

v. 8 • n. 14 • jun. 2011
Semestral

Edição em Português

Mauricio Albarracín Caballero

Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia

Daniel Vázquez e Domitille Delaplace

Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção

J. Paul Martin

Educação em Direitos Humanos em Comunidades em Recuperação Após Grandes Crises Sociais: Lições para o Haiti

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Luis Fernando Astorga Gatjens

Análise do Artigo 33 da Convenção da ONU: O Papel Crucial da Implementação e do Monitoramento Nacionais

Letícia de Campos Velho Martel

Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva

Marta Schaaf

Negociando Sexualidade na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência

Tobias Pieter van Reenen e Hélène Combrinck

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na África: Avanços 5 Anos Depois

Stella C. Reicher

Diversidade Humana e Assimetrias: Uma Releitura do Contrato Social sob a Ótica das Capacidades

Peter Lucas

A Porta Aberta: Cinco Filmes que Marcaram e Fundaram as Representações dos Direitos Humanos para Pessoas com Deficiência

Luis Gallegos Chiriboga

Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê *Ad Hoc* que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência



CONSELHO EDITORIAL

- Christof Heyns** Universidade de Pretória (África do Sul)
Emílio García Méndez Universidade de Buenos Aires (Argentina)
Fifi Benaboud Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)
Fiona Macaulay Universidade de Bradford (Reino Unido)
Flavia Piovesan Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
J. Paul Martin Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)
Kwame Karikari Universidade de Gana (Gana)
Mustapha Kamel Al-Sayyed Universidade do Cairo (Egito)
Richard Pierre Claude (*in memoriam*) Universidade de Maryland (Estados Unidos)
Roberto Garretón Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)
Upendra Baxi Universidade de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

CONSELHO EXECUTIVO

Albertina de Oliveira Costa
Juana Kweitel
Glenda Mezarobba
Thiago Amparo
Lucia Nader

EDIÇÃO

Renato Barreto
Tânia Rodrigues
Luz González

REVISÃO DE TRADUÇÕES

Carolina Fairstein (Espanhol)
Marcela Vieira (Português)
The Bernard and Audre Rapoport
Center for Human Rights and Justice,
University of Texas, Austin (Inglês)

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

CIRCULAÇÃO

Luz González

IMPRESSÃO

Prol Editora Gráfica Ltda.

COMISSÃO EDITORIAL

- Alejandro M. Garro** Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)
Bernardo Sorj Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)
Bertrand Badie Sciences-Po (França)
Cosmas Gitta PNUD (Estados Unidos)
Daniel Mato Universidade Central da Venezuela (Venezuela)
Daniela Ikawa Public Interest Law Institute (Estados Unidos)
Ellen Chapnick Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)
Ernesto Garzon Valdés Universidade de Mainz (Alemanha)
Fateh Azzam Representante Regional, Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (Líbano)
Guy Haarscher Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)
Jeremy Sarkin Universidade de Western Cape (África do Sul)
João Batista Costa Saraiva Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)
José Reinaldo de Lima Lopes Universidade de São Paulo (Brasil)
Juan Amaya Castro Universidade para a Paz (Costa Rica)
Lucia Dammert FLACSO (Chile)
Luigi Ferrajoli Universidade de Roma (Itália)
Luiz Eduardo Wanderley Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
Malak Poppovic Conectas Direitos Humanos (Brasil)
Maria Filomena Gregori Universidade de Campinas (Brasil)
Maria Hermínia de Tavares Almeida Universidade de São Paulo (Brasil)
Miguel Cillero Universidade Diego Portales (Chile)
Mudar Kassis Universidade Birzeit (Palestina)
Paul Chevigny Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Philip Alston Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Roberto Cuéllar M. Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)
Roger Raupp Rios Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)
Shepard Forman Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Victor Abramovich Universidade de Buenos Aires (UBA)
Victor Topanou Universidade Nacional de Benin (Benin)
Vinodh Jaichand Centro Irlandês de Direitos Humanos, Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Conectas Direitos Humanos. Está disponível na internet em <www.revistasur.org>.

SUR está indexada nas seguintes bases de dados: IBSS (International Bibliography of the Social Sciences); DOAJ (Directory of Open Access Journals); Scielo e SSRN (Social Science Research Network). Além disso, Revista Sur está disponível nas seguintes bases comerciais: EBSCO e HEInOnline. SUR foi qualificada como A1 (Colômbia) e A2 (Qualis, Brasil).

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004 - .

Semestral

ISSN 1806-6445

Edições em Inglês, Português e Espanhol.

1. Direitos Humanos 2. ONU I. Rede Universitária de Direitos Humanos

SUMÁRIO

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO	7	Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia
DANIEL VÁZQUEZ E DOMITILLE DELAPLACE	35	Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção
J. PAUL MARTIN	67	Educação em Direitos Humanos em Comunidades em Recuperação Após Grandes Crises Sociais: Lições para o Haiti
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA		
LUIS FERNANDO ASTORGA GATJENS	75	Análise do Artigo 33 da Convenção da ONU: O Papel Crucial da Implementação e do Monitoramento Nacionais
LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL	89	Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de uma Gramática Constitucional Inclusiva
MARTA SCHAAF	115	Negociando Sexualidade na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiências
TOBIAS PIETER VAN REENEN E HELÉNE COMBRINCK	137	A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na África: Avanços 5 Anos Depois
STELLA C. REICHER	173	Diversidade Humana e Assimetrias: Uma Releitura do Contrato Social sob a Ótica das Capacidades
PETER LUCAS	187	A Porta Aberta: Cinco Filmes que Marcaram e Fundaram as Representações dos Direitos Humanos para Pessoas com Deficiência
LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA	208	Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê <i>Ad Hoc</i> que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

APRESENTAÇÃO



A Revista Sur tem o prazer de disponibilizar seu número 14, que tem como foco os direitos das pessoas com deficiência. O objetivo da presente edição é promover um amplo debate sobre os impactos da adoção da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assim como avaliar os impactos dessa evolução normativa nos sistemas nacionais e regionais no Sul Global.

A seleção final dos artigos apresenta uma abordagem diversificada dos direitos das pessoas com deficiência, tanto em termos de representação regional como quanto ao alcance temático. O artigo de abertura do dossiê, intitulado **Análise do Artigo 33 da Convenção da ONU: O Papel Crucial da Implementação e do Monitoramento Nacionais**, de Luis Fernando Astorga Gatjens, discute o papel desempenhado por Estados-Partes e organizações da sociedade civil, especialmente organizações de pessoas com deficiência (OPcDs), na implementação e monitoramento do cumprimento da convenção, de acordo com o artigo 33 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A partir de uma perspectiva de direito comparado, Letícia de Campos Velho Martel analisa, em **Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de uma Gramática Constitucional Inclusiva**, a incorporação da Convenção no âmbito jurídico brasileiro.

Sobre os direitos sexuais, Marta Schaaf, em seu artigo intitulado **Negocian-**

do Sexualidade na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiências, oferece uma leitura crítica sobre a dinâmica do poder e do discurso relacionados à sexualidade de pessoas com deficiência, destacando o persistente silêncio quanto ao tema, mesmo após a adoção da Convenção.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na África: Avanços 5 Anos Depois, de Tobias Pieter van Reenen e Heléne Combrinck, apresenta uma análise do potencial impacto da Convenção sobre o âmbito normativo de direitos humanos no sistema regional africano e sobre a implementação dos direitos relacionados com a deficiência em determinados ordenamentos jurídicos internos (África do Sul, Etiópia, Uganda e Tanzânia).

Baseado numa análise crítica das teorias de justiça, **Diversidade Humana e Assimetrias: Uma Releitura do Contrato Social sob a Ótica das Capacidades**, de Stella C. Reicher, examina criticamente a participação política das pessoas com deficiência, inclusão e diversidade nas sociedades contemporâneas.

A Porta Aberta: Cinco Filmes que Marcaram e Fundaram as Representações dos Direitos Humanos para Pessoas com Deficiências, de Peter Lucas, apresenta uma descrição minuciosa de cinco filmes-marco relacionados com direitos de pessoas com deficiência e sugere uma abordagem original sobre o papel dos cineastas no desenvolvimento de estratégias estéticas

para representar pessoas com deficiência; combinando arte e vontade política para romper o silêncio e promover mudanças.

Finalizando o dossiê, incluímos também uma **Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê Ad Hoc que Elaborou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. A entrevista exclusiva foi feita por Regina Atalla, Presidente da Rede Latino-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias (RIADIS).

Além de nossos artigos temáticos, incluímos também o artigo denominado **Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia**, de Mauricio Albarracín Caballero, que explora como a mobilização jurídica dos movimentos sociais tem influenciado a abordagem dessa questão pela Corte Constitucional Colombiana.

Daniel Vázquez e Domitille Delaplace, em **Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção**, expõem uma visão crítica sobre como utilizar as ferramentas da Nova Gestão Pública, a fim de incluir os direitos humanos nas políticas públicas, trazendo principalmente a experiência do México.

O artigo de J. Paul Martin, **Educação em Direitos Humanos em Comunidades em Recuperação Após Grandes Crises Sociais: Lições para o Haiti**, discute o

Haiti após o terremoto de 2009 e elucida os principais desafios para a educação em direitos humanos numa situação de pós-conflito e reconstrução nacional.

Os conceitos emitidos nos artigos são de absoluta e exclusiva responsabilidade dos autores.

Gostaríamos de agradecer aos especialistas que analisaram os artigos para esta edição. Estamos especialmente gratos a Diana Samarasan e Regina Atalla pelo envolvimento na chamada e na seleção de artigos relacionados aos direitos das pessoas com deficiência para a edição atual. Ademais, gostaríamos de ressaltar nosso agradecimento a Matheus Hernandez que, no primeiro semestre de 2011, ajudou na realização desta edição.

É um prazer para a Revista Sur informar que a tabela de conteúdos desta edição especial de direitos das pessoas com deficiência foi, também, impressa em Braille acrescentado o link do nosso site.

Excepcionalmente, este número, correspondente a junho de 2011, foi publicado no Segundo semestre de 2011.

Por fim, a Revista Sur gostaria de lembrar aos nossos leitores que a próxima edição discutirá a implementação no âmbito nacional das decisões dos sistemas regionais e internacional de direitos humanos e o papel da sociedade civil no monitoramento em relação a esse processo.

Os editores.



MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO

Mauricio Albarracín Caballero é advogado e filósofo pela *Universidad Industrial de Santander*. Mestre em Direito pela *Universidad de los Andes* e estudante do Doutorado em Direito da mesma Universidade. Membro do Comitê Jurídico da organização *Colombia Diversa* e ativista pelos direitos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. www.malbarracin.com

Email: malbarracin@gmail.com

RESUMO

Neste artigo reconstrói-se o processo de mobilização conduzido pela organização *Colombia Diversa*, a fim de conseguir o reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo na Corte Constitucional colombiana. Em particular, identificam-se três elementos que contribuíram para essa mudança jurídica. Em primeiro plano, a reformulação das demandas num marco de direitos constitucionais; em segundo plano, a existência de uma organização ativista que aglutinou um conjunto significativo de recursos e a utilização de um repertório particular de reivindicações; em terceiro plano, a criação de uma estrutura de oportunidades políticas gerada pela existência de uma Corte progressista, um Congresso pouco democrático, e a presença de uma opinião pública favorável às demandas dos ativistas. Estes três elementos permitiram que os ativistas pudessem canalizar suas demandas por direitos numa decisão judicial progressista. Em geral, argumenta-se a favor de duas teses que estão intimamente vinculadas: a primeira é a evidência da centralidade do discurso sobre os direitos no ativismo político colombiano; a segunda é o protagonismo do ativismo político na definição dos direitos constitucionais no interior da própria Corte.

Original em espanhol. Traduzido por Akemi Kamimura.

Recebido em março de 2011. Aceito em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Colômbia – Corte Constitucional – Direitos de casais do mesmo sexo – Movimentos sociais – Mudança social – Homossexualidade



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em www.revistasur.org.

CORTE CONSTITUCIONAL E MOVIMENTOS SOCIAIS: O RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS DE CASAIS DO MESMO SEXO NA COLÔMBIA¹

Mauricio Albarracín Caballero

1 Introdução

Em 23 de dezembro de 2009, o Governo Colombiano decretou uma “emergência social” (estado de exceção) com a finalidade de enfrentar a crise financeira do sistema de saúde. O conjunto de medidas decretadas gerou uma forte mobilização social de pacientes, médicos, estudantes, partidos políticos, meios de comunicação e da sociedade em geral. Todos eles, inclusive o Governo Nacional, se manifestavam com uma linguagem comum: “o direito à saúde”. Durante os protestos, duas imagens chamaram demasiadamente minha atenção. A primeira era de um cartaz sustentado por dois pacientes que expressava: “TUTELA:² GRAÇAS A VOCÊ ESTAMOS VIVOS”; a outra imagem estava reproduzida aos milhares num panfleto distribuído no centro de Bogotá durante os protestos, o anúncio dizia: “a saúde não é um favor, é um direito”.³ Em ambos os casos os cidadãos atribuíam a uma ação judicial ou a um direito constitucional um importante significado em suas vidas e uma linguagem comum para canalizar sua desaprovação.

A utilização da linguagem dos direitos na mobilização social não é exclusiva da Colômbia, nem dos países do sul global. Também existe um importante uso da linguagem dos direitos nos países do norte, por exemplo, o movimento dos direitos civis nos Estados Unidos ou casos recentes como a campanha “*Right to Work*” conduzida pelos sindicatos do Reino Unido para protestar contra os cortes no orçamento público do Governo de David Cameron.⁴ Por outro lado, o uso da linguagem dos direitos não é um fenômeno exclusivo de movimentos progressistas, assim, por exemplo, os movimentos conservadores, que trabalham contra a liberdade da mulher de realizar um aborto, utilizam uma linguagem

Ver as notas deste texto a partir da página 31.

baseada no “direito à vida”, ou aqueles que se opõem ao direito à adoção por parte de casais do mesmo sexo articulam seus argumentos em torno dos “direitos das crianças a terem um pai e uma mãe”.

Na Colômbia, durante a última década, grande parte das manifestações políticas e mobilizações sociais têm sido mediadas pela linguagem dos direitos, e ademais um grande número dessas disputas girou em torno da instituição judicial mais respeitada e visível para os cidadãos na atualidade: a Corte Constitucional. Este fenômeno pode ser atribuído à Constituição de 1991, a qual proporciona uma ampla carta de direitos fundamentais e sociais, assim como a criação de mecanismos concretos e céleres para sua reivindicação perante os juízes.

Não obstante, sabemos muito pouco desse fenômeno que poderia ser chamado de *constitucionalização dos movimentos sociais*,⁵ recorrendo à expressão de Esteban Restrepo de *constitucionalização da vida cotidiana* (RESTREPO, 2002). A *constitucionalização dos movimentos sociais* caracteriza-se por um uso crescente, em massa e expansivo da linguagem dos direitos e das instituições judiciais por parte de cidadãos, organizações de direitos humanos, movimentos sociais, organizações comunitárias, etc. Cidadãos organizados e não organizados “vão à Corte com muita esperança”⁶ para resolver demandas suas necessidades ou acabar com as injustiças.

De fato, nas últimas duas décadas, a Corte Constitucional colombiana produziu um grande número de decisões judiciais, entre as quais se encontra o reconhecimento da grande maioria dos direitos dos casais homossexuais. Este artigo analisa o processo levado a cabo pela organização *Colombia Diversa* para o reconhecimento judicial dos direitos desses casais. Esta análise é feita a partir de alguns elementos da teoria dos movimentos sociais, tais como, os âmbitos de mobilização, a estrutura das oportunidades políticas e os recursos para a mobilização (TARROW, 2004; McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

No decorrer deste artigo identificam-se os elementos que levaram ao reconhecimento dos direitos de casais homossexuais. O primeiro elemento é a reformulação das demandas num marco de direitos constitucionais, um exemplo disso é a frase difundida pelos ativistas: “iguais direitos para todos os casais”; em relação ao âmbito da mobilização, os ativistas também optaram por uma reivindicação moderada sem incluir no debate o reconhecimento da adoção ou do casamento. O segundo elemento analisado é a existência de uma organização ativista – *Colombia Diversa* – que aglutinou um conjunto significativo de recursos, tais como alianças acadêmicas, redes progressistas, ativistas da elite, ativistas de base etc. Também se destaca a utilização de um repertório de demanda jurídica, política e midiática que abarcou um amplo conjunto de ações, por exemplo, ações de inconstitucionalidade, intervenções cidadãs, projetos de lei, estudos econômicos, cartas e ofícios às autoridades, propagandas de televisão, etc. O terceiro elemento é a existência de uma estrutura de oportunidades políticas criada a partir de vários elementos do contexto nacional, entre os quais se desatacam a existência de uma Corte Constitucional progressista, um Congresso altamente ineficiente e corrupto, e a existência de uma opinião pública favorável às demandas dos ativistas.

Essa análise permite argumentar a favor de duas teses que estão intimamente vinculadas: a primeira é a evidência da centralidade do discurso sobre os direitos

no ativismo político; a segunda é o protagonismo do ativismo político na definição dos direitos constitucionais no interior da própria Corte. Essas duas ideias buscam mostrar o impacto da mobilização social sobre as decisões progressistas da Corte Constitucional e refletir sobre a relação entre ação política e reforma jurídica.

Este artigo está dividido em quatro partes. Na primeira é feita uma justificativa sobre a realização desse tipo de trabalho e apresenta-se brevemente a metodologia de pesquisa. A seguir, apresentam-se alguns elementos teóricos que são utilizados para a compreensão do caso estudado, em particular a integração das teorias sobre os movimentos sociais para explicar as mudanças e estratégias jurídicas. Na terceira parte, realiza-se a descrição do processo que levou ao reconhecimento dos direitos de casais homossexuais e analisam-se os elementos desse processo em especial os âmbitos de mobilização, os recursos usados pelos ativistas e a estrutura das oportunidades políticas. Por fim, na quarta parte apresentam-se as conclusões.

2 Ativismo e produção de conhecimento

Comumente fazem-se estudos jurídicos sobre os direitos constitucionais tentando explicar sua dogmática, sua estrutura, fundamentação e outros elementos relevantes para a decisão sobre questões judiciais e legislativas. Esses estudos são fundamentais para o entendimento técnico do direito constitucional e dos direitos humanos. No entanto, esse tipo de pesquisa somente nos proporciona uma parte do fenômeno; nessa classe de investigação somente se pode ver a letra impressa da questão constitucional, mas esse tipo de trabalho não consegue captar as forças sociais que antecedem, contextualizam e dão sentido social às palavras proferidas pelo juiz constitucional. Uma análise completa sobre o fenômeno jurídico requer pesquisar os *direitos em movimento*, levando em consideração que o direito é antes de tudo um fenômeno social e político, e não simplesmente um conjunto de regras, instituições e procedimentos.

Por outro lado este artigo busca dar visibilidade às pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT), que tiveram pouca participação na formação do conhecimento social e jurídico. Por essa razão, esse estudo busca dar voz a quem não a tem ou tem tido muito pouca, nas palavras de Charles Ragin: “este enfoque de pesquisa social afirma que cada grupo da sociedade tem uma “história a contar”” (RAGIN, 2007). Nesta pesquisa aqueles que lutaram pela mudança social e jurídica tomam a palavra para falar com sua própria voz sobre aquilo que viram e fizeram. O fato de ser um advogado gay manifestamente “fora do armário” e ademais ter participado como ativista e advogado de *Colombia Diversa* nesses processos de reconhecimento jurídico me possibilita um lugar privilegiado para acessar muita informação, assim como para analisar o fenômeno. Sem dúvida, esse mesmo lugar não deixa de ser problemático para uma análise tradicional sobre a relação entre sujeito e produção de conhecimento.

Na verdade, desenvolver um trabalho acadêmico desde o interior de um movimento social pode ser acusado de ser parcial e tendencioso. Vários de meus colegas fizeram comentários sérios sobre meu papel nesta pesquisa e minha participação simultânea em muitos desses processos. Esse questionamento é fascinante tendo em vista que propõe uma dicotomia entre o sujeito e o objeto de investigação, e apresenta questões sobre a capacidade de reflexão e a objetividade

no trabalho de pesquisa nas ciências sociais. Também é relevante porque evidencia uma discussão sobre a função dos ativistas na produção de conhecimento e a relação de acadêmicos com a mudança social. Esse último ponto nos ajuda a examinar as diversas transformações e lugares que ocupam tanto os ativistas como os acadêmicos na ação política e na produção de conhecimento.

Apesar das críticas, é indispensável que os ativistas e advogados que participam de processos de mudança social apresentem seus pontos de vista e realizem trabalhos colaborativos de pesquisa sobre os processos dos quais foram testemunhas ou participantes. Por essa razão, este trabalho está feito “desde dentro” e busca que seja valorizada esse tipo de abordagem. Realizar trabalhos dessa natureza tem benefícios muito importantes tanto para o avanço do conhecimento jurídico, como para os próprios indivíduos que participam dessa atividade.

O primeiro benefício é a possibilidade de ter acesso à determinada categoria de informação e reflexões que seriam difíceis de conseguir por outros meios. O historiador Eric Hobsbawn apontou os benefícios para o estudo e conhecimento da história pelo fato de escrever como um observador participante (HOBSBAWN, 2003). Por sua vez, Julieta Lemaitre recorda que existe uma tradição desses estudos, em especial o trabalho de Williams e Susan Estrich, e argumenta que “como esses, há toda uma geração de textos nos estudos jurídicos que utilizam a primeira pessoa para criticar o direito e analisar seu impacto sobre as vidas cotidianas, partindo em muitos casos de suas próprias vidas, e em outros se estendendo às vidas íntimas de indivíduos e comunidades vulneráveis” (LEMAITRE, 2009, p. 163).

O segundo benefício é a escrita pelos próprios protagonistas e a participação dos cidadãos na construção do conhecimento. Em outras palavras, realizar uma democratização da produção de ideias da qual também participem os ativistas e os próprios cidadãos. Este benefício está vinculado com a conservação da memória coletiva das mudanças jurídicas e sociais.

A anterior aproximação ao fenômeno também esteve acompanhada de uma metodologia mais tradicional com relação à pesquisa em ciências sociais. Este estudo foi feito sob uma metodologia de pesquisa colaborativa com a organização *Colombia Diversa* no período entre setembro de 2009 e outubro de 2010 e com o financiamento do projeto *Outros Saberes* da Associação de Estudos Latino-americanos (LASA). A informação foi coletada por meio de entrevistas com os protagonistas dessas ações, registros de imprensa, rádio e televisão (2006-2010) e a reconstrução do processo judicial na Corte Constitucional.

3 Teoria dos movimentos sociais e a mobilização em torno do direito

Stuart Sheingold em seu trabalho *The Politics of Rights* reconheceu que apesar de os tribunais serem geralmente conservadores e terem limitações para implementar suas decisões proferidas, os direitos poderiam ser uma importante ferramenta política. Esse autor considera que é possível capitalizar as percepções associadas aos direitos para conseguir diversos benefícios políticos (SHEINGOLD, 1974). Dessa forma, o autor considera que o litígio baseado em direitos tem três efeitos favoráveis

para a mudança social: impulsionar os cidadãos, organizá-los em grupos efetivos e reordenar as forças políticas. A conexão de efeitos dessa categoria com a ação social leva-nos a considerar as análises desenvolvidas por acadêmicos interessados nos movimentos sociais.

Por essa razão, para realizar a análise da mobilização levada a cabo pela organização *Colombia Diversa*, neste artigo se levará em consideração o trabalho de Sidney Tarrow sobre os movimentos sociais, que compreende o estudo das oportunidades políticas, dos recursos de mobilização e os âmbitos de significado (TARROW, 2004). Esse autor desenvolve o que se chamou a *teoria síntese dos movimentos sociais*, a qual se caracteriza por integrar as diversas perspectivas do debate na literatura sobre os movimentos sociais.

Segundo Tarrow, os movimentos sociais devem ter um objetivo comum, como se apreende da análise marxista sobre o capitalismo, mas somente esta característica não basta. Os movimentos sociais exploram recursos externos para alcançar seus objetivos, inclusive movimentos com poucos recursos podem ser exitosos se conseguirem articular para seu objetivo as diversas oportunidades externas. Para esse autor, o elemento mais importante da mobilização é a estrutura das oportunidades políticas, a qual se caracteriza pelos recursos externos ao grupo e gerados no ambiente político, na opinião do autor: “os movimentos sociais se formam quando cidadãos comuns, às vezes estimulados por líderes, respondem a mudanças nas oportunidades políticas que reduzem os custos da ação coletiva, descobrem aliados potenciais e mostram em que são vulneráveis as elites e as autoridades” (TARROW, 2004). As mudanças mais relevantes das oportunidades políticas são a abertura do acesso ao poder, as mudanças governamentais, a disponibilidade de aliados influentes e as divisões entre as elites.

Outro elemento estrutural dessa teoria se refere aos recursos para a mobilização, os quais estão conformados por dois elementos: o repertório de confrontação e as estruturas de mobilização. Em todas as sociedades existem convenções aprendidas sobre a mobilização social, o que Tarrow denomina uma memória da ação coletiva ou repertórios de mobilização, os quais se convertem em formas habituais de interação. Essas rotinas de mobilização podem ser ações tais como marchas, greves, petições, etc. Esses repertórios são adaptados, inventados e coordenados pelos líderes dos movimentos e seu protagonismo depende do contexto e das decisões táticas de cada grupo de cidadãos. No entanto, esses repertórios devem manter uma interação no tempo para serem movimentos em sentido estrito, do contrário serão campanhas isoladas com pouco impacto nas mudanças sociais. Em geral, os movimentos somente têm êxito quando estão bem organizados e realizam uma ação mantida no tempo. Em relação às estruturas de mobilização, as mais destacadas são as redes sociais, as quais podem ser redes de amigos, grupos de interesse e organizações do movimento. As redes sociais preexistentes reduzem os custos sociais da mobilização e mantêm a ação coletiva, inclusive após o entusiasmo inicial da ação.

Finalmente, em relação aos âmbitos de mobilização, estes se referem às premissas ideológicas compartilhadas, as quais impulsionam as pessoas à ação coletiva. Os movimentos sociais devem “enquadrar” suas reivindicações a partir de bagagens ideológicas, marcos cognitivos e discursos culturais. Por essa razão, os

meios de comunicação são os usados para difundir essas reivindicações demarcadas e mobilizar os seguidores (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

Para a análise do caso de reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo serão levados em consideração esses elementos, os quais são convenientes para ver em detalhes as diferentes características da ação jurídica e social da organização *Colombia Diversa*. Por outro lado, para os efeitos deste artigo será considerado o conceito amplo de movimentos sociais, o qual foi proposto pelo pesquisador colombiano Mauricio Archila: “ações sociais coletivas permanentes, orientadas a enfrentar condições de desigualdade, exclusão ou injustiças e que tendem a ser propositivas em contextos determinados de espaço e tempo” (ARCHILA, 2008).

No contexto colombiano, desenvolveram-se trabalhos nos quais se estudam as relações entre os movimentos sociais e a Corte Constitucional. Por exemplo, o livro de Isabel Cristina Jaramillo e Tatiana Alfonso sobre o processo de descriminação parcial do aborto (JARAMILLO; ALFONSO, 2008), a pesquisa de César Rodríguez e Diana Rodríguez sobre a sentença T-025 de 2004 e o processo de judicialização do fenômeno do deslocamento forçado (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2010), o trabalho de Julieta Lemaitre sobre violência, direito e movimentos sociais (LEMAITRE, 2009) e o trabalho de Rodrigo Uprimny e Mauricio García sobre Corte Constitucional e emancipação social (UPRIMNY; GARCÍA, 2004). Em todos eles buscou-se analisar a participação e os significados que tem os atores sociais e a Corte Constitucional na definição política do direito constitucional.

Tendo em vista os elementos teóricos comentados previamente, considero que os movimentos sociais podem ter um papel de protagonista na jurisprudência da Corte Constitucional. As decisões da Corte não são tomadas à margem dos contextos culturais e políticos nos quais se produzem as sentenças, pelo contrário, os fatores e circunstâncias externas moldam e participam da criação das decisões progressistas ou conservadoras. Em particular, este estudo busca demonstrar como se produzem “decisões progressistas” com a participação de atores sociais que põem em funcionamento um repertório jurídico, em meio de singulares oportunidades políticas e que utilizam a linguagem do direito constitucional como um marco cognitivo de mobilização. Esse deslocamento de abordagem ajuda a compreender as variações temáticas e temporais de uma Corte, assim como entender como se produzem as decisões judiciais em concreto. Quando se afirma que existe uma “Corte progressista” poderia parecer que a sociedade não tem participação nas decisões tomadas pelo tribunal superior, o que não corresponde à realidade.

Embora os juízes progressistas participem dessas decisões, não são os únicos atores que participam da mudança jurídica, nem da mudança social. Por outro lado, tenta-se demonstrar que as “decisões progressistas” geradas com a participação dos movimentos sociais, geram por sua vez o que Charles Tilly denominou *um ciclo de protesto*, isto é, um momento histórico no qual os movimentos iniciam amplas lutas e nos quais se envolvem várias demandas sociais e diversos atores num período de tempo considerável (TILLY, 2004). Considero que essas decisões judiciais criaram um ciclo de protesto jurídico do movimento LGBT para o pleno reconhecimento de seus direitos. Como procuro demonstrar, a participação num litígio constitucional cria por sua vez novas redes sociais, novas oportunidades políticas e transforma o marco de mobilização no qual se fortalece e mantém a ação política.

4 Anatomia da mudança jurídica: o reconhecimento dos direitos dos casais do mesmo sexo

4.1 A Corte protetora

Em 1º de setembro de 1998, às 8:30 da manhã, a Corte Constitucional decidiu escutar em audiência pública especialistas, organizações de homossexuais, sindicatos e associações relacionadas com a educação, e autoridades públicas sobre uma demanda de inconstitucionalidade contra uma norma que sancionava o “homossexualismo” como falta disciplinar dos professores.

O jornal *El Tiempo* tinha como manchete: “professores gay se defendem em audiência pública”. Assim reportou o acontecimento:

Com o rosto coberto com uma máscara preta, uma professora lésbica apresentou-se ontem perante a Corte Constitucional para defender seu direito a ensinar e não sofrer represálias por suas preferências sexuais. “Cubro meu rosto pelo temor de ser sancionada pela minha orientação sexual e pela discriminação da qual posso ser objeto por parte da comunidade educativa”, disse ao iniciar sua intervenção. Como ela, um grupo de homossexuais se pronunciou ontem com uma série de argumentos psicológicos, jurídicos, antropológicos e frases de personagens históricos como Mahatma Gandhi e Winston Churchill, contra a norma do Estatuto Docente que considera o homossexualismo como uma causa de má conduta. “Senhores magistrados: estou seguro de que os senhores gostariam que personagens como Sócrates, Oscar Wilde, Leonardo Da Vinci ou Martina Navratilova fossem os professores de seus filhos em temas tão diversos como filosofia, literatura, arte ou esporte. Pois bem, todos eles eram homossexuais”, assegurou um dos representantes das organizações gay.

(EL TIEMPO, 1998).

A audiência foi significativa porque a Corte Constitucional da Colômbia abriu um caminho importante ao dar voz a quem sofria discriminação e violência. A Corte Constitucional julgou essa demanda de inconstitucionalidade na sentença C-481 de 1998, e acolheu os argumentos do demandante, declarando que estabelecer o homossexualismo como causa de falta disciplinar vulnerava os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à opção sexual, e afirmou que “[n]ormas como a analisada derivam [...] da existência de velhos e arraigados preconceitos contra a homossexualidade, que impedem o desenvolvimento de uma democracia pluralista e tolerante em nosso país” (COLOMBIA, 1998b).

Esse pronunciamento é o roteiro da defesa da livre opção sexual e da luta contra a discriminação por orientação sexual. Várias razões sustentam essa proposta. Em primeiro lugar, nessa decisão a Corte concluiu que a orientação sexual deve ter proteção constitucional independentemente de sua origem biológica ou sua condição apreendida ou baseada numa decisão pessoal. Por essa razão, a Corte considerou que a orientação sexual tem uma dupla proteção constitucional, tanto pelo direito à igualdade e não discriminação baseada no sexo, como pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em sua decisão, compilou de forma

completa e muito ilustrada a literatura científica sobre a homossexualidade, com o que adotou implicitamente uma antiga ideia do Comitê Científico Humanitário (*Wissenschaftlich-Humanitäre Komitee*) liderado pelo cientista alemão Magnus Hirschfeld: *Per scientiam ad justitiam* (Por meio da ciência para a justiça!), que consistia em utilizar os conhecimentos científicos em sua tarefa pela descriminação da homossexualidade na Alemanha do século XIX (HIRSCHFELD 2007). Em segundo lugar, nessa decisão incorpora-se o direito internacional no debate colombiano sobre a proteção jurídica da orientação sexual, especialmente por meio do uso da decisão *Toonen v. Austrália* do Comitê de Direitos Humanos. Em terceiro lugar, a Corte reconhece explicitamente que a orientação sexual é um critério duvidoso de discriminação e, portanto, que toda distinção baseada na orientação sexual deverá ser submetida a um teste estrito de constitucionalidade.

Essa sentença também deixou expostos os diversos eixos dos debates posteriores que se dariam no interior da Corte sobre os direitos da população LGBT, especialmente, a discussão sobre o tipo de proteção constitucional que deve ser dado às pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero, e o tipo de teste que deve ser realizado quando se apresentem eventuais controvérsias sobre discriminação a essa população.

Durante os últimos dez anos, o movimento LGBT colombiano cresceu exponencialmente em várias dimensões: territorial, temática, maior especialização e maior capacidade de incidência. Em relação à dimensão territorial, é importante apontar que quase todas as cidades capitais de departamento do país consolidaram grupos locais que de fato formaram assembleias e redes locais nas quais planejam atividades e realizam atividades de incidência política local e nacional.

Em relação aos processos de incidência local, destacam-se os casos de Cali, Medellín, e Bogotá, e muitas outras iniciativas locais que a cada dia se multiplicam, especialmente em cidades intermediárias. Junto com uma maior organização, também existe maior mobilização local por meio de ações de incidência ou mediante atividades culturais e políticas, tais como as paradas do orgulho ou cidadania LGBT. Os temas trabalhados pelas organizações são muito variados, entre os quais se destacam ativistas independentes, grupos de direitos humanos, grupos políticos, organizações de base e associações culturais (SERRANO, 2010).

Em matéria de litígio foi fundamental o trabalho do advogado Germán Humberto Rincón Perfetti que foi o representante de importantes casos revisados pela Corte Constitucional (Sentenças C-481 de 1998, T-725 de 2004, T-152 de 2007, COLOMBIA, 1998b, 2004e, 2007b) e de uma decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, entre outros casos. Seu trabalho como advogado foi habilmente combinado com o de líder do movimento LGBT. Também se destacam os ativistas que apresentaram ações de tutela diante de violações de direitos como é o caso de Edgar Robles contra a Associação de Escoteiros da Colômbia (Sentença T-808 de 2003, COLOMBIA, 2003b) e Juan Pablo Noguera contra a Polícia da cidade de Santa Marta (Sentença T-301 de 2004, COLOMBIA, 2004b).

Em outros casos desenvolveram-se alianças com advogadas do movimento feminista, que acompanharam casos como o de Martha Lucía Alvarez reivindicando o direito à visita íntima com sua companheira quando se encontrava privada de

liberdade (Sentença T-499 de 2003, COLOMBIA, 2003a). Também organizações LGBT locais como *El Otro* em Medellín e *Provida* em Cúcuta promoveram ações de tutela contra o abuso policial que sofrem as travestis em suas respectivas cidades.

A instituição pública mais comprometida em ações judiciais foi a Defensoria do Povo, por meio de suas defensorias regionais que assessoravam e foram representantes de vários casos de violação de direitos. Vale recordar que muitos casos são propostos por cidadãos, cujos direitos estão sendo violados e que buscam com esperança remédios judiciais efetivos. Esse trabalho é fundamental para a consolidação do precedente ainda que não sejam ativistas vinculados a organizações, pois sua ação é valorosa e muito relevante para a reivindicação de direitos.

Esse demandar de diversos ativistas, cidadãos e instituições criou uma tradição de defesa dos direitos e de luta contra a discriminação e a homofobia, especialmente por meio da ação pública de inconstitucionalidade das leis e a ação de tutela para a proteção imediata dos direitos fundamentais. Como resposta a essas demandas, a Corte Constitucional elaborou um precedente judicial que reconhece o direito à livre opção sexual e o direito à igualdade e não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero em diferentes campos, tais como o direito à educação – em relação aos professores (COLOMBIA, 1998c) e estudantes (COLOMBIA, 1998b, 2002c) homossexuais -, o direito a pertencer às Forças Armadas Militares (COLOMBIA, 1994, 1999a), a não discriminação para acessar cargos públicos (COLOMBIA, 2002b), não discriminação trabalhista por parte de particulares (COLOMBIA, 2007b), o direito a receber visita íntima do par homossexual nas prisões (COLOMBIA, 2003a), liberdade sexual de pessoas homossexuais privadas de liberdade (COLOMBIA, 2004g), respeito por parte das autoridades carcerárias à diversidade sexual e sua manifestação pública (COLOMBIA, 2005b, 2006d), o direito ao uso do espaço público (COLOMBIA, 2004b).

