordinária, a Política Nacional Judicial de Atenção às Pessoas em Situação de Rua.

A Resolução do CNJ foi construída com ampla participação e diálogo com o CNDH, com diversos movimentos sociais, como o Movimento Nacional da População de Rua (MNPR) e com o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), além da Pastoral do Povo da Rua. Também participaram dos debates a Comissão Sobre População em Situação de Rua da Anadep (Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos), o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Gerais (Condege) e o GT Rua da Defensoria Pública da União, além da participação do Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua (CIAMP-Rua).

Essa histórica resolução do CNJ que foi fruto de intenso trabalho de GT do CNJ coordenado pela Conselheira Flávia Pessoa e contou com diversos(as) magistrados(as) que contribuíram para o texto. Apenas para exemplificar, é importante constar a presença da juíza federal Luciana Ortiz, que já atuava com pessoas em situação desde 2011 na Justiça Federal em São Paulo.

A recente resolução do CNJ demarca uma mudança de paradigma de como o Poder Judiciário deve lidar com as pessoas em situação de rua no Brasil, compreendendo a importância desse tema e destacando meios para a sua resolução. No Brasil, já se disse, a criminalização sofrida pela população em situação de rua é histórica, notadamente à luz de sua invisibilidade. Não é por outra razão que o Livro V da Ordenações Filipinas (1595) já sancionava, em seu título LXVIII, a atitude dos que estavam na condição de “vadios”.

A novel Resolução do CNJ parte de um olhar interseccional do problema, observando as diversas estruturas de opressão existentes em nossa sociedade, trazendo toda a complexidade e heterogeneidade das

pessoas que estão em situação de rua, bem como ressaltando a necessidade de enfrentamento ao racismo estrutural e institucional. Esse ponto é fundamental para o entendimento do tema, pois, conforme as pesquisas do Programa de Extensão Polos de Cidadania, o racismo estrutural é uma das fortes características do fenômeno da população em situação de rua no Brasil. (DIAS, 2021, p. 6)

Em um país marcado pelo racismo estrutural, em que existe uma realidade de desigualdade social abissal e que pessoas (sobre)vivem nas ruas, a Resolução do CNJ deve ser comemorada e, principalmente, lida e utilizada na prática pelos operadores do Direito, pois só assim as pessoas em situação de rua poderão ter um efetivo acesso à justiça.

3. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RESOLUÇÃO CNJ

A Resolução CNJ traça diretrizes e princípios que fundamentais para superar as “diversas barreiras decorrentes das múltiplas vulnerabilidades econômica e social, bem como da sua situação de precariedade e/ou ausência habitacional” (art. 1º, I). Pela Resolução, será necessário “promover o levantamento de dados estatísticos relativos aos números, à tramitação e outros dados relevantes sobre ações judiciais que envolvam pessoas em situação de rua, visando dar visibilidade à política e promover a gestão das ações voltadas ao aprimoramento e sua efetividade; inclusive analisando os dados oficiais e dos centros de defesa, a fim de diagnosticar o grau de acesso à justiça nacional, regional e local e as barreiras para sua efetividade” (art. 1º, V).

A produção desses dados será fundamental para que se possa refletir sobre a implementação e a efetividade das políticas públicas para esse público, pois, como já ressaltado, infelizmente essas pessoas não são computadas pelo IBGE no Censo. Nesse sentido, a Resolução CNJ dá um importante passo para a garantia de visibilidade dos direitos dessa população, fazendo-as “aparecer” perante o Poder Judiciário para

que possam vindicar os direitos de que são titulares.

Outro ponto que permeia toda a Resolução é o prisma da intersetorialidade, pois é impossível que o Poder Judiciário atue de forma isolada em uma questão tão complexa. De fato, as demandas que envolvem as populações de rua são complexas e heterogêneas, demandando articulação de várias políticas públicas destinadas a garantir a possibilidade de saída das ruas ou, até mesmo, algum nível de dignidade enquanto permanecerem nessa situação. Esse o motivo pelo qual não pode haver uma única resposta para situação tão complexa, e sim múltipla com articulação de diversas políticas públicas, como assistência social, saúde, cultura, educação, habitação, políticas relacionadas ao trabalho e esporte, por exemplo. (MAYOR, 2019, p. 64)

Assim, nessa mesma linha, a Resolução traz diretrizes importantes para que o Poder Judiciário busque “estimular a atuação articulada com os demais poderes, por seus órgãos integrantes do Sistema de Justiça, órgãos gestores das políticas de Assistência Social e de Habitação, dentre outras políticas, comitês interinstitucionais e centros locais de assistência social, como Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, Centro de Referência Especializado em Assistência Social – CREAS, Centro ou CREAS Pop, e Organizações da Sociedade Civil” (art. 1º, VII).

Também é importante ressaltar que a Resolução não desconsidera o processo de criminalização histórico desse grupo hipervulnerabilizado e, por isso, um dos princípios orientadores é o da “não-criminalização das pessoas em situação de rua” (art. 3º, II). Além disso, há uma previsão na resolução que dispõe que o Poder Judiciário deve ter uma atuação comprometida contra toda a forma de violência contra as pessoas em situação de rua, com destaque para violência institucional (art. 3º, X).

A Resolução também possui importantes medidas de inclusão, como a viabilização de “atendimento prioritário, desburocratizado e humanizado às pessoas em situação de rua”, pelo que os tribunais

devem manter “em suas unidades equipe especializada de atendimento, exclusiva ou não, preferencialmente multidisciplinar” (art. 4º, caput).

Outro ponto importante a ser destacado é o acesso às dependências do Poder Judiciário. Pode parecer algo simples, mas, na realidade, as pessoas em situação de rua, na maior parte das vezes, além de não terem um efetivo acesso à justiça, sequer têm acesso às dependências do Poder Judiciário, dada as vestimentas compreendidas como não adequadas para o ingresso nos Fóruns (“traje forense”). Como uma pessoa em situação de rua, em extrema miserabilidade, poderá ter vestimenta “adequada” para buscar no Poder Judiciário a satisfação de um direito seu? É curioso que, neste caso, a dignidade do ser humano cede à necessidade de “vestimenta adequada” para o ingresso nas instalações forenses. Daí ter a Resolução CNJ, finalmente, corrigido a situação no seu art. 5º, verbis:

As pessoas em situação de rua terão assegurado o acesso às dependências do Poder Judiciário para o exercício de seus direitos, não podendo constituir óbice de acesso às unidades judiciárias e ao atendimento humanizado e personalizado: I – vestimenta e condições de higiene pessoal; II – identificação civil; III – comprovante de residência; IV – documentos que alicercem o seu direito; V – o não acompanhamento por responsável em caso de crianças e adolescentes.

Todos os quarenta artigos da Resolução trazem avanços para o acesso à justiça das pessoas em situação de rua e densificam o princípio da dignidade da pessoa humana, não de forma abstrata, mas concreta, observando a dura realidade vivenciada por essas pessoas, operando uma real mudança de paradigma.

Por fim, dois outros temas são também fundamentais no espírito da Resolução e merecem breve comentário neste momento.

Quando a Resolução trata de medidas em procedimentos criminais deixa claro que estar em situação de rua não deve ser considerado fundamento para a decretação de prisão cautelar. É interessante notar, ainda, como a Resolução traz parâmetros fundamentais a serem considerados no momento da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Veja-se, a propósito:

Art. 19 Observar-se-á, quando da determinação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, aquela que melhor se adequa à realidade da pessoa em situação de rua, em especial quanto à sua hipossuficiência, proporcionalidade da medida diante do contexto e trajetória de vida, além da possibilidade de cumprimento, evitando-se a aplicação de múltiplas medidas cautelares concomitantemente, para garantir que alcancem a sua finalidade.

Outro ponto importante diz respeito ao acolhimento institucional compulsório de crianças filhas de gestantes em situação de rua. A Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama da Faculdade de Direito da USP tem realizado pesquisas sobre essa temática. Nesse sentido, vale conferir o importante relatório de pesquisa “Primeira Infância e Maternidade nas Ruas da Cidade de São Paulo”, que concluiu que “[a] mulher em situação de rua, usuária ou não de drogas, gestante ou mãe, não oferece necessariamente risco à sua criança”, pelo que “[d]eve-se analisar cada caso concretamente para avaliar se a mulher oferece ou não risco, se possui ou não capacidade de exercício de cuidado” (GOMES, 2017, p. 68).