De acordo com essa jurisprudência, as pessoas homossexuais são um grupo tradicionalmente excluído e socialmente vulnerável,⁷ razão pela qual se considerou que a orientação sexual é um critério duvidoso de discriminação, e sempre que uma lei ou conduta signifique uma diferenciação relacionada com a orientação sexual deverá ser realizado um teste rigoroso de igualdade. A Corte declarou *“que todo tratamento diferenciado fundamentado na homossexualidade de uma pessoa se presume inconstitucional e se encontra submetido a um controle constitucional estrito”* (COLOMBIA, 1998c).

Apesar dessa importante proteção individual, a Corte Constitucional, num primeiro momento de sua jurisprudência, negou o reconhecimento dos direitos dos casais de mesmo sexo (Sentenças C-098 de 1996, SU-623 de 2001 e C-814 de 2001, COLOMBIA, 1996a, 2001d, 2001f). A Corte Constitucional determinou naquela ocasião que os homossexuais não podem ser discriminados em nenhuma esfera quando for solicitada proteção individual, no entanto, não existia proteção jurídica para o casal homossexual. O mais surpreendente é a coincidência desses discursos judiciais com o discurso da Igreja Católica, a qual afirma que há que amar o homossexual como filho de Deus, mas há que reprovar o pecado, ou seja, os atos homossexuais. Esses discursos supõem uma diferença entre o “ser” e o “fazer”. O “ser” deve ser respeitado e o “fazer” pode ser limitado ou anulado.

4.2 O vazio legislativo e a criação de *Colombia Diversa*

O fechamento das portas da Corte quanto aos direitos dos casais do mesmo sexo fez com que o movimento LGBT se concentrasse na batalha legislativa por esses direitos. Em 2003, um projeto de lei que buscava o reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo foi discutido na plenária do Senado da República. O projeto foi apresentado pela senadora Piedad Córdoba e o relator da iniciativa era o então senador e ex-magistrado da Corte, Carlos Gaviria Díaz. Desde o início do trâmite do projeto, os setores conservadores iniciaram uma campanha ofensiva contra os homossexuais na Colômbia. O líder da estratégia foi José Galat que, junto com outras organizações, pagou anúncios ofensivos contra a comunidade LGBT nos principais jornais do país. Esse projeto não foi aprovado tendo em vista que não conseguiu apoio suficiente para a iniciativa no Congresso da República.

Como resultado desse processo legislativo, os direitos de casais do mesmo sexo estavam politicamente bloqueados e judicialmente trancados devido à jurisprudência da Corte sobre essa matéria. As esperanças na Corte Constitucional eram escassas, tendo em vista que o precedente constitucional de ausência de proteção aos casais do mesmo sexo parecia cada vez mais sólido e essa posição majoritária no interior da Corte não mudaria até 2009 (CÉSPEDES, 2004; LEMAITRE, 2005; MONCADA, 2002; MOTTA, 1998; ESTRADA, 2003).

Nesse contexto, e após a derrota legislativa, surgiu uma iniciativa impulsionada por um grupo de ativistas LGBT para criar uma organização de direitos humanos que pudesse fazer frente às exigências que envolvem um debate tão difícil. O resultado de um processo de debates e consultas foi a criação da organização *Colombia Diversa*, que assumiu como meta mudar a situação dos casais do mesmo sexo e se propôs a enquadrar as injustiças contra a população LGBT nos parâmetros dos direitos humanos (LEMAITRE, 2009).

Colombia Diversa nasce em março de 2004, mas se nutriu de um relevante quadro de ativistas que haviam se conhecido fazendo incidência para a aprovação de um projeto de lei para o reconhecimento de direitos de casais do mesmo sexo em 2003. A criação dessa organização teve como antecedente a derrota legislativa e é uma consequência, ao menos indireta, da intensa campanha conservadora contra os direitos dos casais do mesmo sexo. Esses ativistas reuniam diversas vertentes do ativismo entre os quais se destacam pessoas que trabalhavam temas jurídicos para a comunidade homossexual, tais como Germán Rincón Perffeti; ativistas que desempenhavam atividades de lobby em direitos sexuais e reprodutivos, como Marcela Sánchez; acadêmicos, como Carlos Iván García, María Mercedes Gómez e outras pessoas que conheciam muito bem o ativismo LGBT em outros países, especialmente nos Estados Unidos. Esse grupo diversificado conseguiu recrutar alguns ativistas que haviam trabalhado anteriormente em assuntos jurídicos e acadêmicos, assim como outro grupo de pessoas que não tinham relação com o ativismo, mas que contavam com capital cultural ou econômico para fortalecer a organização. Essa organização conseguiu articular recursos e pessoas que haviam trabalhado durante muitos anos, assim como recursos e pessoas novas, tudo isso numa atuação continuada por meio de uma organização.

Em particular, *Colombia Diversa* é herdeira de três formas de ativismo LGBT anteriores: o Projeto Agenda, a iniciativa Planeta Paz e o Comitê de apoio ao projeto de lei de casais do mesmo sexo. O projeto Agenda foi uma iniciativa liderada por Germán Rincón Perffetti no final dos anos noventa que se encarregava principalmente de organizar a parada do “orgulho gay” e o que se chamava a semana da diversidade sexual em Bogotá. Embora Rincón fosse um advogado que havia interposto várias ações judiciais para reivindicar direitos dos homossexuais, não havia estabelecido um vínculo claro entre a mobilização social e a demanda jurídica, ao menos de forma consciente.⁸ Em 1999, Daniel García Peña entrou em contato com Germán Rincón para propor-lhe um projeto relacionado ao processo de Paz com a guerrilha das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) do então presidente Andrés Pastrana. A preocupação de García Peña consistia em que o Governo Nacional e as FARC estavam negociando à margem da sociedade civil e das transformações sociais. Com essa ideia em mente, fundou-se a iniciativa Setores Sociais e Populares pela Paz – Planeta Paz – que buscava que cada setor social formulasse uma proposta de paz integral.

Nessa iniciativa articularam-se organizações e ativistas de todo o país, por meio dos contatos do projeto Agenda e de organizações que trabalhavam na luta contra o VIH/AIDS. Essa plataforma permitiu a criação de um espaço no qual se articularam propostas dirigidas ao Estado e mais estruturadas em termos de direitos, mas isso era apenas uma parte; de fato, as comissões formadas na segunda reunião nacional do setor LGBT foram: saúde, política e direitos humanos, processos de organização, formação social, comunicação e bem-estar econômico.⁹ Os direitos eram uma parte do trabalho, mas estavam presentes; o lema daquele momento era “o corpo primeiro território de paz”, no qual se sintetizava um repúdio à violência e a aspiração de um direito de autonomia pessoal.¹⁰

Com o tempo as articulações do discurso dos direitos fizeram-se mais fortes, especialmente quando se iniciou um trabalho sobre os direitos dos casais do mesmo sexo. Na verdade, o projeto Planeta Paz ajudou a incrementar as habilidades dos ativistas envolvidos especialmente em duas áreas: o contato com pessoas da esfera política, principalmente de setores progressistas e de esquerda, e a aproximação com meios de comunicação. Nesse contexto, a senadora Piedad Córdoba se aproximou de Germán Rincón para propor-lhe impulsionar um novo projeto de lei sobre os direitos dos casais do mesmo sexo. Esse novo projeto de lei gerou um Comitê de Apoio que acompanhou a iniciativa legislativa. Esse comitê foi fundamental, tendo em vista que se incrementaram conhecimentos e habilidades em matéria de lobby político.

Essa breve experiência mencionada reconstrói parte dos recursos preexistentes, parte dos quais são transferidos à *Colombia Diversa*. As redes formais e informais de ativistas, em especial o Comitê de Apoio, foram fundamentais para a criação da *Colombia Diversa*. Essa organização articula-se em prévias estruturas de mobilização, mas realizando atividades para “adotar, adaptar e inventar” os recursos já existentes. Às estruturas anteriores de mobilização se somaram outras que eram completamente novas: os recursos de elite e o acesso a novas redes de advogados progressistas. O acesso a recursos

de elite, especialmente os relacionados com redes sociais e a um forte capital cultural foram alcançados mediante a participação na organização de Virgilio Barco, filho do ex-presidente liberal Virgilio Barco Vargas (1986-1990). Esse ativista foi sem dúvida um catalisador importante para acessar recursos da elite colombiana. Inicialmente incorporado ao Comitê de Apoio ao projeto de lei de casais homossexuais, sua participação foi determinante para a criação e continuidade de uma organização nova que pudesse manter o ativismo de forma duradoura. Por outro lado, *Colombia Diversa* começou a criar conexões com a academia jurídica por meio do Comitê Jurídico da organização, o qual desempenhou um papel importante na criação de parcerias com professores de direito e advogados progressistas.

A organização iniciou suas atividades em 2004 e durante o ano de 2005 começou um processo de estudo para apresentar uma nova proposta legislativa com a finalidade de conseguir o reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo; não obstante, desta vez se buscava um texto que reconhecesse direitos patrimoniais e de seguridade social com maior respaldo argumentativo. Ademais, se iniciou uma estratégia de comunicação e de intenso lobby político e social em ambientes que tinham se mostrado favoráveis a essa reivindicação.

Dessa estratégia desenvolvida por *Colombia Diversa* destaca-se que o texto da iniciativa legislativa centrava-se na busca de direitos básicos dos casais do mesmo sexo a fim de solucionar os problemas mais urgentes dos casais: a falta de proteção patrimonial diante de morte ou separação do casal e a falta de acesso à saúde e o não reconhecimento da pensão ao parceiro homossexual em caso de morte. Um texto enxuto e com duas reivindicações básicas permitia maior solidez argumentativa e poderia conseguir maior apoio político. Esse projeto, ademais, contava com dois suportes técnicos para a discussão. Por um lado, uma forte argumentação constitucional, especialmente usando a jurisprudência da Corte sobre os direitos das pessoas LGBT. Por outro lado, *Colombia Diversa*, com o apoio de um grupo de voluntários, realizou um estudo de impacto econômico do ingresso dos casais do mesmo sexo na seguridade social. Esse estudo de alta qualidade técnica antecipava-se a um argumento que foi central na discussão posterior por parte de quem se opunha à iniciativa. A capacidade de construir argumentos sólidos e antecipados fortaleceu a estratégia de lobby desse projeto de lei.

Esses dois fatores começaram a gerar um consenso na maioria de partidos políticos e instituições de que esses casais merecem uma proteção constitucional mínima. Entre esses atores, destacam-se membros dos partidos de governo e de oposição, instituições como a Procuradoria e a Defensoria do Povo, e um importante número de formadores de opinião e cidadãos.

Em relação à estratégia de comunicação, a organização *Colombia Diversa*, que faz um acompanhamento desse tema por meio de seu observatório de meios de comunicação, afirmou que “em geral se percebe que os meios refletem a agenda que o movimento LGBT desenvolve”, e mostrou como em anos muito conjunturais para a jurisprudência constitucional, como 2007, os meios de comunicação se destacaram pela:

cobertura jornalística do julgamento da Corte Constitucional sobre os direitos patrimoniais dos casais do mesmo sexo, ou os diferentes debates no Congresso sobre esses direitos e a possibilidade de que o parceiro do mesmo sexo pudesse ser beneficiário da seguridade social, incluíram a temática LGBT na agenda pública, tanto nos âmbitos especializados, como nos políticos, acadêmicos e na sociedade em geral.

(ALBARRACÍN; NOGUERA, 2008, p. 277).

Também se destaca o elevado número de colunistas e cartunistas que apoiaram a igualdade e não discriminação contra as pessoas LGBT.

A esse aumento da quantidade de notícias somam-se as posições editoriais de diversos meios de comunicação que a partir de suas páginas respaldaram os direitos das pessoas LGBT, entre os quais se destacam *El Tiempo*, *El Espectador*, *Revista Semana* e *Revista Cambio*. Apenas para ilustrar a importância dessas discussões na imprensa colombiana basta citar que no mês de junho de 2010, o jornal *El Espectador* em sua edição de domingo teve como capa o tema LGBT com a manchete: “orgulhosamente gay”. Nesse mesmo mês, a *Revista Arcadia*, publicação da *Revista Semana* dedicada a temas culturais, realizou um especial sobre os homens gays nas artes e nas letras.

Uma posição de destaque é ocupada pelo noticiário CM&, meio que difundiu um comercial realizado pela organização *Colombia Diversa*, o qual buscava conscientizar a sociedade sobre as consequências da falta de proteção legal dos casais do mesmo sexo. Nesse vídeo, pode-se ver uma mulher sozinha numa casa vazia, olhando para uma foto. Enquanto o narrador do comercial afirma:

Viveram juntos por trinta anos, pagaram a casa, pagaram a comida de todos os dias, pagaram a tevê, a roupa, o som. Pagaram à vista alguns livros e a crédito alguns entardeceres de férias. Agora ela ficou sozinha e a única coisa que herdou foram os entardeceres dos quais ainda deve algumas parcelas. E isso porque seu cônjuge era outra mulher. A lei não lhes reconhece nenhum direito. Não tem direito. CM& Televisão pelos direitos da gente.¹¹

Nesse contexto de produção de meios de comunicação, a Corte Constitucional tomou as decisões nos últimos anos, e embora seja difícil estabelecer um nexo causal entre as decisões da Corte e os apoios sociais na defesa de um caso, pode-se assegurar que a esfera de opinião e informação gerada pelos meios exerce alguma influência nos juízes.

4.3 A dupla estratégia e o regresso à Corte

Paralelamente às iniciativas legislativas, em junho de 2005 *Colombia Diversa* e o *Grupo de Derecho de Interés Público* iniciaram o estudo de uma possível ação de inconstitucionalidade da lei 54 de 1990, que regula as uniões matrimoniais de fato e sobre a qual já tinha se pronunciado a Corte Constitucional. Um ano depois, enquanto tramitava um dos projetos de lei sobre os direitos de casais do mesmo sexo, em 31 de maio de 2006, apresentou-se a demanda (BONILLA, 2008).

A demanda foi desenvolvida por um grupo de estudantes de direito sob a coordenação do professor Daniel Bonilla da Faculdade de Direito da Universidad de los Andes. Esse grupo de estudantes estudou o problema constitucional e as distintas oportunidades e obstáculos jurídicos para reabrir a discussão na Corte. Como resultado desse intenso estudo, os estudantes formularam uma demanda, a qual foi discutida junto com os ativistas de *Colombia Diversa* e outros professores da mesma Faculdade. Essa demanda se articulou em torno do princípio da dignidade humana e argumentava como a negação do reconhecimento legal dos casais do mesmo sexo afetava as distintas dimensões da dignidade, segundo a jurisprudência da Corte: viver bem, viver como se queira e viver sem humilhações.

Junto a essa demanda, planejou-se uma iniciativa de buscar intervenções cidadãs que fortalecessem seus argumentos, especialmente aqueles que por razões técnicas não puderam ser propostos de maneira direta (BONILLA, 2008).

Tendo em vista que o projeto de lei estava a ponto de conseguir sua aprovação no Congresso da República, vários ativistas pensavam que não era conveniente a apresentação da demanda perante a Corte. No entanto, *Colombia Diversa*, depois de várias discussões internas, decidiu realizar ambos, o que se denominou “a dupla estratégia”: uma demanda ambiciosa na Corte e um projeto minimalista no Congresso.

A estratégia planejada pelos ativistas e seus aliados tomou outro rumo. De um lado, o Congresso da República (19 de junho de 2007) não aprovou o projeto de lei. Foi uma decisão controversa, devido à realização de quatro debates para discussão do projeto de lei e ao fato de a não-aprovação ter ocorrido no último dia da legislatura durante a conciliação final dos textos, negada numa votação apertada de 34 votos contra 29 senadores. Dessa maneira a via política seguiu bloqueada, inclusive se mantém inviável até hoje, sem nenhuma possibilidade de avanço.

Por outro lado, na Corte Constitucional começou-se a decidir intensamente várias ações judiciais a favor dos casais do mesmo sexo. A pressão da mídia, a construção de argumentos jurídicos realizada pelo *Grupo de Derecho de Interés Público* e os aliados da estratégia perante o tribunal superior, assim como o intenso debate social favoreceram a que internamente os magistrados da Corte chegassem a um acordo mínimo para avançar na discussão e na proteção dos casais do mesmo sexo. Numa solução baseada no equilíbrio ideológico, decidiu-se que os direitos dos casais do mesmo sexo seriam examinados progressivamente, ou seja, cada direito seria analisado conforme fosse reivindicado pelos cidadãos. Seguindo essa premissa, em 7 de fevereiro de 2007, a Corte Constitucional na sentença C-075 com relatoria do magistrado Rodrigo Escobar Gil, decidiu que os casais do mesmo sexo teriam direitos patrimoniais se cumprissem com os requisitos e condições estabelecidos na lei 54 de 1990 para as uniões estáveis de casais heterossexuais. Essa decisão da Corte abriu a porta para novos espaços para o litígio constitucional, devido à mudança do precedente anterior e ao reconhecimento, pela primeira vez, da existência de casais do mesmo sexo, assim como o dever estatal de proteger seus direitos. Portanto, os ativistas decidiram optar por essa via que se mostrava menos agressiva e atrasada que o Congresso da República.

Apenas um mês depois, em 5 de março de 2007, foi impetrada uma ação judicial por dois estudantes da *Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja*, os quais invocaram o artigo 163 da lei 100 de 1993, e solicitaram que se ampliasse

o direito de inclusão no sistema de seguridade social em saúde para os casais do mesmo sexo. Em 30 de agosto de 2007, *Colombia Diversa*, o *Grupo de Derecho de Interés Público* da *Universidad de los Andes* e o Centro de Estudos Direito, Justiça e Sociedade–DeJusticia¹² apresentaram uma nova demanda de inconstitucionalidade, na qual se buscava o reconhecimento no âmbito da seguridade social: tanto em relação à inclusão na saúde, quanto na pensão ao sobrevivente.

Em 14 de maio de 2007, ocorreu algo inesperado que deu maior respaldo aos ativistas e ao precedente constitucional. O Comitê de Direitos Humanos comunicou sua decisão no caso *X v. Colômbia* (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2007), mediante a qual se resolveu uma situação de discriminação contra um cidadão que convivia com seu companheiro e teve negada a pensão por morte. O Comitê decidiu que o Estado colombiano violou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e determinou ao Estado restabelecer os direitos da pessoa afetada e solucionar de forma universal essa discriminação.

As ações constitucionais que tramitavam culminaram nas sentenças C-811 de 2007 e C-336 de 2008 (COLOMBIA, 2007c, 2008a), nas quais se reconheceram os direitos de ingresso como dependente no sistema de saúde e de pensão por morte para os casais do mesmo sexo. Posteriormente, uma cidadã questionou a norma do Código Penal que sancionava a falta de assistência de caráter alimentar entre conviventes em união estável e excluía em relação aos casais do mesmo sexo. Na Sentença C-798 de 2008 (COLOMBIA, 2008c), a Corte determinou que a norma era discriminatória e que deveria ser ampliada a proteção aos casais do mesmo sexo em relação às obrigações alimentícias.

A partir dos fatos narrados até o momento, é possível analisar os elementos tanto políticos quanto ideológicos da mobilização. Em relação à estrutura das oportunidades políticas, destacam-se quatro fatos que permitem entender sua mudança. O primeiro refere-se a não aprovação do projeto de lei de casais do mesmo sexo no Congresso. Essa iniciativa legislativa tinha um importante apoio político e social, embora a iniciativa tenha sido negada pelo Congresso mediante uma manobra de trâmite. Não obstante possa ser considerado como uma derrota, esse fato foi na realidade a habilitação definitiva para que a Corte Constitucional desenvolvesse a jurisprudência sobre direito de casais do mesmo sexo.

Um segundo fato político ocorreu nas eleições presidenciais de 2006, nas quais o ex-presidente Álvaro Uribe, caracterizado por suas posições conservadoras e que se encontrava em campanha para sua reeleição, decidiu apoiar os direitos dos casais do mesmo sexo. A frase do Presidente foi: “matrimônio: não; adoção: não; direitos patrimoniais: sim; seguridade social: sim”. Essa afirmação alterou todo o espectro político e gerou um apoio social relativamente importante. Ademais, essa formulação pode resumir o acordo doutrinário alcançado pela Corte Constitucional.

Em maio de 2007, ocorreu um terceiro fato, já comentado anteriormente: a decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a qual reconheceu que o Estado colombiano estava violando o Pacto de Direitos Civis e Políticos ao não reconhecer o direito à pensão por morte em caso de união estável do mesmo sexo.

O fracasso legislativo acompanhado de mudanças sociais e políticas, assim como uma nova abordagem das fontes normativas relevantes para resolver os

casos de uniões do mesmo sexo, podem explicar a estrutura de oportunidades políticas na qual se desenvolveram as decisões da Corte e o contexto no qual se desenvolvia a mobilização jurídica.

Outro grupo de fatores que afetaram a estrutura das oportunidades políticas se relaciona com as transformações no interior do campo jurídico, em especial do direito constitucional colombiano. A Corte Constitucional desenvolveu diversas teorias, conceitos e ferramentas que foram fundamentais para a consolidação desse precedente. Em especial, o desenvolvimento de um forte precedente em matéria de dignidade humana, igualdade e não discriminação, dever de proteção de populações em condição de discriminação e exclusão, incorporação do direito internacional dos direitos humanos nas discussões constitucionais, assim como uma maior consciência e aplicação dos direitos fundamentais por parte de todos os magistrados da Corte na abordagem das questões submetidas a sua consideração. Também nesse período se produzem importantes decisões sobre direitos, o que indica que o precedente sobre os direitos da população LGBT foi também parte de um processo no qual a Corte está levando em consideração os direitos e os conflitos sociais da realidade colombiana.

A Corte Constitucional teve um protagonismo importante nos últimos anos, devido à conjugação de uma série de elementos normativos, políticos e institucionais que reforçam seu papel (UPRIMNY; GARCÍA, 2004; UPRIMNY, 2007). Entre os fatores que de maneira recorrente costumam ser identificados como causa de tal protagonismo se encontram, entre outros, a relativa independência judicial que existe na Colômbia; o amplo catálogo de direito reconhecido na Constituição; a existência de mecanismos judiciais que facilitam aos cidadãos o acesso às cortes; e a crise de representação democrática existente na Colômbia.

Em segundo lugar, também é importante ressaltar que a Corporação também desenvolveu uma importante doutrina constitucional e metodologias para garantir o direito à igualdade¹³ e a proteção de comunidades historicamente marginadas.¹⁴

Em terceiro lugar, resta notável que a Corte aplicou recorrentemente o direito internacional dos direitos humanos para determinar o sentido e alcance dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. A partir de diferentes cláusulas de remissão a tratados internacionais previstas na Constituição Política (artigos 44, 53, 93, 94 y 214), a Corte recorreu com frequência ao direito internacional dos direitos humanos. Em alguns casos, afirmou que existem tratados internacionais que tem a mesma hierarquia que a Constituição Política, e em outros simplesmente serviu-se das manifestações de organismos internacionais com o propósito de interpretar as disposições da legislação interna à luz de tais pronunciamentos.¹⁵

De alguma forma, os fatores anteriores conduziram a que o Tribunal Constitucional adotasse recentemente importantes sentenças sobre os direitos fundamentais, tanto em sede de tutela como de constitucionalidade. Como ilustração desse fenômeno, podem ser mencionadas as seguintes decisões: sentença T-025 de 2004, sobre direitos da população deslocada (COLOMBIA, 2004a); T-760 de 2008, sobre situação do sistema de saúde na Colômbia (COLOMBIA, 2008b); C-355 de 2006, sobre a discriminação do aborto em três casos específicos (COLOMBIA, 2006b); C-370 de 2006, sobre os direitos à verdade, à justiça e à reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos (COLOMBIA, 2006c);

C-070 de 2009, sobre as limitações da autorização para declarar situações de comoção interna (estado de exceção) (COLOMBIA,2009b); C-175 de 2009, sobre direito à consulta prévia (COLOMBIA,2009d); C-728 de 2009, sobre o direito a opor-se a prestar serviço militar por razões de consciência (COLOMBIA,2009f).

Todos esses fatores tiveram uma influência direta ou indireta na geração e consolidação do precedente constitucional sobre os direitos das pessoas LGBT. A jurisprudência não se produz no vazio, sempre está circundada pela ação coletiva, produção dos meios e contextos políticos e institucionais.

Posto isso, em relação aos elementos ideológicos, vários acadêmicos definiram cinco elementos dos marcos culturais: o primeiro se refere à bagagem cultural dos manifestantes; o segundo, às estratégias específicas pelas quais optam os grupos; o terceiro, à luta pelo enquadramento; o quarto, aos meios de comunicação como canalizadores dessa luta; e o quinto ao impacto cultural do movimento ao modificar os contextos culturais (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999, p. 44). Para o caso em estudo, nos referiremos brevemente a cada elemento.

No caso presente, os ativistas contavam com uma bagagem cultural muito importante sobre a homossexualidade e sobre as dificuldades para avançar no reconhecimento da igualdade das pessoas LGBT. Por essa razão, para conseguir maior sucesso, os ativistas optaram por enquadrar suas reivindicações numa linguagem de direitos humanos e em especial valer-se do direito constitucional como uma forma privilegiada de apresentar suas reivindicações. De fato, foi parte dessa estratégia a utilização dos próprios pronunciamentos da Corte Constitucional com a finalidade de convencer os interlocutores.

Um elemento relevante que pode ser visto nesse período é a importância dos advogados, professores de direito e em geral um grupo de profissionais que atuaram como aliados e como participantes dessa estratégia. Nesse sentido, os profissionais do direito atuam como intermediários e tradutores de demandas sociais para a linguagem do direito constitucional. Desse processo também participam as universidades, centros de pesquisa e organizações de direitos humanos que por meio das intervenções cidadãs fortaleceram a argumentação jurídica da mobilização social. Esse elemento corresponde à forma como os ativistas e seus aliados enquadraram sua demanda, ou seja, utilizaram o direito constitucional para entender e mobilizar com maior efetividade as injustiças que afetavam os casais do mesmo sexo. Esse processo de enquadramento da injustiça num marco de direitos constitucionais não se apresentou apenas nas reclamações jurídicas perante a Corte, essa linguagem foi incorporada nos discursos dos ativistas na mídia e nas manifestações que ocorreram em anos seguintes. Essa importante estratégia de tradução constitucional não só funciona frente à Corte, mas também se materializa numa forma de pedagogia constitucional frente aos cidadãos.

A segunda estratégia de enquadramento foi o enfoque moderado da reivindicação e a negação de um direito à família. Como manifestou Esteban Restrepo: “existiu um pacto tácito entre a Corte Constitucional e os ativistas de não falar da família”, com o qual está de acordo Elizabeth Castillo, do grupo de Mães Lésbicas, quem considerou que era estratégico não falar desse tema, embora assegure que existia a consciência de que se tratava de uma posição transitória no debate judicial.

Em relação aos meios de comunicação, foram canais importantes para apresentar essa mensagem e difundi-la. De fato, os grupos que se opunham a essa mobilização manifestavam seu descontentamento com o desequilíbrio informativo. Como se mencionou anteriormente, o apoio dos meios de comunicação, especialmente dos jornais e revistas, foi fundamental para ampliar a consciência sobre o problema e levar a discussão ao campo dos direitos fundamentais.

4.4 Quando o equilíbrio se esgota: família, matrimônio e adoção por parte de casais do mesmo sexo

Apesar desses avanços significativos, a Corte adotou uma estratégia argumentativa que deixava na incerteza os casais do mesmo sexo e não lhes garantia todos os direitos da união estável. Segundo a Corte, cada tema deveria ser analisado a seu tempo e em cada âmbito de regulação. Essa situação gerou a necessidade de esclarecer qual seria o critério constitucional para definir os direitos e obrigações dos casais do mesmo sexo frente a outros direitos e obrigações nos quais a Corte não tivesse se pronunciado. Nesse sentido, *Colombia Diversa*, o *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia-* e o *Grupo de Derecho de Interés Público – GDIP* formularam uma demanda contra disposições normativas contidas em 26 leis, nas quais se reconheciam direitos e benefícios, e se impunham ônus aos casais heterossexuais, com exclusão dos casais do mesmo sexo. Essa ação resultou na sentença C-029 de 2009 (COLOMBIA, 2009a), a qual foi proferida em 28 de janeiro daquele ano.

Esse processo foi muito participativo e gerou uma importante produção de conhecimento e deliberação sobre os direitos de casais do mesmo sexo. Na última demanda perante a Corte participaram 70 organizações, somando tanto as organizações que elaboraram a petição (3), as demandantes (32) e as intervenientes (45). Em resumo, o movimento LGBT foi o demandante nesse processo, o qual possibilitou uma voz coletiva e coerente do movimento.

Ademais, esse processo gerou muito apoio por parte dos formadores de opinião e poucas reações conservadoras. A metodologia usada pela Corte pela qual elaborava sentenças com enfoques moderados e amplas maiorias internas pode explicar esse fenômeno.

O reconhecimento de direitos foi progressivo. Muito rapidamente e com o impulso dos ativistas, a Corte Constitucional proferiu oito sentenças (C-075 de 2007,¹⁶ T-856 de 2006,¹⁷ C-811 de 2007,¹⁸ C-336 de 2008,¹⁹ C-798 de 2008,²⁰ T-1241 de 2008,²¹ C-029 de 2009,²² T-051 de 2011²³, COLOMBIA, 2007a, 2006e, 2007c, 2008a, 2008c, 2008d, 2009a, 2011), as quais transformaram o status jurídico dos casais do mesmo sexo e reconheceram a esses casais direitos e obrigações. A metodologia adotada pela Corte exigiu a apresentação de uma demanda para cada situação a ser considerada pela Corte, sem ter produzido uma regra geral de igualdade sobre os casais do mesmo sexo. A isso se soma a falta de clareza na definição do status jurídico da união estável, tendo em vista que a Corte Constitucional não expressou de maneira precisa e inequívoca que os casais do mesmo sexo têm esse status (ALBARRACÍN, 2010).

Dias depois da divulgação da sentença C-029 de 2009, o professor Rodrigo Uprimny, em sua coluna de opinião, afirmou que: “essas conquistas jurídicas, por mais importantes que sejam, não são suficientes. É possível que, apesar dessas mudanças normativas, na vida cotidiana a discriminação contra os homossexuais subsista ou se torne mais sutil. Ou, inclusive, que existam propostas para que se anulem ou dificultem esses avanços jurisprudenciais” (UPRIMNY, 2009). Essa lúcida advertência deve ser aplicada também às novas decisões da Corte Constitucional sobre os casais do mesmo sexo.

O precedente constitucional que reconheceu os direitos dos casais do mesmo sexo foi fundamental para o acesso aos direitos civis e sociais desses casais, constitui um grande avanço na garantia dos direitos básicos e contribui para um maior respeito social aos casais do mesmo sexo. Embora esse precedente tenha limites importantes especialmente no reconhecimento do direito de formar uma família, essa trégua se estabeleceu para conseguir o avanço no reconhecimento de direitos. Em outras palavras, o equilíbrio entre as posições ideológicas se esgotou.

Foi a Magistrada Catalina Botero quem destacou com precisão essa tensão em declaração de voto na sentença C-811 de 2007:

Embora concorde com a decisão da Corte (...), e comemore a extensão dos benefícios de seguridade social (...) aos casais do mesmo sexo, decidi esclarecer meu voto para discorrer sobre um tema que resiste a ser assumido pela Corte com a franqueza democrática que exige: a natureza da família no regime constitucional colombiano” e continua a magistrada: “essas decisões representam um passo decisivo na garantia e vigência dos princípios constitucionais de dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade e na consolidação de um regime verdadeiramente democrático, pluralista e inclusivo. No entanto, evitam de maneira consistente a referência ao casal homossexual como um núcleo familiar que merece igual respeito e proteção constitucional que a família heterossexual. Nesse aspecto existe então um déficit de proteção que a jurisprudência terá que corrigir.

(COLOMBIA, 2007c).²⁴

Esse esquivar se funda na situação em que se produziu o enquadramento tanto dos ativistas como da Corte Constitucional, em outras palavras, o precedente constitucional se baseou numa doutrina que pretendia equilibrar diferentes posições políticas no interior do Tribunal Superior; por essa razão esse precedente pode ter tanto interpretações conservadoras como progressistas.

Embora a Corte tenha avançado na proteção dos direitos dos conviventes, as sentenças não foram de todo progressistas nem conseguiram eliminar totalmente as desigualdades jurídicas e a cidadania de segunda classe atribuída a gays e lésbicas. No interior do precedente há uma tensão que cada vez se faz mais crescente e insustentável para a igualdade e plenos direitos desses casais: proteger os direitos dos casais do mesmo sexo tanto quanto sejam aplicáveis aos casais heterossexuais, mas ao mesmo tempo não reconhecer que ambos os tipos de casais merecem de forma imediata a mesma proteção e respeito, especialmente na proteção constitucional da família dos casais do mesmo sexo. A Corte Constitucional não afirmou de forma

clara e contundente que os casais do mesmo sexo são iguais e têm os mesmos direitos que os casais heterossexuais, pelo contrário, criou uma jurisprudência que protege os casais, mas os mantém num status inferior de proteção. Essas limitações fizeram-se evidentes nos casos recentes sobre a análise do direito ao casamento (C-886 de 2010, COLOMBIA, 2010b) e a adoção por casais do mesmo sexo (C-802 de 2009, COLOMBIA, 2009g), decisões nas quais a Corte decidiu não se pronunciar alegando insuficiências técnicas nas demandas dos cidadãos.

5 Conclusão

Neste artigo foi feito um levantamento do processo para o reconhecimento dos direitos dos casais do mesmo sexo, por meio da atividade desenvolvida pela organização *Colombia Diversa*. Conforme se argumentou no decorrer do texto, essa forma de mobilização em torno do direito pode ser analisada levando em consideração três dimensões dos movimentos sociais. Em primeiro plano, os elementos ideológicos da mobilização relacionados com os marcos de interpretação de um problema e seu enquadramento. Em relação a esse ponto, o enfoque moderado da reivindicação dos casais do mesmo sexo e a tradução das situações de injustiça em direitos constitucionais foram elementos fundamentais para explicar a forma como se deu esse debate. Em segundo plano, os elementos de organização, referentes aos recursos disponíveis. A respeito desse assunto a organização *Colombia Diversa* aglutinou diversos recursos em especial recursos preexistentes e desenvolveu importantes capacidades para criar redes e ter acesso a novos recursos para a mobilização. Em particular, destacam-se a reunião de diferentes formas de ativismo, as alianças com a academia jurídica e o acesso a recursos da elite. Em terceiro plano, os elementos políticos externos ou a estrutura de oportunidades políticas revelam as contingências nas quais está submetido um debate e que em algumas ocasiões são aproveitadas habilmente pelos ativistas. Especialmente elementos relacionados com situações eleitorais, institucionais, do direito internacional ou, inclusive, divisões no interior da Corte são situações que configuram o contexto sociopolítico no qual se desenvolve a ação dos movimentos sociais.

Por fim, gostaria de propor dois elementos que surgem deste trabalho, um relacionado com a metodologia e outro com a relação entre a produção do direito e sua implementação. Em primeiro lugar, quero destacar a importância do trabalho empírico e do diálogo disciplinar e metodológico para entender a tarefa dos juízes e as reivindicações sociais a favor da justiça. Não é possível continuar lendo o precedente constitucional sem considerar as pessoas e as relações de poder. Da mesma forma é indispensável que os atores participantes diretos das mudanças jurídicas colaborem na produção e reflexão acadêmica sobre a mudança social. A pesquisa sobre a mudança social e jurídica sem a presença de seus protagonistas corre o risco de perder uma importante parte da história.

Em segundo lugar, em relação à produção do direito e sua garantia de implementação, considero que são duas etapas intimamente conectadas. Os tribunais não são um ponto de chegada de uma discussão política, usualmente são uma etapa numa longa discussão, inclusive uma etapa que se repete várias vezes. Por isso, para entender a implementação de uma sentença também há que se entender sua forma de produção, assim como as forças

políticas enfrentadas e os debates políticos subjacentes. Com efeito, se as forças políticas que colaboram para produzir a mudança jurídica se debilitam, é possível que se produza um retrocesso a respeito da mudança jurídica alcançada.

O estudo da relação entre o direito e os movimentos sociais ajuda a entender melhor a dimensão política do direito, assim como sua dimensão simbólica. Podem ser encontrados ao menos três efeitos vinculados à produção das sentenças nesse caso: 1) consolidou-se um movimento que manteve a ação coletiva; 2) iniciou-se um ciclo de protestos (TILLY, 2004) pelos direitos da população LGBT e pela igualdade real em todos os direitos, e 3) criaram-se novas oportunidades políticas tanto progressistas como conservadoras.