A Resolução CNJ parece caminhar no mesmo sentido do

explicitado pela Clínica Luiz Gama, conforme se verifica da leitura do artigo 31, § 5º, segundo o qual “[a] situação de rua e/ou uso de substâncias psicoativas por gestantes ou mães não deve, por si só, constituir motivo para o acolhimento institucional compulsório de seus filhos”.

4. CONCLUSÃO

Estas são algumas breves reflexões sobre a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades aprovadas no dia 21 de setembro de 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Não se tem a ilusão que um texto normativo do CNJ garantirá o acesso à justiça de um grupo populacional que sofre há séculos o processo de criminalização/exclusão. Entretanto, a Resolução do CNJ, assim como a Resolução nº 40 do CNDH de 2020 e o Decreto nº 7.053/09 são instrumentos de luta para efetivação dos direitos das pessoas em situação de rua.

Que esse novo instrumento jurídico possa servir para visibilizar tais pessoas historicamente invisíveis e garantir-lhes os direitos básicos de que sempre lhe foram despojadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, André Luiz Freitas (org) Dados referentes ao fenômeno da população em situação de rua no Brasil – Relatório técnico-científico – Plataforma de Atenção em Direitos Humanos, Programa Polos de Cidadania, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. André Luiz Freitas Dias (org). Belo Horizonte, MG: Marginália Comunicação, 2021

GOMES, Janaína Dantas Germano (Coord.). Primeira infância e

maternidade nas ruas da cidade de São Paulo: relatório de pesquisa. São Paulo: Lampião Conteúdo e Conhecimento, 2017.

MAYOR, Renan Sotto. Defensoria Pública na rua: Limites e possibilidades de acesso à justiça à população em situação de rua. 108 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais). Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2019.

MAYOR, Renan Vinicius Sotto; DUEK, Natan Aquilar; TREIGER, Thales Arcoverde. Invisíveis e reais: a atuação da defensoria pública da união para a inclusão de pessoas em situação de rua no censo demográfico. In: SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI, Diego Escobar. (Org.). Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 343.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado em Mato Grosso, São Paulo e Distrito Federal. E-mail: valerio_mazzuoli@hotmail.com.

Defensor Público Federal, mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Defensor Regional de Direitos Humanos em Mato Grosso. E-mail: renanviniciusmayor@gmail.com.

AQUÉM DO ARCO-ÍRIS: OS DIREITOS LGBT+ NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987-1988

WALLACE CORBO⁷⁶²

1. INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados pelo avanço de direitos de pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Transgêneros, Travestis e outros grupos sociais marginalizados em razão de seu sexo e gênero (aqui denominados, em conjunto, LGBT+⁷⁶³). Especialmente a partir da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, o ordenamento constitucional brasileiro passou a acolher tais grupos em direitos múltiplos: o direito ao reconhecimento de suas relações afetivas,⁷⁶⁴ o direito ao seu nome e identidade,⁷⁶⁵ o direito a participar de diversas esferas da solidariedade social⁷⁶⁶. Nem sempre foi assim. Os anais da constituinte dão conta de que, entre 1987 e 1988, as pautas de minorias sexuais e de gênero foram expressamente rejeitadas nos debates que dariam forma à Constituição de 1988. A própria participação de representantes desse grupo recebeu forte reação negativa, como não ocorreu em outros casos. Neste artigo, pretendemos lançar luzes sobre este capítulo subanalisado da história constitucional brasileira, não de forma a sustentar que a Constituição de 1988 nasceu contrária aos direitos de pessoas LGBT+, mas sim para contribuir para a compreensão de que a formação da identidade constitucional emancipatória não se restringe ao momento da elaboração da Constituição, dependendo de esforços contínuos de transformação de significados, sentidos e narrativas – até mesmo

quando o resultado da primeira luta por direitos parece desanimador.

2. “NÃO ESTAMOS MAIS NO KANSAS”: A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE COMO PONTO DE PARTIDA DE LUTAS POR DIREITOS LGBT+

Em *O Mágico de Oz*, filme de 1939, a menina Dorothy sonha com um mundo além do arco-íris, onde não há problemas e os sonhos se tornam realidades. Em pouco tempo, a jovem moradora de um Kansas pintado em preto e branco é levada, por um ciclone, para o fantástico mundo de Oz – um lugar de cores exuberantes e músicas icônicas que ajudaram a transformar o filme em um marco do cinema mundial. Mais do que isso, o *Mágico de Oz* foi apropriado pelo movimento LGBT+ no mundo como um dos elementos de sua cultura e uma das narrativas de sua história – a busca do arco-íris de direitos.

Para os direitos LGBT+, o Brasil dos anos 1980 ainda era muito mais próximo do Kansas preto-e-branco de que Dorothy queria fugir do que qualquer promessa além do arco-íris. Este cenário de desesperançoso refletiu diretamente nas derrotas sofridas ao longo dos meses de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (“ANC”). Longe de cristalizar estas derrotas, no entanto, a ANC e a Constituição de 1988 pavimentaram um caminho longo que a população LGBT+ trilhou por duas décadas até atingir sua revolução de direitos. É preciso entender, então, a origem desta estrada de tijolos amarelos que começa a ser pavimentada com os trabalhos constituintes de 1987-1988.

No plano formal, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987/1988 decorreu da promulgação da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985. Muito antes disso, no entanto, já se possível identificar movimentos na sociedade civil indicativos de um momento constitucional brasileiro,

especialmente a partir dos impulsos políticos e sociais pela redemocratização. Usando dessa lente, é possível identificar uma primeira tentativa concreta⁷⁶⁷ de mobilização em torno da luta por uma nova Constituição na Carta do Recife de 1971 que, segundo Daniel Sarmiento, não teve maiores repercussões “até pela inviabilidade da proposta em plena fase dos ‘anos de chumbo’”⁷⁶⁸. Entre 1977 e 1979, a proposta de uma constituinte ganha o apoio institucional do Movimento Democrático Brasileiro (“MDB”), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (“CNBB”) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (“CFOAB”). Entre 1983 e 1984, a luta pelas *Diretas Já*⁷⁶⁹ reflete uma manifestação relevante da sociedade brasileira a propulsionar o movimento pró-constituinte⁷⁷⁰. Mais adiante, a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney institucionaliza o momento constitucional por meio do compromisso formal assumido pela Aliança Democrática no sentido de convocar a Assembleia Constituinte.⁷⁷¹

Fora dos espaços institucionalizados, também os movimentos sociais se organizavam em defesa de pautas de direitos fundamentais e de lutas pela Constituição. Desde 1974 o Brasil iniciara o processo de transição “lenta, segura e gradual” para o regime democrático, com a retomada e renovação de movimentos de oposição⁷⁷². O triênio 1977-1979 é profícuo nesse processo de efervescência social. O surgimento e organização do movimento dos metalúrgicos do ABC paulista em 1977⁷⁷³ mobilizou, entre 1978 e 1979, 3 milhões de trabalhadores em uma greve que abalou o regime militar. Na mesma época, surgia também o movimento homossexual brasileiro, cujo marco é a fundação do jornal *Lampião da Esquina* em 1978⁷⁷⁴ e a formação do grupo *Somos*, em 1979⁷⁷⁵. Depois de ser sufocado nos anos 60, também em 1978 renova-se e ressurge o movimento negro no Brasil, com a criação do Movimento Negro Unificado⁷⁷⁶. Todos estarão presentes no processo constituinte, disputando seus espaços no texto constitucional em favor de pautas igualitárias.

Estes diferentes eventos podem ser considerados, em conjunto, como indicativos de um momento constitucional⁷⁷⁷ que culminaria na promulgação da Constituição de 1988. Como relata a literatura, a ANC mobilizou o imaginário popular, contando com a participação direta de cidadãos, movimentos sociais e toda sorte de grupos de interesse que buscavam maximizar a representação de seus interesses na Constituição.⁷⁷⁸ Este momento constitucional de estabelecimento de um novo texto e de um novo pacto constitucional deu ensejo a intensas lutas políticas travadas no seio da Assembleia Nacional Constituinte (“ANC”) e que vão envolver tanto procedimento,⁷⁷⁹ quanto conteúdo.⁷⁸⁰

No campo do conteúdo da nova constituição, Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto sustentam que os embates acalorados envolveram especialmente o eixo econômico da Constituição de 1988, dada a descrença dos atores políticos na possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais⁷⁸¹. Sem prejuízo disso, também no campo dos direitos fundamentais houve destacadas e intensas disputas políticas. Afinal, grupos historicamente marginalizados se viam agora transportados – por sua própria mobilização – de um lugar social de exclusão e repressão para um espaço formal de lutas por direitos. Buscaram, diante disso, cristalizar suas pautas no texto constitucional em resposta ao silêncio ou perseguição históricos do direito até então vigente em relação às suas pautas. Para estes grupos, então, a luta pela constituição se traduzia em lutas pela inclusão de demandas, dispositivos e palavras específicas no texto constitucional. O cenário de redemocratização e efervescentes lutas sociais não impediu, contudo, que o resultado final dos trabalhos da ANC – hoje celebrado pelo seu caráter emancipatório – estivesse muito aquém das promessas além do arco-íris para direitos LGBT+.

3. PAVIMENTANDO A ESTRADA DE TIJOLOS AMARELOS: O MOVIMENTO LGBT+ NA CONSTITUINTE E O MOMENTO

CONSTITUCIONAL QUE NÃO FOI

Um primeiro indício do insucesso que seria a luta por direitos LGBTQ+ na Assembleia Constituinte de 1987-1988 foi o próprio fato de que pessoas GLS (Gays, Lésbicas e “Simpatizantes”), como eram denominadas até ao menos os anos 90, são esparsamente referenciadas nos trabalhos constituintes. Isto pode ser devido, como reconhecido pelo próprio deputado constituinte Luiz Salomão,⁷⁸² ao fato de que o movimento LGBTQ+ no Brasil encontrava-se, nos tempos da constituinte, em uma fase sensível por não menos que dois fatores.

Um destes fatores era o curto tempo de estruturação do movimento. É só em 1978/1979 que as primeiras organizações *gays* surgem no Brasil – representadas pela fundação do jornal *Lampião da Esquina* e a formação do grupo *Somos*. Até então, como relata Cardinali⁷⁸³, a postura adotada por estas minorias sexuais então antissistema e avessa a propostas de institucionalização de pautas.⁷⁸⁴ O curto tempo de mobilização contrasta, desta forma, com outros movimentos sociais que, apesar de perseguidos pela ditadura militar, já se estruturavam no Brasil décadas antes, como é o caso do movimento negro.⁷⁸⁵

À juventude do movimento organizado como tal se somava a crise de saúde que acometia a população LGBTQ+, especialmente os homens gays e mulheres trans. Em 1987, a crise da AIDS atingia seu auge no mundo inteiro, matando milhares de homossexuais todos os anos e ainda sem um horizonte claro de tratamento. Consequência da crise era o fortalecimento de estigmas relacionados à homossexualidade, igualmente reforçando a discriminação e reprovação social.

Não surpreende, assim, que a representação destas minorias na constituinte tenha sido mínima. O único representante deste grupo social a se apresentar como pessoa abertamente LGBTQ+ nas audiências

públicas da constituinte foi João Antônio de Souza Mascarenhas, representante do grupo carioca Triângulo Rosa e fundador do Lâmpião da Esquina.

Seria exagero, então, falar em representantes LGBTQ+ na constituinte. O que houve foi, principalmente, alguma representação do movimento homossexual, em especial masculino.⁷⁸⁶ Nos debates, são poucas as referências às lésbicas⁷⁸⁷ e bissexuais⁷⁸⁸. Pessoas transexuais, por sua vez, não só deixam de ser representadas na constituinte, como são estigmatizadas tanto pelos detratores, quanto pelos apoiadores da causa homossexual. Nessa linha, o constituinte Costa Ferreira, que teve intensa atuação contrária à pauta homossexual, inicialmente confunde homossexuais (gays e lésbicas) e pessoas transexuais no debate que envolvia a inclusão da expressão “orientação sexual” como um dos critérios de discriminação proibidos pela constituição:

O homossexual masculino sai por aí vestido de mulher, com peruca loura, sapato alto e tudo o mais!... Lésbicas saem vestidas de homem, cortam o cabelo, usam barba!... Quem é que está discriminando essa gente? E ainda é preciso colocar essa expressão, “orientação sexual” na Carta Magna, para tudo isso ficar mais ostensivo? Aí, sim, haveria discriminação!⁷⁸⁹

Em “defesa” da proposta de inclusão, de relatoria do Constituinte José Paulo Bisol, o constituinte Lysâneas Maciel deixa ainda claro o pouco tato que o debate constituinte tinha com relação às pessoas transexuais (e homossexuais):

Em nenhum momento, também, ouvi, quer em conversas particulares, quer em manifestações públicas, esse eminente, íntegro, respeitado e

profundamente culto homem público, o Senador José Paulo Bisol, que honra a Assembleia Nacional Constituinte, defender o homossexualismo, a prática caricata do travestismo. Na verdade, está havendo uma certa confusão. Essa caricatura do travestismo que anda por aí não beneficia ninguém.⁷⁹⁰

O próprio Sr. Mascarenhas, representante do chamado “movimento homossexual” na constituinte, argumentou que era necessário esclarecer que “muitas vezes, na imprensa, vemos o estabelecimento de uma falsa sinonímia entre o homossexual e o travesti-prostituto. Na imprensa, em geral, não dizem prostituto, que é a principal característica dele”⁷⁹¹. Fazendo referência a Roberta Close, o expositor prosseguir para afirmar que

“por mais feminino que seja, por mais silicone que use, por mais hormônios que tome, por mais elegantes as roupas femininas que vista, continuará sendo homem. E, mais ainda, parece que ele [sic] não é transexual. O transexual é aquele que faz a mudança cirúrgica de sexo, que ele pretende que seja de sexo, mas não é.”⁷⁹²

Nessa linha, não parece apropriado falar na participação ampla de minorias sexuais e de gênero na constituinte, senão em uma representação pontual de parcela do movimento – envolvendo a pauta *gay* – naquele momento fundacional. Mesmo a apresentação de debate propositivos sobre esta pauta acabaram dependendo da atuação de parlamentares não diretamente associados ao movimento – com destaque, como se verá, para Benedita da Silva, José Paulo Bisol e Luiz Salomão. Coube especialmente a estes responder, então, às investidas substanciais de constituintes da ala conservadora que não concebiam

da hipótese de se tomar a homossexualidade como tema constitucional.

Na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a própria legitimidade de uma exposição feita por um homossexual foi posta em questão. Confira-se, neste sentido, a fala do constituinte Ubiratan Spinelli:

Sr. Presidente, teremos de ouvir o diretor de Comunicação Social do Grupo Carioca de Libertação Homossexual Triângulo Rosa. Logicamente teremos de ouvi-lo. É um direito que assiste a todos de participar das comissões. Mas temos que ver até que ponto esse tema é atinente à Constituição. A pessoa tem liberdade sexual, mas temos de ver até que limite vai o assunto nesta Subcomissão, inclusive na própria Constituição, para que isso não se transforme em deboche.⁷⁹³

A despeito disso, o Sr. Mascarenhas teve a oportunidade de falar em defesa do “movimento homossexual” que propunha representar. Segundo ele, a reivindicação feita à ANC seria “simples” e “única”: a inclusão de “expressa proibição de discriminação por orientação sexual”⁷⁹⁴ na nova constituição. Defendia-se o reconhecimento específico da sexualidade no texto constitucional – em detrimento de propostas mais amplas como a de vedação à discriminação por qualquer “particularidade social”.⁷⁹⁵