A intenção com este artigo foi mostrar os fatores e circunstâncias externas que moldam e participam da criação das decisões progressistas. Os atores sociais põem em marcha um repertório jurídico, em meio de determinadas oportunidades políticas e usam a linguagem do direito constitucional como um marco cognitivo de mobilização. Embora os juizes progressistas participem dessas decisões, não são os únicos atores que participam da mudança jurídica. Os tribunais são atores de um elenco muito mais amplo, e em muitas ocasiões nem sequer são os atores principais. Os movimentos sociais participam da elaboração de decisões judiciais progressistas, eles também desempenham um papel relevante. De acordo com o cenário, os movimentos são mais ou menos protagonistas, por essa razão seria indispensável conhecer bem essas variações para empreender ações mais eficazes no fortalecimento dos movimentos sociais e a compreensão da democracia constitucional. No caso estudado, o movimento LGBT, em especial a organização *Colombia Diversa*, foi um ator central sem o qual não se poderia alcançar uma mudança jurídica, nem o caráter progressista da Corte em relação aos direitos dos casais do mesmo sexo.

REFERÊNCIAS

Bibliografía e outras fontes

- ALBARRACÍN, M. 2010. Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009. En *Corporación Humanas, Observatorio de sentencias judiciales*. Bogotá: Corporación Humanas. p. 47-65.
- ALBARRACÍN, M.; NOGUERA, M. 2008. *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006 – 2007*. Bogotá: Colombia Diversa.
- ARCHILA, M. 2008. *Idas y venidas, vueltas y revueltas*. Protestas sociales en Colombia 1958-1990. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y CINEP.
- BONILLA, D. 2008. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. In: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES;

- COLOMBIA DIVERSA. **Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad**, sentencia C-075/07. Bogotá. p. 11-39.
- CÉSPEDES, L. 2004. **¿El fin o la modificación del juego?** Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud. Tesis de grado maestría en género. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia–Facultad de Ciencias Humanas.
- EL TIEMPO. **Maestros gay se defienden en audiencia pública**. Bogotá, 2 sept. 1998. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>>. Último acesso em: 5 maio 2010.
- ESTRADA, A.J. 2003. La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: **Memorias de las IV jornadas de derecho constitucional y administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 177-216
- HIRSCHFIELD, M. 2007. La fundación del Comité científico-humanitario y sus primeros miembros. In: ULRICH, K.H.; KERTBENY, K.M.; HIRSCHFIELD, M.; ZUBIAUR, I. (Ed.). **Pioneros de lo homosexual**. Barcelona: Anthropos.
- HOBSBAWN, E. 2003. **Interesting Times**. A Twentieth-Century Life. London: Abacus.
- JARAMILLO, I.C.; ALFONSO, T. 2008. **Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto**. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- LEMAITRE, J. 2005. Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In: BONILLA MALDONADO, D.E.; ITURRALDE SANCHEZ, M.A. **Hacia un nuevo derecho constitucional**. 1 ed. Bogotá: Universidad de los Andes. v.1. p. 181-217.
- _____. 2009. **El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglos del Hombre editores.
- McADAM, D.; McCARTHY, J.; ZALD, M. 1999. **Movimientos sociales: perspectivas comparadas**. Oportunidades Política, Estructuras de Movilización y Marcos Interpretativos culturales. Madrid: Ediciones Istmo.
- MONCADA, P. 2002. La huida de la Corte: el derecho al onanismo. **Revista Tutela**, Bogotá, v. 3, n. 25.
- MOTTA, C. 1998. La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. En: **Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. p. 290-299.
- RAGIN, C. 2007. **La construcción de la investigación social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- RESTREPO, E. 2002. **Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14/>. Último acesso em: 28 fev. 2011.
- RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. 2010. **Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad.
- SERRANO, J.F. 2010. Colombia. In: STEWART, C. (Ed.). **The Greenwood encyclopedia of LGBT issues worldwide**. Santa Barbara, California. p. 89-106.

- SHEINGOLD, S. 1974. **The Politics of Rights**. New Heaven: Yale University Press.
- TARROW, S. 2004. **El poder en movimiento**. Madrid: Alianza Editorial.
- TILLY, C. 2004. **Social Movements, 1768-2004**. Colorado: Paradigm Publishers.
- UPRIMNY, R.; GARCÍA, M. 2004. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In: SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M. **Emancipación social y violencia en Colombia**. Bogotá: Norma. p. 463-513.
- UPRIMNY, R. 2007. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos**, São Paulo, Año 4, n. 6, p. 53-70.
- _____. 2009. Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad. **El Espectador**, Bogotá, 2 feb.

Jurisprudência

- COLOMBIA. 1994. Corte Constitucional. **Sentencia T-097/94**. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996a. Corte Constitucional. **Sentencia C-098/96**, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996b. Corte Constitucional. **Sentencia C-271/96**.
- _____. 1998a. Corte Constitucional. **Sentencia C-002/98**.
- _____. 1998b. Corte Constitucional. **Sentencia T-101/98**, M.P. Fabio Morón.
- _____. 1998c. Corte Constitucional. **Sentencia C-481/98**, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. 1999a. Corte Constitucional. **Sentencia C-507/99**, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. 1999b. Corte Constitucional. **Sentencia T-823/99**.
- _____. 2000a. Corte Constitucional. **Sentencia T-268/00**.
- _____. 2000b. Corte Constitucional. **Sentencia T-618/00**.
- _____. 2000c. Corte Constitucional. **Sentencias T-999/00**.
- _____. 2000d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1210/00**.
- _____. 2000e. Corte Constitucional. **Sentencia T-1426/00**.
- _____. 2001a. Corte Constitucional. **Sentencia C-088/01**.
- _____. 2001b. Corte Constitucional. **Sentencia C-093/01**.
- _____. 2001c. Corte Constitucional. **Sentencia T-427/01**.
- _____. 2001d. Corte Constitucional. **Sentencia SU-623/01**.
- _____. 2001e. Corte Constitucional. **Sentencia C-673/01**.
- _____. 2001f. Corte Constitucional. **Sentencia C-814/01**.
- _____. 2001g. Corte Constitucional. **Sentencia C-921/01**.
- _____. 2002a. Corte Constitucional. **Sentencia C-064/02**.

- _____. 2002b. Corte Constitucional. **Sentencia C-373/02**, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____. 2002c. Corte Constitucional. **Sentencia T-435/02**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2002d. Corte Constitucional. **Sentencia T-610/02**.
- _____. 2003a. Corte Constitucional. **Sentencia T-499/03**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2003b. Corte Constitucional. **Sentencia T-808/03**.
- _____. 2004a. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**.
- _____. 2004b. Corte Constitucional. **Sentencia T-301/04**, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.
- _____. 2004c. Corte Constitucional. **Sentencia C-431/04**.
- _____. 2004d. Corte Constitucional. **Sentencia C-576/04**.
- _____. 2004e. Corte Constitucional. **Sentencia T-725/04**.
- _____. 2004f. Corte Constitucional. **Sentencia C-1054/04**.
- _____. 2004g. Corte Constitucional. **Sentencia T-1096/04**, M.P. Manuel José Cepeda
- _____. 2005a. Corte Constitucional. **Sentencia C-194/05**.
- _____. 2005b. Corte Constitucional. **Sentencia T-848/05**, M.P. Manuel José Cepeda.
- _____. 2006a. Corte Constitucional. **Sentencia C-042/06**.
- _____. 2006b. Corte Constitucional. **Sentencia C-355/06**.
- _____. 2006c. Corte Constitucional. **Sentencia C-370/06**.
- _____. 2006d. Corte Constitucional. **Sentencia T-439/06**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2006e. Corte Constitucional. **Sentencia T-856/06**.
- _____. 2007a. Corte Constitucional. **Sentencia C-075/07**.
- _____. 2007b. Corte Constitucional. **Sentencia T-152/07**, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. 2007c. Corte Constitucional. **Sentencia C-811/07**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2008a. Corte Constitucional. **Sentencia C-336/08**.
- _____. 2008b. Corte Constitucional. **Sentencia T-760/08**.
- _____. 2008c. Corte Constitucional. **Sentencia C-798/08**.
- _____. 2008d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1241/08**.
- _____. 2009a. Corte Constitucional. **Sentencia C-029/09**.
- _____. 2009b. Corte Constitucional. **Sentencia C-070/09**.
- _____. 2009c. Corte Constitucional. **Sentencia T-140/09**.
- _____. 2009d. Corte Constitucional. **Sentencia C-175/09**.
- _____. 2009e. Corte Constitucional. **Sentencia C-242/09**.
- _____. 2009f. Corte Constitucional. **Sentencia C-728/09**.

- _____. 2009g. Corte Constitucional. **Sentencia C-802/09.**
- _____. 2009h. Corte Constitucional. **Sentencia T-911/09.**
- _____. 2010a. Corte Constitucional. **Sentencia C-252/10.** Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-252-10.htm>>. Último acceso em: 28 de fevereiro de 2011.
- _____. 2010b. Corte Constitucional. **Sentencia C-886/10.**
- _____. 2011. Corte Constitucional. **Sentencia T-015/11.**
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia T-1319/01.**
- _____. 2007. **Sentencia T-391/07.**
- COMITÉ DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1992a. **Sentencia T-566/92.**
- _____. 1992b. **Sentencia T-567/92.**
- _____. 1992c. **Sentencia T-597/92.**
- _____. 2001. **Sentencia SU-1300/01.**
- _____. 2004. **Sentencia C-248/04.**
- _____. 2004. **Sentencia C-576/04.**
- _____. 2005. **Sentencia C-591/05.**
- _____. 2006. **Sentencia T-058/06.**
- _____. 2008. **Sentencia T-436/08.**
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2004. **Sentencia T-025/04.**
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2007. **X contra Colombia.** Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14 mayo 2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia C- 673/01.**
- _____. 2005. **Sentencia C-203/05.**
- _____. 2007. **Sentencia C-291/07.**
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2000. **Sentencia C-010/00.**

NOTAS

1. Este trabalho não seria possível sem a orientação acadêmica e os importantes comentários da professora Julieta Lemaitre. Quero agradecer a Marcela Sánchez e a Alejandra Azuero com quem durante muitos anos compartilhamos muito deste trabalho e que fizeram comentários a este texto. Também foram muito valiosos os debates e comentários com meus companheiros do Colóquio de Pesquisa do Mestrado em Direito da Universidad

de los Andes e da professora Helena Alviar, quem coordenou esse curso. Estou em dívida também com o projeto *Otros Saberes II* da Associação de Estudos Latino-americanos (LASA), em especial com a diretora da iniciativa Rachel Sieder, e com os professores Angelina Snodgrass Godoy e César Rodríguez Garavito, os quais fizeram comentários muito adequados em relação à metodologia e à pertinência desta investigação.

2. A ação de tutela, conhecida normalmente como tutela, é um recurso judicial para a proteção dos direitos fundamentais, pode ser conhecida por qualquer juiz da República de Colômbia e deve ser resolvida dentro de dez dias seguintes à interposição do recurso (Constituição da Colômbia, artigo 86).
3. Posteriormente a Corte Constitucional declarou que esse estado de exceção era inconstitucional, ver sentença C-252 de 2010 (COLOMBIA, 2010a).
4. Informação sobre a campanha disponível em: <<http://righttowork.org.uk/>>.
5. Entrevista de Juanita Durán, ex-integrante do gabinete de Manuel José Cepeda, 30 de abril de 2010.
6. Entrevista de Jack Smith, funcionário da Secretaria Geral da Corte Constitucional, 12 de maio de 2010.
7. A respeito da comunidade homossexual como grupo tradicionalmente discriminado, disse a Corte: "Assim... a maioria condena socialmente o comportamento homossexual (...). Os preconceitos homofóbicos ou não e as falsas crenças que serviram historicamente para amaldiçoar aos homossexuais não outorgam validade às leis que os convertem em objeto de escárnio público" (COLOMBIA, 1996a).
8. Entrevista de Germán Rincón Perfetti, 20 de março de 2010.
9. Notas pessoais da reunião de 18 de agosto de 2001.
10. Entrevistas de José Fernando Serrano, Marcela Sánchez, Elizabeth Castillo. Abril de 2010.
11. A peça publicitária poder ser vista no YouTube em: <<http://www.youtube.com/watch?v=qt6MOzBu1q0>>; <<http://www.youtube.com/watch?v=WdvNn5KcMuM>>. Último acesso em: 5 maio 2010.
12. *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad* (DeJusticia) interveio no processo da sentença C-075 de 2007 e posteriormente foi um aliado constante atuando diretamente como demandante nas ações que conduziram às sentenças C-336 de 2008 e C-029 de 2009.
13. Em termos gerais, essa doutrina afirma que para determinar se uma medida diferenciada pode ser considerada discriminatória é necessário avaliar quatro aspectos adicionais, a saber: se a medida busca uma finalidade constitucionalmente admissível ou indispensável; se é adequada para alcançar tal finalidade; se é necessária para alcançar tal finalidade; e se os meios pelos quais se vale são proporcionais aos fins perseguidos. O juiz constitucional pode variar a intensidade do exame de cada um desses elementos, dependendo da intensidade (leve, média ou estrita) que se decida aplicar.
14. As sentenças nas quais a Corte se referiu a esse tema são diversas. Entre elas, *cfr.* Corte Constitucional, sentenças C-271 de 1996; C-002 de 1998; T-823 de 1999; T-1210 de 2000; C-088 de 2001; C-093 de 2001; T-427 de 2001; C-921 de 2001; C-673 de 2001; C-064 de 2002; T-610 de 2002; T-301 de 2004; C-1054 de 2004; C-194 de 2005; C-042 de 2006; C-029 de 2009; T-140 de 2009; C-242 de 2009 (COLOMBIA, 1996b, 1998a, 1999b, 2000d, 2001a, 2001b, 2001c, 2001g, 2001e, 2002a, 2002d, 2004b, 2004f, 2005a, 2006a, 2009a, 2009c, 2009e).
15. Assim, valeu-se das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (sentença C-010 de 2000) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (sentenças T-1319 de 2001 e T-391 de 2007); da Corte Europeia de Direitos Humanos (sentenças C- 673 de 2001, sentença C-291 de 2007; sentença C-203 de 2005); do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (sentença T-025 de 2004); e do Comitê de Direitos Cívicos e Políticos (sentenças T-566 de 1992; T-567 de 1992; T-597 de 1992; SU-1300 de 2001; C-248 de 2004; C-576 de 2004; C-591 de 2005; T-058 de 2006; e T-436 de 2008). Também se valeu de instrumentos internacionais de direitos humanos, que tradicionalmente foram considerados como "direito suave" ou *soft law*. Assim, por exemplo, valeu-se dos Princípios Básicos sobre Deslocamento Forçado (COLOMBIA, Corte Constitucional sentenças T-602 de 2003; C-278 de 2007, Magistrado relator: Nilson Pinilla Pinilla; e T-821 de 2007), e aos Princípios das Nações Unidas sobre a restituição das moradias e patrimônio dos refugiados e pessoas deslocadas (COLOMBIA, Corte Constitucional sentença T-821 de 2007).
16. Reconhecimento de direitos patrimoniais.
17. Caso sobre direito à inclusão no sistema de saúde.
18. Reconhecimento do direito à inclusão no sistema de saúde.
19. Reconhecimento do direito de pensão por morte.
20. Reconhecimento do direito de alimentos mútuos.
21. Caso sobre direito de pensão por morte.
22. Reconhecimento dos seguintes direitos e deveres: patrimônio da família impenhorável e afetação de bens imóveis a moradia familiar; obrigação de prestar alimentos; direitos de caráter migratório para os casais homossexuais e direito a residir em San Andrés e Providencia; garantia de não incriminação em matéria penal; excludente de punibilidade; circunstâncias de agravamento da pena; direitos à verdade, à justiça e à reparação de vítimas de crimes atrozes; proteção civil a favor de vítimas de crimes atrozes; prestações no regime de pensão e de saúde das Forças Armadas; subsídio familiar em serviços [prestação social paga sob a forma de utilização de serviços ou programas sociais]; subsídio familiar para moradia; acesso à propriedade da terra; beneficiários das indenizações por mortes em acidentes de trânsito, e deveres relacionados ao acesso e exercício da função pública e celebração de contratos estatais.
23. Caso sobre a implementação do direito de pensão por morte.
24. Voto da Magistrada Catalina Botero.

ABSTRACT

This article reconstructs the mobilization process carried out by the organization Colombia Diversa in order to gain recognition in the Colombian Constitutional Court for the rights of same-sex couples. In particular, it identifies three factors that contributed to this change in the law. First, the organization reframed their demands using the language of constitutional rights. Second, the existence of an activist organization brought together a large number of resources and used a particular set of protest actions. Third, a structure of political opportunities was generated by the existence of a progressive court, an undemocratic congress, and a public that was inclined to support the demands of the activists. These three factors allowed the activists to channel their demands for rights into a progressive judicial decision. Throughout, this article argues for two intimately linked points: the first is proof of the centrality of a rights-based discourse in Colombian political activism, and the second is the strong role that political activism played in defining constitutional rights within the Court.

KEYWORDS

Colombia – Constitutional Court – Rights of same-sex couples – Social movements – Homosexuality

RESUMEN

En este artículo se reconstruye el proceso de movilización llevado a cabo por la organización Colombia Diversa, con el fin de lograr el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Corte Constitucional de Colombia. En particular se identifican tres elementos que contribuyeron a este cambio legal. En primer término, la reformulación de las reclamaciones en un marco de derechos constitucionales; en segundo término, la existencia de una organización activista que aglutinó un número importante de recursos y el uso de un repertorio particular de protesta; en tercer término, la creación de una estructura de oportunidades políticas generada por la existencia de una Corte progresista, un Congreso poco democrático, y la presencia de una opinión pública favorable a las reclamaciones de los activistas. Estos tres elementos permitieron que los activistas pudieran canalizar sus reclamaciones de derechos en una decisión judicial progresista. En general, se argumenta a favor de dos tesis que están íntimamente vinculadas: la primera es la evidencia de la centralidad del discurso sobre los derechos en el activismo político colombiano; la segunda es el protagonismo del activismo político en la definición de los derechos constitucionales al interior de la Corte.

PALABRAS CLAVE

Colombia – Corte Constitucional – Derechos parejas del mismo sexo – Movimientos sociales – Cambio social – Homosexualidad



DANIEL VÁZQUEZ

Professor-pesquisador da FLACSO-México e Coordenador do Mestrado em Direitos Humanos e Democracia. FLACSO-México.

Email: lvazquez@flacso.edu.mx



DOMITILLE DELAPLACE

Pesquisadora do Centro de Pesquisa Aplicada em Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal.

Email: domidlp@hotmail.com

RESUMO

O discurso dos direitos humanos é praticamente aceito por qualquer governo. Dificilmente um Estado seria concebido abertamente como violador dos direitos humanos. No entanto, como transformamos esse discurso em política pública? Propomos o uso das ferramentas elaboradas pela Nova Gestão Pública e sua aplicação ao ciclo de vida das políticas públicas; que podem ser dotadas de conteúdo por meio das obrigações, elementos essenciais e princípios transversais dos direitos humanos.

Original em espanhol. Traduzido por Claudia Schilling.

Recebido em abril de 2011. Aceito em maio de 2011.

PALAVRAS CHAVE

Políticas públicas – Direitos humanos – Nova Gestão pública – Empoderamento



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS: UM CAMPO EM CONSTRUÇÃO

Daniel Vázquez e Domitille Delaplace

1 As políticas públicas, a Nova Gestão Pública e os direitos humanos

1.1 O que são políticas públicas?

O estudo e a formulação das políticas públicas (PP) representam uma disciplina recente,¹ iniciada com o conhecido texto de Harold D. Lasswell, *A orientação para as políticas*, publicado em 1951 (LASSWELL, 1992). A data é importante para entender o objetivo da PP, pois após o final da Segunda Guerra Mundial consolidou-se o bloco socialista na metade da Europa e em 1950 ocorreu o primeiro conflito bélico que deu início à Guerra Fria: a guerra da Coreia. O problema não é pouco importante: existe uma nova potência militar e econômica que desafia o capitalismo democrático americano, e um desses desafios inclui a eficiência da administração pública através de um modelo estatal centralizado que controla todos os meios de produção e distribui os bens entre a população. Diante desse desafio surge a pergunta: qual é o melhor e mais eficiente regime de governo? Para os analistas americanos era imperioso construir um enfoque de PP sustentado no desenvolvimento científico-causal e complementado pela imaginação criativa para gerar PP novas e eficientes. Este é o desafio lançado por Harold Lasswell para criar o que denominou de “as ciências de políticas da democracia”.² Por isso, não é casual ler em seu texto:

A tradição norte-americana dominante defende a dignidade do homem, não a superioridade de uma classe de homem. Por isso, pode-se vislumbrar que será enfatizado o desenvolvimento do conhecimento que permita a realização mais completa da dignidade humana. Por conveniência, vamos chamar isso de desenvolvimento das ciências de políticas da democracia (policy sciences of democracy).

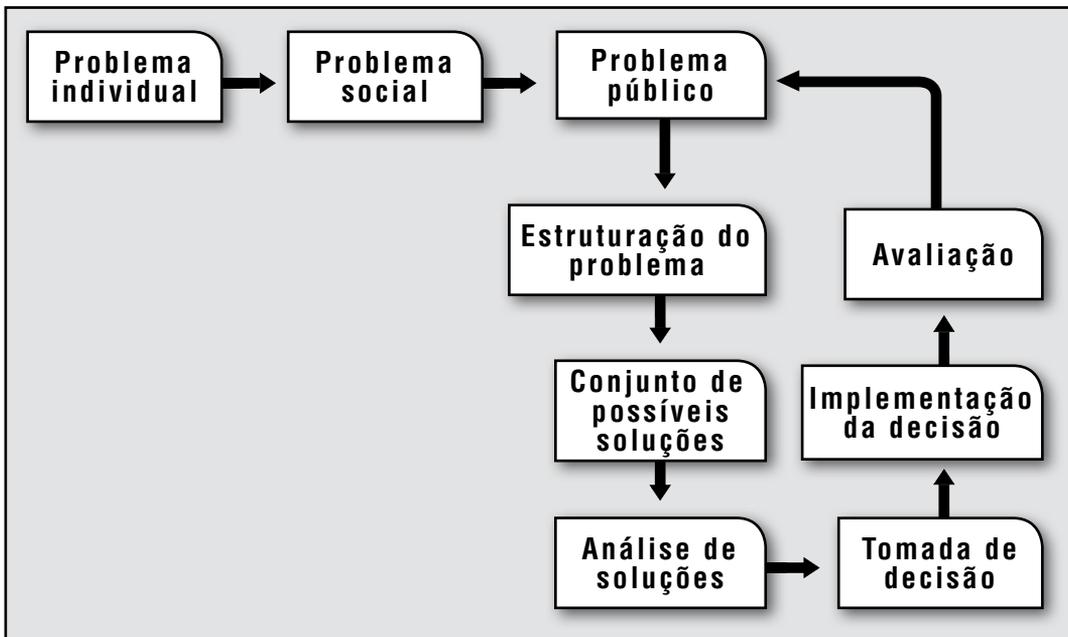
(LASSWELL, 1992, p. 93).

Ver as notas deste texto a partir da página 62.

Para além da disputa ideológica na qual é criada a disciplina das PP, o elemento a ser destacado é o objetivo final: dar racionalidade às ações governamentais. Este é o principal objetivo da análise da PP. Cabe aí a seguinte pergunta: por que teria de me preocupar pela racionalidade da ação governamental? A resposta naquele momento era política: as democracias capitalistas deveriam superar os métodos de produção do socialismo. A resposta atualmente passa por outros lugares: a ação estatal deve estar focada no bem-estar público, trata-se de uma ação pública realizada com recursos que também são públicos, porque tanto os objetivos quanto os mecanismos ou procedimentos através dos quais a ação governamental se concretiza devem fazer com que se obtenha o maior bem-estar possível da forma mais eficiente. Dessa forma, a PP tem o objetivo de encarar e resolver um problema público de forma racional através de um processo de ações governamentais.

Como parte desse processo de racionalidade e análise, a partir da PP foi gerado o ciclo de vida das PP. A partir do nome deve-se ressaltar que se trata de um processo que nunca termina, transforma-se em um ciclo que se realimenta constante e sistematicamente. O ciclo está formado por sete processos: entrada do problema na agenda pública, estruturação do problema, conjunto das soluções possíveis, análise dos pontos positivos e negativos das mesmas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

O CICLO DE VIDA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS



Com esta ferramenta propõe-se ilustrar os tempos que encadeiam o processo da decisão governamental. No entanto, ela não tem pretensões descritivas, embora aspire a ter impactos normativos. Sabemos atualmente que o processo de PP pode seguir esses passos, porém nem sempre e necessariamente isto acontece; em mais

de um caso os elos se sobrepõem e o processo se transforma em um dubitativo passo a passo.

Tudo começa com o surgimento de um problema, não de qualquer problema, mas de um considerado “público”. Esse elemento é essencial porque existem problemas que, embora afetem muitas pessoas (problema social), podem não ser considerados públicos. Por exemplo, o status subordinado das mulheres durante muito tempo não foi considerado um problema público, assim como a violência contra a mulher também não era considerada um problema público, mas um problema que deveria ser resolvido na esfera privada e no qual o Estado não deveria intervir. O que atualmente é considerado problema público, provavelmente antes não era e possivelmente depois não será, pois a formação da agenda pública é mutante. Quando um problema tem o status de público? Quando é recuperado por alguma das múltiplas instituições³ que integram o governo.⁴

Após ser constituído o problema público, o passo seguinte é a estruturação do problema e a construção das múltiplas possíveis soluções. A estruturação do problema é a elaboração de um diagnóstico onde são especificadas as causas e as possíveis soluções do problema. Assim, de acordo com a forma em que um problema for estruturado, dependerão as diversas soluções a serem dadas ao mesmo: um problema não tem uma solução única. A estruturação dos problemas e o desenho das múltiplas soluções, junto com a tomada de decisões, são os momentos mais “políticos” do ciclo de vida da PP, onde a ideologia, os interesses e os saberes em conflito ou concorrência se sobrepõem. Finalmente, na tomada de decisões determina-se qual das múltiplas soluções possíveis é a que tem a maior certeza técnica a partir da evidência existente. Entretanto, tão importante quanto a evidência técnica é o respaldo político da escolha vencedora.

Após estruturar o problema público e tomar a decisão sobre a forma de resolvê-lo, põe-se em andamento a PP; este é o momento da implementação. Esse momento do ciclo é tão importante quanto os anteriores (na verdade não há uma hierarquia entre as partes que integram o ciclo). Em muitas ocasiões o problema público é devidamente estruturado e a decisão governamental não só é politicamente viável mas também é a mais adequada para resolver esse problema. Contudo, os resultados não são os esperados. Em grande parte isso se deve ao fato de que a realidade é complexa e nem sempre é possível prever todas as causas que modificam ou intervêm em uma PP. Também pode ter havido uma má implementação como, por exemplo, o fato de que os operadores não estejam de acordo com os objetivos da PP; isto pode acontecer com políticas muito polêmicas, como a legalização do aborto em lugares com um alto número de médicos religiosos que se neguem a praticar o procedimento clínico. Também pode suceder que, mesmo estando de acordo com os objetivos e fins da PP, a administração pública seja tão complexa em seu funcionamento que haja graves problemas de informação, de tal forma que entre os comandos superiores e os comandos operacionais as metas e os procedimentos não consigam fluir de forma clara.

Finalmente, depois da implementação da PP, ocorre a avaliação. Talvez essa etapa seja a mais técnica de todas as anteriores e a que mais se desenvolveu nos últimos 20 anos. Antes se considerava que a avaliação deveria ser realizada no final da PP, mas hoje existem diversos tipos de avaliação para cada uma das partes que integram

o ciclo: avaliação do desenho da PP; avaliação de gestão para analisar o processo de implementação; avaliação de resultados, na qual se verifica se os objetivos foram cumpridos; e, finalmente, avaliação de impacto, que analisa a consecução dos fins, isto é, se a PP efetivamente gerou alguma modificação no problema público em questão.

Passemos agora à perspectiva de direitos humanos (DH) na PP. Uma data chave para entender esta perspectiva é 1989: a queda do muro de Berlim. Nesse momento já tinha sido desenvolvida a legislação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH); a queda do muro é seguida pela estrepitosa queda do bloco socialista e pela conversão econômica. Os partidos de direita já tinham ocupado o lugar da socialdemocracia em vários governos (especialmente nos casos de Margaret Thatcher na Inglaterra entre 1979 e 1990 e de Ronald Reagan–George Bush entre 1981 e 1992 nos Estados Unidos) e, naquele momento, várias ditaduras militares latino-americanas tinham cedido seu poder a governos representativos. A década de 90 parecia ser promissora devido a um triunvirato: o capitalismo neoliberal, o governo representativo e os DH.⁵ Nesse processo, os DH assumiram uma dupla possibilidade discursiva: continuam sendo apresentados como um discurso de protesto com relação aos governos, mas, além disso, devido ao triunvirato triunfante, os governos dificilmente se opõem de forma público-discursiva a eles. Pelo contrário, em muitas oportunidades apresentam suas plataformas em termos de direitos, e por esse motivo a nova pergunta é: como eles podem ser tornados efetivos a partir do próprio governo? Nesse ambiente de fim da história foi realizada em Viena a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, entre 14 e 25 de junho de 1993.

Um dos elementos centrais da Declaração e do Programa de Ação da Convenção foi a necessidade de estabelecer programas de PP de DH. No ponto 69 recomendou-se o estabelecimento de um programa global no âmbito das Nações Unidas para dar assistência técnica e financeira aos Estados a fim de reforçar suas estruturas nacionais para que pudessem ter um impacto direto na observância dos DH. Nesse mesmo sentido, o ponto 71 recomendou que os Estados elaborassem planos de ação nacionais para melhorar a promoção e a proteção dos DH. Finalmente, no ponto 98 estabeleceu-se a necessidade de criar um sistema de indicadores para medir os avanços na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). O mandato para realizar estas três ações foi recuperado por uma instituição que também foi concebida nessa Convenção: o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

1.2 Que papel os direitos humanos desempenham nas políticas públicas? O diálogo entre a NGP e a perspectiva em direitos humanos

Uma parte importante do desenvolvimento da análise das PP no último quarto do século XX passa pela criação da Nova Gestão Pública (NGP). O nascimento e o desenvolvimento da NGP coincidiram com o processo neoconservador dos anos 70 e 80. Embora a NGP se preocupe com a melhora da eficiência da administração pública, com a avaliação dos processos e resultados e com a prestação de serviços públicos de qualidade, o entrecruzamento levou a uma resposta ideológica:

tudo isto sempre se consegue com menos Estado e mais mercado. A redução do Estado através do cancelamento de programas governamentais, da privatização de empresas e organismos públicos, da suspensão ou corte do gasto público, da abertura econômica através da redução ou do desaparecimento de tarifas e através dos processos de desregulamentação, da formação de novas instituições autônomas, da inovação na alocação dos recursos públicos, da descentralização e da corresponsabilidade cidadã na concessão de serviços públicos são algumas das medidas que têm sido aplicadas em nível mundial a partir do final da década de 70 e princípios dos anos 80.

Para obter maior eficiência, o Estado deveria ficar cada vez mais parecido com uma empresa. A obra fundamental para entender essa fusão inicial é o conhecido livro de David Osborne e Ted Gaebler, *Um novo modelo de governo. Como o espírito empresarial transforma o setor público* (OSBORNE; GAEBLER, 1994), que marcou a tendência da PP ao longo dos anos 90 com os princípios econômico-empresariais de eficiência a partir da competência. As propostas de fazer as escolas particulares competirem com as públicas ou os setores privados de saúde com os públicos através de bônus que o Estado entregaria aos cidadãos e que eles poderiam utilizar no serviço que considerassem adequado, proposta inicialmente sugerida por Milton Friedman em *Capitalismo e Liberdade* e em *Liberdade de Escolha* (FRIEDMAN, 1966), marcaram as pautas dessa nova forma de gestão.

Uma das frases cruciais para entender esta postura é a seguinte: “navegar em vez de remar”. O Estado pode privatizar todos os serviços públicos, pois não é importante que eles sejam prestados por entidades governamentais; além disso, transferir esses serviços ao mercado pode garantir maior eficiência na prestação e na relação custo-benefício. Em compensação, é fundamental que o Estado tenha capacidade de navegar o barco, de estabelecer os elementos centrais, a regulamentação, as pautas com relação à atuação das empresas prestadoras de serviços e à qualidade dos serviços prestados.

Embora tenha havido sérias críticas ao modelo neoliberal desde sua implantação, os resultados obtidos no final do século XX questionaram muitas das premissas que ligavam a NGP à revolução neoliberal. A rápida mobilização de capitais e suas desastrosas consequências na qualidade de vida da população tornaram-se evidentes no efeito tequila em 1995, na crise asiática de 1997, na crise russa de 1998, no efeito samba de 1999 e no efeito tango de 2001. No entanto, o mais duro questionamento ocorreu durante a crise econômica global iniciada em Wall Street em dezembro de 2008.⁶ Nesse processo crítico, os especialistas em DESC passaram a encontrar cada vez mais pontos de distância entre o modelo neoliberal e a possibilidade de planejar e tornar efetivos os DESC; isto se evidenciou nos informes dos relatores das Nações Unidas sobre direito à moradia, saúde e a vulneração de DH através da pobreza extrema.

A pergunta é a seguinte: podemos desfazer a fusão entre as reformas neoliberais e a NGP? Pelo menos isso deveria ser tentado, pois um dos interesses primordiais da NGP é importante: a administração pública deve funcionar de forma eficiente e é preciso que haja mecanismos para saber se isto realmente acontece. A NGP:

surge como uma nova forma de entender a ação e a legitimidade governamental, não a partir de uma visão do acompanhamento estrito do procedimento legal ou por meio da manutenção de uma burocracia guiada por certa ética da responsabilidade, mas a partir da articulação de sistemas de incentivos e medição que permitam incidir positivamente sobre o comportamento dos servidores públicos, de tal forma que possam ser obtidos resultados eficientes e valiosos para a cidadania.

(GESOC, 2009, p. 4).

O principal objetivo das PP é o de dar racionalidade ao uso de recursos escassos para cumprir as atividades estatais em cada uma das partes que integram seu ciclo de vida. Parece não importar o que o Estado tiver de fazer, o que interessa é que o faça bem, de forma eficiente. Estes são princípios de forma, mas nada nos dizem sobre quais são as atividades que correspondem ao Estado, quais delas devem ser deixadas nas mãos do mercado e quais são os valores substanciais que devem ser realizados através da atividade estatal. Em compensação, a perspectiva de DH enfatiza as obrigações internacionais assumidas pelo Estado e que devem ser claramente modeladas e respeitadas em sua PP, independentemente da forma que ele fará isto. Dessa perspectiva, a relação parece evidente: os fins são estabelecidos a partir da perspectiva de DH, os meios são propostos pela NGP.

Dissemos acima que a PP se interessa pela revisão dos processos de tomada de decisões realizados pelos atores estatais; interessa-se particularmente pela análise e pelo aperfeiçoamento da racionalidade nesses processos. Por racionalidade entendemos uma série de atributos que se espera que toda PP tenha, como: eficiência, eficácia, economia, produtividade e oportunidade.⁷ O fato de que o principal objetivo das PP seja dar racionalidade à ação estatal significa que a administração pública deve estar guiada por esses princípios. Entendida dessa forma, a PP é um conjunto de procedimentos que incluem a alocação de insumos por parte do governo (financeiros, humanos, informação etc.), que devem ser obtidos de acordo com o princípio de economia e processados com uma lógica de produtividade para obter produtos que possam gerar, no curto prazo, certos resultados. Entre a disposição de insumos e os referidos resultados esperamos observar uma lógica eficiente. Além do mais, espera-se que esses resultados de curto prazo possam ser efetivos na criação de impactos no médio e longo prazo. Todo este grande processo deve observar uma relação aceitável de custo-efetividade entre os insumos consumidos, os processos desencadeados e os impactos desenvolvidos (GESOC, 2010).

A garantia de que o Estado utilize da melhor forma possível os recursos que possui não deve ser considerada como algo alheio à perspectiva de DH. Todos os DH exigem ações de fazer e não-fazer nos diversos escritórios governamentais, de orçamento e de processos de planejamento público. Portanto, é importante ter uma PP com perspectiva de DH, mas também com mecanismos de avaliação em sua implementação, gestão, resultados e impacto. Os objetivos provêm dos DH, as regras procedimentais da NGP.

2 O empoderamento das pessoas e dos padrões internacionais de direitos humanos

Duas das principais características da PP na perspectiva de DH são o empoderamento das pessoas e o cumprimento dos padrões internacionais em matéria de DH. Ambos os aspectos são guiados pelo elemento central dos direitos humanos: a dignidade humana. Nesse sentido, a liberdade como autodeterminação é um dos aspectos centrais na concretização dessa ideia de dignidade humana, é o fundamento prévio ao empoderamento. Da mesma maneira, os padrões internacionais envolvem um conjunto de direitos que apelam a bens primários superiores, como liberdade, igualdade, segurança, paz etc. (FERRAJOLI, 1999, 2006). Esses bens primários são elementos constitutivos da moralidade universal que considera os direitos humanos e, de novo, a dignidade humana, como fim último dos direitos (SERRANO; VÁZQUEZ, 2011). Vamos começar pela primeira.