Apesar de “simples” e “única”, a demanda demanda sofreu forte oposição, tanto na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e das Mulheres, quanto na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Na primeira, a atuação do constituinte Costa Ferreira⁷⁹⁶ se destacou como contrária à inclusão da orientação sexual no texto constitucional.⁷⁹⁷ Para o

constituente, a demanda apresentada por homossexuais seria uma camuflagem que buscava legitimar a prática de “suas libidinagens publicamente e até simularem casamentos”, configurando uma “aberração constitucional”⁷⁹⁸. Mesmo na subcomissão voltada para as minorias, a questão da sexualidade encontrou resistências e preconceitos. O sr. Natalino C. de Melo, representante da INABRA, sustentou que:

eu, como negro, não me considero minoria, sou maioria marginalizada, social, política e economicamente. Não aceito, por exemplo, a agregação dos negros brasileiros às minorias, até porque esta vinculação de negro à minoria tem uma conotação colonialista e racista, colocar o negro, por exemplo, ao lado do homossexual. Se me perguntarem: você é contra a discriminação ou vai praticar a discriminação? Não, até porque dentro do contexto da raça negra quero que alguém me prove se nos navios negreiros, nos quilombos, nas senzalas, existia a prática do homossexualismo, que desconheço no meio da nossa raça.⁷⁹⁹

Em contrapartida, constituintes como José Paulo Bisol⁸⁰⁰, Luiz Salomão e Benedita da Silva viriam defenderam as propostas de proteção às pessoas homossexuais e, por vezes, bissexuais. Assim, no debate sobre a inclusão de “orientação sexual” no texto constitucional, Bisol denunciou que excluir os termos não implicaria senão legitimar a discriminação contra homossexuais.⁸⁰¹ Em aparente resposta à manifestação do Sr. Natalino Melo, Benedita da Silva destacou a importância de que a Subcomissão acolhesse a pauta homossexual, afirmando, inclusive sob o recorte racial:

Eu conheço negros homossexuais, eu conheço negros deficientes, eu conheço negros de toda a sorte que possa haver neste nosso País. E quando nós estamos tratando dos homossexuais, das minorias, do deficiente, nós estamos tratando da questão racial e, se nós aprofundarmos, historicamente, nas condições em que vivem, hoje, os nossos negros, veremos que é numa condição terrível.⁸⁰²

Ainda, após afirmar seu compromisso com grupos homossexuais do Rio de Janeiro, o constituinte Luiz Salomão sustentara a necessidade de que a nova Constituição reconhecesse “a homossexualidade como um fato natural”, um fato particularmente grave “no momento em que há uma história coletiva com relação a essa doença que vem apavorando a todos – a AIDS – e que particularmente estigmatiza os homossexuais”⁸⁰³.

A questão da AIDS surgiu em diversos momentos nos debates constituintes.⁸⁰⁴ Como já afirmado, à época da constituinte a crise da AIDS atingia seu apogeu, matando milhares de pessoas LGBT+ todos os anos e sem qualquer perspectiva de cura. A doença ainda não era compreendida e acabara de ter início, nos Estados Unidos, o uso ainda experimental e tóxico da medicação AZT⁸⁰⁵. Diante da epidemia enfrentada em diversos países e que atingia, de maneira visível, homens que faziam sexo com outros homens, a associação da doença à homossexualidade era constante entre os que buscavam fundamento para alegar que os homossexuais eram marcados pela “depravação”.⁸⁰⁶

Este contexto ajuda a compreender como a pauta “simples” e “única” proposta por Mascarenhas não teria como encontrar espaço para ser acolhida em definitivo na constituinte. A vedação à discriminação por orientação sexual de fato consta do texto do Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais – o

que pode ser explicado, como afirmara Pires, pelo fato de que a Subcomissão acolheu a parte substancial das pautas que lhe foram levadas⁸⁰⁷. O Anteprojeto da Subcomissão estabelecia um princípio da igualdade perante a lei associado à punição de qualquer tipo de discriminação – incluindo a discriminação por orientação sexual. De maneira semelhante, o Anteprojeto de Constituição apresentado à Comissão de Sistematização manteve a referência à orientação sexual, afirmando que “ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de (...) orientação sexual (...) e qualquer particularidade ou condição social.

A menção à orientação sexual, no entanto, desaparece no 1º Substitutivo de Projeto de Constituição (Cabral 1)⁸⁰⁸. Na Comissão de Sistematização, o constituinte José Genoíno buscou ainda apresentar a emenda n. ES21953-7 e, posteriormente, a emenda nº 2P021225-6, em Plenário, com o objetivo de reinserir a expressão no texto constitucional. Em ambos os casos, as emendas foram rejeitadas maciçamente.⁸⁰⁹ E assim, sem qualquer proteção expressa às minorias sexuais, foi aprovado o texto constitucional.

A derrota das pautas LGBTQ+ na ANC revela como mesmo o momento de efervescente participação democrática e luta por direitos no final dos anos 80, no Brasil, não seria suficiente para fazer frente a profundos e enraizados sistemas de discriminação social vigentes contra minorias sexuais e de gênero. De outro lado, não se pode dizer que a Constituição de 1988 fechou as portas para a conquista de direitos dessas populações. Pelo contrário, o texto constitucional aprovado pela ANC se viu estruturado a partir de diversas promessas emancipatórias apontando para a possibilidade de as lutas por direitos continuarem e serem bem-sucedidas ao longo dos anos que se seguiriam. Em sentido mais amplo, a consagração dos direitos à liberdade e igualdade (Art. 5º, *caput* e inciso I) e, em termos mais específicos, a vedação à “quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inciso IV) constituíram o núcleo da estrada de tijolos amarelos

que os movimentos LGBTQ+ passariam a trilhar – não sem intensas resistências – a caminho da garantia de seus direitos fundamentais.

4. A CAMINHO DO ARCO-ÍRIS: A ANC COMO UM MOMENTO CONSTITUCIONAL NÃO-EXCLUDENTE E AS NOVAS LUTAS POR DIREITOS DE POPULAÇÕES LGBTQ+ COMO MOMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A análise histórica, a partir dos anais constituintes, parece confirmar uma leitura cética da Constituição de 1988 quanto ao seu compromisso no combate à discriminação contra pessoas LGBTQ+. De fato, se há uma vontade identificável nos debates constituintes, então esta vontade foi a de excluir qualquer previsão expressa de proteção de minorias sexuais. O argumento, aliás, foi utilizado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 para afirmar a aparente impossibilidade de se estender, em igualdade de condições, o instituto da união estável para pessoas do mesmo sexo.⁸¹⁰ Como compreender, então, este argumento histórico diante de um discurso razoavelmente difundido e, hoje, confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter emancipatório da Constituição de 1988 em matéria de direitos LGBTQ+?

Uma resposta para esta questão exige compreender a formação da identidade da Constituição de 1988 para além do momento constitucional fundacional de 1987-1988. De fato, a teoria do poder constituinte tradicional propõe, desde Sieyès,⁸¹¹ que a formação e transformação da constituição acontece em momentos específicos e identificáveis no tempo. Neste sentido, as decisões constituintes determinam a identidade de cada comunidade constitucional – e esta identidade determina, entre outros, os significados e narrativas constitucionalmente legítimos para esta comunidade até que uma nova decisão constituinte seja tomada neste sentido. Concepção restritivas

como esta, que, nos Estados Unidos, foram também empregadas por Bruce Ackerman para explicar as diversas identidades da constituição americana ao longo dos séculos, não permitem compreender a trajetória dos direitos LGBTQ+ no Brasil desde a constituinte até os anos 2020.

Essa trajetória é marcada, como já visto, pela articulação dos movimentos sociais desde o final dos anos 1970. Partindo da proposta de Regina Facchini, Daniel Cardinali analisou esta trajetória a partir de três ondas deste movimento social: a primeira marcada pelo seu surgimento, ainda no contexto da ditadura militar; a segunda relacionada à epidemia da AIDS que culmina na articulação dos processos de luta por reconhecimento sexual na Constituinte; e a terceira onda em que “o movimento se institucionaliza e profissionaliza, construindo alianças com o Estado e formulando um discurso reivindicatório marcado pelo pragmatismo e pela linguagem de direitos”⁸¹². Como visto, a segunda fase – a atuação constituinte – não resultou no reconhecimento e proteção textual das demandas e grupos LGBTQ. E, de fato, a proteção jurídica destes grupos antes e após a constituinte era deficitária. A ortodoxia jurídica vigente, de fato, partia de leituras tradicionais (e conservadoras) do direito para afirmar, no campo do direito civil, teses como a de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo como ato jurídico efetivamente inexistente, tamanha a violação à moral e ordem pública que tal ato causava. No campo do direito penal, conquanto a criminalização da homossexualidade tenha se limitado ao Código Penal Militar,⁸¹³ a condição homossexual era reiteradamente referida em termos degradantes.⁸¹⁴ Apesar de (ou porque) menos visível, tampouco se via vitórias entre a população transexual, transgênero e travesti (“população trans”) – grupo dentro da comunidade LGBTQ que sofre marginalização histórica extrema –, cujo reconhecimento jurídico de suas identidades era reiteradamente recusado pelos Tribunais.⁸¹⁵

Longe de desmobilizarem os movimentos sociais, o quadro de insucessos teve como resposta social a maior mobilização social, política e jurídica em torno do reconhecimento jurídico de suas reivindicações e existências. Essas articulações perpassaram a organização de paradas do orgulho *gay*,⁸¹⁶ a organização de coletivos de conscientização,⁸¹⁷ a eleição de parlamentares vinculados com as pautas LGBT, a tradução jurídica das demandas do movimento LGBT perante as instituições, entre outros.

É notável que, diferente do que ocorria na primeira onda do movimento LGBT – surgida no ambiente de ditadura militar – esta articulação não rejeitava o Estado ou as vias institucionais. Pelo contrário, se baseou em uma apropriação do ordenamento jurídico, seja por meio de pautas em favor de políticas públicas estatais; seja pelo apelo direito ao discurso jurídico-constitucional.⁸¹⁸ E aqui se revela um primeiro aspecto relevante das lutas pela constituição travadas pelos movimentos LGBT: no lugar de rejeitar a Constituição de 1988 – cujos autores-constituintes por maioria esmagadora decidiram excluir esses grupos sociais da proteção constituinte expressa – a população LGBT apropriou-se da constituição tanto como ponto de partida, quanto como instrumento de suas lutas.⁸¹⁹ Como ponto de partida, vê-se que os movimentos LGBT identificaram nas promessas emancipatórias constitucionais – envolvendo desde a proteção da dignidade da pessoa humana, do princípio da não-discriminação, da promoção da igualdade, do direito à saúde e da proteção da família – suas expectativas normativas de se verem incluídos no sistema garantidor de direitos. Nessa linha, mesmo que a identidade da Constituição de 1988 ainda fosse alheia à especificidade das demandas LGBT, o seu ideal emancipatório em sentido mais amplo foi tomado como suficiente para acolher esta comunidade e, mais, de gerar nestes grupos a expectativa de se afirmarem como parte do sujeito constitucional. Como uma estrada de tijolos amarelos apontando em direção ao arco-íris, a

Constituição de 1988 converteu-se em um caminho – um processo – a ser percorrido rumo à garantia de direitos.

Como instrumento, então, os movimentos LGBT se apropriaram do discurso jurídico para formular suas pautas. Nessa linha, a discussão envolvendo políticas públicas de combate à AIDS não pode ser dissociada da reformulação que o direito à saúde sofreu com a Constituição de 1988. De fato, como afirmam Teoderescu e Teixeira, o surgimento as políticas de saúde para a AIDS é impulsionado pelo debate envolvendo a criação do SUS ainda em meados dos anos 80.⁸²⁰ As lutas por políticas públicas de combate a AIDS podem ser lidas, assim, como lutas por efetivação do direito à saúde, articulada não só pelos movimentos sociais como também pelo próprio movimento sanitarista que ganhava força à época.⁸²¹

Da mesma forma, as disputas envolvendo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito ao reconhecimento da identidade de pessoas trans assumiram, no campo institucional (e especialmente judicial) uma faceta expressamente jurídica. Se por um lado a proteção à família integra parte relevante dos valores substantivos constitucionais, então por outro o movimento LGBT+ propôs repensar o conceito de família, para nele incluir também a população historicamente marginalizada.⁸²² Se o reconhecimento da identidade individual é parte relevante da dignidade da pessoa humana, então o movimento LGBT+ propôs repensar o nome e o sexo como constitutivos dessa identidade, trazendo-os para o núcleo da ordem de valores constitucionais.⁸²³ Tudo almejando um ponto de chegada: a consolidação de uma leitura da constituição, que não há muito tempo seria heterodoxa, como a visão estabelecida e aceita institucionalmente.

Neste sentido, os movimentos LGBT+ não tomaram a ANC como um momento constitucional exclusivo e excludente de outros momentos. Pelo contrário, àquele momento constitucional fundacional, estes movimentos somaram momentos constitucionais não

fundacionais em que promoveram transformações incrementais da identidade constitucional de 1988.⁸²⁴ No lugar de fugir à Constituição, os movimentos LGBTQ+ lutaram para permanecer nela, transformando os discursos constitutivos da comunidade constitucional para transformar a Constituição também a *sua* Constituição. Por meio de mobilizações difusas e de pressões diversas para modificar significados e narrativas constitucionais, os movimentos LGBTQ+ foram capazes de alterar e expandir os sentidos desejados por um constituinte situado no tempo (1987-1988) em favor dos sentidos desejados pela comunidade constitucional ao longo dos anos (décadas de 90, 2000, 2010 e 2020). Esta mudança de sentidos, por sua vez, atingiu o núcleo dos valores associados à identidade da Constituição de 1988 – a sua identidade constitucional substancial – como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e o princípio da não-discriminação.⁸²⁵

Pode-se falar em uma espécie de transformação incremental dos direitos LGBTQ+ no Brasil sob duas perspectivas: no plano temporal, com relação à transformação evolutiva de conceitos jurídicos em geral e constitucionais em especial; e no plano institucional, com relação à pluralidade de instituições envolvidas neste tipo de transformação.

No plano temporal, já se afirmou que, à luz de fatos históricos, a vontade de proteger a população LGBTQ não podia ser identificada no constituinte originário. Pelo contrário, se alguma vontade foi ali manifestada, era no sentido de refutar esse tipo de proteção. Os casos das uniões homoafetivas e do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans demonstram, no entanto, como conceitos jurídicos foram transformados até chegar-se a uma transformação dos próprios elementos da identidade constitucional substancial brasileira.

No caso das uniões homoafetivas, estas transformações são sentidas a partir dos conceitos de igualdade, família, união estável e casamento. Como aponta, novamente, Daniel Cardinali, quando pessoas do mesmo sexo buscaram o reconhecimento de seus modelos

familiares perante o Judiciário, encontraram ali, inicialmente, portas fechadas. Em meados dos anos 90, no entanto, já se verifica entre tribunais o reconhecimento destas uniões como sociedades – situando as relações no âmbito do direito societário e não do direito de família. A articulação de movimentos sociais, no entanto, se converte também para a linguagem jurídica quando propõe-se repensar teses antigas – como a da inexistência de casamento entre pessoas do mesmo sexo – a partir de realidades em transformação. De tal forma que, paulatinamente, os tribunais começam a reconhecer em diversos casos direitos previdenciários, relacionados a planos de saúde, e até mesmo a validade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo com fundamento nos mesmos princípios constitucionais que, décadas antes, seriam considerados como inaplicáveis às hipóteses.⁸²⁶ De modo que, quando o Supremo Tribunal Federal enfim decide pelo reconhecimento constitucional desse modelo de família, ele nada mais faz que coroar um processo histórico relativamente longo a partir do qual um aspecto específico da identidade constitucional substancial brasileira foi transformado.⁸²⁷ Dito de outra forma, entre as primeiras decisões reconhecendo algum direito patrimonial entre casais do mesmo sexo e o acórdão da ADI nº 4277, transcorreram décadas de evolução incremental nos discursos e narrativas da comunidade constitucional acerca da população LGBT. Uma evolução incremental que é sentida até no plano das estatísticas – entre 2010 e 2016, o apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil praticamente dobrou, de acordo com algumas pesquisas.⁸²⁸