2.1 Empoderamento dos sujeitos

Um dos principais elementos no reconhecimento dos DH é a construção do sujeito de direitos (*right-holder*). Este elemento está fortemente relacionado à raiz liberal dos DH. Se aceita que o criador do poder político é o sujeito: o sujeito é o princípio e o fim do sistema político.⁸

A maior elaboração em torno da construção do sujeito de direitos gerou-se no direito ao desenvolvimento e no direito de não ser pobre; isto parece normal se levarmos em consideração que a pobreza implica a privação de múltiplos elementos, de vários direitos que, em seu conjunto, limitam a capacidade de autodeterminação/autorrealização do sujeito, a possibilidade de exercer poder. É importante esclarecer que essa capacidade de autodeterminação depende de elementos econômicos, mas também de fatores culturais, sociais e políticos. Portanto, as limitações à autodeterminação não são apenas econômicas; também existem múltiplas privações que se estruturam a partir de elementos culturais, sociais e políticos; a falta de autodeterminação, de poder do sujeito, tem múltiplas causas. Parte da estratégia de DH é enfraquecer essa rede de impotência e promover as capacidades (NACIONES UNIDAS, 2004). Daí que o empoderamento do sujeito esteja ligado ao direito à igualdade, a não discriminação, a ações afirmativas e à perspectiva de gênero; ele abrange a identificação de grupos em situação de vulnerabilidade, os elementos estruturais que geram essa condição (opressão estrutural) e a modificação dessas estruturas (não só mediante ações afirmativas, mas também através de ações transformativas) deixando claro que os DH são interdependentes, inter-relacionados e, por isso mesmo, indivisíveis.

Podemos pensar a ideia de empoderamento a partir de uma pergunta essencial: como se constrói o laço comunicante entre o governo e a população? Se a população continua recebendo um tratamento de súdito, isto é, o que em princípio é um direito lhe é concedido como um favor proveniente da magnanimidade do monarca através de políticas clientelistas, então não há um processo de empoderamento, não há uma PP na perspectiva de DH.⁹ Cabe

aqui a seguinte pergunta: qual é a proposta para criar o sujeito de direitos da perspectiva de DH? A principal e mais conhecida via, embora não a única, é o reconhecimento do direito. Isto pressupõe que seja identificado o núcleo e extremos do direito para determinar, através da PP e com indicadores de avaliação, o cumprimento progressivo do direito; que haja campanhas de informação pelas quais os sujeitos conheçam os seus direitos; também implica a elaboração de mecanismos de exigibilidade (jurisdicionais e não jurisdicionais) para tornar efetivos os direitos, tanto em nível general quanto no interior dos programas de PP específicos. Nesse ponto a linguagem de direitos é extremamente importante, porque gera lógicas de responsabilidade através de mecanismos de prestação de contas e obrigações jurídicas vinculantes. Desse ponto de vista, o objetivo e a essência da PP não são a solução de problemas específicos, de demandas insatisfeitas, mas o cumprimento de direitos.

Finalmente, o empoderamento da pessoa como elemento básico na criação da perspectiva de DH terá um impacto importante no planejamento da PP a partir de dois critérios: o elemento essencial de aceitabilidade e o princípio transversal de participação. Falaremos de ambos nas próximas seções.

2.2 Os padrões internacionais de direitos humanos: obrigações, elementos básicos e princípio de aplicação

A partir de 1948, com a emissão da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no sistema interamericano de direitos humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos no sistema das Nações Unidas, tivemos um “boom” em matéria legislativa internacional,¹⁰ complementado pelos comentários gerais e resoluções dos Comitês das Nações Unidas,¹¹ pelas resoluções emitidas pelos diversos órgãos jurisdicionais de defesa dos DH,¹² bem como pelos relatores temáticos ou por país, que também pertencem ao sistema da ONU.

O desenvolvimento do DIDH na segunda metade do século XX gerou diversas obrigações internacionais a cargo do Estado em todos os seus níveis (federal, estadual e municipal), independentemente de suas funções (executivo, legislativo e judiciário), que podem ser agrupadas da seguinte maneira:¹³

- Obrigação de respeitar—Nenhum dos órgãos pertencentes ao Estado deve violar os DH por meio de ações ou omissões.
- Obrigação de proteger—Os órgãos pertencentes ao Estado devem evitar que particulares (empresas, sindicatos, pessoas, grupos religiosos, associações ou qualquer outra instituição não-estatal) violem os DH.
- Obrigação de garantir—Obriga os Estados a organizar todo o aparelho governamental de tal forma que as pessoas possam exercer seus direitos. Pode ser subdividida em quatro obrigações: a obrigação de prevenir violações de DH, a obrigação de investigar os casos de violações de DH, a obrigação de punir os autores intelectuais e materiais das violações de DH e a de reparar os direitos violados das vítimas.¹⁴

- Obrigação de cumprir ou tomar medidas—Os órgãos de governo devem realizar ações tendentes ao cumprimento das obrigações internacionais em matéria de DH.

Além das obrigações em matéria de DH, a formação do padrão internacional requer a observação dos elementos básicos de cada direito, desenvolvidos essencialmente pelos Comitês das Nações Unidas nos comentários gerais. Assim, por exemplo, o cumprimento da obrigação em matéria de educação primária não se satisfaz com o estabelecimento de uma determinada quantidade de instalações; a ação do Estado deve cumprir determinadas características que são informadas por esses elementos básicos:

- Disponibilidade – Garantir a suficiência dos serviços, instalações, mecanismos, procedimentos ou qualquer outro meio pelo qual se materializa um direito para toda a população.
- Acessibilidade – Os meios pelos quais se materializa um direito devem ser acessíveis (física e economicamente) para todas as pessoas, sem nenhum tipo de discriminação.
- Qualidade – Os meios e conteúdos pelos quais se materializa um direito devem ter os requisitos e propriedades aceitáveis para desempenhar essa função.
- Adaptabilidade – O meio e os conteúdos escolhidos para materializar o exercício de um DH devem ter a flexibilidade necessária para que possam ser modificados, se necessário, a fim de se adaptarem às necessidades de sociedades e comunidades em transformação e responder a contextos culturais e sociais variados.
- Aceitabilidade – O meio e os conteúdos escolhidos para materializar o exercício de um direito devem ser aceitos pelas pessoas às quais se destinam, o que está intimamente relacionado com a adaptabilidade e com outros critérios, como a pertinência e a adequação cultural, bem como contar com a participação de cidadãos na elaboração da política em questão.

O último dos elementos a serem levados em consideração para “desempacotar” um direito são os princípios de aplicação: identificação do núcleo da obrigação, progressividade e proibição de retrocesso e máximo uso dos recursos disponíveis.

A identificação do núcleo de um direito supõe o estabelecimento de elementos mínimos que o Estado deve fornecer a qualquer pessoa de forma imediata e sem contra-argumentações fáticas de impossibilidades provenientes da escassez de recursos ou de elementos semelhantes. Após a identificação do núcleo da obrigação, isto não significa que o direito não possa se expandir (deve-se lembrar que os DH estabelecem os pontos mínimos, não os máximos de cada direito). Essa expansão realiza-se por meio do princípio de progressividade e proibição de retrocesso. Após ter avançado no gozo dos direitos, o Estado não poderá, salvo em certas circunstâncias, diminuir o nível alcançado. Pois bem, poderíamos nos perguntar: como podemos observar e garantir isso? Uma ferramenta útil é o máximo uso dos recursos disponíveis. Através de uma análise orçamentária pode-se observar primeiro quais são as quantidades que

efetivamente estão disponíveis e, depois, como foram aplicadas. Por exemplo, se em um bom ano obteve-se uma receita superior à esperada e esse excedente foi utilizado em despesas correntes – celulares, compra de carros etc., então validamente podemos pensar que houve uma violação do princípio de máximo uso dos recursos disponíveis.

O conteúdo específico de cada uma dessas obrigações, elementos essenciais e princípios de aplicação variará em função do direito a que for aplicado; por exemplo, algumas terão a ver com o respeito, proteção, garantia e medidas a serem tomadas para cumprir com os critérios de disponibilidade, acessibilidade, qualidade, adaptabilidade e aceitabilidade em matéria do direito à saúde, e o conteúdo será diferente (embora as categorias das obrigações sejam as mesmas) para tornar efetivo o direito à educação, o direito à água ou o direito a votar e ser votado. Dessa forma, o que teremos antes da elaboração de um diagnóstico e do planejamento de uma PP na perspectiva de DH é um “mapa do direito”, um “direito desempacotado”. Esse mapa, certamente formado por dezenas ou centenas de obrigações, servirá para dar conteúdo à PP.

Qual é o elemento central quando pensamos em padrões internacionais como suporte da PP na perspectiva de DH? Esse elemento refere-se à necessidade de obedecer aos tratados, a declarações que gerem obrigações, ao *jus cogens*, ao costume internacional, a todas as fontes do DIDH que incluem os comentários gerais, sentenças, documentos dos relatores especiais, programas e planos de ação provenientes das conferências de DH, bem como outros documentos que permitam estabelecer o conteúdo e os extremos das obrigações internacionais de DH. Assim, por exemplo, se estamos realizando uma análise da PP em matéria de saúde, é preciso recorrer a todos os documentos mencionados a fim de estabelecer as obrigações do Estado de respeitar, proteger, garantir e cumprir em matéria de saúde. Com esses elementos criaremos os padrões normativos internacionais que o Estado deve cumprir na matéria em questão.

2.3 Princípios transversais das políticas públicas na perspectiva de direitos humanos

Os tratados internacionais, os comentários gerais dos Comitês das Nações Unidas, os relatórios e a jurisprudência dos órgãos de proteção de DH em nível regional e internacional consagram outros princípios fundamentais que os e as tomadores/as de decisão devem observar de forma transversal na elaboração e implementação de PP. Entre esses padrões mínimos encontramos direitos ou princípios como a igualdade e não discriminação, a participação, a coordenação e a articulação entre níveis e ordens de governo, a cultura de DH, o acesso à informação, a transparência e a prestação de contas e o acesso a mecanismos de exigibilidade, temas que desenvolveremos a seguir.¹⁵

2.3.1 Igualdade e não discriminação

A igualdade e a não discriminação são dois princípios consagrados em numerosos instrumentos internacionais¹⁶ que enfatizam a igualdade no gozo de todos os DH e obrigam os Estados Partes a garantir o exercício dos direitos sem qualquer tipo de discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, opinião política ou de

outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento, deficiência física ou mental, estado de saúde (incluído o HIV/AIDS), orientação sexual, estado civil ou qualquer outra condição política, social ou de outro tipo. Esse conjunto de normas, bem como a jurisprudência sobre elas, aporta conceitos claros e parâmetros úteis para definir e avaliar as PP.

A igualdade e a não discriminação não só impõem aos Estados a obrigação de não discriminar (não implantar políticas e medidas discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios), mas também a obrigação de proteger as pessoas com relação a práticas ou comportamentos discriminatórios por parte de terceiras pessoas, sejam elas agentes públicos ou atores nãoestatais. Envolvem também o fato de prestar a devida atenção à situação particular das pessoas e grupos em situação de discriminação ou exclusão para que sejam tratados sobre uma base igual e não discriminatória e não sejam desatendidos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos lida com o conceito de igualdade material ou estrutural, enfatizando que

certos setores da população requerem medidas especiais de equiparação. Isto implica a necessidade de dar um tratamento diferenciado quando, devido às circunstâncias que afetam um grupo em desvantagem, a igualdade de tratamento supõe a limitação ou a piora ao acesso a um serviço ou um bem, ou o exercício de um direito.

(ABRAMOVICH, 2006, p. 44).

São sujeitos desse tipo de medidas os setores vítimas de processos históricos de discriminação e exclusão, como os povos indígenas e as mulheres, bem como os setores em situações de vulnerabilidade originadas em situações de desigualdade estrutural, como a infância, as pessoas migrantes sem documentos, a população deslocada de seu território ou as pessoas com HIV/AIDS, entre outros.

Uma das principais obrigações do Estado é a de identificar em seu território os grupos que precisam de atenção prioritária ou especial para o exercício de seus direitos, aprovar normas que os protejam dessa discriminação e incorporá-los às suas políticas, planos de ação, ação e, portanto, refletir em seu orçamento medidas concretas para protegê-los, compensá-los ou fortalecer seu acesso aos direitos.

2.3.2 Participação

Um dos elementos centrais na formação do sujeito de direitos e no empoderamento da pessoa é que ela seja considerada capaz de tomar as melhores decisões com relação à sua vida; em termos de teoria da democracia, existe uma igualdade moral seguida do princípio categórico de igualdade: as pretensões sobre bens e exigências morais das pessoas, a ordem de suas preferências, são igualmente válidas apesar das diferenças entre elas; ao mesmo tempo, salvo prova em contrário, cada sujeito é o melhor juiz para determinar tais pretensões e preferências, para construir seu horizonte de vida boa. Com essa premissa, o sujeito não só pode, mas deve participar das decisões políticas vinculantes como parte do exercício de autodeterminação.

A participação é outro dos elementos da construção do sujeito de direitos que, em geral, cria consenso. Não obstante, os problemas emergem no momento de dar resposta a vários elementos procedimentais: quais serão as formas de participação? Como interiorizar nos integrantes da sociedade política aquilo que é público? Com base em que critérios se dará a participação—republicanos, comunitários, deliberativos ou liberais? Até que ponto será mantida uma democracia representativa ou se passará a um sistema democrático direto? Se adotarmos a primeira, será que as ONG são boas representantes da sociedade civil? Se passarmos à democracia direta, qual seria o desenho mais oportuno, sobretudo em decisões regionais ou nacionais?

Os documentos do DIDH estabeleceram alguns parâmetros. O direito de participação e consulta nos assuntos públicos, consagrado em vários instrumentos internacionais,¹⁷ implica a participação ativa e documentada de todas as pessoas interessadas na formulação, aplicação e acompanhamento das PP. Os instrumentos internacionais sobre povos indígenas também consagram seu direito a ser consultados e participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de afetá-los diretamente.¹⁸

A capacidade de incidência da sociedade civil em PP dependerá, por um lado, do contexto institucional, que pode ser propício ou não à criação e, dependendo do caso à institucionalização, de mecanismos de participação efetiva de organizações civis, sociais e comunitárias no monitoramento, tomada de decisão e avaliação das PP, programas e ações, garantindo previamente condições adequadas de consulta e informação oportuna, acessível e compreensível. Na verdade também dependerá “da apropriação por parte das organizações sociais dos mecanismos de fiscalização e da existência na sociedade civil de atores com vocação e recursos para utilizá-la” (ABRAMOVICH, 2006, p. 47). A incidência pode ocorrer através da apresentação de casos judiciais, da organização de campanhas de opinião pública, da realização de protestos ou mobilizações sociais, entre outros.¹⁹

A incidência em PP, definida por Canto (2002, p. 264-265) como “o processo consciente e intencionado da cidadania para influir, persuadir ou afetar decisões de elites institucionais” (onde necessariamente aparece o governo) “que gerem uma mudança ou transformação nos cursos de ação tendentes à solução de problemas públicos determinados”, requer capacidades e habilidades específicas por parte das organizações da sociedade civil, que variam conforme as diferentes etapas do ciclo da PP, entre as quais o autor destaca a capacidade organizacional, habilidades técnicas, habilidades políticas, legitimidade social.

2.3.3 Coordenação e articulação entre níveis e ordens de governo

Os DH são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes. Isto significa que entre eles não há hierarquias, o cumprimento de um direito implica o cumprimento de outros e a violação de um direito pode gerar a violação de outros. Portanto, sua realização requer uma ação coerente, combinada e coordenada através de espaços e mecanismos de interlocução permanentes em todas as ordens e níveis de governo. A consequência imediata disto é que quando se dá um viés de DH à PP, esta tende a ser holística.

As PP em DH devem compreender ações, planos e orçamentos de diferentes setores e entidades públicas, que devem agir de forma coordenada e rompendo o paradigma setorial da competência por áreas (intersectorialidade). Também devem permitir a articulação nos diferentes níveis territoriais de governo: nacional, estadual e municipal (intergovernabilidade).

Devido ao que foi anteriormente dito, deve haver um permanente acordo entre autoridades públicas dos distintos níveis de governo, em condições de respeito à autonomia e com os princípios da concorrência, coordenação e subsidiariedade da ação pública. Do mesmo modo, no interior dos próprios níveis de governo deve-se utilizar a desconcentração, a delegação e a descentralização funcional com altos níveis de responsabilidade social e política.

(JIMÉNEZ BENÍTEZ, 2007, p. 43).

Esta é uma das principais diferenças entre a PP tradicional e a perspectiva de DH; a primeira é muito mais focada em problemas específicos, a segunda é muito mais integral (holística) e entende o “problema público” de forma bastante diferente: como exercício de direitos. Estas diferenças serão recuperadas a seguir.

2.3.4 Cultura de direitos humanos

Na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 se estabelece que:

(...) a educação em matéria de DH e a difusão de informação adequada, seja ela de caráter teórico ou prático, desempenham um papel importante na promoção e no respeito dos DH de todas as pessoas sem nenhuma distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião.

(NACIONES UNIDAS, 1993, Art. 33).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) obteve avanços significativos no impulso de estratégias e na produção de informação e materiais sobre a questão. No México, a educação para a paz e os direitos humanos, impulsionada décadas atrás por organizações da sociedade civil, foi paulatinamente integrada ao cotidiano público, em um primeiro momento por alguns organismos autônomos e mais recentemente por instituições públicas.

A consolidação de uma cultura de respeito aos DH implica, por um lado, sensibilizar a população sobre os DH através de campanhas e outras atividades de difusão e promover uma cultura de exigibilidade de direitos entre os cidadãos, bem como capacitar as e os servidores/as públicos, de todos os níveis e ordens de governo, em matéria de DH em geral e em relação às PP e orçamento com foco de DH em particular.

Para formar esse processo de cultura de DH é preciso utilizar tanto a educação formal quanto a informal, levando em consideração que se deve educar tanto *em* DH como *para* os DH. Finalmente, um ponto essencial é que a educação em DH dirigida às e aos servidores/as públicos deve ser acompanhada da modificação institucional

que permita novos incentivos e desincentivos no cumprimento das obrigações em matéria de DH. Apenas a capacitação não modificará inércias previamente estabelecidas se não for acompanhada pelos incentivos institucionais adequados. E ainda há outra questão: embora a educação em DH seja importante, a geração de valores em matéria de DH é um processo de longo prazo, que certamente não poderá ser constituído em uma primeira ou segunda geração, e por isso o desenho institucional é fundamental.

2.3.5 Acesso a mecanismos de exigibilidade: acesso à informação, transparência e prestação de contas, outros mecanismos políticos e jurisdicionais.

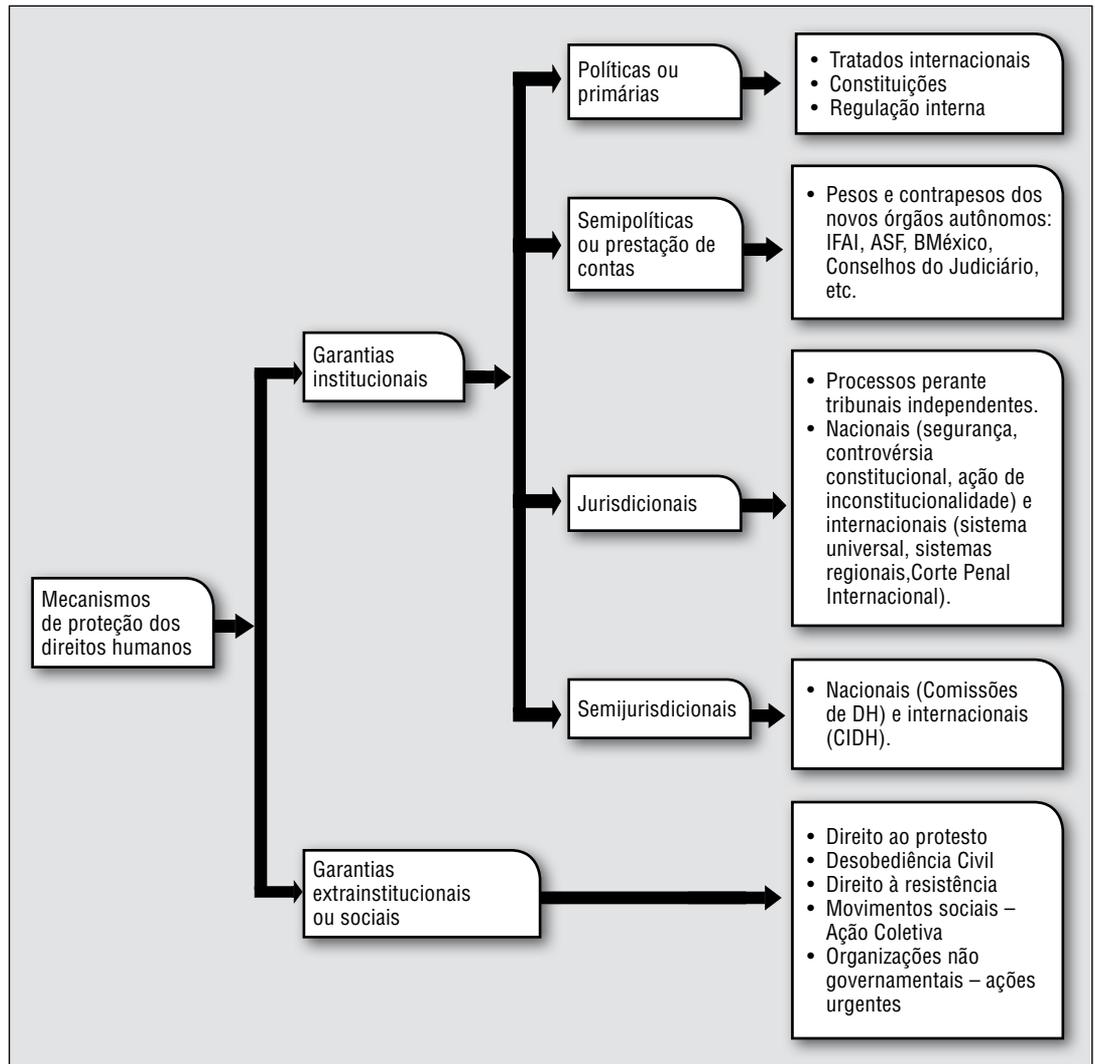
O último dos princípios transversais é o estabelecimento de mecanismos de exigibilidade. Como observamos, no empoderamento da pessoa, o ponto de partida para formular uma política não é mais a existência de certos setores sociais que devem ser “assistidos” através da concessão de benefícios assistenciais ou prestações discricionárias, mas sim, como frisa Abramovich (2006, p. 40), “a existência de pessoas que têm direitos que podem exigir ou demandar, isto é, atribuições que dão origem a obrigações jurídicas para outros e, portanto, ao estabelecimento de mecanismos de segurança, garantia ou responsabilidade”. De acordo com a proposta de Gerardo Pisarello (2007) e Luigi Ferrajoli (1999, 2006), pode-se distinguir inicialmente entre as garantias institucionais e extrainstitucionais ou sociais. Entre as primeiras estão as garantias políticas de Pisarello, ou primárias, de acordo com Ferrajoli. Essas garantias se constituem por meio dos processos de positivação dos direitos, independentemente de que este processo se desenvolva em nível nacional ou internacional.

Os mecanismos semipolíticos provêm do já clássico mecanismo de pesos e contrapesos que agora é conhecido como *accountability* horizontal e é complementado com os novos organismos autônomos. Em grande parte aqui entram todos os mecanismos de transparência e prestação de contas. O direito ao acesso à informação inclui o direito das pessoas de solicitar e receber informação pública que lhes ofereça os elementos necessários para avaliar e fiscalizar as políticas e decisões públicas que as afetam; correlativamente, o Estado tem obrigação de oferecer a informação solicitada, e em regra geral de garantir a transparência da função pública e a publicidade dos atos de governo. O enfoque de DH, enquanto ajuda a formular políticas, leis, regulamentos e orçamentos a partir da definição de pontos de referência, prioridades, metas, indicadores, responsáveis e recursos, contribui para que o processo de formulação de políticas seja mais transparente e para que os que têm o dever de agir prestem contas (NACIONES UNIDAS, 2006c, p. 17).

As garantias jurisdicionais para Pisarello ou secundárias para Ferrajoli são os processos perante tribunais independentes acompanhados em nível nacional ou internacional. Nesse ponto é preciso insistir que “não há impossibilidade teórica ou prática de configurar direitos exigíveis também no campo dos DESC” (ABRAMOVICH, 2006, p. 48). Devido ao direito internacional dos direitos humanos,

todas as pessoas têm direito ao acesso à justiça, isto é, a contar com recursos judiciais efetivos, simples e rápidos ou a qualquer recurso perante um juiz, que lhe permita amparar-se contra qualquer violação de seus direitos humanos.

Finalmente, temos os mecanismos semijurisdicionais, que se referem aos órgãos de defesa de DH, como as comissões ou defensorias públicas. Por sua parte, as garantias extrainstitucionais se referem a todo o conjunto da ação coletiva para exigir um direito humano.



Esta revisão de princípios transversais ao enfoque de DH não pretende ser exaustiva, mas apenas delinear alguns deles, que consideramos mais relevantes e mais bem desenvolvidos. À medida que o DIDH vai se delineando, esses princípios vão sendo detalhados e alimentados com novos direitos e princípios. Em particular, cabe ressaltar o mais recente conceito de sustentabilidade, que enfatiza a necessidade de incorporar um enfoque de sustentabilidade ao desenho, implementação e avaliação

de políticas e programas públicos, para assegurar condições capazes de satisfazer as necessidades e a realização dos DH das gerações presentes sem comprometer as gerações futuras.

Chegamos à metade do caminho; já entendemos o que são e como são construídos os padrões internacionais, e agora vem o mais interessante dos desafios: como transformamos esses padrões internacionais em PP?

3 Como integrar a perspectiva de direitos humanos às políticas públicas?

Adiantamos a proposta geral: através da identificação das obrigações internacionais provenientes do DIDH aplicadas às ferramentas já existentes de PP. A partir da necessidade de dar racionalidade à PP foram geradas várias ferramentas, como os planos e programas de PP, que contam, como um de seus elementos centrais, com uma Matriz de Marco Lógico (MML) e diversas avaliações realizadas em todo o ciclo de vida das PP. O objetivo é que a perspectiva de DH esteja presente em todo o ciclo de vida das PP, ou seja, cada um dos processos que formam o ciclo de vida deve ser dotados da perspectiva de DH.

3.1 A estruturação do problema público: a formação de um comitê e a elaboração do diagnóstico

O principal objetivo das PP na perspectiva de DH é o cumprimento do direito de todas as pessoas, e esta é uma das principais diferenças com a PP tradicional. Quando se pensa na estruturação do problema público, é preciso considerar que o objetivo final da política é o exercício efetivo do direito relacionado a esse problema, este é o fim da PP dessa perspectiva. Embora haja um problema quando temos mulheres violadas em sua integridade pessoal devido à violência familiar, por exemplo, a lógica de estruturação não parte da solução desse problema, mas do respeito ao direito a uma vida livre de violência.

Surge aqui uma segunda diferença importante: na medida em que os DH são interrelacionados, interdependentes e indivisíveis a PP na perspectiva de DH se torna holística. A perspectiva de DH não se refere a um campo específico, não se refere às ações a cargo das instituições de DH ou a algum direito em particular, como a integridade pessoal; trata-se de dar perspectiva de DH a toda a PP estatal, de dar perspectiva de DH ao Plano Nacional de Desenvolvimento, ao programa de meio ambiente, ao programa de política agrícola, ao programa de política social, de água, de segurança, de política fiscal, de jovens, idosos, indígenas, migrantes, administração de justiça, etc. Nesse sentido, ela é uma espécie de “guarda-chuva” transversal que se estabelece como padrão normativo para entrar em contato com toda a PP e verificar se respeita a perspectiva de DH.

Essas duas diferenças entre a PP tradicional e a perspectiva de DH terão um forte impacto em todo o ciclo de vida das PP, incluindo aí a formação de um Comitê muito amplo para gerar coordenação intersetorial e estruturar o problema através de um diagnóstico. Esse Comitê Coordenador deve ser amplo

e participativo e nele devem figurar as múltiplas figuras que integram o governo (poder executivo, legislativo e judiciário), órgãos autônomos e também atores da sociedade civil organizada e acadêmicos. A participação de organismos internacionais especializados na matéria também resulta oportuna e enriquecedora. Como a PP na perspectiva de DH é abertamente holística, muitos de seus objetivos implicarão ações dos três poderes em diversas ordens de governo (federal, estadual e municipal). Além do mais, se o poder está fortemente segmentado em diversos partidos, vale a pena pensar na representação dos partidos fundamentais a partir do Comitê Coordenador. Como o leitor poderá imaginar, uma combinação desse tipo parece complicada: fazer com que tantos atores com agendas (e inclusive princípios) não só diferentes como também contraditórios, a princípio poderia estar condenada ao fracasso. Embora seja verdade que um processo de participação desse tipo parece muito complicado, isto também acontece com relação ao fato de que um Comitê que não seja participativo e representativo das principais forças políticas (em sentido amplo) de um país possa desenhar um plano, mas certamente este não será efetivado.

O primeiro passo para dar perspectiva de DH à PP é desempacotar o direito em questão a partir dos elementos analisados na seção anterior. Já com o direito desempacotado deve-se realizar um mapeamento com o desenho institucional do ente que vamos analisar (nacional, local, um poder específico, uma área limitada, etc.): a quem corresponde realizar que tipo de obrigação em matéria de DH? O melhor é chegar até um terceiro nível (secretaria-subsecretaria-direção geral). Com este mapeamento podemos identificar quem são os órgãos diretamente demandados pelas obrigações provenientes do DIDH, o que estão fazendo a esse respeito, como estão fazendo isto e o que estão deixando de fazer. Começa-se, assim, a gerar o diagnóstico, cujo objetivo final é a identificação das causas estruturais do exercício do direito. A elaboração de um diagnóstico é elementar no processo de racionalidade da política pública, permite estruturar problemas e desenhar soluções baseadas em evidência empírica: política baseada em evidência. Um aspecto central é que a elaboração do diagnóstico supõe que se tenha informação oficial, assim como também informação proveniente de outras fontes. Além disso, é muito provável que um dos principais problemas é que não se conte com informação para diagnosticar alguma obrigação relacionada a certo direito.²⁰

Nas últimas décadas, além da documentação, denúncia e litígio de casos individuais e coletivos de violações de DH perante os tribunais nacionais e órgãos de proteção em nível regional e internacional, a realização de informes e avaliações sobre o cumprimento dos DH tem suscitado um crescente interesse entre a comunidade internacional. As organizações da sociedade civil desempenham um papel importante no processo de comparecimento dos Estados perante os Comitês das Nações Unidas, ao aportar informação alternativa à oficial sobre a vigência dos DH em seus respectivos países. Os relatórios oficiais e os relatórios “sombra” apresentados aos órgãos das Nações Unidas, que supervisionam a aplicação dos tratados internacionais de DH nos diversos países, bem como os diagnósticos nacionais e estatais de DH, são alguns exemplos disso e são também fontes de informação úteis na elaboração do diagnóstico. Por outro lado, as organizações

não governamentais internacionais, como a Anistia Internacional, a *Human Rights Watch*, a Federação Internacional das Ligas de Direitos Humanos ou a Organização Mundial Contra a Tortura produzem relatórios anuais sobre as práticas de DH no mundo, privilegiando aqueles países onde se registram mais casos de violações aos DH e abusos cometidos contra os defensores de DH.

Essas investigações, principalmente de caráter narrativo e qualitativo, que pretendem oferecer um panorama mais ou menos amplo e detalhado da realidade empírica dos DH em um país determinado, mobilizam dois enfoques diferenciados, porém complementares: um deles privilegia uma avaliação da situação dos DH da população em geral ou de grupos específicos (mulheres, infância, pessoas com deficiência, povos indígenas etc.); o outro tenta medir o grau de cumprimento das obrigações do Estado. No primeiro caso, a intenção é oferecer um panorama do grau de vigência e satisfação dos direitos na prática; para isso, são apresentados os diversos componentes do direito a partir de informação estatística e são identificados os pontos prioritários. O outro enfoque remete à análise dos esforços empreendidos pelo Estado em matéria legislativa, administrativa, programática ou orçamentária para gerar as condições propícias à realização dos DH no país.

3.2 O desenho da política pública: a matriz de marco lógico

Um elemento central na PP é o planejamento. Independentemente de se tratar de um curto, médio ou longo prazo, as aspirações futuras dos cidadãos interpretadas pelo governo costumam constar de planos de PP com objetivos que posteriormente serão submetidos à avaliação. Este é um elemento central da PP: ela não está integrada por elementos espontâneos no tempo, mas por uma série de momentos e passos que formam um continuum. Inclusive a PP realizada com o objetivo específico de resolver um problema pressupõe um plano para estruturar, atender e solucioná-lo. Em matéria de DH, o ACNUDH elaborou um Manual de Planos Nacionais de Direitos Humanos, no qual explica a importância de criar planos nacionais de DH, as principais etapas na elaboração de um plano e algumas estratégias para que o planejamento seja bem-sucedido.

Durante certo tempo se pensou que a PP referente aos DH deveria se limitar às atividades e obrigações dos órgãos de DH, como as comissões ou as defensorias públicas. Quando se pensava, por exemplo, em planos ou orçamento de DH, eram consideradas as verbas alocadas a essas instituições para financiar suas atividades. Entretanto, da mesma forma que o direito das mulheres não é sinônimo de perspectiva de gênero, as atividades relacionadas às instituições de DH não são sinônimo de PP na perspectiva de DH. A intenção é dar perspectiva de direitos humanos a toda política pública do Estado, isto é, que os direitos humanos sejam o fim das PP.

O ponto culminante da estruturação do problema público mediante um programa supõe que, uma vez realizado um diagnóstico de DH, já conseguimos identificar os direitos a serem planejados, elaborar o mapa de obrigações internacionais a cargo do Estado em torno desses direitos, analisar quais dessas obrigações não são cumpridas e as causas estruturais da ineficácia do direito, e discutir e planejar as linhas

estratégicas e as linhas de ação a serem desenvolvidas para remover essas causas. A partir daí começa o mais complicado: a execução, verificação e avaliação do plano.

Um último fato que chama a atenção. Embora a partir do DIDH a organização federal de um Estado não seja razão suficiente para que as autoridades municipais, estaduais ou federais deixem de cumprir alguma das obrigações a seu cargo alegando impossibilidades a partir da distribuição de competências, essa distribuição e a coordenação de diversos órgãos de governo para cumprir obrigações em matéria de DH também não são nada simples. Um último interessante movimento da representação do ACNUDH no México em torno do planejamento de PP na perspectiva de DH é passar dos planos nacionais aos estaduais ou a cargo de entidades federativas. Após a elaboração de uma primeira importante onda de planos em nível nacional ficou claro que havia problemas que obedeciam e deviam ser resolvidos a partir de lógicas locais, daí a importância dessa nova forma de planejamento.

3.2.1 A Matriz de Marco Lógico

Em matéria de política pública foi gerado um processo de reforma e modernização administrativa baseado nos postulados da NGP. Daí surgiu o uso da MML, difundida pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento no princípio dos anos 70 e retomada nos anos 90 por organizações financeiras internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco Mundial. Domínguez e Zermeño (2008) frisam que a MML usada em processos de planejamento, monitoração e avaliação de projetos pretende sintetizar em uma única matriz ou tabela os aspectos centrais de um projeto – isto é, seus objetivos, produtos, atividades e indicadores -, bem como as condições externas que afetam o projeto e determinarão a consecução dos seus objetivos.

Segundo GESOC (2010), uma MML funciona com base em duas lógicas, a vertical e a horizontal. A vertical é identificada como resumo narrativo e apresenta a lógica causal que vincula os objetivos do programa. Está composta pelos seguintes quatro elementos:

Atividades: são as tarefas ou ações chave necessárias para produzir cada um dos componentes do programa.

Componentes: Descrevem as estratégias e produtos de intervenção do programa.

Propósito: Descreve o resultado desejado pelo programa e como a situação mudará com os produtos do mesmo.

Fim: é o objetivo mais amplo para o qual o programa contribui (impacto). Estabelece a forma como o programa ajuda a resolver um determinado problema público (GESOC, 2010, p. 7).

A lógica horizontal está composta por três colunas (indicadores, modos de verificação e suposições de risco), onde são identificadas as formas de medição, fontes e precondições de êxito da política em questão. Essas colunas são:

Indicadores: Medem o desempenho do programa e são fundamentais para efetuar um correto acompanhamento do cumprimento dos objetivos em cada nível.

Meios de Verificação: nessa coluna é identificada a fonte da informação para elaborar os indicadores de desempenho em cada nível.

Suposições e Riscos: são aquelas condições que estão fora do controle do programa, embora de sua presença ou ausência dependa a consecução dos objetivos do mesmo (GESOC, 2010, p. 7).

Um exemplo da matriz de marco lógico é o seguinte:

	Resumo narrativo	Indicadores	Meios de verificación	Supsições e riscos
FIM				
PROPÓSITO				
COMPONENTES				
ATIVIDADES				

O diagrama mostra uma matriz de marco lógico com quatro linhas (FIM, PROPÓSITO, COMPONENTES, ATIVIDADES) e quatro colunas (Resumo narrativo, Indicadores, Meios de verificación, Supsições e riscos). Uma seta horizontal preta aponta para a direita, atravessando as colunas de 'Indicadores' a 'Supsições e riscos', com o texto 'LÓGICA HORIZONTAL' no centro. Uma seta vertical preta aponta para cima, atravessando as linhas de 'ATIVIDADES' a 'FIM', com o texto 'LÓGICA VERTICAL' no centro.

Fonte: Gesoc (2010, p. 7).

O elemento central para que haja uma perspectiva de DH é que os fins, o impacto esperado da PP, sempre seja o exercício efetivo do direito. Assim, de forma automática, o resto das casas (propósito, componente e atividade) obterá perspectiva de DH e serão obtidos indicadores de DH.

O enfoque baseado em resultado promovido pelo paradigma da NGP envolve uma série de problemas, entre outros os relacionados com a própria definição dos objetivos que se tenta atingir com este tipo de ferramentas. Geralmente essas reformas são motivadas por objetivos próprios do governo – por exemplo, a economia e a eficiência do gasto público ou o fortalecimento das medidas de controle e prestação de contas gerencial -, que não necessariamente implicam a geração de valor público apreciado pela cidadania (GESOC, 2009, p. 23). Por exemplo, no México, o governo federal instrumentou a perspectiva da NGP com um corte meramente gerencial com uma clara visão de orientação para resultados, a partir de uma estratégia que integra mecanismos de medição e avaliação do desempenho e que

tem um duplo objetivo: “racionalizar o processo de alocação do gasto e modernizar a gestão pública” (ZABALETA SOLIS, 2008, p. 44).

Por outro lado, em anos recentes, o Governo do Distrito Federal (GDF) deu os primeiros passos na formação de uma estratégia integral de orientação para resultados. A intenção também é melhorar a eficiência e eficácia do gasto público; no entanto, foi introduzido um novo elemento, isto é, a vontade de alinhar os objetivos e resultados da ação governamental para a satisfação dos direitos políticos, civis, sociais, culturais e ambientais das pessoas, e um enfoque de gênero que tenta reverter desigualdades sociais entre homens e mulheres.²¹ Para isso, a intenção do GDF é construir um modelo de planejamento-programação-orçamento-avaliação com um enfoque de geração de *valor público*, a partir do reconhecimento da obrigação internacional do Estado de respeitar, proteger, garantir e fazer cumprir os DH e a perspectiva de gênero.²² Não obstante, o esforço no Distrito Federal ainda é incipiente e apresenta uma série de limitações.²³

3.3 Avaliação e construção de indicadores

Cada uma das etapas do ciclo de vida das PP pode ser avaliada; podemos avaliar a tomada de decisões, o desenho dos programas, sua gestão, os resultados e o impacto. Na medida em que os padrões internacionais em matéria de DH são recuperados como fins e objetivos da PP por meio da MML, os indicadores propostos para essas avaliações (talvez com a única exceção da avaliação de gestão) automaticamente farão referência ao cumprimento dos direitos.

Um dos elementos centrais para poder realizar a avaliação é a construção de indicadores. Nos últimos anos, a questão dos indicadores está no centro dos debates sobre a medição dos avanços ou retrocessos na realização dos DH; a intenção é poder agregar uma perspectiva quantitativa à avaliação e definir métodos e critérios de medição mais sistemáticos. A discussão centra-se, entre outros aspectos, na possibilidade de criar um sistema articulado de indicadores amplos e confiáveis que, devido ao princípio de indivisibilidade e interdependência dos DH, possa ser aplicado tanto ao cumprimento dos direitos civis e políticos, como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (NACIONES UNIDAS, 2008), em seu recente *Informe sobre indicadores para promover e vigiar o exercício dos direitos humanos*, identifica três tipos de indicadores:

- 1) *Indicadores estruturais*: refletem a ratificação e adoção de instrumentos jurídicos conforme os padrões internacionais de DH e a existência de mecanismos institucionais básicos (instituições, estratégias, políticas, planos, programas, etc.) para facilitar a realização de um determinado direito. Permitem medir o compromisso do Estado para organizar o sistema legal e o aparelho institucional para cumprir suas obrigações.
- 2) *Indicadores de processo*: referem-se à medição do alcance, da cobertura e do conteúdo das estratégias, políticas, planos, programas ou outras intervenções

específicas, destinadas a causar impacto no exercício de um ou vários DH. Tentam medir a qualidade e a magnitude dos esforços do Estado para implementar os direitos.

- 3) *Indicadores de resultado*: são os que refletem o impacto real das intervenções do Estado sobre o nível de vigência dos direitos. Descrevem as conquistas, individuais e coletivas, que refletem o grau de realização de um direito humano em um determinado contexto.

Além dessas três categorias de indicadores, desenvolveram-se outras relativas a normas ou princípios transversais de DH que não se identificam com a realização de um determinado direito humano, mas que mostram em que medida o processo para aplicar e tornar efetivos os DH é, por exemplo, participativo, não discriminatório, transparente, etc., isto é, se cumpre com os princípios transversais de aplicação.

Como primeira medida, para que um indicador seja útil, deve ser claro e estar diretamente ligado a algo que nos interessa e que deve estar expressamente assinalado em alguma das ferramentas de racionalidade das PP, em particular na MML. Assim, a criação de um indicador, para que seja útil, deve estar relacionada a uma atividade, componente, fim ou resultado da PP.

Um desafio diferente provém da avaliação de impacto da PP implementada. Para entrar nessa questão, vale a pena distinguir os níveis de profundidade da administração pública. Podem-se considerar três níveis: o nível macro, onde podemos pensar nos impactos de longo prazo da PP; o meso, onde podemos situar os resultados de curto e médio prazo; e o nível micro, que se refere às unidades administrativas particulares e, em alguns casos, a servidores públicos específicos, onde podemos identificar a análise de gestão administrativa (GONZÁLEZ, s.d.).

NÍVEIS DE PROFUNDIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TIPOS DE AVALIAÇÃO

Níveis de profundidade	Âmbito de alcance	Produtos de avaliação e monitoramento
MACRO	Indicadores de impacto (cumprimento de direitos).	Avaliações de impacto: informes trienais ou quinquenais de avanço por direito.
MESO	Indicadores de resultados de programas governamentais relacionados a cada direito.	Informes de monitoramento anuais.
MICRO	Indicadores de gestão (insumos, processos e produtos) das unidades executoras de gasto relacionadas a cada resultado e impacto.	Informes de monitoramento semestrais de avanço físico-financeiro, de cobertura, de focalização, etc.

Fonte: González (s.d.).

O ponto final, anterior ao reinício do ciclo da PP, será a avaliação de impacto. Aqui há um elemento interessante a ser destacado; ao contrário do que acontece com os indicadores estabelecidos na MML, nesta avaliação será obtido um conjunto de indicadores para medir as diversas obrigações e componentes por cada um dos direitos.

Seguindo a metodologia proposta por Anaya Nuñez (2008), o primeiro passo para a definição de indicadores de DH é a elaboração de uma definição clara e detalhada do conteúdo do direito e a identificação de seus distintos componentes ou atributos; uma possibilidade é o desempacotamento do direito trabalhado acima. O passo seguinte é a operacionalização de cada componente ou atributo, isto é, a seleção de um número variado de indicadores por cada componente e a definição das técnicas de medição de cada indicador. O conjunto de indicadores provém do direito desempacotado; cada uma das obrigações e elementos essenciais do direito deve ter pelo menos um indicador; por isso, da mesma forma que podem ser geradas dezenas de obrigações, também é possível gerar dezenas de indicadores. Este conjunto de indicadores deve formar um índice, que nos mostrará a situação do direito em questão em um momento inicial determinado e antes da implementação do programa. O aspecto central é que este índice funciona como base e deve ser replicado pelo menos a cada ano para conhecer o status do exercício de um direito no longo prazo. Após a implementação da PP, depois de realizada a avaliação de desenho, gestão e resultados, deve-se realizar a avaliação de impacto; a expectativa é que o índice em geral (ou alguma das obrigações ou elementos essenciais em particular) tenha melhorado com relação à medida anterior à realização do programa, devido à implementação do mesmo.

Se a implementação foi correta (os indicadores em nível micro e meso são aceitáveis), porém não há nenhuma diferença em nível macro (o plano foi aplicado corretamente, mas não gerou nenhum impacto), então o problema está no diagnóstico. É provável que tenha sido realizada uma análise incorreta das diversas relações causais que estruturavam o problema, e por essa razão, apesar do cumprimento do programa, não obtivemos nenhuma melhoria. Também pode suceder que o problema não esteja no diagnóstico, mas que algumas condições do programa não tenham sido cumpridas ou que haja um novo contexto não previsto ao momento do desenho da política.

Os indicadores constituem uma ferramenta fundamental para o monitoramento e a fiscalização, mas apresentam uma série de obstáculos de ordem teórica e metodológica. O primeiro ponto tem a ver com a riqueza conceitual de cada direito cuja operacionalização exigiria demasiados indicadores, e, por isso, é preciso circunscrever a definição do direito a seu conteúdo básico e selecionar um número razoável de indicadores com base em critérios teóricos sólidos. Nesse sentido, o ACNUDH (NACIONES UNIDAS, 2008) estima que uma média de quatro atributos poderia obter com precisão razoável a essência do conteúdo normativo dos direitos. Além disso, é importante construir índices de indicadores por direito, pois do contrário ter-se-ão apenas longas listas de indicadores que, em seu conjunto, não conseguem indicar nada com relação a um objeto específico. Retomando as palavras de Anaya Nuñez (2008), a definição de um índice apresenta

ainda outra dificuldade: a agregação. A elaboração de um índice implica a soma dos indicadores definidos por cada componente de cada direito. Portanto, implica definir se todos os indicadores têm a mesma importância, de tal forma que o índice os possa agregar linearmente, ou se, pelo contrário, deve ser atribuído aos mesmos um peso diferente e ponderá-los.

A medição da situação de DH enfrenta outro desafio, pois é preciso lidar com aspectos subjetivos, como a avaliação da pertinência de uma lei à luz dos padrões internacionais, a adequação de uma PP, a pertinência dos recursos judiciais existentes, a recorrência de casos de violações, etc. O mais comum é que esta informação não esteja sistematizada, e muito menos codificada. Esta informação requer um tratamento especial para que se possa atribuir-lhe uma expressão quantitativa. Nesses casos se propõe a prática da codificação, isto é, a partir da revisão de fontes secundárias de informação (informes oficiais, informes de organismos autônomos de DH, denúncias e ações urgentes de organizações da sociedade civil, etc.), um grupo de avaliadores treinados e qualificados avalia e adjudica pontos em uma escala ordinal, dando uma determinada qualificação a um dado aspecto do direito. O desafio aqui é a definição, anterior ao exercício, de regras de codificação claras e transparentes que permitam reduzir os espaços de subjetividade.²⁴

Os trabalhos mais relevantes realizados neste sentido são os índices *Freedom House* e *Terror Scale*, que enfatizam os direitos civis e políticos, bem como o índice construído por Cingranelli e Richards, que também inclui alguns direitos econômicos e sociais.

4 À guisa de conclusão: fim e reinício do ciclo de vida da política pública

Após cumprir todos os pontos anteriores, conseguimos o nosso objetivo:

- Teremos de forma muito clara “o desempacotamento dos direitos”, isto é, conheceremos as obrigações e componentes que integram os padrões internacionais do DIDH.
- Através de ferramentas como os planos e programas de DH e a MML, teremos podido estabelecer esses padrões internacionais como fins e objetivos da PP.
- Teremos os indicadores necessários para poder realizar as avaliações do programa em questão a partir dos padrões internacionais de DH, tanto em nível micro como no meso e macro.
- Teremos evidência proveniente de uma avaliação de impacto para saber se a política desenhada está conseguindo melhorar o cumprimento dos DH ou, se isto não ocorreu, para poder reformular os aspectos necessários da estruturação do problema e do desenho da política.

REFERÊNCIAS

Bibliografía e outras fontes

- ABRAMOVICH, V. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88, abr.
- ANAYA NUÑOZ, A. 2008. Hacia una metodología para el diagnóstico y la medición de la situación de los derechos humanos en México. En: ARJONA, J.C.; GUZMÁN, G. (Comp.). 2008. **Hacia una metodología para la medición del cumplimiento de los derechos humanos en México**. México: Universidad Iberoamericana. p. 31-57.
- CANTO, M. 2002. Incidencia en Políticas Públicas. Marco conceptual. En: CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y CULTURALES ANTONIO MONTESINOS. **Estrategias y herramientas de incidencia ciudadana en políticas públicas**. México. p. 261-278.
- DOMÍNGUEZ P, M.; ZERVEÑO N., F. 2008. Análisis del esquema de evaluación de programas federales sociales implementado en 2007: el programa anual de evaluación y la matriz de marco lógico. En: GONZÁLEZ, A. (Coord.). **¿Gobernar por resultados?** Implicaciones de la política de evaluación del desempeño del Gobierno mexicano. México: GESOC. p. 74-110.
- FERRAJOLI, L. 1999. **Derechos y Garantías. La ley del más débil**. España: Editorial Trotta.
- _____. 2006. **Sobre los derechos fundamentales y sus garantías**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- FRIEDMAN, M. 1966. **Capitalismo y libertad**. Ediciones Rialp.
- _____. 1992. **Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico**. México: Grijalbo.
- GESOC. 2009. **Modelo general para la elaboración del presupuesto del gobierno del Distrito Federal con enfoque de resultados, derechos y género**. [s.l.] Mimeo. Disponible em: <www.gesoc.org.mx>. Último acceso em: Março de 2011.
- _____. 2010. **Programación basada en resultados con perspectiva de derechos humanos en el Distrito Federal**. [s.l.] Mimeo. 40 p.
- GONZÁLEZ, A. (s.d.). **¿Para qué evaluamos?** Los dilemas del uso de la información de desempeño en México. [s.l.] Mimeo. 28 p.
- JIMÉNEZ BENÍTEZ, W.G. 2007. El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. *Civilizar*, Colombia, n. 11, p. 31-46, enero-junio.
- LASSWELL, H. 1992. La orientación hacia las políticas. En: AGUILAR VILLANUEVA, L.F. (Ed.). **Estudio de las Políticas Públicas**. México: Porrúa. p. 79-103. v. 1 (Antologías de Política Pública). (primeira edição em inglês 1951).
- MÉXICO. 2008a. Comité Coordinador para la Elaboración Del Diagnóstico y Programa de DH DEL DF. **Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal**.

- _____. 2008b. Secretaría de Finanzas. **Manual de Programación y presupuestación para la formulación del anteproyecto del presupuesto de egresos del 2009.**
- _____. 2009. Comité Coordinador para la Elaboración Del Diagnóstico y Programa de DH DEL DF. **Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal.**
- NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** 10 dic.
- _____. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16).
- _____. 1979. **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.**
- _____. 1984. **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.** 10 de diciembre.
- _____. 1989. **Convención sobre los Derechos del Niño.** 20 de noviembre.
- _____. 1990. **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.** 18 de diciembre.
- _____. 1993. **Declaración y Programa de Acción de Viena,** A/CONF.157/23, 12 de julio 1993.
- _____. 2001. **Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos,** HRI/GEN/2/Rev.1, 9 de mayo de 2001, 101 p.
- _____. 2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Handbook on National Human Right Plans of Action.** HR/P/PT/10.
- _____. 2004. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: Un marco conceptual.** Nueva York y Ginebra.
- _____. 2005. **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,** CERD/C/469/Add.1 6 de mayo de 2005.
- _____. 2006a. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** CCPR/C/ITA/CO/5, 24 abr.
- _____. 2006b. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de DH.** HRI/MC/2006/7.
- _____. 2006c. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo.** Nueva York y Ginebra.
- _____. 2006d. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). **Principios y Directrices para la Integración de los Derechos Humanos en las Estrategias de Reducción de la Pobreza.** Ginebra.

- _____. 2007. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 13 sept.
- _____. 2008. **Informe sobre indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos**. HRI/MC/2008/3. 15 de mayo.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). 1948. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración Americana de Derechos y Deberes Del Hombre**. Colombia.
- _____. 1969. **Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”**. San José de Costa Rica, 22 nov.
- _____. 1985. **Convención Interamericana Para Prevenir Y Sancionar La Tortura**. Colombia, 12 sept.
- _____. 1988. **Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”**. El Salvador, 17 nov.
- _____. 1990. **Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Convención sobre Pena de Muerte**. Asunción, 6 ago.
- _____. 1994a. **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**. Belém do Pará, 9 jun.
- _____. 1994b. **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer**. Belém do Pará, 9 jun.
- _____. 1999. **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad**. Guatemala, 6 jul.
- _____. 2000. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión**. Octubre.
- _____. 2001. **Carta Democrática Interamericana**. Perú, 11 sep.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 1989. **Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo**.
- OSBORNE, D.; GAEBLER, T. 1994. **Un nuevo modelo de gobierno**. Como transformar el espíritu empresarial al sector público. México: Gernika.
- PISARELLO, G. 2007. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta.
- SERRANO, S.; VÁZQUEZ, D. 2011. Fundamentos teóricos de los derechos humanos. En: CDHDF. **Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos**. Fase de inducción. México: CDHDF. p. 205-268.
- ZABALETA SOLIS, D. 2008. Una mirada institucional a la política federal de evaluación del desempeño en México: algunas implicaciones a la luz del paradigma gerencialista. En: GONZÁLEZ ARREOLA, A. (Coord.). **¿Gobernar por resultados?** Implicaciones de la política de evaluación del desempeño del Gobierno mexicano. México: Gesoc. p. 42-73.

NOTAS

1. É importante ressaltar que aqui a política pública é estudada como uma disciplina, como um corpo teórico-analítico com capacidade de aplicações práticas, cujo principal objetivo é dar racionalidade à função pública. Nesse sentido, é importante distinguir a análise das políticas públicas da administração pública, mais longa e a segunda e com objetivos e formação teórica diferentes.
2. A análise da política pública chegou ao México na década de 80, a partir da forte crise econômica sofrida pela América Latina naqueles anos, que obrigou todos os países a estabelecer mecanismos de racionalização no uso de seus recursos, muito escassos naquele momento.
3. Referimo-nos tanto aos órgãos governamentais que integram os poderes executivo, legislativo e judiciário, quanto aos níveis de governo federal, estadual ou municipal, quanto aos órgãos autônomos, como o Banco de México, o Instituto Federal de Acesso à Informação e o Instituto Federal Eleitoral.
4. É importante distinguir a esfera pública da agenda pública. Trata-se de dois conceitos diferentes. Pode haver temas próprios da esfera pública que não necessariamente fazem parte da agenda pública. A esfera pública é o âmbito de discussão social formado por múltiplos nodos discursivos: os meios de comunicação, as praças públicas, o interesse coletivo, etc. Entretanto, pode haver temas discutidos na esfera pública que não necessariamente formam a agenda pública, a agenda governamental. Para que um tema se transforme em problema público deve entrar na agenda pública e deve ser adotado por algum órgão governamental para que seja motivo de análise das políticas públicas, para que se inicie o ciclo de vida da política pública.
5. Na verdade, o triunvirato formado em 1989 nunca deixou de sofrer fortes tensões. Diante das contradições provenientes dos desencontros entre os DESC e o modelo econômico neoliberal, durante toda a década de 90 e a primeira década do século XXI priorizou-se o modelo econômico em vez dos DH. E ainda pior: a partir do ataque às torres gêmeas de Nova Iorque em setembro de 2001, a segurança se transformou em uma das questões cruciais na agenda política dos governos democraticamente eleitos. Diante das tensões geradas entre muitos mecanismos provenientes da política de segurança e os DH, foram priorizados os primeiros. Assim, o feliz triunvirato de 1989 foi desarticulado.
6. Além disso, duvidava-se da capacidade política dos Estados subdesenvolvidos de “navegar o barco” quando tinham de entrar em conflito com poderes econômicos muito superiores a eles, como as grandes empresas transnacionais ou outros Estados que defendiam os interesses de suas empresas. Hoje se tornou evidente que o mercado pode ser tão ineficiente (e corrupto) como o Estado na prestação de serviços públicos.
7. A oportunidade se refere ao fato de que os produtos esperados da política pública cheguem nos momentos adequados. Por exemplo, no direito à saúde, se a distribuição de um medicamento para resolver o problema urgente de uma doença chega ao hospital uma semana depois que o doente faleceu, a política pública não foi oportuna.
8. A construção do sujeito de direitos pode ser observada a partir da história dos movimentos constitucionais. Tanto na elaboração da Carta Magna de 1215 como na *Petition of Rights* e na *Bill of Rights* das revoluções inglesas do século XVII, na Declaração de Virginia, da guerra de independência dos Estados Unidos, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Constituição Francesa de 1791, o que vemos é o reconhecimento de direitos “arrancados” ao poder político através de movimentos sociais insurrecionais: a construção fática por meio do conflito do sujeito de direitos.
9. Em inglês o conceito chave para entender este processo de empoderamento é *right-holder*, que em tradução literal seria “detentor do direito”. No entanto, a expressão “detentor do direito” não tem o impacto ou a força que supõe ser um *right-holder*, um sujeito de direitos, esta capacidade de autodeterminação do indivíduo, esta potestade de passar de súdito a cidadão. A palavra cidadão também não seria a mais útil, pois deixaria de fora as pessoas que não cumprem com os requisitos de cidadania, mas que são sujeitos de direitos, como os imigrantes ilegais, os imigrantes legais ou residentes ou crianças e jovens que ainda não têm idade suficiente para serem considerados cidadãos. Parece que o melhor conceito para pensar no empoderamento é a construção do sujeito de direitos, porém é importante que o leitor mantenha em mente a ideia de que não se trata de um conceito jurídico, mas eminentemente político; não se trata apenas da concessão legislativa de um conjunto de direitos, mas da possibilidade e capacidade de exercer potestades que lhe permitam exercer efetivamente a liberdade como autodeterminação; não se trata apenas de colocar direitos em uma lei, mas de estabelecer condições de exercício e empoderamento do sujeito. Sobre este ponto, os debates que, a partir da teoria da justiça, desenvolveram-se entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen, são fundamentais para recuperar a ideia de bens primários, recursos ou capacidades.
10. No sistema interamericano de direitos humanos, além da Declaração, conta-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OAS, 1969) e seu protocolo em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecida como “Protocolo de San Salvador” (OAS, 1988), a

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (OAS, 1985), a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (OAS, 1994a), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OAS, 1994b), a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (OAS, 1999), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Convenção sobre Pena de Morte, a Carta Democrática Interamericana e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão.

No sistema de direitos humanos das Nações Unidas, além da Declaração, conta-se com vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NACIONES UNIDAS, 1966); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (NACIONES UNIDAS, 2005); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (NACIONES UNIDAS, 1979); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.

11. Muitos dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos das Nações Unidas têm um Comitê que se encarrega de velar pelo cumprimento das obrigações internacionais estabelecidas nos tratados mencionados. Em geral, isto é realizado através de dois mecanismos: a revisão dos informes apresentados pelos países e a resolução de petições individuais apresentadas por supostas vítimas da violação de direitos humanos de algum país em particular. No cumprimento de suas obrigações esses órgãos emitem resoluções que servem como insumos para identificar os extremos das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

12. Atualmente há três órgãos internacionais e jurisdicionais em matéria de direitos humanos: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos. Estes órgãos emitem tanto sentenças provenientes de controvérsias jurisdicionais quanto observações consultivas provenientes de solicitações de alguns países em torno da interpretação e alcances das obrigações de direitos humanos.

13. Deve-se mencionar que a teoria das obrigações do Direito Internacional de Direitos Humanos não só é recente, mas ainda se encontra em construção. Em grande parte, ela é elaborada pelos órgãos internacionais, como as Cortes e Tribunais de Direitos Humanos, bem como pelos Comitês das Nações Unidas através dos comentários gerais. Na medida em que a conceituação e especificação

das obrigações do DIDH são realizadas de forma simultânea por diversos órgãos, não existe construção única, mas diversos avanços que têm pontos de contato e dissenso. Por exemplo, em seus Comentários Gerais, o Comitê DESC refere-se à obrigação de *cumprir*, que requer que o Estado adote medidas apropriadas de caráter legislativo, administrativo, orçamentário, judicial ou de outra índole, a fim de obter a plena realização dos direitos. Esta obrigação se subdivide nas obrigações de *facilitar*, *garantir* e *promover*. A obrigação de *facilitar* significa, em particular, que o Estado adote medidas positivas que permitam e ajudem as pessoas e as comunidades a desfrutarem de seus direitos. O Estado também é obrigado a *garantir um direito* cada vez que um indivíduo ou grupo não puder, por razões alheias à sua vontade, pôr em prática o direito por si mesmo utilizando os recursos que existem à sua disposição. A obrigação de *promover* requer que o Estado adote medidas para que se difunda a informação adequada sobre os direitos. A conceituação estabelecida no quadro é a que mais ajuda para os objetivos desta seção.

14. A reparação implica a restituição do direito sempre que isto for possível; por exemplo, se a violação consiste na privação ilegal da liberdade, a restituição implica colocar a pessoa em liberdade. Existem casos em que o direito não pode ser restituído, como o direito à vida. A reparação também implica a indenização para tentar ressarcir os danos, tanto materiais como morais. A reparação também costuma incluir medidas que garantam a não repetição do ato e que construam a memória histórica, como a construção de parques ou monumentos comemorativos ou o reconhecimento público pelos governos dos atos de violação de direitos humanos e a emissão de pedido de desculpas.

15. Estes eixos transversais foram identificados pelo grupo de trabalho sobre metodologia do Comitê Coordenador para a Elaboração do Programa de Direitos Humanos do Distrito Federal, do qual participaram de forma ativa ambos os autores.

16. Os princípios de igualdade e não-discriminação estão consagrados em quase todos os instrumentos internacionais de direitos humanos. Estão estabelecidos nos artigos 1º e 2º da Declaração Universal de Direitos humanos (NACIONES UNIDAS, 1948); nos artigos 1º, 2º e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a); nos artigos 1º e 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NACIONES UNIDAS, 1966); no artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OAS, 1948) e nos artigos 1º e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OAS, 1969). Duas convenções internacionais os consagram de forma mais específica: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (NACIONES UNIDAS, 2005) e a

Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (NACIONES UNIDAS, 1979).

17. Ver, por exemplo, o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos (NACIONES UNIDAS, 1948), o artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (NACIONES UNIDAS, 2006a) e o artigo 13.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NACIONES UNIDAS, 1966).

18. Ver, por exemplo, os artigos 2, 5, 6 e 7 da Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989) e os artigos 5, 18, 23, 27 e 43 da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (NACIONES UNIDAS, 2007).

19. Abramovich (2006) alerta sobre a prática de alguns países de impor limitações às manifestações públicas, que levam a limitar os direitos de reunião e expressão; também recorda que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estipulou como princípio que a criminalização, entendida como o uso de figuras penais para perseguir ações de protesto social, deve ser um último recurso e ser utilizada apenas em caso de interesse público imperativo.

20. Por exemplo, na elaboração do Diagnóstico de Direitos Humanos do Distrito Federal (2007-2008) (MÉXICO, 2008a), um dos direitos a analisar foi o devido processo. Uma das obrigações básicas deste direito é que a pessoa submetida a processo judicial conte com um tradutor-intérprete. Diante da pergunta: quantas pessoas precisaram de um tradutor em seus processos e quantas delas efetivamente puderam contar com ele, verificou-se que não havia dados oficiais nem de nenhum outro tipo, e por isso essa obrigação nem poderia ter sido diagnosticada.

21. A integração de um orçamento com perspectiva de direitos humanos constitui uma das 16 recomendações feitas pelo *Diagnóstico de Direitos Humanos do Distrito Federal* (MÉXICO, 2008a). Cabe frisar que o Comitê Coordenador para a Elaboração do Diagnóstico e Programa do Distrito Federal, através de seu Grupo de Trabalho sobre Orçamento, desempenhou um papel importante no impulso e atenção a essa recomendação, ao acompanhar e assessorar o Governo do Distrito Federal, em particular a Secretaria de Finanças na primeira fase do processo, e implementando em

2008 e 2009 um projeto piloto com a Secretaria de Saúde do Distrito Federal a Procuradoria Ambiental e do Ordenamento Territorial do Distrito Federal e o Sistema de Água da Cidade do México.

22. Esta mudança de paradigma baseou-se no Manual de programação e orçamento para a formulação do anteprojeto do orçamento de despesas de 2009, elaborado pela Secretaria de Finanças, para servir de apoio às diferentes instâncias da Administração Pública do Distrito Federal, para a elaboração e integração do Exercício Fiscal 2009 (MÉXICO, 2008b). Devido a este fato, reviu-se e reagrupou-se a estrutura orçamentária de 2009 em torno de grandes "Resultados" e "Sub-resultados" formulados em termos de DH e gênero. Por outro lado, introduziu-se a metodologia da MML através de uma matriz simplificada denominada "Marcos de Política Pública" (MPP), que seria elaborada para justificar cada atividade institucional programada pelas próprias Unidades Responsáveis, que deviam ser vinculadas aos metas-objetivos, isto é, os antes mencionados "resultados" e "sub-resultados". Esta abordagem sem dúvida representa uma novidade e é apresentada como uma opção pertinente e relevante para integrar o enfoque gerencial e as perspectivas de DH e gênero.

23. A metodologia precisa ser melhorada, retomando cabalmente a ferramenta da MML para ajudar a ordenar e dar maior coerência ao processo de planejamento e programação orçamentária. Por outro lado, é preciso insistir na necessidade de difundir e generalizar o conhecimento sobre o DIDH – sobretudo das obrigações do Estado –, bem como sobre o uso dessas ferramentas no interior das unidades responsáveis pela realização das ações e programas, em particular para permitir que plassem ambas as perspectivas. Como conclui o GESOC: "a aprendizagem e o feedback desse tipo de ferramentas, combinados com um processo de sensibilização e socialização do poder que pode ter o uso pertinente desse tipo de metodologias integradas, são vitais para assegurar uma implementação adequada desse tipo de estratégias" (GESOC, 2010, p. 30).

24. Anaya Nuñez dá o seguinte exemplo: para qualificar a situação relativa à tortura, os avaliadores decidem dar uma nota 0 se, de acordo com as fontes secundárias consultadas, determina-se que a prática da tortura é frequente (50 ou mais casos registrados), um 1 se for ocasional (1 a 49 casos), e um 2 se não for ocasional (zero caso registrado) (ANAYA NUÑOZ, 2008, p. 45-52).

ABSTRACT

The human rights discourse is accepted by practically every government. A state can hardly portray itself openly as a violator of human rights. But how do we turn this discourse into public policy? We propose using the tools developed by New Public Management and applying them to the public policy cycle, which can be given additional substance by unpacking the obligations, essential elements, and cross-cutting principles of human rights.

KEYWORDS

Public policies – Human rights – New Public Management – Empowerment

RESUMEN

El discurso de derechos humanos es prácticamente aceptado por cualquier gobierno. Difícilmente un Estado se concebiría abiertamente como violador de derechos humanos. Sin embargo ¿cómo convertimos ese discurso en política pública? Proponemos utilizar las herramientas elaboradas por la Nueva Gestión Pública y aplicarlas al ciclo de vida de las políticas públicas que pueden ser dotadas de contenido por medio del desempaque de las obligaciones, elementos esenciales y principios transversales de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Políticas públicas – Derechos humanos – Nueva Gestión Pública – Empoderamiento



J. PAUL MARTIN

J. Paul Martin é professor e diretor de estudos em direitos humanos na *Barnard College*, a Faculdade de Columbia para mulheres, desde que deixou o posto de diretor executivo do Centro de Estudo sobre Direitos Humanos na Universidade de Columbia que ocupou por 27 anos. Sua pesquisa atual inclui a educação em direitos humanos em zonas pós-conflito e pós-secularismo.

Também se tornou cada vez mais interessado sobre direitos humanos no Haiti, onde auxilia a desenvolver um programa de mestrado em direitos humanos para jovens profissionais das áreas de educação, justiça criminal, religião, litígio estratégico e direito.

Email: jpm2@columbia.edu

RESUMO

Com base em lições aprendidas a partir de pesquisas sobre educação em direitos humanos em comunidades pós-conflito na África e na América Latina, este artigo defende que (a) o Haiti deve começar imediatamente a lançar as bases de uma sociedade que irá aperfeiçoar substantivamente aquela dos últimos duzentos anos, (b) dois dos grupos críticos neste processo serão as mulheres e os jovens profissionais e, portanto, (c) uma educação em direitos humanos de alta qualidade é necessária para assegurar sua autonomia política, econômica e profissional.

Original em inglês. Traduzido por Elaini C. G. da Silva.

Recebido em dezembro de 2010. Aprovado em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Haiti – Direitos humanos – Educação em direitos humanos – Educação sustentável – Formação de professores



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS EM COMUNIDADES EM RECUPERAÇÃO APÓS GRANDES CRISES SOCIAIS: LIÇÕES PARA O HAITI*

J. Paul Martin

Nos últimos dez anos, tenho participado de um estudo sobre o papel da educação em direitos humanos em sociedades pós-conflito, principalmente, mas não exclusivamente, na África e na América Latina. Dado que muitos dos efeitos do terremoto no Haiti são comparáveis à devastação causada por um conflito civil, é útil examinar se há lições aplicáveis ao Haiti.

O projeto de pesquisa avaliou a importância, o papel e os fatores que regem o sucesso de programas de educação em direitos humanos após grandes crises sociais causadas por conflitos civis. Utilizou, sobretudo, opiniões de atores nacionais e internacionais, especialmente funcionários do governo, administradores, professores e líderes locais em direitos humanos.

Como o conteúdo e os formatos desses programas variam consideravelmente, definimos educação em direitos humanos de forma ampla, a saber, como o **aprendizado que promove o conhecimento, as habilidades, o comportamento e as atitudes necessárias para promover os direitos humanos e a justiça social**. Nossa análise focou o impacto de tal educação, a saber, os resultados fora da sala de aula. Essa definição deliberadamente exclui qualquer teoria de prioridades entre direitos ou relações entre indivíduos e sociedade. Da mesma forma, exclui qualquer relação com teorias da democracia e outras estruturas políticas, construção de Estado ou nação, identidade política e princípios e práticas do desenvolvimento econômico, bem como relações internacionais ou políticas externas. Estas categorias foram utilizadas mais como perspectiva e critério para distinguir entre diferentes modelos e abordagens da educação em direitos humanos.

As conclusões ainda são preliminares, mas algumas são relevantes para a atual situação do Haiti.

* Embora estas sejam minhas conclusões, reconheço minha dívida, pelas diversas contribuições, com a Professora Tracey Hollanda da Vassar College, que conduziu recente projeto de pesquisa com recursos provenientes, principalmente, do U.S. Institute of Peace.

Encontramos um **forte apoio** à educação em direitos humanos por parte dos habitantes, líderes e professores locais em busca da construção de uma sociedade melhor. Também descobrimos que o apoio de muitos representantes de governos locais e internacionais são sobretudo de princípio e não na prática, a saber, quando se tratava de implementar políticas e realizar as dotações orçamentárias necessárias.

A educação em direitos humanos funciona **melhor quando aborda problemas da vida real** da população alvo específica. Durante grandes emergências, por exemplo, muitas populações locais sofrem um sentimento de impotência. Nesses casos, a educação em direitos humanos deve mostrar como princípios e instituições nacionais e internacionais de direitos humanos constituem fonte de fortalecimento, especialmente com relação a funcionários públicos, militares e polícia local, bem como outros que controlam o acesso a recursos necessários para a reconstrução de suas vidas. Nesse caso, ao menos, a educação em direitos humanos deveria convencer a população alvo de que ela tem direitos e de que o governo e os funcionários públicos são legalmente obrigados tanto pelo direito nacional quanto pelo internacional a proteger tais direitos.

Nossa pesquisa também demonstrou que a **ideia de ter direitos não era estranha aos habitantes locais**. Líderes locais, por exemplo, tinham pouco problema em identificar como injustas atividades que outros prontamente denominariam violações de direitos humanos. Os líderes também tinham pouca dificuldade em identificar as causas das violações e ligar muitas delas a padrões de discriminação e de uso de violência e disseminação do medo. Embora talvez com outras palavras, atribuíam as violações contínuas à falta de accountability e prestação de contas dos funcionários do governo e de proteção contra as ações hostis de grupos armados privados. Estes são, contudo, apenas alguns exemplos do seu sentimento de injustiça. O ponto importante é que, para ter sucesso, a educação em direitos humanos precisa responder aos problemas reais da população alvo.

Os programas de educação em direitos humanos que estudamos detinham **diversas formas**, que iam desde estudar documentos como a Declaração Universal de Direitos humanos a treinar habilidades necessárias para documentar e relatar abusos de direitos humanos. Em países mais pobres ou em desenvolvimento, entretanto, poucos desses programas duram mais do que uma ou duas semanas. A maioria era muita mais curta. Quase nenhum era integrado aos currículos das escolas públicas ou reforçado por treinamentos subsequentes ou outros sistemas de apoio. Apenas alguns tentavam lidar com as causas e circunstâncias dos problemas enfrentados fora da sala de aula no dia a dia. Sua efetividade era determinada por três fatores: o formato do programa, o treinamento dos professores e o acesso a recursos físicos adequados.