Da mesma maneira, a evolução do direito à requalificação de nome e sexo de pessoas trans seguiu uma trajetória de construções paulatinas. Que por serem paulatinas, vale dizer, não eram menos sofridas. De fato, a falta de uniformidade era marca nos processos de requalificação ajuizados nas diversas comarcas do Brasil. Para alguns juízes, a cirurgia de redesignação sexual deveria ser exigida como

condição para a requalificação. Para outro, era essencial a apresentação de laudos psicossociais atestando a “condição trans”.⁸²⁹ Em outros processos, exigia-se ainda a juntada de fotos da autora ou do autor, de modo a permitir a “constatação” pelo julgador acerca da legitimidade do pedido. É emblemático que, ainda em 2016, por ocasião do início do julgamento do RE nº 845.779⁸³⁰, um dos ministros do STF tenha indagado seus pares cerca da aparência da recorrente para aferir, enfim, se tinha havido efetivo desrespeito à sua identidade feminina. Também nesse caso se pode dizer, então, que o julgamento do STF na ADI nº 4.275⁸³¹ colheu da experiência de diversos casos julgados ao longo de décadas os fundamentos para reconhecer o direito à identidade de pessoas trans, por meio de processos de requalificação independentes até mesmo de medidas judiciais.⁸³²

No plano institucional, a transformação constitucional causada pelo avanço dos direitos LGBT+ revela seu caráter incremental na medida em que múltiplos agentes institucionais foram mobilizados para reconhecer e incluir tais grupos sociais em momentos e em relação a pautas diversos. A inclusão social de pessoas LGBT se deu, em larga medida, por meio de políticas públicas adotadas em diferentes esferas federativas.⁸³³ Notadamente, a expansão de políticas de saúde para a população LGBT – estabelecidas gradualmente desde 1983 e consolidada pela Lei nº 9.313/1996, que estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos para a AIDS, dando efetividade ao direito à saúde de uma população que recentemente fora dizimada pela AIDS⁸³⁴ – contribuiu para o combate aos estereótipos e às autopercepções degradadas dessa comunidade. Mesmo se considerada na estrutura do próprio Poder Judiciário, também a evolução dos direitos LGBT envolveu não só o STF, como também juízes e tribunais estaduais que, de forma variada, responderam às reivindicações sociais construindo a partir dos conceitos jurídicos então disponíveis. E, por fim, o caso da requalificação jurídica de pessoas trans envolveu também instituições

internacionais. Às vésperas do julgamento da ADI nº 4.275, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborou a Opinião Consultiva nº 24/2-17⁸³⁵, em que afirmou o direito, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, de requalificação jurídica de pessoas trans independentemente de medidas judiciais – ou seja, realizado administrativamente. O STF acabou por acolher esta tese, contribuindo para transformar a um só tempo a identidade substancial da constituição de 1988 e a sua identidade relacional – dialogando expressamente com a CIDH.

5. CONCLUSÃO

A história recente dos direitos LGBT+ tem sido de sucessos consecutivos no Supremo Tribunal Federal. Estas vitórias podem, por vezes, obscurecer a importância da articulação dos movimentos LGBT+ para transformar a identidade de uma Constituição que, em sua origem, quis silenciar (ou mesmo excluir) sobre estes grupos sociais. Ao explicitar as disputas políticas trazidas na ANC acerca da população LGBT+, este artigo buscou lançar luz sobre ao menos dois importantes temas. O primeiro corresponde ao fato de que o processo de formação das constituições é marcado por disputas políticas que refletem as disputas sociais. Dessa forma, não surpreende que a ANC tenha traduzido, em seus debates e resultado, a profunda homofobia estrutural que ainda hoje se faz sentir no Brasil. De outro lado, buscou-se deixar clara a importância da articulação dos movimentos LGBT+ no sentido de transformar os significados, sentidos e narrativas lançados pela ANC. Longe de fugir à Constituição, os movimentos LGBT+ caminharam por uma longa estrada de tijolos amarelos, enfrentando resistência, violência e discriminação para, enfim, chegar a um lar – uma Constituição transformada para efetivamente incluir e emancipar. “Não há lugar como o nosso lar”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cíntia, Em 6 anos, cresce número de apoiadores do casamento gay e legalização do aborto., GGN, disponível em: <<https://jornalggn.com.br/sociedade/em-6-anos-cresce-numero-de-apoiadores-do-casamento-gay-e-legalizacao-do-aborto/>>, acesso em: 2 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

_____, Ata da 10ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987.

_____, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987.

_____, Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

_____, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

_____, Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987.

_____, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

_____, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

_____, Ata da 9ª Reunião

Ordinária da Comissão da Ordem Social, 1987.

_____, Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987.

_____, Projeto de Constituição. Primeiro substitutivo do relator, 1987.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; DOS SANTOS, Daniel Moraes. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 1, nº 1, 2014.

BARTLETT, Katharine T., *Feminist Legal Methods*, *Harvard Law Review*, v. 103, nº 4, p. 829, 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277, Relator Min. Ayres Britto, julg. 5 mai. 2011.

_____, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.

_____, Recurso Extraordinário nº 845.779, Relator Min. Luis Roberto Barroso.

CAMPOS, Ligia Fabris, *Direitos de pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a construção tortuosa de um direito fundamental à identidade de gênero*, in: LEAL, Fernando (Org.), *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*, Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, p. 78–102.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no*

STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

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

CORBO, Wallace, Filosofia constitucional e teoria do reconhecimento: entre o direito constitucional ao reconhecimento e o constitucionalismo do reconhecimento, Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 34, nº 1, p. 1–35, 2018.

_____. Identidade constitucional: formação, transformação e crise da constituição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 24/2017, 24 nov. 2017.

ESKRIDGE, William N. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. University of Pennsylvania Law Review, v. 150, nº 1, p. 419, 2001.

FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana, nº 3, p. 54-81, 2009.

FACCHINI, Regina. Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2005.

FREIRE, Lucas, Sujeitos de papel: sobre a materialização de pessoas transexuais e a regulação do acesso a direitos, Cadernos Pagu, nº 48, 2016.

GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. In: Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras. 1ª ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018.

GORSDORF, Leandro Franklin, Direitos “LGBT” e a identidade do sujeito constitucional, in: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.), Direito constitucional brasileiro, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald, Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980, Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011

LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. Hi.stórias da AIDS no Brasil: 1983-2003. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n° 29, 2016.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos., Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu’est-ce que le Tiers état? [s.l.]: Le Boucher, 2002.

VENOSA, S. D. S. Direito Civil: direito de família. 7ª ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2007.

Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Foi pesquisador visitante na Harvard Law

School. Professor de Direito Constitucional na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: wallace.corbo@fgv.br

Aqui as siglas LGBT e LGBT+ serão usadas de maneira indiscriminada. Historicamente, apesar de reunir indivíduos que compartilham de experiências de vida e de discriminação distintas, o movimento tem sido tratado em conjunto a partir desta “sopa de letrinhas” FACCHINI, Regina. Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277, Relator Min. Ayres Britto, julg. 5 mai. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543, Relator Min. Edson Fachin, julg. 11 mai. 2020.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 452.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156

Paulo Bonavides e Paes de Andrade argumentam, no entanto, que desde o início dos anos 80 caminhavam nas ruas tanto a campanha pela constituinte, quando a campanha pelas diretas. E, nessa linha, os autores sustentam que a segunda teria ofuscado a primeira, “e de certo modo retardo em cerca de cinco anos o coroamento do ato convocatório do primeiro dos poderes soberanos” BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 452.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 445. Ainda segundo Sarmento, vale ressaltar que em 1977 o tema da constituinte é retomado pelo MDB, que aprova a proposta de sua convocação em sua convenção partidária. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1989; SARMENTO; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO, José Murilo de, Cidadania no Brasil: o longo caminho, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 182.

CARVALHO, José Murilo de, Cidadania no Brasil: o longo caminho, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 184.

Antes, em 1963, Agildo Guimarães editara uma das primeiras publicações destinadas a homossexuais no país – *O Snob*, distribuído gratuitamente na Cinelândia e em Copacabana. Segundo Green e Polito, o jornal teve vida relativamente longa, cessando suas publicações em 1969 com o endurecimento do regime, cf. GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald, Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980, Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004, p. 155.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 17.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos., Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013, p. 106.

Diversas teorias sobre o poder constituinte estabelecem que a formação de uma constituição ocorre em momentos constitucionais – um evento ou conjunto de eventos bem definidos na história de uma determinada comunidade nos quais ou povo ou a nação tomam uma decisão política consciente e deliberada de superar o ordenamento posto para instaurar

uma nova constituição, com identidade própria e contrastante à anterior. A este respeito, confira-se CORBO, Wallace. Identidade constitucional: formação, transformação e crise da constituição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1989; PILATTI, Adriano, A Constituinte de 1987 – 1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SARMENTO; SOUZA NETO, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

A exemplo da discussão acerca da participação, na ANC, dos senadores eleitos no pleito de 1982.

Notadamente os embates em torno do eixo econômico do novo modelo constitucional.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 173.

“... tenho compromissos com grupos homossexuais do Rio de Janeiro de defender a sua causa e até me sinto um tanto inadimplente, porquanto os trabalhos nesta Casa nos têm absorvido muito e sequer tenho respondido às solicitações que me vêm desses grupos do Rio de Janeiro. E tenho compromisso com esses cidadãos basicamente porque estou empenhado na democracia. (...) Essa questão é particularmente grave, no momento em que há uma história coletiva com relação a essa doença que vem apavorando a todos – a AIDS – e que particularmente estigmatiza os homossexuais. (...) O que me parece, como Constituintes, é que devemos preservar, sobretudo nesta Comissão, tão importante, a questão da liberdade de opções, sem preconceitos, até porque a luta dos homossexuais no Brasil está apenas engatinhando. É muito recente. Só recentemente os homossexuais se organizaram e conquistaram as suas primeiras vitórias, mas ainda há uma longa estrada, inúmeros

obstáculos a vencer, para atingirmos situações parecidas com as de outros países.” ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987, p. 118.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

Em parte, esse fenômeno pode ser atribuído aos altos custos de organização até então existentes. Como identificado por William Eskridge Jr., no contexto americano, a mobilização estatal e social do estigma contra grupos marginalizados criam incentivos para que grupos marcados pela marginalização não se organizem institucionalmente sob pena de perseguição e intensificação da discriminação, cf. ESKRIDGE, William N. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, nº 1, p. 419, 2001. Como se depreende das leituras dos anais da constituinte, o discurso antihomossexual foi incisivo e marcou diversas reuniões em que se buscava impedir que a proibição de discriminação por orientação sexual figurasse no texto constitucional.

O movimento negro organizado, no Brasil, já está presente desde os anos 1930 – sendo possível retroceder até mesmo às revoltas de escravizados e aos quilombos dos séculos XVI em diante como origem efetiva de tal organização social, cf. GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. In: Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras. 1ª ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179.

GORSDORF, Leandro Franklin, Direitos “LGBT” e a identidade do sujeito constitucional, *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.), *Direito constitucional brasileiro*, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

As poucas que surgem são pejorativas, como a menção feita pelo Sr. Nyder Barbosa que, após mencionar o “estímulo a proliferação de

princípios que atingem a moral”, como o “homossexualismo masculino” e o “problema do lesbianismo”, avança para discorrer sobre “a atitude do ditador Fidel Castro, de Cuba, que acabou com o homossexualismo (...). Simplesmente acabou com essa prática que julgo altamente nociva à formação dos bons princípios de moral e dos costumes” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987, p. 229). Outras menções são feitas pelo constituinte Costa Ferreira – também em tom pejorativo (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, p. 34 e ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987, p. 88) e pelo constituinte Eliel Rodrigues, que afirmou ser a “influência homossexual – lésbica ou outra do gênero – (...) um fermento na sociedade”, acrescentando que “a influência dos homossexuais é perniciosa”. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 230).

O constituinte Costa Ferreira, mais uma vez, citou a bissexualidade pontualmente em meio ao seu discurso contrário ao que considerou “exageros como esse” ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, p. 34), “perversões sexuais” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 87). O constituinte José Fernandes também mencionou a bissexualidade como algo que considerava um dos “comportamentos pouco naturais” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 231). A constituinte Benedita da Silva mencionou a bissexualidade ao defender a inclusão da expressão “orientação sexual” entre os critérios proibidos de discriminação na

constituição (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social, 1987, p. 106)

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987, p. 89.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987.

I ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987. Para além do princípio geral de vedação à discriminação por orientação sexual, O Sr. Mascarenhas somava ainda nove pautas especificamente voltadas À legislação ordinária: (1) a restrição da legítima defesa da honra às hipóteses de perigo iminente de vida (como forma de impedir o uso da exculpante como legitimador de homicídios contra pessoas homossexuais); (2) a exclusão de ilicitude da prática de atos sexuais em “lugares escuros e de pouco movimento”; (3) a criminalização da discriminação por orientação sexual no trabalho; (4) a garantia de acesso a qualquer estabelecimento de ensino civil ou militar; (5) o impedimento de obstáculos À custódia de filhos, na hipótese de separação dos cônjuges; (6) a criminalização da recusa de venda de mercadorias ou prestação de serviços para pessoas homossexuais; (7) a criminalização das ameaças, menosprezos, insultos, perseguições ou

demonstrações de ódio contra homossexuais; (8) a criminalização de ameaças fundadas na divulgação de aspectos íntimos da vida particular; (9) a criminalização da ridicularização em espetáculos, programas ou anúncios de teatro, cinema, radio, imprensa e televisão, contra pessoas homossexuais.

Assim que se instaura a discussão, na 4ª Reunião da Comissão, em 27.05.1987, o constituinte faz longa exposição em que afirmou: “Aqui também há um outro problema, o do homossexual. Fala-se em discriminação. Na sociedade não devemos discriminar ninguém, mas entendemos a discriminação até certo ponto. Por exemplo, se uma pessoa faz um concurso e é aprovada, deve ser chamada para assumir o seu emprego, não importando que seja homossexual ou o que for. O que importa é que passou e, como pessoa da sociedade, deve ser preservado e garantido o seu direito. Agora, defender um sargento que foi expulso da Polícia do Exército por ter sido apanhado cometendo pederastia passiva, a título de discriminação, é querer confundir discriminação com libidinagem, com imoralidade. (...) Não aceitamos discriminação de espécie alguma, nem com o idoso, nem com o religioso, nem com o homossexual, mas também não aceitamos, de maneira alguma, que se modifiquem os padrões e os níveis de compreensão para implantar-se uma nova ordem que, por certo, irá liquidar com a estrutura moral deste País” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987, p. 17).

Por certo, Costa Ferreira não foi o único a se posicionar nesse sentido. O constituinte João de Deus associou homossexuais a figura de “homens desavergonhados, que perderam seus sentimentos e que se inflamaram na sua sensualidade, e andam até tentando, em algumas partes do mundo – quem sabe se no Brasil, amanhã, teremos isso? – o casamento entre homossexuais, homem com homem, mulher com mulher” (*Ibid*, p. 20). O constituinte José Fernandes afirmou “Sou

daqueles que advogam que a Constituição tem que dar, realmente, liberdade aos que quiserem praticar o homossexualismo, mas isso deve ser colocado no texto constitucional de tal forma que não gere condições que venham a prejudicar o heterossexual.” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p. 92).

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p. 87.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, p. 75.

Em resposta às provocações de Costa Ferreira, Bisol afirmou: “Quanto ao problema da família, o nobre Constituinte estranhou a expressão “união estável”, como se ela incluísse a possibilidade de uniões entre homossexuais. Nobre Constituinte. não estou preocupado com as uniões dos homossexuais. Se eles querem fazer, que as façam! Desde que isto não se converta num escândalo social, é um direito deles. A palavra “casamento” também não evita, em si mesma essa expressão. Porque eles falam em casamento! Tenho lido nos jornais e até ouvi um Constituinte, aqui, falar: “Estamos permitindo casamento de homossexuais?” Meu Deus, não se trata disso! Apenas se trata de dizer que os homossexuais são seres humanos! E aqui disseram até que é uma questão de nascimento. Não vou a tanto. Acho que é mais um problema cultural e de formação. Mas, não entro em discussão. O que eu quero dizer é que os homossexuais não me perturbam. Acho que eles são pessoas humanas. E creio que ninguém tem o direito de não empregar um homem competente por ser ele um homossexual! É isto” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987, p. 58).