Nossa análise das raízes do conflito identificou a **construções sociais a ela associadas, bem como interesses econômicos, como as causas mais comuns** de violações de direitos humanos. As construções sociais foram baseadas em uma ou mais formas de diferença e diversidade, tipicamente baseadas em fenômenos mais ou menos objetivos como a cor da pele, a religião ou a língua. As interpretações são utilizadas para definir as relações entre “nós” e “eles”,

normalmente como negativas ou antagonistas. Por sua vez, geraram respostas políticas e estratégias baseadas em premissas poderosas, mas implícitas, como “domine ou seja dominado”. Isso leva a hierarquias sociais nas quais certos grupos desenvolvem o poder de agir em seu próprio interesse sem levar em consideração os dos demais. Embora benefícios econômicos, a outra grande causa de abusos de direitos humanos, possam ser uma fonte de discriminação em si mesmos, eles frequentemente coincidem com construções sociais associadas a fontes biológicas e culturais. Por outro lado, concluímos que benefícios econômicos mútuos também podem unir grupos anteriormente concorrentes. A conclusão relevante para a educação em direitos humanos refere-se à importância de estratégias para remediar os padrões mais sérios de discriminação, dos quais os dois mais difundidos são frequentemente aqueles baseados no gênero e na identidade étnica.

Outra conclusão é que a educação em direitos humanos não configura um complemento extra, mas está no **núcleo da educação dos cidadãos**, porque oferece as ferramentas necessárias para evitar conflitos violentos tanto na família (violência doméstica) quanto na sociedade como um todo. Em outras palavras, para reduzir e, com sorte, evitar abusos, toda sociedade precisa de valores e instituições que efetivamente mediem os inevitáveis conflitos multifacetados entre grupos sociais, políticos, econômicos, culturais, étnicos, religiosos ou movidos por outros interesses. Sociedades pacíficas são aquelas que possuem instituições efetivas. Instituições educacionais formais e informais, entre as quais se incluem a família e outros órgãos sociais que aculturam membros para funcionar no contexto do sistema social como um todo, cultivam o conhecimento, as atitudes, o comportamento e as habilidades necessárias para resolver conflitos públicos e privados sem recorrer à violência. Isto, entretanto, não é dizer que os direitos humanos e o sistema de educação formal constituem o único meio de chegar a esse resultado. Muitas sociedades desenvolveram outras instituições para reduzir a violência. Estas, entretanto, têm frequentemente se tornado ineficazes, devido a grandes convulsões sociais que vão desde competição por terra a guerras civis e mudanças climáticas.

A educação efetiva em direitos humanos **não é uma atividade isolada**. Funciona melhor quando coordenada com dados políticos e econômicos de apoio, em especial aquelas que constroem **comunidades locais independentes e participativas**. A ação coordenada para examinar e identificar causas anteriores e contínuas de discriminação e desigualdade configura passo crucial, ainda que extremamente difícil, em direção à eliminação destas. Nesse sentido, participantes de programas de educação em direitos humanos sublinharam o valor da formação de habilidades como o pensamento crítico e a administração de conflitos tanto na esfera familiar quanto na pública. Ao mesmo tempo, a educação em direitos humanos precisa enfatizar a emancipação política e econômica, encorajar e capacitar as pessoas a participar das decisões que afetam suas vidas. Possibilitar que a população alvo da educação em direitos humanos deixe de se ver como vítima para se ver como agente foi um objetivo comum da maioria dos programas que estudamos.

As instituições educacionais estão na linha de frente desses esforços. Infelizmente, a educação, devido tanto à falta quanto a possível viés do ensino, também pode contribuir para divisões sociais atuais e para a falta de preparo da população para lidar com grandes crises. Desta maneira, após uma grande crise como o terremoto haitiano, quando as escolas se encontram ainda mais desprovidas de material de ensino e salas de aula, os professores são ainda mais necessários para interpretar e tratar dos problemas sociais que os cercam. A educação em direitos humanos é necessária para as pessoas se sentirem capacitadas para responder aos grandes desafios que enfrentam, isto é, passar de vítimas a agentes. Elas apenas poderão fazer isso quando não se sentirem impotentes e incapazes de produzir respostas positivas pelos poderes postos. Nossa pesquisa também concluiu que a educação em direitos humanos precisa começar o mais cedo possível antes que o sistema se estabilize como era antes. Educadores de direitos humanos também recomendam que a educação em direitos humanos conduza imediatamente a atividades fora da sala de aula.

Um dos problemas crescentes durante e após uma guerra civil é o aumento da violência contra as mulheres, em especial como uma arma de guerra. Como parte de suas respostas, descobrimos que as mulheres se organizavam para evitar tal violência. Cada vez mais, adotam estratégias que empregam uma linguagem de capacitação, mobilização e ação. Em geral, representam as vozes mais altas clamando por ações locais e internacionais para evitar essas formas de violência.

Ao empregar isso como critério, os desenvolvimentos recentes do Haiti recebem um **relatório misto**.

Do lado positivo, há a imensa resposta internacional, resultando, de acordo com alguns, em 10.000 ONGs em operação no país. Também há relatos de projetos de reconstrução individuais e em colaboração entre ONGs relacionadas ao bem-estar da criança. Igualmente significativo é o relato comum de experientes trabalhadores da ajuda internacional que, a despeito da tragédia, os cidadãos haitianos como um todo são notadamente resistentes e otimistas, em comparação com cidadãos que encontraram em outros lugares, mas em circunstâncias similares.

Do lado negativo, há pouca evidência de atividades que têm a capacidade de mudar os padrões sociais gerais que foram estabelecidos ao longo dos últimos duzentos anos da independência do Haiti. Não há uma visão dominante de como o futuro pode ser diferente do passado. Os políticos oferecem benefícios de curto prazo. Não há uma discussão sobre como reduzir os padrões atuais de discriminação, nem sobre o tipo de educação, formação e capacitação necessário para promover um futuro diferente. De forma compreensível, as conversações focam as enormes necessidades imediatas, como a construção de instituições básicas do Estado, entre as quais se incluem todas as instituições educacionais devastadas pelo terremoto. Falta uma análise social que precise objetivos e, em especial, estratégias detalhadas para garantir um futuro diferente para a nação.

Duas das preocupações centrais da educação em direitos humanos são: a emancipação política e a econômica. Juntas, compreendem muitos direitos individuais. No caso do Haiti, tanto a emancipação política quanto a econômica

requerem que o governo implemente mais estruturas que recompensem os cidadãos por contribuir com a reconstrução. Demandam também a superação das divisões sociais que, por muito tempo, privilegiaram um grupo em relação a outro e atividades que encorajem comunidades a discutir e tratar de problemas que enfrentam no dia a dia. Estes problemas incluem AIDS e outras doenças, o acesso a água potável e alimentos, saneamento, saúde, relações comunitárias e, em especial, o acesso ao emprego. A emancipação econômica e a política andam de mãos dadas. Ambas demandam novas ideias que possibilitem os chefes de família a prover suas famílias. Nossa pesquisa descobriu anteriormente muitos modos pelos quais as comunidades pobres tratavam desses e de outros problemas comuns de forma cooperativa e independente. A emancipação política é demandada especialmente em sociedades com grandes diferenças sociais como o Haiti, onde grandes segmentos dos cidadãos veem outros como privilegiados e a si mesmos como inferiores e privados de direitos. O grau e o impacto dessa insatisfação no Haiti, entretanto, ainda têm de ser examinados.

Aos olhos dos educadores, um dos maiores objetivos da educação em direitos humanos, em crises ou não, é auxiliar uma sociedade a tratar de seus problemas e resolvê-los sem recorrer à violência. Numa situação como a do Haiti após o terremoto, onde instituições públicas mal funcionavam, o objetivo é ainda reduzir a violência e resolver problemas de forma pacífica. Como este e outros objetivos da educação em direitos humanos podem ser atingidos?

Seguindo Adiante: Como Responder

Nossa pesquisa na África e na América Latina demonstrou que a decisão inicial crucial ao promover a capacitação para a melhoria dos direitos humanos é a escolha do grupo, ou grupos, alvo. Essa escolha é fundamental, porque os recursos disponíveis são limitados e correm o risco de se reduzir demais para serem sustentáveis. A escolha do grupo alvo é, em geral, baseada em princípios utilitaristas, isto é, como melhor garantir o maior benefício para o maior número de pessoas de forma sustentável no longo prazo. O conteúdo e a metodologia devem ser tornados relevantes para a vida do grupo alvo no dia a dia. No Haiti, são inúmeros os potenciais grupos alvos: policiais, funcionários do governo, ONGs locais e trabalhadores da saúde, forças militares da ONU, professores, agências de ajuda internacional, religiosos, etc., bem como o público de uma forma geral. Há uma razão para cada um desses grupos.

Dada a miríade de outros programas formatados para ajudar o Haiti em sua busca por benefícios de longo prazo e a quebrar ciclos do passado, o Haiti deve olhar para si mesmo e para seus próprios recursos que ainda não foram bem mobilizados, tais como líderes locais, particularmente as mulheres. Há diversas indicações de que muitas mulheres no Haiti são capazes e têm vontade de enfrentar o desafio, mas faltam o conhecimento, as habilidades e as estruturas institucionais necessárias. Tais esforços para emancipar as mulheres não devem ser vistos como um projeto individual, mas, em vez disso, como contribuição de novos recursos para um projeto muito mais amplo de construção de um novo

Haiti. Outro grupo chave compreende os jovens profissionais do Haiti, que estão entrando na sociedade depois de sair de academias de polícia, universidades, seminários e escolas de medicina e de enfermagem. Uma educação em direitos humanos adequadamente projetada é um dos ingredientes necessários para desenvolver as capacidades de liderança das mulheres e desses jovens profissionais, os quais, por sua vez, levarão novas visões sociais para o Haiti.

Com esses objetivos em mente para a educação em direitos humanos, a recomendação imediata é modesta, mas urgente: formar professores com o conhecimento e as habilidades necessárias. Um dos requisitos essenciais para ensinar direitos humanos é um corpo de professores capacitados para desenvolver, em seus estudantes, velhos e novos, o conhecimento básico e as habilidades necessárias para assegurar justiça social e igualdade em suas diversas comunidades. De fato, muitos programas considerados excelentes em outras questões não obtiveram sucesso porque os treinadores e professores foram preparados de forma inadequada para compreender e implementar processos educacionais avançados, como o pensamento crítico e a administração de conflitos. Professores treinados são uma fonte essencial de sustentabilidade. Projetos para formar treinadores e professores precisaram oferecer treinamento e prática em pensamento crítico e administração de conflitos, bem como em conhecimento e aplicação prática de princípios e práticas de direitos humanos. Desta forma, no caso do Haiti, quanto mais cedo tal formação de professores e treinadores começar, melhor. Nossa pesquisa demonstrou que, sem professores preparados especificamente para ensinar direitos humanos, isto é, *aprendizado que promove o conhecimento, as habilidades, o comportamento e as atitudes necessárias para promover direitos humanos e justiça social fora da sala de aula*, simplesmente ensinar sobre direitos humanos teve pouco impacto. Por outro lado, outra pesquisa sobre educação em direitos humanos demonstrou que é possível capacitar mulheres e outros grupos alvo fora da sala de aula e conduzir à sua emancipação política, econômica e profissional na sociedade como um todo. No caso do Haiti, este é um projeto de longo prazo, que cresce devagar, mas constantemente, enquanto mulheres e outros jovens profissionais mudam-se para suas comunidades e criam um grupo grande o suficiente para promover os direitos humanos na sociedade como um todo.

ABSTRACT

Based on lessons learned through research on human rights education in post-conflict communities in Africa and Latin America, this paper argues that (a) Haiti must begin immediately to lay the foundations for a society that will improve significantly on that of the last two hundred years, that (b) two of the critical groups in that process will be women and young professionals, and therefore that, inter alia, (c) high quality human rights education is needed to assure their political, economic and professional empowerment.

KEYWORDS

Haiti – Human rights – Human rights education – Sustainable education – Teacher training

RESUMEN

En base a lo aprendido en un trabajo de investigación sobre la educación en derechos humanos en comunidades africanas y latinoamericanas que atravesaron situaciones de conflicto, el presente trabajo postula (a) que Haití debe comenzar de inmediato a sentar las bases para una sociedad que mejore significativamente respecto de los últimos doscientos años, (b) que dos de los grupos cruciales en tal proceso serán las mujeres y los jóvenes profesionales y (c) que, por lo tanto, se necesita, entre otras cosas, una educación en derechos humanos de alta calidad para asegurar el empoderamiento político, económico y profesional.

PALABRAS CLAVE

Haití – Derechos humanos – Educación en derechos humanos – Educación sostenible – Formación docente



LUIS FERNANDO ASTORGA GATJENS

Luis Fernando Astorga Gatjens, nacional da Costa Rica, é consultor internacional em direitos humanos e deficiência, jornalista e ativista político e social. Diretor Executivo para América Latina do *Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo*–IIDII. Fundador, antigo vice-presidente e assessor político da RIADIS. Participou ativamente da elaboração e do processo de negociação da Convenção da ONU sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência (CDPD). Fundador da *Caucus Internacional sobre Discapacidad* e do *Projeto Sur*. Escreve extensamente sobre desenvolvimento inclusivo e direitos de pessoas com deficiência. Realiza várias atividades de capacitação sobre este tema.

E-mail: lufereg@ice.co.cr

RESUMO

O presente trabalho procura enfatizar a importância e o escopo do artigo 33 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nações Unidas, dezembro, 2006). Neste artigo, tal importância é analisada a partir dos três componentes contidos neste dispositivo: 1) a designação da instituição pública do Estado Parte encarregada de promover a implementação da Convenção e a coordenação interinstitucional necessária para fazê-lo de maneira eficaz; 2) a identificação do mecanismo ou instituição nacional independente (nos moldes dos “Princípios de Paris”), responsável por monitorar – a partir da perspectiva do Estado – o cumprimento da Convenção, bem como proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência; e 3) a promoção e organização do monitoramento por parte da sociedade civil, com destaque à liderança e ao trabalho a ser desenvolvido por organizações de pessoas com deficiência.

Original em Espanhol. Traduzido por Thiago Amparo.

Recebido em fevereiro de 2011. Aprovado em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Convenção – Direitos – Deficiência – Aplicação – Monitoramento



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ANÁLISE DO ARTIGO 33 DA CONVENÇÃO DA ONU: O PAPEL CRUCIAL DA IMPLEMENTAÇÃO E DO MONITORAMENTO NACIONAIS

Luis Fernando Astorga Gatjens

1 Introdução

Depois de ratificada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), seria possível esperar que, em geral, os países da América Latina dessem início ao planejamento de políticas, programas e ações voltadas a implementar seus dispositivos. Infelizmente, este não é o caso. A tendência geral é considerar a CDPD apenas como um referencial, como uma carta de intenções e uma promessa retórica, dispensando, portanto, o planejamento de medidas efetivas para sua implementação.

Não obstante, o comprometimento com a implementação da Convenção deveria se traduzir, em primeiríssimo lugar, no cumprimento do que dispõe o artigo 33, parte fundamental do texto (NACIONES UNIDAS, 2006); tal dispositivo trata da implementação da Convenção no âmbito nacional e do monitoramento desta por parte do Estado e da sociedade civil.

Por essa razão, algumas organizações de pessoas com deficiência da América Latina, que defendem a implementação e monitoramento da CDPD, têm dado enorme ênfase a iniciativas voltadas a implementar o artigo 33. Aos Estados e Governos poderia ser dito: diga-me o que tem feito com relação ao artigo 33 em medidas para implementar e monitorar a Convenção e eu te direi quem tu és, em face de seu compromisso com a Convenção e com o avanço dos direitos de pessoas com deficiência.

Pode-se vislumbrar a mesma importância dada a este dispositivo no trabalho do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH),* o qual, em 2009, elaborou um relatório temático sobre o artigo 33, depois de promover uma consulta ampla entre os Estados, organizações da sociedade civil e especialistas independentes. Esse relatório temático oferece uma série de

* Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2009, para. 17).

recomendações acerca das ações e medidas que devem ser adotadas pelos países, para que o mencionado artigo seja implementado de maneira satisfatória.

Antes da análise que faremos a seguir, cabe ressaltar que este instrumento internacional é o primeiro a tratar, de maneira ampla, do tema da implementação e monitoramento no âmbito doméstico dos Estados Partes. Nenhum dos tratados anteriores do sistema de direitos humanos da ONU apresenta dispositivo equivalente; com a parcial exceção apenas do dispositivo incluído no Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (artigo 3º), o qual obriga a todos os Estados que ratificaram o protocolo a estabelecer, designar ou manter um “mecanismo nacional de prevenção”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros tratados temáticos se concentram no monitoramento e acompanhamento em âmbito internacional.

Cabe mencionar aqui o relatório temático elaborado pelo ACNUDH, o qual destacou a importância do monitoramento:

Em todos os tratados de direitos humanos, a obrigação de implementar o instrumento em questão está estritamente vinculada à questão do monitoramento. O monitoramento do cumprimento dos tratados de direitos humanos não somente é necessário para avaliar se medidas necessárias para implementar o tratado tem sido adotadas e implementadas, mas também para avaliar seus resultados e, portanto, proporcionar informações necessárias para sua implementação. Os mecanismos de monitoramento do cumprimento de obrigações em direitos humanos fomentam a prestação de contas e, a longo prazo, melhoram a capacidade dos Estados Partes aos tratados de cumprir os compromissos e obrigações derivados destes tratados.

(NACIONES UNIDAS, 2009)

Na CDPD, uma ênfase ainda maior é dada ao trabalho de monitoramento, uma vez que esta inclui dois âmbitos: internacional e nacional.

No âmbito internacional, não resta dúvida de que o Comitê Internacional estabelecido pelo artigo 34 da CDPD desempenha um papel crucial. Em primeiro lugar, o Comitê propõe diretrizes para os Estados Partes sobre os relatórios que estes devem elaborar e submeter e, em segundo lugar, analisa os relatórios apresentados e apresenta seus comentários e recomendações ao Estado. Vale ressaltar que as diretrizes emitidas pelo Comitê para o primeiro ciclo de relatórios a serem apresentados pelos Estados são bem rigorosas e buscam evitar a elaboração de relatórios genéricos, superficiais e que procuram apresentar um quadro extremamente positivo da situação dos direitos de pessoas com deficiência no respectivo Estado. Deve-se ficar atento para que governos e seus ministérios de relações exteriores respeitem essas diretrizes, embora alguns países que já submeteram seu relatório tenham apresentado um relatório seguindo a sua própria estrutura e sem o rigor exigido pelas diretrizes.

Há outro procedimento de monitoramento internacional também exercido pelo Comitê. Este procedimento, no entanto, exige necessariamente que o Estado tenha ratificado o protocolo adicional. Depois de cumprido este pré-requisito, podem ser apresentadas comunicações (denúncias) de violações de direitos de pessoas com deficiência depois de esgotados os recursos internos e, caso a comunicação ou denúncia

seja admitida, o Comitê pode iniciar uma investigação a respeito. Este mecanismo de monitoramento pode ser bastante eficaz, já que exerce uma pressão internacional considerável contra os Estados, que, em geral, não querem ser submetidos a tal escrutínio e toda a informação relacionada com este processo.

O outro nível de monitoramento ocorre no âmbito nacional e é estabelecido pelo artigo 33, o qual, a seguir, é objeto de análise deste trabalho.

2 O artigo 33 e a implementação da Convenção

De forma geral, o artigo 33 da CDPD é dividido em três partes:

1. Mecanismo de implementação e coordenação no âmbito do Executivo ou governo;
2. Mecanismo de monitoramento e supervisão por intermédio de uma ou mais instituições do Estado em conformidade com os Princípios de Paris;
3. Monitoramento realizado por organizações da sociedade civil (em geral, ONGs e, em particular, organizações de pessoas com deficiência).

2.1 *Instituição pública responsável por promover a implementação do tratado*

De acordo com o inciso 1 do artigo 33 da CDPD (NACIONES UNIDAS, 2006):

Os Estados Partes, de acordo com seu sistema organizacional, designarão um ou mais de um ponto focal no âmbito do Governo para assuntos relacionados com a implementação da presente Convenção e darão a devida consideração ao estabelecimento ou designação de um mecanismo de coordenação no âmbito do Governo, a fim de facilitar ações correlatas nos diferentes setores e níveis.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que este inciso procura assegurar a implementação do tratado e possui dois componentes – por um lado, estabelece a obrigação dos Estados Partes de encarregar uma ou mais instituições governamentais com a tarefa de implementar a CDPD e, por outro lado, no que se aproxima mais a uma sugestão ou recomendação, indica que o Estado deve estabelecer ou designar um mecanismo de coordenação para facilitar a adoção de medidas relacionadas com a Convenção.

No que diz respeito à designação de uma entidade do governo para promover a implementação da Convenção, há duas opções – que esta tarefa seja encarregada a uma ou a mais de uma instituição. Claro está que isto dependerá das características do Estado Parte, como indicado no inciso 1, o qual estabelece que a designação dessa instituição deverá ocorrer “de acordo com seu sistema organizacional”. No caso de Estados de grande extensão, com estrutura federativa, talvez faça sentido designar diversas instituições para essa tarefa, embora para a maioria dos países da América Latina (relativamente pequenos ou de médio porte), é aconselhável que o Estado Parte designe apenas um órgão do Estado para essa função.

Imediatamente, a seguinte questão vem a nossa mente: “Quais características deve ter esse órgão público para que cumpra, eficaz e eficientemente, a tarefa a que fora investido no que diz respeito à aplicação do tratado?”

Vejam algumas das condições necessárias para tanto:

- Em primeiro lugar, o órgão responsável por essa tarefa deve compor a estrutura do governo ou fazer parte do Executivo, principal responsável pela implementação da CDPD (mesmo estando conscientes de que o Legislativo e o Judiciário também possuem obrigações decorrentes de certos dispositivos do tratado, como harmonização legislativa e fornecimento de serviços eficazes de acesso à justiça, respectivamente). Ademais, designar um órgão específico do âmbito do Executivo é importante “para evitar dispersar a responsabilidade entre órgãos do governo...”, como fora ressaltado pelo ACNUDH no relatório referido acima (NACIONES UNIDAS, 2009);
- Em segundo lugar, esse órgão deve pertencer a uma das instâncias centrais do governo (por exemplo, um Ministério, ou Secretaria da Presidência ou a própria Presidência da República) com competência para emitir instruções e políticas que influenciem outros ministérios ou instituições do governo. Em alguns países, alega-se que esse órgão deveria ser dotado de força política e institucional para que possa de fato coordenar a implementação dos direitos das pessoas com deficiência. Esse órgão não deveria integrar o Ministério de Saúde (particularmente associado ao modelo médico, o qual trata pessoas com deficiência como pacientes), ou o Ministério de Assistência Social (o qual tende a considerar as pessoas com deficiência como objetos de um sistema de assistencialismo), bem como não deveria pertencer ao Ministério do Trabalho, o qual lidaria somente com uma necessidade das pessoas com deficiência, a laboral;
- Em terceiro lugar, essa instituição deve ser dotada de recursos humanos, equipamentos e orçamento necessários para realizar suas atividades. Essa instituição, ao invés de fornecer serviços diretamente às pessoas com deficiência, deveria criar as condições para tanto e assegurar que outras instituições ofereçam os serviços necessários de maneira transversal, inclusiva e levando em consideração as necessidades específicas das pessoas com deficiência. Neste sentido, pode-se afirmar que a instituição encarregada dessa tarefa deveria promover o desenvolvimento inclusivo, no âmbito dos direitos das pessoas com deficiência;
- Em quarto lugar, esse órgão deve desempenhar um papel de coordenação bastante ativo junto com outros órgãos do governo responsáveis pela implementação da Convenção, no desenvolvimento de políticas, programas, projetos e ações dentro de suas respectivas áreas de atuação. Recomenda-se que essa coordenação interinstitucional seja adotada por tal instituição, já que se trata de um organismo responsável por cooperar – com base em sua especialidade no tema – com outros órgãos do governo, conforme recomendado na segunda parte do inciso 1;
- Em quinto lugar, ao desempenhar suas funções, a direção e a equipe dessa instituição encarregada de promover a implementação da Convenção devem basear suas atividades no modelo social de deficiência; eles devem conhecer a fundo os direitos das pessoas com deficiência (incluindo a CDPD e outras

normas nacionais ou internacionais vigentes no Estado Parte), bem como devem ser especialistas no desenvolvimento de políticas sociais inclusivas próprias do modelo social para que eles possam melhor orientar e assessorar a instituição;

- Em sexto lugar, a instituição deve estar aberta à coordenação e consulta com outras organizações de pessoas com deficiência, além de ser aconselhável que esta conte, entre seus dirigentes e equipe, com pessoas com deficiência empoderadas social e politicamente;
- Em sétimo lugar, essa instituição deve estar aberta a colaborar e receber, de maneira construtiva, críticas e comentários de outras instituições ou mecanismos de monitoramento estabelecidos em conformidade com o inciso 2 do próprio artigo 33.

Embora seja possível estabelecer outros pré-requisitos ou condições a serem preenchidas pelo órgão do governo designado para essa tarefa, as características expressas acima já apresentam um perfil básico desta instituição. Cada país, de acordo com a sua própria história e instituições, pode oferecer diferentes modelos para o órgão a ser encarregado da tarefa vital de promover a implementação da Convenção.

Atualmente, muitos órgãos do governo, com base em uma visão degradante e discriminatória contra pessoas com deficiência, desenvolvem atividades de caridade e assistencialismo que possuem pouco impacto sobre as condições de vida das pessoas com deficiência. Ou ainda com base em uma perspectiva de direitos humanos, pode-se dizer que certas instituições do governo desenvolvem atividades que criam as condições que dão ensejo a violações dos direitos das pessoas com deficiência ou os violam diretamente. Isto se deve ao desconhecimento generalizado do fato de que pessoas com deficiência são sujeitas de direitos e, portanto, não deveriam ser objeto de caridade pública ou privada.

Nesse sentido, a CDPD deveria constituir um divisor de águas na história do mundo e do país em questão. Isto requer diretrizes, assistência e monitoramento consistente e claro. Entre todos os outros órgãos do Estado, este papel deve ser desempenhado pela instituição a que se refere o inciso 1 do artigo 33, descrita aqui com base nas condições que devem ser por ela preenchidas.. Tal instituição deve desempenhar suas atividades em conformidade com o marco de direitos humanos e desenvolvimento social, com vistas a prevenir que a implementação da Convenção se dê por meio de mudanças puramente cosméticas onde o assistencialismo (ou, pior, caridade) praticado pelo governo continuaria a guiar as políticas públicas sobre deficiência.

No que diz respeito à atividade de supervisão a ser exercida por essa instituição, não há de se confundir o papel desta em promover e coordenar a implementação da Convenção com o monitoramento que deve ser exercido pela instituição ou mecanismo nacional de direitos humanos, descrito no inciso 2 do artigo 33. Neste caso, o monitoramento procura assegurar que políticas públicas (transversais e inclusivas) sejam implementadas de maneira adequada em conformidade com a Convenção. Trata-se do monitoramento e controle operacional, visto a partir da perspectiva do órgão especialista no tema designado para promover – de maneira coordenada – políticas públicas e programas inclusivos.

Como bem ressaltado pelo ACNUDH no relatório citado acima (NACIONES UNIDAS, 2009):

Na maioria dos Estados, já há instituições que centralizam no âmbito nacional questões referentes à deficiência, inclusive em função da aplicação das Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. Neste sentido, implementar o artigo 33, inciso 1, pode demandar que o Estado Parte reforme as estruturas existentes, ao invés de criar novos órgãos.

Na América Latina, essa obrigação tem sido desempenhada por Conselhos Nacionais de Deficiência ou órgãos similares.

Alguns países da América Latina que já iniciaram a discussão para designar qual instituição pública ficaria responsável por esta tarefa, propuseram que fossem os conselhos nacionais de deficiência. Ao analisar essa possibilidade, a primeira questão a ser considerada é verificar se o Conselho Nacional de Deficiência do país em questão preenche os pré-requisitos necessários para desempenhar o mandato crucial de promover eficaz e efetivamente a implementação da Convenção. O mais provável é que se chegue à conclusão de que este não é (na maioria) o caso, levando-se em consideração a limitada influência política e pequeno peso que essas organizações possuem dentro da atual estrutura estatal dos países da região.

Desta forma, não se deve de antemão descartar a possibilidade de que os conselhos nacionais de deficiência sejam encarregados de desempenhar esta tarefa, desde que eles sejam investidos de maior poder de influência política e recebam os recursos necessários para tanto. No entanto, tal decisão não deveria emanar do governo ou do Executivo, mas derivar de um ato do Poder Legislativo claramente sinalizando tal fortalecimento institucional.

Cabe refletir sobre como o Estado Parte à CDPD deve designar a instituição responsável por “assuntos relacionados com a implementação da presente Convenção”. Uma possibilidade que imediatamente vem à mente é o próprio governo indicar tal instituição por meio de um decreto executivo ou outro mecanismo de tomada de decisão. Tal opção apresenta uma falha que requer séria consideração: o governo que emite esta decisão pode ser substituído, nas próximas eleições, por outra administração que possui uma visão bem distinta sobre como lidar com os direitos das pessoas com deficiência e sobre qual instituição deveria ser responsável por promover a implementação da Convenção. Isto cria situações de instabilidade e pode levar à revisão da decisão tomada, com efeitos nocivos para a implementação da CDPD. Portanto, aconselha-se que a designação da instituição responsável por coordenar a implementação da Convenção seja produto de um ato do Poder Legislativo, não apenas indicando qual a instituição designada, mas também a revestindo com o poder político e recursos necessários para desempenhar satisfatoriamente sua tarefa.

Esse é um tema importante que deve ser analisado por organizações de pessoas com deficiência e órgãos públicos hoje responsáveis por trabalhar com temas relacionados com deficiência e, em particular, conselhos nacionais de deficiência. Submeter a proposta de lei ao Legislativo (seja unicameral ou bicameral) oferece maior segurança institucional no que diz respeito ao órgão designado, bem como abre espaço para que os direitos das pessoas com deficiência sejam vistos não como uma política pontual (ou contingente) de um governo, mas sim uma política de estado.

Outra questão a ser considerada é o fato de que os países tendem a postergar

indefinidamente a decisão de designar a instituição responsável. Até o momento, isto é o que tem ocorrido, já que os Estados Partes na região, depois de dois ou três anos de ratificado o tratado, ainda não iniciaram o processo de designar esse organismo. Este é um mau sintoma que aparenta indicar que há pouca conscientização sobre a situação dos direitos das pessoas com deficiência e sobre o que os países deveriam fazer para modificar esta situação. No que diz respeito aos direitos das pessoas com deficiência, os Estados da região, em geral, acumularam uma dívida enorme que somente pode começar a ser quitada a partir do comprometimento firme com a implementação da Convenção. O primeiro passo essencial é designar a instituição responsável por promover tal implementação.

Um último aspecto a ser considerado é os Estados começarem a presumir que os conselhos nacionais de deficiência devem desempenhar tal atividade sem qualquer processo formal e sério de designação da instituição encarregada por promover a implementação da Convenção. Essa possibilidade é muito nociva porque passa a mensagem para as pessoas com deficiência e para a sociedade em geral de que, apesar de ratificar a CDPD, tudo continuará o mesmo. Além disso, indica quemesmo depois de alguns anos, ao se fazer um balanço da implementação do tratado, chegar-se-á à conclusão de que a Convenção é apenas mais um importante instrumento com efeito limitado ou nulo.

2.2 Coordenação interinstitucional para implementação da Convenção

Na segunda parte do artigo 33, inciso 1, a CDPD faz uma recomendação perspicaz: estabelecer ou designar “um mecanismo de coordenação no âmbito do Governo, a fim de facilitar ações correlatas nos diferentes setores e níveis” (NACIONES UNIDAS, 2006). Essa coordenação entre diferentes órgãos é uma condição necessária para que a Convenção seja implementada em todos os setores e em diversas instâncias do aparato estatal.

A implementação da Convenção pressupõe necessariamente o desenvolvimento e execução de políticas públicas e programas inclusivos e aplicados de maneira transversal em todas as instituições públicas, particularmente aquelas que atendem diretamente a pessoas com deficiência, como os ministérios de educação pública, saúde, trabalho, moradia, transporte, comunicação ou informação, entre outros.

Faz-se necessário, ademais, que a instituição pública responsável pela tarefa desafiadora de promover a implementação da Convenção funcione como um “ponto focal”, como definido pelo estudo do ACNUDH, mencionado acima (NACIONES UNIDAS, 2009). Obviamente, esse ponto focal, fonte de políticas públicas inclusivas, deve contar com a cooperação de instituições ou ministérios correspondentes, os quais ficarão responsáveis por elaborar e executar suas respectivas políticas públicas.

Neste momento, cabe diferenciar a coordenação política que deve ser realizada nas instâncias centrais de poder, a qual deveria ficar sob responsabilidade do órgão público indicado pelo governo, uma vez que requer certo grau de coordenação operacional interinstitucional. Tal coordenação deveria, por um lado, envolver equipes da instituição pública designada para promover a implementação da Convenção e, por outro, os pontos focais de cada órgão do governo responsável por elaborar os

respectivos programas públicos por meio dos quais os dispositivos da Convenção serão implementados em cada área do Estado.

Há, ainda, outro tema a ser considerado com relação aos pontos focais das instituições que compõem o governo central (ou federal). Em Estados de pequenas dimensões, é possível que os pontos focais dentro dos ministérios consigam sozinhos atender à necessidade institucional. Isso ocorrerá se eles forem capazes de também coordenar atividades no âmbito municipal, onde as pessoas com deficiência vivem. Não obstante, nos “Estados com múltiplos níveis de governo” (como definido pelo estudo realizado pelo ACNUDH), provavelmente será necessário designar “pontos focais [...] no âmbito local, regional e nacional/federal” (NACIONES UNIDAS, 2009).

3 Monitoramento pelo Estado

Examinaremos agora a segunda parte do artigo 33 da CDPD. Esta é composta por dois parágrafos que estabelecem o seguinte (NACIONES UNIDAS, 2006):

Os Estados Partes, em conformidade com seus sistemas jurídico e administrativo, manterão, fortalecerão, designarão ou estabelecerão estrutura, incluindo um ou mais de um mecanismo independente, de maneira apropriada, para promover, proteger e monitorar a implementação da presente Convenção. Ao designar ou estabelecer tal mecanismo, os Estados Partes levarão em conta os princípios relativos ao status e funcionamento das instituições nacionais de proteção e promoção de direitos humanos.

A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão plenamente no processo de monitoramento.

A condição fundamental para que esse mecanismo ou instituição do Estado possa cumprir com seu papel de monitoramento e supervisão da situação dos direitos das pessoas com deficiência e, mais especificamente, da implementação da Convenção, é que ele seja independente.

Neste sentido, seria um erro encarregar a mesma instituição da tarefa de promover a implementação da Convenção e, ao mesmo tempo, monitorar o cumprimento pelo Estado dos direitos das pessoas com deficiência, incluindo aqueles derivados da CDPD. Se isto ocorrer, tal órgão do Estado seria, ao mesmo tempo, juiz e autor das funções que desempenha.

A instituição mencionada no artigo 33, inciso 1, deve promover e coordenar todas as atividades relacionadas com a implementação da Convenção. Isto significa cumprir duas funções principais, entre outras tarefas: orientar e auxiliar a elaboração e desenvolvimento de políticas públicas transversais e inclusivas nas instituições públicas, particularmente aquelas que atendam as necessidades das pessoas com deficiências, bem como monitorar seu cumprimento, no âmbito operacional. Esse trabalho de monitoramento é diferente daquele a ser exercido pela instituição (ou instituições) responsável pelo monitoramento independente. Esta última adota uma diferente perspectiva: foca em como o Estado e suas instituições têm cumprido suas obrigações decorrentes dos direitos das pessoas com deficiência, em particular o disposto na CDPD.

A responsabilidade de proteger, promover e monitorar os direitos das pessoas

com deficiência, conforme estabelecido pelo artigo 33, inciso 2, da Convenção deveria recair sobre uma ou mais instituições independentes. Isto é o que o segundo parágrafo se refere ao indicar que os Estados Partes, ao elaborarem tal mecanismo, devem levar em consideração os “princípios relativos ao status e funcionamento das instituições nacionais de proteção e promoção dos direitos humanos” (UNITED NATIONS, 2006).

Tais princípios são os “Princípios de Paris”, adotados pela Assembleia Geral da ONU em 20 de dezembro de 1992 e que têm se tornado a principal diretriz para instituições de direitos humanos estabelecidas em diversos países depois de sua adoção. Eles foram elaborados e propostos pelas próprias instituições nacionais de direitos humanos, em conjunto com representantes dos Estados, da ONU, de órgãos formados por especialistas, instâncias intergovernamentais e organizações não-governamentais. Este grupo diverso se reuniu em Paris em outubro de 1991, em uma conferência organizada pelo Centro Dinamarquês de Direitos Humanos.

Os Princípios de Paris são, por natureza, amplos e gerais. Eles foram elaborados desta forma para que possam ser seguidos por um leque amplo de instituições nacionais de direitos humanos, independentemente de suas diversas missões, estruturas organizacionais e planos de ação. O aspecto mais importante desses princípios é que eles definem uma série de requisitos jurídicos mínimos que uma instituição nacional de direitos humanos deve seguir para ser considerada como tal. Eles se concentram em três âmbitos; a saber: (i) competência e responsabilidades destas instituições nacionais, (2) pluralismo em sua composição e garantia de independência no desempenho de suas funções e (3) os métodos de trabalho e sua relação com outros atores sociais, como organizações da sociedade civil.

Em relação ao primeiro âmbito, há alguns requisitos que as instituições de direitos humanos devem cumprir. Destacamos três requisitos: (1) que seu mandato seja o mais amplo possível (incluindo tanto proteção, quanto promoção de direitos humanos); (2) que sejam estabelecidas por lei ou tenham base jurídica constitucional, e (3) tenham a faculdade de preparar relatórios sobre a situação geral de direitos humanos no país ou sobre temas específicos.

No que diz respeito à composição e grau de independência e pluralidade, os Princípios de Paris estabelecem as seguintes condições básicas: (1) métodos de eleição de seus membros e equipe devem assegurar uma representação plural de diferentes setores sociais; (2) fornecimento de infraestrutura adequada e orçamento necessário para desempenho de suas funções; (3) plena autonomia de decisão e ação frente ao Poder Executivo ou ao Governo; (4) não serem sujeitos a controle financeiro algum que possa afetar o desempenho de suas funções.

Para completar esse conjunto de requisitos a serem cumpridos pelas instituições nacionais de direitos humanos, os Princípios de Paris, ao se referirem a métodos de operação, concedem as seguintes atribuições: (1) liberdade de analisar quaisquer questões dentro de sua competência, (2) acesso livre a toda informação e documentação que seja necessária para considerar a situação de direitos humanos do país; (3) liberdade para se dirigir à opinião pública para divulgar suas opiniões e recomendações; e (4) consultar organizações públicas e da sociedade civil que trabalham na promoção e proteção dos direitos humanos.

Nos países de nossa região, há diferentes tipos de instituições encarregadas da tarefa de monitorar, promover e proteger os direitos humanos. Há Procuradorias

de Direitos Humanos, comissões, comissários, defensores populares, etc. Independentemente de qual o tipo de instituição existente em cada país, o mais importante é determinar se esta cumpre com as condições estabelecidas pelos “Princípios de Paris”, particularmente no que diz respeito à independência da instituição em relação ao Poder Executivo.

O parágrafo 1 do inciso 2 do artigo 33 se refere a um ou mais mecanismos independentes. Com base em nosso conhecimento do contexto latino-americano, consideramos que tal marco deveria ser preferencialmente constituído por um mecanismo e não por dois ou mais. Não obstante, em países tão extensos e com uma estrutura federativa como o Brasil, talvez valha estabelecer ou designar várias instituições para trabalharem de maneira coordenada.

Para as organizações de pessoas com deficiência será muito importante verificar se a instituição nacional de direitos humanos (seja designada entre instituições já existentes, seja estabelecida com este propósito) cumpre fielmente com os “Princípios de Paris”. Caso seja concluído que não, será necessário trabalhar em conjunto com outras organizações da sociedade civil para defender a reforma da instituição para que sejam preenchidos os requisitos dos Princípios de Paris, ou para que seja estabelecida por lei uma nova instituição já em conformidade com estes.

Caso seja estabelecido que a instituição nacional de direitos humanos em questão cumpre com os Princípios de Paris, seria necessário averiguar se esta instituição leva em consideração, entre suas tarefas decorrentes da CDPD, a obrigação de “promover, proteger e monitorar a aplicação da presente Convenção”. Seria também importante solicitar maiores informações sobre quais ações a instituição pretende implementar para desempenhar suas obrigações e se conta com alguma equipe especialmente encarregada desta responsabilidade. Algumas instituições já possuem uma pessoa (ou uma equipe) especializada no tema de direitos das pessoas com deficiência. Neste caso, seria oportuno consultar a instituição para verificar se eles pretendem reforçar ou fortalecer sua equipe para conseguir cumprir com essa tarefa da melhor maneira possível.

Outro aspecto importante é a coordenação e iniciativas conjuntas que podem ser realizadas por instituições nacionais de direitos humanos em conjunto com organizações de pessoas com deficiência, no que tange ao monitoramento, proteção e promoção dos direitos de pessoas com deficiência. Uma possível agenda comum poderia incluir, entre outros, os seguintes aspectos:

- Coordenação (desejável) entre o órgão no âmbito do governo escolhido para promover a implementação da Convenção e a instituição nacional de direitos humanos. Existe essa coordenação? Como ela funciona?
- Conhecimento e acompanhamento dos relatórios que devem ser apresentados pelos Estados Partes ao Comitê Internacional. Neste sentido, o monitoramento desses relatórios será de grande valor para que a instituição nacional tenha conhecimento dos comentários e recomendações do Comitê e para determinar o que tem sido feito para dar cumprimento às recomendações;
- Realização de campanhas de promoção dos direitos das pessoas com deficiência, de acordo com o disposto no artigo 8 da CDPD para conscientização de toda sociedade;

- Coordenação com organizações de pessoas com deficiência para que pessoas com deficiência sejam encorajadas a relatar violações de seus direitos perante a instituição nacional de direitos humanos;
- Iniciativas conjuntas de capacitação sobre direitos das pessoas com deficiência e sobre a CDPD, dirigidas a pessoas com deficiência;
- Consulta com organizações de pessoas com deficiência no momento de elaboração, pela instituição nacional, dos relatórios sobre a situação geral dos direitos humanos no país, e, mais ainda, quando se trata de relatórios específicos sobre a situação dos direitos das pessoas com deficiência.

4 Monitoramento por organizações de pessoas com deficiência e por organizações da sociedade civil, em geral

Consideremos agora o monitoramento realizado por organizações da sociedade civil e, particularmente, organizações de pessoas com deficiência. Vejamos o que diz o artigo 33, inciso 3, da CDPD: “A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão plenamente no processo de monitoramento.” (NACIONES UNIDAS, 2006).

Nesse quesito, as organizações de pessoas com deficiência devem desempenhar um papel fundamental. Para isso, é necessário que essas organizações sejam capacitadas em direitos humanos para que possam plenamente promover, proteger e defender seus direitos. Ademais, devem ser capazes de compreender por completo a CDPD e seu protocolo opcional, além de serem capacitadas para implementar ações que gerem impacto político em diferentes contextos. Essas organizações devem interiorizar a máxima: “Sem ação, não há direito”, para convertê-la em prática no seguinte slogan: *Sem ações organizadas de incidência política das organizações de pessoas com deficiência e seus parceiros, os Estados farão pouco ou nada para cumprir com o disposto na CDPD.*

O papel de monitoramento que essas organizações devem desempenhar as obriga a estarem informadas sobre os últimos avanços sobre o tema, especialmente no âmbito da instituição responsável por promover e coordenar a implementação da Convenção. Se esta instituição não foi ainda designada, organizações de pessoas com deficiência deveriam estar ativamente envolvidas em demandar que o governo indique qual instituição ficará encarregada de desempenhar esse papel, além de dotá-la de todas as condições necessárias para que cumpra com eficácia essa função.

Além disso, as organizações de pessoas com deficiência deveriam atentar para o prazo de apresentação dos relatórios pelos Estados ao comitê de tratado. Essas organizações devem exigir que sejam informadas e devidamente consultadas sobre o processo de elaboração do relatório. Uma vez concluídos os relatórios, estes devem ser revisados por tais organizações para averiguar a sua objetividade e rigor e, caso o relatório se distancie da condição real das pessoas com deficiência no âmbito nacional, essas organizações deveriam trabalhar seriamente na preparação de relatórios alternativos ou sombra, com o auxílio e apoio, se possível, de ONG de direitos humanos.

No que diz respeito ao monitoramento dos relatórios dos Estados, não é suficiente que as organizações leiam o relatório nacional ou enviem um relatório alternativo para

Genebra. Elas devem de fato iniciar um trabalho intenso de acompanhamento e pressão política, tanto no âmbito nacional, quanto em Genebra, com vistas a assegurar que o Comitê faça as observações e recomendações mais adequadas ao contexto de cada país, de acordo com a condição real dos direitos das pessoas com deficiência no âmbito nacional e para difundir o assunto nos meios de comunicação nacionais.

Depois de o Comitê Internacional emitir suas observações e recomendações, baseadas no relatório submetido e após dialogar com representantes dos Estados Partes, as organizações de pessoas com deficiência deverão conhecer bem este documento e dar o máximo de publicidade a ele, como primeiro passo no esforço de incidência política, para que as recomendações sejam devidamente cumpridas.

O monitoramento pela sociedade civil inclui organizações ou associações de direitos humanos, que trabalham na proteção e promoção de direitos. As organizações de pessoas com deficiência deverão estabelecer relações com elas, para introduzi-las ao tema dos direitos das pessoas com deficiência (caso esta temática não já faça parte de sua área de atuação) ou para auxiliá-las a desenvolver o melhor enfoque sobre o tema, já que as ONGs de direitos humanos também costumam subestimar estes direitos. Ademais, organizações de pessoas com deficiência deveriam trabalhar com essas ONGs que possuem o conhecimento e experiência em trabalhar com sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, com vistas a juntar esforços que possam enriquecer sua atuação nesta área e, inclusive, com vista a desenvolver atividades em conjunto como a elaboração de relatórios alternativos.

Há ainda ONG que trabalham com a temática de deficiência, sem possuírem entre seus membros pessoas com deficiência. É aconselhável que organizações de pessoas com deficiência trabalhem com essas ONGs com vistas a somá-las à luta pela promoção, proteção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência, com o propósito de incorporarem estes direitos em suas agendas, mesmos se suas atividades estiverem focadas na prestação de serviços. Para avançar na causa dos direitos das pessoas com deficiência, sempre é melhor contar com cada vez mais aliados.

É oportuno recordar aqui que deficiência é um fenômeno transversal que transpassa diferentes setores sociais e populacionais. Pessoas com deficiência podem ser mulheres, trabalhadores e trabalhadoras com deficiência, meninos, meninas, afrodescendentes, povos indígenas, etc. Por isso, é necessário que organizações de pessoas com deficiência influenciem as agendas e atividades de organizações de mulheres, sindicatos, organizações de promoção dos direitos de crianças, organizações indígenas, organizações de afrodescendentes, etc., fazendo com que estas incluam em suas áreas de atuação os direitos das pessoas com deficiência. Dificilmente estas irão incorporar tal temática por iniciativa própria, portanto a orientação de organização de pessoas com deficiência é necessária neste processo. Após esse tema ser incluído em suas agendas, essas organizações da sociedade civil poderão melhor desempenhar seu papel de monitoramento, a elas encarregado pelo artigo 33, inciso 3 da Convenção.

Por isso, pode-se concluir que as organizações de pessoas com deficiência constituem o coração do monitoramento a ser exercido pela sociedade civil. Tais organizações devem ser social e politicamente empoderadas e estar completamente conscientes de seu papel na proteção, promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

NACIONES UNIDAS. 2006. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** (CDPD). Resolución A/RES/61/106, Asamblea General de Naciones Unidas (13 dic. 2006).

_____. 2009. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). **Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General**. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48 (26 enero 2009). Disponible em: <www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc>. Último acceso em: maio 2011.

ABSTRACT

This paper seeks to highlight the value and scope of Article 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (United Nations, December 2006) by analyzing the three provisions it contains: 1) designation of an entity within government to which the State Party should assign the task of promoting implementation of the convention and ensuring inter-institutional coordination for effective conduct of such task; 2) identification of an independent mechanism or institution (compliant with the Paris Principles), which will monitor, on behalf of the State, implementation of the convention and will promote and protect the rights of persons with disabilities; and 3) promotion and organization of civil society monitoring of convention implementation, emphasizing the actions that organizations of persons with disabilities should take and the leading role they should play to do so.

KEYWORDS

Convention – Rights – Disabilities – Implementation – Monitoring

RESUMEN

El presente trabajo busca resaltar el valor y alcances del artículo 33 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, diciembre, 2006). Tal valor es analizado en los tres planos que contiene ese artículo; a saber: 1) La designación de la institución pública a la cual el Estado Parte, le debe encargar la tarea de impulsar la aplicación del tratado y la necesaria coordinación interinstitucional, para cumplir eficazmente esa tarea; 2) La identificación del mecanismo o institución nacional independiente (que cumpla “Los principios de París”), que vigilará –desde el Estado– el cumplimiento de la Convención y protegerá y promoverá los derechos de las personas con discapacidad y 3) El impulso y organización del monitoreo desde la sociedad civil, destacando el liderazgo y la labor que deben desarrollar las organizaciones de personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Convención – Derechos – Discapacidad – Aplicación – Monitoreo

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL

Letícia de Campos Velho Martel é professora da Graduação e da Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-Rio. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio (NEC). Doutora em Direito Público pela UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.

Email: martel@puc-rio.br

RESUMO

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, parte da CRFB/88, introduziu novos conceitos e concepções no direito brasileiro. Este artigo objetiva compreender e discutir os conceitos de adaptação razoável e ônus indevido, oferecendo premissas para uma interpretação constitucionalmente adequada e útil das inovações normativas. Para tanto, foram pesquisados os conceitos e suas complexidades em outros ordenamentos jurídicos, especialmente os que os empregam há longa data. A seguir, formulou-se uma proposta interpretativa. Nela estão sediados conclusões e resultados obtidos, em especial pela exclusão de algumas interpretações adotadas em outros países. Concluiu-se que a adaptação razoável é composta de medidas possíveis e eficazes para a inclusão de pessoas com deficiência, obtidas mediante processo de diálogo entre os envolvidos. O dever de adaptar é limitado pelo ônus indevido ou desproporcional, composto de vários elementos, cujo ônus probatório reside em quem deve acomodar.

Original em português.

Recebido em fevereiro de 2011. Aprovado em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Deficiência – Discriminação – Adaptação razoável – Ônus indevido



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: O NOVO CONCEITO SOB AS LENTES DE UMA GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL INCLUSIVA¹

Letícia de Campos Velho Martel

*Da Perfeição da Vida
Por que prender a vida em conceitos e normas?
O Belo e o Feio... O Bom e o Mau... Dor e Prazer...
Tudo, afinal, são formas
E não degraus do Ser!*
(QUINTANA, 2007, p.142).

1 Introdução

Caminhava pelo corredor e pensava na sua conquista. Aos dezessete anos na faculdade de direito. Ao entrar na sala, pode sentir a quietação. O absoluto silêncio. Estranhou a sala, a porta ficava ao fundo. Seguiu, precisava encontrar a cadeira próxima à tomada, para usar o computador. No silêncio persistente, percebeu que alguém se aproximava e oferecia ajuda. Explicou que a sala parecia ao contrário e onde precisava sentar. Gentilmente, a colega o conduziu. Embora nada visse, o estranhamento pairava no ar. As dúvidas também. Em cada colega, em cada professor, sentia a indagação não verbalizada sobre se ele persistiria. Principalmente, sobre se ele não seria uma barreira ao andamento das aulas. Os curiosos chegaram. Pensavam que ele escreveria e leria em braile. Não, nada disso. Sei braile, mas a tecnologia evoluiu e hoje contamos com programas específicos para nós, os cegos. As perguntas seguiam. Como fará com os textos de aula? Simples, são digitalizados pela biblioteca e fornecidos para mim, basta que o professor entregue a lista. Os direitos de autor não são mais um obstáculo para esse trabalho conjunto, professores, bibliotecas, cegos. Para surpresa de muitos, estava ali um acadêmico brilhante, organizado e atento. O rendimento da turma foi mais alto do que as demais. Compreender o fato foi fácil. A presença de um acadêmico cego fez com que os roteiros de leitura fossem disponibilizados com antecedência,

Ver as notas deste texto a partir da página 112.

levou a turma a ser mais quieta, em respeito ao colega que precisava de elevada atenção para ouvir, além de as aulas terem se tornado mais didáticas. O aprendizado foi geral. O convívio ensinou inclusão, reconhecimento e tolerância. Mostrou as suas benesses. Há ainda um senão, que ele espera vencer até o final do curso. Tem muita dificuldade de acesso à jurisprudência de alguns tribunais. Os sistemas usados não são compatíveis com os programas disponíveis aos cegos que compram o *software* com apoio estatal. Mas há promessa de total inclusão até 2012. Ele conta com isso. Nas próximas férias, irá ao museu, já que uma colega descobriu um espaço de arte em um Município próximo que permite que cegos toquem nas esculturas e em algumas obras. Poderá sentir a arte. O mundo começa a se adaptar, pensa.

O raciocínio que fez o estudante é muito acertado. Um mundo adaptável, ajustável, hábil a acomodar e a receber o diverso, o outro invisibilizado por décadas a fio. Sua reflexão é de um mundo construído por seres humanos para todos os seres humanos, universalmente desenhado, sem exigir integração nem assimilação. Um mundo projetado para não deixar à margem aquele que não está exatamente nos contornos do molde, padrão ou arquétipo do humano que a modernidade ocidental espera e vangloria. Um mundo que vai além da acessibilidade e da mobilidade. Pensa num mundo que reconhece, respeita e abre os mais diversos canais de participação e de inclusão, pautado em uma concepção profunda de igualdade e lastreado na dignidade plural.

O que motivou a redação deste artigo foi a necessidade de explorar o conceito de *adaptação razoável*, presente na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (CDPD/ONU).² Junto à locução *ônus indevido*, a *adaptação razoável* confere novo significado jurídico à discriminação da pessoa com deficiência. Tudo em sede constitucional, pois, como se sabe, a adesão brasileira à CDPD/ONU contou com um elemento de ineditismo: foi o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos (TIDH) aprovado na forma do art.5º, §3º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o que torna seus enunciados normativos parte da Constituição formal.

O objetivo é, pois, compreender e discutir os conceitos de adaptação razoável e de ônus indevido, oferecendo premissas para uma interpretação constitucionalmente adequada e útil da inovação normativa. Para tanto, apresentar-se-á um panorama dos conceitos e suas complexidades, com enfoque para os sistemas jurídicos que lhe deram origem (seções 2 e 3). A seguir, propor-se-á uma linha de interpretação e construção dos conceitos no direito brasileiro no quadro dos direitos das pessoas com deficiência (seção 4).

2 Pequenas anotações acerca da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

Aprovada em dezembro de 2006, a CDPD/ONU foi assinada pelo Brasil em março de 2007, em Nova Iorque. Em 2008, passou a integrar a Constituição brasileira, como equivalente às emendas constitucionais, segundo dispõe o art.5º, §3º, CRFB/88 (Decreto Legislativo n. 186, BRASIL, 2008). Primeira Convenção internacional aprovada no milênio, a CDPD/ONU preocupa-se com uma parcela da população que foi e é objeto de discriminação e opressão, as pessoas com

deficiência. Seus lastros são a inclusão, a participação paritária, o gozo de direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, detendo atenção também na justaposição de fatores de exclusão e de discriminação, tais quais as combinações entre gênero, envelhecimento, infância, pobreza e deficiência.

A CDPD/ONU é digna de nota em muitos aspectos. Ela unifica em um documento internacional um feixe de direitos humanos reconhecidos a um “grupo credor de direitos” (FIGUEIREDO, 2010), as pessoas com deficiência, reafirmando a “universalidade, a indivisibilidade, a interdependência” dos direitos humanos. Nesse rumo, a CDPD/ONU estabelece uma gama de conceitos jurídicos, certos deles bastantes inovadores em alguns ordenamentos internos, como as noções de (a) deficiência; (b) discriminação; (c) acomodação razoável.

No que diz à deficiência, CDPD/ONU não perfilhou um aporte unicamente biomédico (i.e. aquele que “sustenta que há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência” no qual “um corpo com deficiência deve ser objeto de intervenção dos saberes médicos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 66-68), conjugando-o a um aporte mais abrangente e até combativo daquele exclusivamente biomédico, o modelo social da deficiência. No ensejo do modelo social, a deficiência “passou a ser compreendida como a experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos” corporais ou psíquicos, cuja causalidade não está nos corpos, mas nas barreiras, obstáculos e opressões sociais. Portanto, a deficiência se desloca da alçada tão-somente biomédica, fundada em mensuração, evidências, tratamento e cura, para uma compreensão moral e cultural de que inúmeros obstáculos estão no exterior dos corpos, no ambiente material e moral que os circunda (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 70). Todavia, o modelo social incorporado pela CDPD/ONU não relega elementos do modelo biomédico, principalmente quanto a direitos fundamentais de acesso, promoção e proteção da saúde.

A respeito da discriminação, a CDPD/ONU altera o pensar convencional, por duas ordens de motivos. Um, a CDPD/ONU amplia o conceito, definindo-o *também* em função da não oferta de adaptação razoável. Portanto, paralelamente às formas tradicionais de tratamento desigual e discriminatório, a recusa em adaptar razoavelmente a quem do ônus indevido enseja discriminação de pessoas com deficiência. Daí a singularidade do conceito de acomodação razoável, pois, ao modificar o conteúdo da discriminação, “demonstra o reconhecimento das barreiras ambientais como uma causa evitável das desigualdades experienciadas pelas pessoas com deficiência” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 70; EMENS, 2008, p. 877). Dois, a CDPD/ONU amplia expressamente o significado de discriminação, compreendendo formas diretas e indiretas, como a discriminação por impacto adverso.

Se havia alguma dúvida sobre a discriminação por impacto adverso figurar no constitucionalismo brasileiro, ela se dissipou. A *doutrina da discriminação por impacto adverso ou desproporcional* foi desenvolvida pela Suprema Corte dos EUA no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (apud SARMENTO, 2006, p. 125; MARTEL, 2007), decidido em 1971. Este modelo de discriminação difere daquela *direta*, na qual o enunciado normativo ou prática administrativa são intencionalmente e em si discriminatórios. A discriminação por impacto adverso ocorre quando medidas

públicas ou privadas que não são discriminatórias em sua origem nem estão imbuídas de intuito discriminatório, acabam por ensejar manifesto prejuízo, normalmente em sua aplicação, a alguns grupos minoritários, cujas características físicas, psíquicas ou modos de vida escapam ao da generalidade das pessoas a quem as políticas se destinam. Apoiadas na *doutrina*, as Cortes invalidam ou excepcionam leis, atos da administração ou até acordos coletivos e normas empresariais, criando uma barreira ao prejuízo oblíquo ensejado para as minorias (SARMENTO, 2006, p. 125; MARTEL, 2007).

Ao assim conceber a discriminação, uma indagação surge: o que é adaptação razoável? O texto da CDPD/ONU oferece uma conceituação:

Ajustamento razoável: significa a modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

(NAÇÕES UNIDAS, 2006a).

Aparentemente, a adaptação razoável não seria um conceito problemático, nem complexo. Trata-se de empregar todos os mecanismos disponíveis para ajustar práticas, materiais, ambientes, regras gerais etc., às diferenças entre as pessoas, para assegurar-lhes igualdade de oportunidades. Porém, o termo razoável insere ambiguidade, pois quais os mecanismos razoáveis? Os existentes? Os ordinários? Os melhores possíveis? E por ônus indevido, o que se deve entender? A expressão refere-se somente a despesas? Nas seções subsequentes buscar-se-á explanar o conceito em outros sistemas jurídicos, para, então, elaborar uma proposta interpretativa no direito brasileiro.

3 Acomodação razoável e ônus indevido – um panorama no direito estrangeiro e internacional

A noção de acomodação razoável originou-se nos EUA, quando da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 (USA, 1972), com o fito de combater a discriminação no mercado de trabalho. O termo foi originariamente utilizado no campo da discriminação religiosa, exigindo ao empregador comprovar que não estaria apto a acomodar razoavelmente as práticas religiosas de seus empregados sem um ônus indevido. Desde então, as expressões acomodação razoável e ônus indevido figuram no direito estadunidense. Porém, foi com a aprovação do *Americans with Disabilities Act*—ADA -, em 1990, que elas ganharam espaço e foram objeto de discussões mais intensas, tanto na doutrina como na jurisprudência (USA, 1990).

O Canadá também pode ser considerado um dos berços da acomodação razoável. Na década de 1970, enquanto os EUA construía o conceito, o Canadá apresentava uma jurisprudência conservadora quanto à discriminação, principalmente por não reconhecer doutrinas como a do impacto adverso. Todavia, o Canadá acabou por importar dos EUA tanto a noção de impacto adverso, como a de acomodação razoável. Singularmente, a construção jurisprudencial da acomodação razoável floresceu mais no Canadá do que nos EUA, convertendo a linha de julgados canadense referência na matéria.

Na última década, muitos países europeus e a UE fertilizaram seus ordenamentos com os conceitos de acomodação razoável e de ônus indevido. Há poucos anos, com a aprovação da CDPD/ONU, eles foram adotados no cenário de proteção global de Direitos Humanos. A longa trajetória dos conceitos e sua difusão por diversos países e sistemas regional e global de proteção de Direitos Humanos parecem indicar uma escolha certa, uma importação bem pensada, com esteio em construções jurídicas delineadas e estabilizadas. No entanto, Waddington demonstra que os conceitos foram forjados de modo muito discutível nos EUA, de sorte que a referência selecionada mostrou-se complexa e duvidosa. As respostas dos países europeus ao desafio de construir os conceitos não são uníssonas, o que torna ainda mais desafiadora sua aplicação (WADDINGTON, 2008, p. 318-319).

Para melhor compreender o assunto, será formulado um panorama dos conceitos nos EUA, no Canadá, em alguns países europeus e na UE. Acredita-se que a incursão tornará possível traçar conclusões sobre o delineamento conceitual, bem como demarcar os pontos mais controversos, evitando, assim, que a leitura brasileira reflita os mesmos altos e baixos, acertos e desacertos enfrentados alhures. O conhecimento dos conceitos em outros sistemas é o primeiro passo para um fértil diálogo jurídico em tempos de transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p. 265), de intensas trocas entre os planos nacionais, regionais e global de proteção de Direitos Humanos. Salienta-se que o Brasil apresenta um diferencial quanto a muitos Estados. Entre nós, os conceitos estão em sede constitucional, o que torna inoportunas muitas discussões estrangeiras concernentes à interpretação legislativa; ao cotejo entre documentos de direito internacional ou comunitário e o ordenamento interno; aos exames de constitucionalidade de leis, além das diferenças entre a seara administrativa e a legislativa.

3.1 *Estados Unidos da América – ou sobre como não ler a Convenção*

A narrativa sobre a acomodação razoável e o ônus indevido no direito estadunidense soa como um exemplo claro de um “*judicial backlash*” (KRIEGER, 2003, p. 340; MALHOTRA, 2007, p. 9). Introduzida legislativamente ainda em um período de efervescência sócio-jurídica dos movimentos em prol direitos civis, a acomodação razoável foi alvo de uma interpretação tímida pela judicatura, aquém do esperado, sobretudo quando consideradas duas decisões em matéria religiosa proferidas pela Suprema Corte em período anterior à adoção do conceito. Em ambas há vestígios do *leitmotiv* da acomodação razoável, sem que, evidentemente, ela seja mencionada:

- (a) no caso *Yoder*, a Suprema Corte decidiu favoravelmente a famílias pertencentes à comunidade religiosa *Amish* que se recusaram a enviar seus filhos para a *high school*, contrariando as leis estaduais que instituíam a compulsoriedade escolar até os 16 anos de idade. Pese embora a alegação do estado sobre a necessidade de educação universal de crianças e adolescentes, a maioria da Corte *acomodou* os interesses em jogo, excepcionando a lei geral para permitir que a comunidade educasse os adolescentes (USA, *Wisconsin v. Yoder*, 1972);
- (b) em *Sherbert v. Verner* a Corte decidiu que a denegação do seguro desemprego obliterava indevidamente a manifestação das convicções religiosas de uma

sabatista que recusara ofertas de emprego que lhe exigiam labor aos sábados, dia de descanso e culto, no qual é vedado o trabalho aos membros da sua denominação. Acomodou, pois, os interesses de agremiação religiosa a enunciado normativo geral, excepcionando-o (USA, *Sherbert v. Verner*, 1963; MARTEL, 2007, p. 33).

Percebe-se que os julgados, não obstante anteriores à adoção legislativa da acomodação razoável, estavam impregnados do seu espírito. Pessoas com pertença a grupos religiosos minoritários que foram adversamente impactadas por leis ou atos administrativos imparciais na origem tiveram seus direitos afirmados e houve elaboração de exceções para reconciliar estilos e escolhas profundas de vida dissonantes do *mainstream*, evitando a discriminação, a integração e a assimilação forçadas pelo poder estatal. Portanto, seria plausível supor que a Suprema Corte seguiria uma trilha similar na interpretação da acomodação razoável e do ônus indevido, já que legislativamente instigada.

Não aconteceu. As razões são difíceis de identificar, e aqui não cabe conjecturar a respeito, mas suspeita-se que a Corte talvez estivesse receosa dos reflexos da acomodação razoável em matéria religiosa nas relações trabalhistas de cunho privado sobre a separação entre Igreja e Estado. Nesse sentido, a Corte adotou posturas deveras restritivas, especialmente quanto: (a) à verificação dos custos e ônus a serem enfrentados pelos empregadores, realizada mediante o *de minimis test*, i.e, qualquer custo além do mínimo configura um ônus indevido; (b) à leitura do princípio da igualdade, acanhada e formal; (c) à interpretação restritiva sobre os sujeitos passivos do dever de acomodar; (d) à distorção da interpretação dos textos normativos, tanto acerca de sua redação, quanto à sua história legislativa (USA, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 1977; USA, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 1986).

Na interpretação dos textos normativos, chama a atenção o fato de a Suprema Corte ter separado os termos razoável, qualificativo de acomodação, da locução ônus indevido. O exame do ônus indevido apenas entrará em cena se o empregador não estiver apto a oferecer *qualquer* acomodação *que repare* razoável. Em assim sendo, uma proposta de acomodação, ainda que não aceita por quem a solicitou – pela sua insuficiência, ineficácia ou por ensejar perdas salariais ou de benefícios na relação de emprego ou até mesmo por ser estigmatizante – é genericamente razoável, sem que se possa exigir que o sujeito passivo do dever de acomodar incorra em custos extras para obtenção de uma acomodação mais adequada para os envolvidos. Uma vez razoável, sequer é exigida a prova do ônus indevido. Além disso, uma acomodação pode ser reputada não razoável em si, independentemente dos custos, como será visto adiante.

Com a aprovação do ADA (USA, 1990), poder-se-ia esperar uma renovação jurisprudencial sobre a acomodação razoável, agora aplicável às pessoas com deficiência. Todavia, os magistrados entenderam que, se o legislador optou por termos já definidos nas decisões em matéria religiosa, a intenção seria manter a linha existente. A interpretação restritiva persistiu. Pior, uma nova leitura, calçada em elementos da escola *law and economics*, constrangeu ainda mais o alcance da acomodação razoável.

A muito criticada decisão foi proferida pelo *Chief Judge* Posner, em sede de apelação do caso Vande Zande. A Sra. Lori Vande Zande ficou paralisada da

cintura para baixo. Cadeirante, intermitentemente apresentava escaras que exigiam afastamento do trabalho. O primeiro aspecto analisado na lide foi se as escaras estavam englobadas no conceito legal de deficiência. Embora elas não sejam uma deficiência, eram por ela ocasionadas. Por conseguinte, foram consideradas como parte da deficiência, o que ensejaria o dever de acomodar razoavelmente até o limite do ônus indevido. Como acomodações, Vande Zande fez dois pedidos ao empregador, o estado de Wisconsin: (a) o rebaixamento de uma pia de cozinha, para que ela pudesse lavar sua xícara de café, servir-se um copo d'água, enfim, utilizar os serviços de cozinha como os seus demais colegas.³ Ela acessava apenas a pia do banheiro, na qual realizava as atividades que gostaria de efetuar na cozinha. Para ela, usar o banheiro não interferia diretamente no seu trabalho, mas havia um dano moral, um padrão de estigmatização no ambiente laboral; (b) a restituição de 16,5 horas de licença saúde que ela teve de ocupar em razão de o empregador recusar-se a permitir que ela trabalhasse integralmente em casa durante oito semanas (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Ao interpretar o ADA, Posner entendeu que o enunciado normativo oferece um conceito duplo e amplo de deficiência, abarcando (a) a disfunção física ou psíquica que limita substancialmente uma ou mais atividades relevantes na vida do indivíduo; (b) o estado de ser considerado debilitado, fragilizado ou *defeituoso* ao observador externo. Para definir a acomodação razoável e o ônus indevido, Posner buscou guarida em casos anteriores. Por acomodação no ambiente de trabalho, entendeu que “o empregador deve estar disposto a considerar alterações em suas regras, termos, condições e instalações normais de trabalho, para possibilitar o trabalho de um indivíduo com deficiência” (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Segundo Posner, a dificuldade residiria em definir o termo razoável. Para a demandante, razoável seria a acomodação *eficaz* para o indivíduo. Os custos não entrariam na definição de razoável, mas de ônus indevido. Posner discordou. Sugeriu que razoável fosse interpretado como uma adjetivação que enfraquece acomodação, ou seja, no sentido que a palavra é aplicada no direito civil (*e.g.*, esforço razoável, diligência razoável), indicando um empreendimento ordinário, sem significar a realização do máximo possível ou do máximo desejável (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

A locução ônus indevido, que havia sido interpretada pelo juiz de primeira instância como o que onera um empregador indevidamente segundo a sua capacidade econômica, foi lida por Posner como a junção de dois elementos: (a) os benefícios para a pessoa com deficiência; (b) os recursos do empregador. Na concepção de Posner, o exame dos custos entra em cena em um segundo momento, no qual quem requisita a acomodação deve demonstrar que ela é: (a) eficaz e (b) proporcional aos custos. Já o sujeito passivo do dever de acomodar pode apresentar duas escusas: (a) custos excessivos em relação aos benefícios e (b) impossibilidade diante de sua real condição financeira (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Sobre o pedido da Sra. Vande Zande, Posner concluiu que, no que toca ao rebaixamento da pia, não havia necessidade de acomodação, uma vez que ela contava com outra pia igualmente eficaz, a do banheiro. Portanto, ela já contava com uma acomodação razoável:

Ao contrário, seu argumento é que forçá-la a usar a pia do banheiro para atividades (como lavar sua xícara de café) para as quais os outros empregados poderiam usar a pia da cozinha estigmatiza-a como diferente e inferior; ela busca uma indenização por danos pelo estresse emocional daí resultante. Nós podemos presumir sem ter que decidir que o estresse emocional tanto quanto as barreiras físicas à integração de pessoas com deficiência no mercado de trabalho são relevantes para determinar a razoabilidade de uma acomodação. Mas nós não pensamos que um empregador tenha o dever de despendar mesmo quantias modestas de dinheiro para angariar uma identidade absoluta de condições de trabalho entre trabalhadores com e sem deficiência. A criação de tal dever teria a inevitável consequência de considerar-se uma falha em atingir condições idênticas “estigmatizante”. Isso é meramente um epíteto. Nós concluímos que acesso a uma pia específica, quando o acesso a uma pia equivalente, localizada convenientemente, é proporcionado, não é o dever legal de um empregador. O dever de acomodação razoável é satisfeito quando o empregador faz o que é preciso para habilitar um empregado com deficiência para trabalhar com conforto razoável.

(USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Como o destinatário do dever de acomodar era o estado de Wisconsin, que dificilmente poderia alegar ônus indevido em função de cento e cinquenta dólares, a interação formulada entre os conceitos de razoabilidade e de ônus indevido leva a crer que mesmo quantias modestas podem ser negadas se a acomodação não for razoável (SUNSTEIN, 2007, p. 8).

Quanto à possibilidade de a demandante trabalhar em casa se necessário, Posner recusou, partindo de uma série de pré-concepções, como a dificuldade de supervisionar o empregado, os prejuízos para o trabalho em equipe, o impacto nos colegas, a diminuição da qualidade do trabalho. Além disso, indagou se a permissão para o trabalho em casa não causaria uma diminuição do dever de acomodar, pois os empregadores poderiam adotar a primeira opção para não ter de realizar modificações no ambiente laboral, segregando as pessoas com deficiência (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

O julgado causou polêmica em diversos pontos: (a) a ausência de uma efetiva análise de custos e benefícios (SUNSTEIN, 2007); (b) a interpretação limitada dos benefícios, especialmente os danos morais ou de estigmatização (SUNSTEIN, 2007; EMENS, 2008; MINOW, 2008); (c) a leitura limitante dos princípios subjacentes ao ADA (SUNSTEIN, 2007, 2008).