“Vou dar um exemplo: orientação sexual. A palavra está ali, objetivamente, e tem esse sentido, isto é, já está popularizada no sentido de que não se faça discriminação quanto aos homossexuais. Os homossexuais são uma minoria na sociedade brasileira. O artigo visa proibir as discriminações que prejudicam as minorias. (...) Então, não estou admitindo discriminações entre pessoas ou entre grupos. Porém, de repente, quero discriminar um grupo, o dos homossexuais. Quem quiser discriminar este grupo terá que achar uma saída para essa questão lógica. Ela é uma aporia lógica. E vou dizer qual é a saída. Tem que apresentar emendas, mais ou menos, nesse sentido: “É permitida a discriminação dos homossexuais”. Sejam moralmente responsáveis. Se quiserem retirar a orientação sexual do juízo geral da proibição das discriminações tirem-na, mas por exceção, não por manejos obscuros e caminhos tortuosos! (...) Acho que está faltando – digo isso com humildade – um pouco de lógica no raciocínio, está faltando um pouco de aprofundamento. Mas, repito, se apresentarem uma emenda honesta, dizendo que a lei permitirá a discriminação dos homossexuais, e se ela passar na votação, eu a acrescentarei. Só que eu vou registrar que não foi por minha culpa, é claro – não vou carregar perante a História esta responsabilidade” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 10ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, 1987, p. 79).

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, p. 77.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 118.

Não apenas nas discussões envolvendo sexualidade, como também nos debates sobre políticas públicas de saúde. De fato, a AIDS foi reiteradamente usada como exemplo, por expositores na subcomissão temática sobre saúde e na Comissão de Sistematização, como uma das

diversas dificuldades, do ponto de vista da saúde, a serem endereçadas pela constituição (nem sempre com referência à homossexualidade). Preocupação também apresentada reiteradamente dizia respeito à transmissão de AIDS por transfusão de sangue.

A chamada “era dos antirretrovirais” se inicia precisamente com o lançamento do medicamento AZT, nos Estados Unidos, no mesmo ano de 1987, cf. LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

Confira-se, nessa linha, a fala do constituinte Antônio de Jesus: “Tenho em mãos o jornal O Globo, que noticia que, de mil e duzentos presos na 5a Delegacia do Rio de Janeiro, cem estão infectados pelo vírus da AIDS. O galpão da 5a Delegada, segundo o Desipe, grande número de detentos homossexuais. Então, a AIDS – isto é indiscutível – e uma maldição resultante, até, desses desvios sexuais” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p. 87). Na mesma linha, a fala do constituinte João de Deus: “A AIDS, o câncer são pragas que têm descido do céu por causa da imoralidade, da sem-vergonhice de certos elementos, que conseguiram colocar no seio da nossa sociedade coisas que até então não tínhamos” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p. 21). A constituinte Dirce Tutu Quadros, na Subcomissão dos Direitos e Garantias igualmente afirmou ser a AIDS uma “consequência” do “homossexualismo” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais.)

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos., Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Projeto de Constituição. Primeiro substitutivo do relator, 1987.

Como relatam Alexandre Melo Franco Bahia e Daniel Moraes dos Santos, a primeira ementa foi rejeitada por 61 votos a 32, enquanto a segunda emenda foi rejeitada na sessão plenária por 317 votos a 130 (sendo 14 abstenções), cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; DOS SANTOS, Daniel Moraes. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 1, nº 1, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277, Relator Min. Ayres Britto, julg. 5 mai. 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce que le Tiers état? [s.l.]: Le Boucher, 2002.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018; FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, nº 3, p. 54-81, 2009.

Trata-se do crime de pederastia, que segue vigente no Código Penal Militar, apesar de a expressão “homossexual ou não”, constante do tipo penal, ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF nº 291. Green e Polito destacam, contudo, que de fato fora apresentada proposta de criminalização de “atos libidinosos entre indivíduos do sexo másculo”. A proposta, contudo, foi retirada do projeto que se converteria no Código Penal de 1940 (GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. *Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980*. Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004, p. 96)

Sequer é necessário, de fato, retroceder muito no tempo para identificar

construções jurídicas calcadas na discriminação e no preconceito contra pessoas LGBT. Veja-se, neste sentido, a construção de Silvio de Salvo Venosa publicada ainda em 2007, já à luz da Constituição de 1988: “A Constituição, assim como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato” (VENOSA, S. D. S. *Direito Civil: direito de família*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2007).

Como expõe Ligia Fabris, no Brasil, até 1997, não se podia falar em qualquer direito específicos reconhecido em favor de pessoas trans. Até mesmo a realização de cirurgia de transgenitalização poderia ser considerada não só como ilícito civil, mas também crime, por implicar “amputação em virtude da retirada de órgão saudável do corpo” (CAMPOS, Ligia Fabris, *Direitos de pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a construção tortuosa de um direito fundamental à identidade de gênero*, in: LEAL, Fernando (Org.), *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*, Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, p. 78–102, p. 83).

Literalmente a conversão dos desígnios sociais de vergonha em orgulho, como teorizada por Honneth, cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

As estratégias de conscientização como forma de visibilização de discriminações e de incentivo à ação coletiva foi historicamente empregada, também, por movimentos feministas ao redor do mundo. Assim, confira-se: BARTLETT, Katharine T., *Feminist Legal Methods*, Harvard Law Review, v. 103, nº 4, p. 829, 1990.

No campo das políticas públicas, destaca-se a luta pelo direito à saúde no contexto da epidemia de AIDS, mencionada a seguir. No campo jurídico, merecem ser ressaltadas as estratégias recentes adotadas especialmente perante o Judiciário buscando o reconhecimento de demandas históricas incluindo a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº 4.277); o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans (ADI nº 4.275 e RE nº 845779) e a criminalização da homofobia (MI nº 4.733).

CORBO, Wallace, *Filosofia constitucional e teoria do reconhecimento: entre o direito constitucional ao reconhecimento e o constitucionalismo do reconhecimento*, Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 34, nº 1, p. 1–35, 2018.

LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. *Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. *Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

Reconhecimento institucionalizado por meio do julgamento na ADI nº 4.277.

Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.

As transformações incrementais da identidade constitucional consistem naquelas em que “a identidade constitucional se altera a partir de um processo histórico gradual, disperso e não necessariamente coordenado, cujos momentos constitucionais não são identificáveis”.

Elas se diferenciam das transformações do tipo fundacional, que envolvem “mudanças realizadas em momentos identificáveis, a partir de uma mobilização social visível e disseminada e por vias institucionais igualmente marcadas”, cf. CORBO, Wallace. *Identidade constitucional: formação, transformação e crise da constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022

Segundo se tem sustentado, a identidade constitucional é composta por três elementos básicos: a identidade substancial, a identidade procedimental e a identidade relacional da Constituição. A identidade substancial “consiste no conjunto de valores sobre os quais se fundamenta o ordenamento jurídico constitucional”. A identidade procedimental “representa o modelo de exercício do poder político estabelecido pelo ordenamento constitucional”. A identidade relacional, por sua vez, “representa a forma pela qual uma dada Constituição se diferencia e se conecta com o constitucionalismo global e o Direito internacional”, cf. CORBO, Wallace. *Identidade constitucional: formação, transformação e crise da constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018; PEREIRA, O JUDICIÁRIO COMO IMPULSIONADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades*. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, nº 29, 2016.

ALVES, Cíntia, Em 6 anos, cresce número de apoiadores do casamento gay e legalização do aborto., GGN, disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/sociedade/em-6-anos-cresce-numero-de-apoiadores-do-casamento-gay-e-legalizacao-do-aborto/>>, acesso em: 2 jan. 2020.

FREIRE, Lucas, *Sujeitos de papel: sobre a materialização de pessoas transexuais e a regulação do acesso a direitos*, Cadernos Pagu, nº 48,

2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 845.779, Relator Min. Luis Roberto Barroso. O recurso não foi julgado até a data de encerramento deste trabalho.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.

Notadamente diante da posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e comentada em seguida.

Nessa linha as políticas públicas desenvolvidas pelos poderes executivos em vários níveis federativos para a inclusão de pessoas LGBT, a exemplo do Rio Sem Homofobia, no Estado do Rio de Janeiro; do programa Transcidadania, no município de São Paulo; e do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT, do governo Federal, todos estabelecidos em meados dos anos 2000.

LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015. Segundo os autores, esta mesma política permitiu, ainda, a projeção internacional brasileira como caso-referência de tratamento da AIDS à época.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 24/2017, 24 nov. 2017.