A análise de custos e benefícios possui virtudes e vícios. No primeiro grupo, estão (a) a exposição de que a recusa de acomodação pode ser produto de mero hábito ou preconceito; (b) a demonstração dos benefícios potenciais aos sujeitos do direito e dos custos aos destinatários do dever; (c) a indicação de suposições ou pré-concepções irreais. No segundo, estão: (a) seu fulcro pode ser um intuícionismo não comprovável, ao invés da busca de elementos de realidade; (b) a possibilidade de desconsideração de um aspecto crucial na seara da discriminação, os custos da humilhação diária, da desigualdade e da estigmatização (SUNSTEIN, 2007). O julgado, como afirma Sunstein, é a tradução dos vícios de uma análise de custos e benefícios, pois minimiza os significativos custos da estigmatização e da segregação diárias das pessoas com

deficiência (SUNSTEIN, 2007, p. 2). Ademais, a decisão repousa em intuições sobre o trabalho em casa. Ora, em uma análise séria de custos e benefícios sobre a acomodação razoável, não contam somente os fatores econômicos – necessariamente comprovados ou simulados segundo cálculos verossímeis – entram também os custos do estigma e os benefícios de inclusão, não apenas de quem solicita a acomodação, mas de terceiros (SUNSTEIN, 2007, p. 2-4; EMENS, 2008).

O tema dos benefícios inspirou Emens (2008) em um longo estudo. Emens descarta a hipótese de os benefícios atingirem apenas o indivíduo que requer a acomodação, demonstrando que eles podem se alastrar para o sujeito passivo do dever de acomodar, para partes secundárias e terceiros, direta ou indiretamente. O modo de encarar os benefícios deve ser menos atomista e mais pervasivo, interativo, relacional e coletivo, o que modifica e dificulta questão empírica dos custos e benefícios (EMENS, 2008, p. 843; MINOW, 2008). Na decisão de Vande Zande, Posner enfatizou os benefícios para a empregada e os custos para o empregador, deixando de lado benefícios a outros empregados com deficiência, aos demais empregados, a terceiros fora do ambiente de trabalho e, eventualmente, ao próprio empregador. Tal seria uma concepção estática da acomodação, pois a “compreende como algo especial feito para um ou para poucos indivíduos, um subgrupo da população, para tornar possível a esses indivíduos diferentes participar, por exemplo, do ambiente do trabalho”. A proposta é de um modelo dinâmico de acomodação, que “compreende a acomodação como um processo de interrogar o pano de fundo existente, com foco na parcela da população que foi negligenciada na criação do pano de fundo, para transformá-lo de um modo que possa afetar a todos” (EMENS, 2008, p. 894). Em assim sendo, há uma gama de benefícios e também de custos a serem contabilizados, muitos de cunho não-econômico.

Por fim, há indicativos de que o objetivo do ADA foi desvirtuado em Vande Zande. No caso, fica implícita a leitura de que a finalidade do ADA seria economizar recursos públicos, ao retirar pessoas da alçada da previdência e da assistência sociais (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995; USA, *Borkowski v. Valley Central School District*, 2002a; EMENS, 2008, p. 870). Sunstein nega enfaticamente que o intuito do ADA aí resida. O ideário subjacente ao ADA é a inclusão das pessoas com deficiência, anteriormente inferiorizadas, uma casta menor. Portanto, é a luta pela igualdade profunda, pelos direitos humanos universais, pela justiça (NUSSBAUM, 2007) e pluralidade. Trata-se de inclusão não assimilacionista, além da simples integração, que reconstrói e reordena os padrões de arquitetar os ambientes, de criar as regras de funcionamento no trabalho, na escola, na universidade, enfim, a intenção é fazer-nos perceber que montamos as estruturas físicas e normativas que nos cercam mediante um arquétipo de *normalidade* que cria barreiras a milhares de pessoas. Em suma, um propósito anticasta (SUNSTEIN, 2001, p. 155-182; 2008, p. 21) de criar obstáculos à opressão, não ao humano.

Sobre a aplicação da acomodação razoável no contexto do ADA, houve pelo menos mais um caso importante, deslindado pela Suprema Corte, que sustentou a leitura restritiva quanto aos sujeitos passivos do dever de acomodar ao excluir os sindicatos do seu espectro e ao recusar a possibilidade de acomodação caso ela afetasse acordos coletivos ou planos de cargos e salários. Além disso, a Corte claramente rejeitou a interpretação da palavra *razoável* como indicativo da eficácia da acomodação, tomando trajeto similar ao formulado por Posner, i.e.,

a acomodação deve ser eficaz, ao passo que a palavra razoável é um modificador que fragiliza o primeiro termo da locução. Para agravar, a Corte não considerou o porte do empregador ao apreciar se os custos seriam ônus indevido (USA, *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, 2002b).⁴

3.2 *Canadá—um belo mosaico*

No Canadá, a construção do conceito de acomodação razoável nasceu entrelaçada ao transplante da doutrina estadunidense do impacto adverso. Reconhecido o impacto adverso, haverá o dever de acomodar razoavelmente, salvo se houver um ônus indevido comprovado por quem detém o dever. A casuística lida principalmente com a acomodação de minorias religiosas. Seu marco inicial é o caso *O'Malley* (CANADA, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, 1985b), no qual há indícios de que a esteira decisória seria diversa da dos EUA.⁵

Em primeiro lugar, a Corte canadense tornou claro que o vocábulo razoável, ligado à acomodação, deveria ser concebido como dependente da prova de ônus indevido, isto é, em havendo ônus indevido, a acomodação tornar-se-ia não razoável. Dessarte, enquanto nos EUA a acomodação pode ser considerada não-razoável em si, mesmo que os ônus sejam mínimos, no Canadá a acomodação deixará de ser razoável *se e somente se* houver prova de que causará ônus indevido a quem deve acomodar (MALHOTRA, 2007, p. 12).

Em segundo lugar, a Corte canadense estabeleceu seis fatores a serem considerados na aferição do ônus indevido no ambiente de trabalho: (a) custos financeiros; (b) impacto em acordos coletivos conquistados pelos trabalhadores; (c) questões relativas à disposição e ao ânimo do empregado para o trabalho; (d) permutabilidade da estrutura material de trabalho e da organização dos trabalhadores; (e) porte do empregador; (f) segurança. Em situações concretas, analisa-se o *peso* que será conferido a cada um dos fatores (CANADA, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, 1990).

Em terceiro lugar, a Corte canadense não restringiu o leque de sujeitos passivos do dever de acomodar. A Suprema Corte dos EUA foi refratária à inclusão de outros sujeitos além dos diretamente expressos nos enunciados normativos, especialmente pessoas de direito privado. No Canadá, partícipes dos processos de discriminação, ainda que adversa e não-intencional, como sindicatos e condomínios residenciais, foram reputados sujeitos passivos do dever de acomodar ou de deveres assemelhados (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992; CANADA, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004).

Ao interpretar extensivamente os sujeitos passivos do dever de acomodar, a Corte deu um passo verdadeiramente interessante quanto ao *procedimento* para a chegada à acomodação razoável. Ela o compreendeu como um espaço dialógico, no qual todos os implicados participam. Assim sendo, aquele que solicita a acomodação tem o dever de explicitar quais são suas limitações e necessidades e, se possível, apontar alternativas. O destinatário da demanda tem o dever de oferecer propostas razoáveis, que, se realmente o forem, o demandante tem o dever de facilitar e contribuir para a sua implementação. Segundo a Corte: “discriminação no ambiente de trabalho é

uma questão que respeita a todos” (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992). Então, *em quarto lugar*, percebe-se que a busca pela acomodação razoável traduz-se em um processo de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo.

Ao englobar uma entidade de classe no dever de acomodar, a Corte deixa patente que este tipo de entidade pode também ensejar discriminação, quer direta, quer por impacto adverso. Embora a elaboração teórica não esteja formulada nas palavras da Corte, nota-se que se faz presente a noção tripartite estruturada Nancy Fraser, que suscita a necessidade de, em demandas por justiça e inclusão, aliar reconhecimento, redistribuição e paridade de representação (FRASER, 1996). Ora, sindicatos são associações de classe com ligação direta ao tema da redistribuição em sociedades capitalistas. Supor que eles não podem ocasionar demandas por reconhecimento é supor que sua estrutura representativa é designada a grupos inteiramente homogêneos, cujas exigências de inclusão, autorrespeito e dignidade são exatamente as mesmas, ou, pelo menos, supor que elas são cenários de participação muito paritária. Tanto a casuística dos EUA quanto a do Canadá indicam que nem sempre os sindicatos serão tão imparciais e representativos assim. Arquiteturas de exclusão sociais, desejadas ou não, podem se reproduzir em microescala nas entidades de redistribuição. O só fato de estarem em uma associação de classe não quer dizer que os trabalhadores que *pertencem* a grupos minoritários tenham suas demandas de reconhecimento levadas em consideração, tampouco que estejam efetivamente em posição de participação paritária.

Em quinto lugar, a Suprema Corte do Canadá enfaticamente se recusou a adotar os padrões constitucionais estadunidenses de leitura do ônus indevido a partir do *de minimis test*, por duas ordens de razões: (a) o *de minimis test* não se coaduna ao conceito de ônus indevido formulado pela Corte; (b) a dicção normativa não é *ônus*, mas um ônus qualificado, indevido. Ora, o *de minimis* leva ao reconhecimento do ônus apenas. Ônus haverá. É o custo de proteger os direitos fundamentais e de esquadrinhar uma sociedade inclusiva (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992; CANADA, *Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin*, 1994). O que não pode haver é ônus excessivo:

O teste de minimis de Hardison virtualmente remove o dever de acomodar e parece particularmente inapropriado no contexto canadense. Mais do que um esforço insignificante é exigido para cumprir o dever de acomodar. O uso do termo “indevido” implica que algum ônus é aceitável, é somente o ônus “indevido” que cumpre o teste. A extensão que quem discrimina deverá percorrer para acomodar é limitada pelas palavras “razoável” e “até o ônus indevido”. Esses não são critérios independentes, mas modos alternados de expressar o mesmo conceito. O que constitui medidas razoáveis é uma questão de fato e irá variar com as circunstâncias do caso.

(CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992, grifou-se).

Em decisões mais recentes, a Suprema Corte tentou refinar sua leitura da acomodação razoável, principalmente ao cotejar a razoabilidade de uma acomodação e o mundialmente conhecido exame de proporcionalidade. Houve dois momentos na comparação entre acomodação razoável e proporcionalidade. No primeiro, a Corte

ligou um dos passos do teste à acomodação razoável. Na interpretação da Corte, ao examinar a existência de meios menos lesivos aos direitos constrictos (*minimal impairment*), há possibilidade de analisar se a situação admite uma acomodação razoável. Em havendo a acomodação e não comprovado o ônus indevido, aí estará o *minimal impairment* para os adversamente atingidos por medidas que, vislumbradas em sua generalidade e abstração, seriam igualitárias e proporcionais. Logicamente, não se exige da administração pública e do legislador que antevejam todo e qualquer possível impacto adverso de um ato normativo sem intenção discriminatória e que de modo geral não enseja ablação de direitos à maioria das pessoas. Contudo, o Judiciário, se confrontado com um impacto adverso estaria autorizado a, no apreço da proporcionalidade, buscar um meio menos lesivo aos direitos impactados adversamente, reconhecendo um dever de acomodar razoavelmente até o limite do ônus indevido:

Essa correspondência do conceito de acomodação razoável com a análise de proporcionalidade não é sem precedentes (...).

*No meu ponto de vista, essa correspondência entre os princípios legais é lógica. Em relação à discriminação, as cortes têm sustentando que há um dever de fazer a acomodação razoável para indivíduos que são adversamente afetados por uma política ou regra que é neutra à primeira vista, e que esse dever estende-se somente até o ponto no qual causa ônus indevido à parte que deve realizá-lo. Ainda que não seja necessário revisar todos os casos na matéria, a analogia com o dever de acomodação razoável parece-me útil para explicar o ônus que resulta do teste de meio menos lesivo com respeito a um indivíduo particular, como no caso em julgamento. No meu ponto de vista, o Professor José Woehrling explicou corretamente a relação entre o dever de acomodar ou adaptar e a análise de *Oakes* na seguinte passagem: 'qualquer um que tente desonerar-se do dever de acomodar deve demonstrar que é necessário, para atingir um objetivo legislativo legítimo e importante, aplicar o padrão em sua inteireza, sem as exceções buscadas pelo demandante. Mais especificamente, no contexto da seção 1 da *Carta Canadense*, é necessário, ao aplicar o teste de caso *R. v. Oakes*, demonstrar, sucessivamente, que aplicar o teste em sua inteireza constitui um meio racional para atingir o objetivo legislativo, que não há outros meios disponíveis que seriam menos intrusivos em relação aos direitos em questão (teste do meio menos lesivo), e que há proporcionalidade entre os efeitos salutares e restritivos da medida. Em um nível conceitual, o teste do meio menos lesivo, que é central para a análise da seção 1, corresponde em boa parte à defesa do ônus indevido contra o dever de acomodação razoável no contexto da legislação de direitos humanos.*

(CANADA, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, grifou-se).

A correlação entre acomodação razoável e proporcionalidade tornou-se nebulosa em julgado mais recente, pois foram concebidas como testes constitucionais distintos. O padrão da acomodação razoável deveria ser utilizado quando da análise da aplicação de uma lei ou do apreço de atos e práticas administrativas, abrangendo tanto entes públicos quanto privados. Já o exame de proporcionalidade caberia em contextos

menos individualizados sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos, abarcando a relação do legislador com os destinatários da lei. Além disso, um dos passos da proporcionalidade – o emprego do meio menos lesivo ao direito em jogo (*minimal impairment*) foi distinguido de acomodação razoável:

Meio menos lesivo e acomodação razoável são conceitualmente distintos. Acomodação razoável (...) prevê um processo dinâmico no qual as partes – comumente o empregador e o empregado – ajustam os termos da sua relação em conformidade com as exigências da legislação de direitos humanos, até o ponto no qual a acomodação passe a significar ônus indevido para a parte que acomoda (...).

Uma relação de tipo bastante diverso existe entre a legislatura e o povo sujeito às leis. Pela sua própria natureza, leis de aplicação geral não são talhadas para as necessidades únicas de demandantes individuais. (...). A constitucionalidade de uma lei sob a seção 1 da Carta é determinada, não pelo fato de ser responsiva às necessidades singulares de cada demandante particular, mas pelo fato de a restrição dos direitos da Carta ser dirigida a um objetivo importante e por seu impacto total ser proporcional. Ainda que o impacto da lei sobre demandantes individuais seja indubitavelmente um fator significativo para a corte considerar ao determinar se a restrição é justificada, a perspectiva última da corte é social. A questão que a corte precisa responder é se a restrição à Carta é justificável em uma sociedade livre e democrática, não se um arranjo mais vantajoso para um demandante particular poderia ser previsto.

Semelhantemente, ‘ônus indevido’, um conceito pivô na acomodação razoável, não é facilmente aplicável a uma legislatura na edição de leis (...).

Em resumo, quando a validade de uma lei geral está em causa, a acomodação razoável não é um substituto apropriado para uma devida análise segundo a seção 1, baseada na metodologia de Oakes.

(CANADA, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

Nota-se que a maioria da Corte elaborou uma distinção significativa entre a proporcionalidade e a acomodação razoável. A primeira seria destinada ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos gerais e abstratos, confinada a uma ideia publicista. A segunda, a práticas administrativas públicas e privadas, nas quais caberia uma maior individualização. Como resultado, são praticamente inviabilizadas demandas de acomodação razoável quando se tratar de leis ou atos normativos dotados de generalidade e abstração. Com isso, a leitura *majoritária* extraiu o legislador do alcance do dever de acomodar (CANADA, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

Nada obstante a última decisão e suas possíveis consequências, a linha decisória da Suprema Corte do Canadá sobre a acomodação razoável de minorias religiosas é muito rica, tanto na definição conceitual, como em sua abrangência e escopo. A interpretação dos ideais de proteção e promoção da igualdade e da dignidade para uma sociedade edificar-se sobre bases plurais e interculturais, um autêntico mosaico inclusivo, parece ter medrado muito mais no Canadá do que em outros países ocidentais. A abertura na construção constitucional inclusiva favoreceu

a expansão do conceito de acomodação razoável para o âmbito da deficiência em termos muito mais interessantes e frutíferos do que o modelo estadunidense, um “contraste dramático” em relação ao Canadá (MALHOTRA, 2007, p. 14).

Em matéria de deficiência, há inúmeras decisões canadenses sobre acomodação razoável, boa parte em sistemas de arbitramento administrativo. Consoante estudiosos, a leitura foi tão sofisticada quanto a formulada sobre a acomodação religiosa: “a jurisprudência sobre os direitos das pessoas com deficiência aplicou a decisão da Suprema Corte do Canadá em *Dairy Pool* no sentido de oferecer acomodações razoáveis para empregados com deficiência de formas cada vez mais complexas e sofisticadas” (MALHOTRA, 2007, p. 15-16).

Para finalizar, cumpre esclarecer que a Corte reviu à unanimidade as distinções entre a *discriminação direta* e a *por impacto adverso*. Até então, a Corte separava as duas hipóteses, aplicando padrões e remédios diversos para cada uma. A Corte entendeu que uma nova abordagem se fazia necessária para os casos de discriminação e a correlata acomodação, adotando um novo padrão de exame da discriminação e da acomodação razoável, com a finalidade de simplificar as linhas interpretativas da legislação canadense e de depurar a abrangência da acomodação razoável. Todavia, registrou o quão importante foi a existência dos padrões anteriores, primordialmente a linha decisória que reconheceu e desenvolveu as noções de impacto adverso e de acomodação razoável (CANADA, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, 1999).

3.3 Estados Europeus e União Europeia

A acomodação razoável não fazia parte dos ordenamentos jurídicos dos países europeus até meados do ano 2000, quando foi adotada a Diretiva de Igualdade no Emprego pelo Conselho da União Europeia (Directiva 2000/78/CE, UNIÃO EUROPEIA, 2000; WADDINGTON, 2008, p. 317). A partir daí, espalhou-se pelos ordenamentos internos, além de ter se fortalecido com a autorização e a celebração, pela União, da CDPD/ONU, em 2007 e 2009, respectivamente (NEVES, 2010, p. 5).

Para explicitar a compreensão dos conceitos nas ordens interna e comunitária, selecionou-se a abrangente pesquisa de Waddington (2008), redigida com o propósito de revelar “como os Estados Membros da União Europeia responderam ao desafio” de aplicar e interpretar o binômio acomodação razoável e ônus desproporcional ou indevido. Waddington identificou que os países empregaram terminologias distintas para acomodação (*e.g.*, adaptação, ajustes, passos, medidas apropriadas) sem que houvesse reflexos salientes. Porém, o termo razoável contou com interpretações bastante diversas. Em poucos Estados, foi utilizado apenas este limitador, noutros, o limitador razoável está lado a lado à expressão ônus desproporcional ou indevido ou outras, análogas. A pergunta então é: quais os significados conferidos a razoável? Como eles interagem com a noção de ônus desproporcional? (WADDINGTON, 2008, p. 323-326).

A autora conclui que há três abordagens sobre a palavra *razoável* e sua interação com ônus indevido: (a) a acomodação será *razoável* se não impuser dificuldades ou custos excessivos para quem detém o dever de acomodar. É usual que a leitura venha acompanhada de um teste mais rigoroso, o ônus desproporcional.

Assim, uma acomodação poderá ser reputada não-razoável, sem que sequer seja aplicado o padrão do ônus. Ou, muito raramente e até difícil de conceber, poderá ser razoável e implicar em ônus indevido. (b) a acomodação será *razoável* se for efetiva, ou seja, colocar o indivíduo que a solicitou em condições de realizar as atividades que deram origem ao pedido. Como defesa, o sujeito passivo da acomodação pode alegar o ônus indevido ou desproporcional; (c) a acomodação será *razoável* se for efetiva para o titular do direito e não impuser inconvenientes ou custos excessivos ao sujeito passivo (WADDINGTON, 2008, p. 339). Face à diversidade de interpretações, Waddington (2008, p. 339-340) conclui que caberá ao Tribunal de Justiça Europeu (TJE) lapidar e determinar a interpretação, homogeneizando as leituras e aplicações.

Até o momento, há três julgados de destaque no campo, dois do TJE e um do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Na decisão do caso Chacón Navas, O TJE não estendeu as proteções contra despedida destinadas aos trabalhadores com deficiência aos que se encontravam doentes, distinguindo a doença e a deficiência (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *Sonia Chacón Navas v Eures Colectividades SA*, 2006). Já no caso Coleman, o TJE entendeu que as proibições de discriminação e de assédio não se aplicam apenas às pessoas com deficiência, mas também àquelas que são cuidadoras primárias de pessoas com deficiência. *In abstracto*, o TJE sustentou a tese de que uma pessoa sem deficiências que é responsável pelos cuidados de uma criança com deficiência pode sofrer assédio no ambiente de trabalho, tanto quanto pode requisitar acomodação razoável. Definiu, ademais, os padrões de ônus da prova quanto à discriminação e à acomodação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, 2008).

Em caso emblemático versando sobre a inaptidão para o Serviço Militar obrigatório julgado em 2009, o TEDH pela primeira vez, como bem esquematiza Kanter (2009): (a) aludiu à acomodação razoável; (b) reconheceu uma violação ao direito de não ser discriminado em função de deficiência; (c) mencionou expressamente a CDPD/ONU (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Affaire Glor v. Suisse*, 2009). Apesar de por em prática o ideário de acomodação razoável, o TEDH não mencionou expressamente o termo no julgado, nem delineou quais formas e leituras ele poderia assumir no caso. Outro ponto importante do julgado, cujas limitações deste artigo não comportam agora discorrer, é a linha demarcativa entre a doença e a deficiência.

4 Adaptação razoável: propostas hermenêuticas à luz de uma gramática constitucional inclusiva

A CDPD/ONU é parte formal da Constituição brasileira. A primeira conclusão que daí se extrai é que todos os enunciados normativos prévios e futuros sobre a deficiência carecem de redação e interpretação conforme o texto magno. Para interpretá-lo, parte-se de uma hermenêutica constitucional inclusiva. Isso significa compreender a Constituição como um marco de ruptura com ambientes sócio-políticos e econômicos repressores, opressores, segregadores e assimilacionistas. Trata-se de um quadro normativo desenhado para quebrar estruturas de poder direto e fático, tanto quanto engrenagens de poder simbólico, no sentido que Bourdieu empresta ao termo (BOURDIEU, 2010, p. 8). Um documento constitucional modelado pela dignidade,

liberdade, igualdade, solidariedade, justiça, participação e pluralidade. Portanto, as diretrizes interpretativas sugeridas têm como base a inclusão e a participação igualitária e digna de todos os seres humanos nos mais diversos espaços.

Frisa-se que a CDPD/ONU foi aprovada como um mecanismo de proteção, promoção e tutela dos direitos das pessoas com deficiência, em uma concepção não apenas biomédica, mas também social da deficiência. É um documento com propósitos inclusivos e emancipatórios, destinado a minimizar barreiras que contribuem ou até formam a assimetria entre humanos. No ponto, concorda-se com Sunstein. A fundação do documento reside no princípio anticasta. Como efeito colateral da proteção dos direitos das pessoas com deficiência pode-se, inclusive, economizar divisas de algumas rubricas dos cofres públicos, mas duvida-se que a rede de proteção e de promoção para as pessoas com deficiência advindas da CDPD/ONU seja destinada prioritariamente à diminuição dos gastos públicos.

Considerações iniciais feitas, passa-se à proposta de interpretação do binômio acomodação razoável e ônus indevido no direito brasileiro. Inicialmente, tem-se que a CDPD/ONU, apesar de parte do bloco formal de constitucionalidade, foi redigida em termos internacionalistas, dirigida aos Estados partes, em seus âmbitos legislativos, executivos e aqueles de “qualquer outra natureza”. Desta sorte, poder-se-ia pensar que a CDPD/ONU adquiriria um caráter de programaticidade, instituindo aos Estados partes compromissos *ad futurum*, sem contar com auto-aplicabilidade. Pese embora a redação ser no futuro e ter existido resistência jurisprudencial à auto-aplicabilidade de cláusulas de TIDHs (STF, ADI 1480-DF/MC, BRASIL, 1996), acredita-se que a atual orientação do STF (STF, HC 87585/TO, BRASIL, 2008). Sobre a compreensão do STF acerca dos TIDHs, (STRAPAZZON, 2009, p. 379-399), aliada à dicção do art.5º, §2º c/c o art.5º, XXV, ambos da CRFB/88 (BRASIL, 1988), confere auto-aplicabilidade a parcela significativa das cláusulas dos TIDHs, excluindo-se apenas aqueles pontos mais sensíveis, cuja concreção depende de complexas políticas públicas, com peculiaridades que escapam à alçada do judiciário, quer em razão dos limites institucionais e da separação de funções estatais, quer em razão da impossibilidade de realização efetiva pela via jurisdicional. A adaptação razoável, como exhibe a casuística estrangeira e internacional, acontece normalmente para excepcionar um ato normativo geral, ou regras gerais de entes particulares, acomodando-os às necessidades de uma pessoa, na singularidade dos obstáculos que um corpo ou uma mente enfrentam. Portanto, é um espaço no qual o órgão judicante poderá ser chamado a atuar sem problemas marcantes, seja pela ausência de previsões na seara legislativa ou na administrativa, seja exatamente para excepcionar os enunciados gerais oriundos destas funções estatais.

A pergunta então é: como se lê o binômio adaptação razoável e ônus indevido na Constituição brasileira? Serão abordados três pontos: (a) os titulares do direito à adaptação; (b) as locuções adaptação razoável e ônus indevido; (c) os sujeitos passivos do dever de acomodar.

Em primeiro lugar, mencionam-se os *titulares do direito* à adaptação razoável. Afirma-se, à partida, que existe um direito fundamental à adaptação razoável. Isso se infere não apenas dos termos da CDPD/ONU, mas também da concepção de discriminação. Ora, se não houver ônus indevido, a ausência de adaptação razoável – se ela existir – configura discriminação. Há o *direito* de não ser discriminado,

correlato ao dever de não discriminação. Via de consequência, direito fundamental à acomodação razoável, se existente, até o limite do ônus indevido.

Conforme a CDPD/ONU, os titulares são as pessoas com deficiência, à luz de um modelo social aglutinado a componentes do biomédico. Logo, todas as pessoas com deficiência fazem jus à adaptação razoável, desde que possuam as competências, qualificações, títulos, etc., necessários ao cargo, função ou atividade para a qual pleiteiam a adaptação.⁶ Por exemplo, uma pessoa cega não poderá – até o momento – exigir adaptação razoável para a função de motorista de ônibus, eis que não detém, justificadamente, habilidades e certificações exigidas. Mas poderia fazê-lo para assumir o cargo de procurador do estado, caso aprovado em concurso e com as devidas qualificações universitárias. No tema, há um cuidado importante. A deficiência por vezes oblitera integralmente o exercício de algumas atividades, inexistindo uma acomodação razoável apta a ofertar alternativas. Porém, há um sem número de hipóteses nas quais é o hábito arraigado e já irrefletido que leva a imaginar que uma pessoa com determinada deficiência não poderá exercer certas atividades. Não se pode esquecer que um dos propósitos da adaptação razoável é justamente a abertura para a revisão de práticas, hábitos, métodos com quais se molda o ambiente.

De relevo é a atenção às possibilidades de subinclusão e de sobreinclusão (no tema, STRUCHINER, 2005, p. 147 e ss.). Nos julgados comentados nas seções anteriores, anotou-se que há debate sobre a *fronteira* entre a doença e a deficiência, bem como as discussões sobre a possibilidade de cuidadores primários fazerem jus à adaptação razoável. Considera-se que o assunto carece de exploração em um sistema caso a caso, evitando tanto a subinclusão, quanto eventual *superinclusão* (e.g., por igualar necessidades muito temporárias advindas de uma doença à deficiência), de modo a distorcer o instituto, tornando-o irrealizável. Entrementes, adianta-se que hipóteses de inclusão de indivíduos não concebidos como pessoas com deficiência sob o modelo biomédico, mas assim reputados pelo novo conceito da CDPD/ONU, será usual inicialmente, pois muitos enunciados normativos infraconstitucionais apresentam-se como regras subinclusivas à luz da CDPD/ONU.

A respeito dos componentes da locução adaptação razoável, entende-se que adaptação se refere a todas as modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações a serem efetuados no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologias, revisão de procedimentos, até exceções no horário e local de trabalho, realização de tarefas, atividades acadêmicas, etc.

O problema está no significado de razoável. Humberto Ávila investigou a jurisprudência do STF e encontrou três acepções: (a) razoabilidade como equidade: diretriz que exige que os enunciados gerais e abstratos sejam apreciados à luz das singularidades do caso concreto, impondo harmonização do enunciado com as particularidades. Indicaria a *justiça particular*. (b) razoabilidade como congruência: é necessário um afinamento entre os enunciados normativos e suas condições externas de aplicação, exigindo-se uma causa real que justifique a adoção do enunciado; (c) razoabilidade como equivalência: atua vinculando duas grandezas, a medida e o critério que a dimensiona (e.g., a pena e o ato cometido) (ÁVILA, 2009, p. 156 e ss.). Usa-se também a razoabilidade como aquilo que é ordinário, corriqueiro.

Na revisão de casos estrangeiros, viu-se que nos EUA a palavra razoável é um limitador de adaptação, em sentido do que é comum exigir-se de alguém. Já no Canadá a concepção foi diversa, e razoável assumiu conotação ampla, como todos os esforços possíveis para adaptar, até o limite do ônus indevido. No contexto europeu, foram três significados, distinguindo-se o que entende o termo como o que é *eficaz* e para o indivíduo ou grupo em questão. Qual concepção é a mais adequada no constitucionalismo brasileiro? De início, crê-se que *não* é a leitura como o que é ordinário, pois ela destrói na raiz o propósito da adaptação, que é o de oferecer alternativas, usualmente por exceção ao que é comum. Seria uma incongruência. Interpretar-se-ia um direito fundamental do modo mais estreito possível, contrariando a técnica recomendada. Dentre as acepções identificadas por Ávila (2009), acredita-se que a razoabilidade como equidade é a que mais se aproxima da adaptação razoável, uma vez que indica o amoldamento de enunciado geral e abstrato às particularidades do caso. Nesse primeiro sentido, o termo razoável só será um limitador de adaptação se esta não contar com eficiência alguma.

Ademais, no apreço do que é razoável, poder-se-ia lançar mão da razoabilidade como congruência, pois ela permitiria notar se a medida pode ser excepcionada segundo as causas que a embasam (*e.g.*, quando a deficiência e a adaptação em pauta diminuem aquém do mínimo os graus de segurança que apóiam a medida). O razoável seria então outro limitador da adaptação, *i.e.*, haveria enunciados gerais que não admitiriam algumas exceções, pois haveria significativa diminuição da sua finalidade (*e.g.*, saúde, segurança, igualdade). O exame *aproximar-se-ia* de uma das etapas da proporcionalidade, a necessidade, na qual se analisa se o meio escolhido é o que impacta menos os direitos fundamentais, consoante os fins pretendidos. Todavia, o resultado não seria necessariamente a corrente invalidação no todo do ato normativo (*e.g.*, inconstitucionalidade, ilegalidade...), mas a proposição de situações intermediárias para as hipóteses, como pode ocorrer nas chamadas *decisões intermediárias* (no tema, CERRI, 2001, p. 84 e ss.).

Embora a razoabilidade como congruência seja uma das acepções do razoável, propõe-se que esta aferição ocorra sob o ônus indevido, pois razoável e ônus indevido compõem um binômio, com atuação conjunta. A defesa para a não-acomodaçãõ está no ônus indevido, de modo que a análise torna-se facilitada e mais clara no exame dos ônus. Recomenda-se que o termo razoável seja interpretado como o que é *eficaz* para adaptar o ambiente material e normativo às necessidades da pessoa com deficiência com o mínimo de segregação e estigma possível, com atenção às particularidades que tornam permissível excepcionar ou flexibilizar enunciados e práticas gerais. *Eficaz* não se restringe apenas a aspectos práticos, pelo contrário, é extensível aos aspectos menos palpáveis, como evitar o estigma, a humilhação, o constrangimento. Por exemplo, em Vande Zande, a razoabilidade foi vista tão-só pelo ângulo prático, negligenciando a diminuição que a trabalhadora sentia ao usar a pia do banheiro para atividades de alimentação. Para refletir sob o ponto, imagine-se a situação oposta: e se Vande Zande tivesse que usar a pia da cozinha coletiva para escovar os dentes ou lavar as mãos após o uso do toailete? Como seus colegas se sentiriam?

Para atingir a acomodação razoável, o procedimento de diálogo é premente. À pessoa com deficiência ou à entidade representativa incumbe apontar as melhores

alternativas, porquanto detêm conhecimento e experiência acerca das barreiras a serem transpostas e dos mecanismos mais hábeis a fazê-lo. É a operacionalização do lema “nada sobre nós, sem nós”. Relevante é que os implicados – por vezes atores secundários, como colegas de aula ou trabalho – sejam partícipes, pelo menos em patamar de esclarecimento, salvo situações de sigilo solicitado (*e.g.*, transtornos mentais). Quem deve adaptar precisa abertura ao diálogo e arca com a prova do ônus indevido.

O ônus indevido é a defesa que permite ao sujeito passivo eximir-se de acomodar e será definido caso a caso, sendo de valia o alvitre da Corte canadense, ônus existirão, eles não podem ser *indevidos*. Por isso, descartável é um teste como o *de minimis*, que atinge apenas o patamar do ônus, ignorando a textualidade. Para o arbitramento, há uma gama de fatores, enfeixados em dois grupos. O primeiro é justamente a finalidade buscada pela medida geral que se pretende excepcionar via acomodação. Se o objetivo da medida for frustrado ou obliterado de modo relevante, o ônus será indevido. Não basta a quem adotou a medida mostrar que ela foi tomada de boa-fé, de modo imparcial e igualitário. A defesa só será completa se for demonstrado que a adaptação bloqueia o fim pretendido.⁷

O segundo, a comparação minuciosa entre custos e benefícios. Mencionou-se que custos e benefícios não se exaurem na questão econômico-financeira (que, claro, entra no *cálculo*, junto ao porte de quem deve acomodar). Sobre os benefícios rememora-se que a acomodação não tem por fito beneficiar apenas um indivíduo, sua *raison d'être* é muito mais vasta, em uma concepção dinâmica (supra, EMENS, 2008, p. 894). Contabilizam-se benefícios diretos e indiretos, levando em consideração as partes primárias e secundárias, bem como terceiros. Dos custos, requer-se atenção àqueles que são atenuados por contrapartidas ou ganhos a quem acomoda, os quais vão desde incentivos, isenções e imunidades estatais, até ganhos por *marketing* de responsabilidade social. Os custos de estigmatização e humilhação são sopesados e também os custos a partes secundárias, se houver (*e.g.*, colegas de trabalho).

Por fim, indica-se quem deve acomodar. Para isso, incumbe reiterar as diferenças do conceito de discriminação segundo a CDPD/ONU: (a) inclui, além das formas tradicionais de discriminação, a por impacto adverso; (b) a negativa em adaptar razoavelmente enseja discriminação, até o limite do ônus indevido. É indiscutível que o Estado, em todas as suas ramificações, é sujeito passivo. Particulares incluem-se na medida em que se vinculam aos direitos fundamentais. No ponto, há dificuldades. Acredita-se que todos os entes privados que exercem funções via concessão, permissão etc., estão contidos no dever, além daqueles cujas atividades são de cunho público, mas permitidos à iniciativa privada. Como exemplo, as empresas de telefonia, de transporte público, escolas e universidades privadas estão vinculadas. É indubitável que os entes que contam com recursos públicos, mesmo que indiretamente, estão abarcados (*e.g.*, assistência social, fundações, OSCIPS). No cenário trabalhista, a CRFB/88 (BRASIL, 1988) entrelaçou os empregadores como sujeitos passivos dos direitos fundamentais, de modo que é possível e justificável estender também os termos da CDPD/ONU, com maior atenção, todavia, à capacidade de cada empregador quanto ao ônus indevido. Organizações sindicais são também partícipes do dever, mormente quando a discriminação advém de seus acordos e convenções. No mais, cabem as diretrizes da

vinculação de particulares aos direitos fundamentais (no tema, SARMENTO, 2005).

Em termos ideais, a atividade legislativa seria relevante para delinear o instituto, mas pensa-se que, enquanto nova legislação sobre a adaptação não for editada, cabe aos órgãos judicantes apreciar caso a caso os sujeitos ativos, passivos, a razoabilidade da adaptação e o ônus indevido, quando o procedimento de diálogo entre os envolvidos for inexitoso. No apreço, importante é tentar, em sede jurisdicional, promover o referido diálogo. Se não for possível, a decisão precisa atentar aos termos da CDPD/ONU, i.e, interpretação conforme a Constituição dos enunciados normativos já existentes para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

5 Conclusões

Para traçar algumas propostas de interpretação do binômio adaptação razoável e ônus indevido no constitucionalismo brasileiro, foram revisitados os principais aspectos do tema em outros ordenamentos jurídicos, com ênfase para aqueles que deram origem aos conceitos. A revisão contribuiu para um diálogo constitucional, permitindo identificar os pontos fortes e fracos da leitura constitucional e internacional.

Como conclusões, realçam-se:

- (a) adaptação razoável é conceito que modifica o conteúdo jurídico da discriminação, que passa a ser configurada caso não haja oferta de adaptação razoável até o limite do ônus indevido;
- (b) as pessoas com deficiência, à luz do modelo social combinado a elementos do biomédico, são titulares de um direito fundamental à adaptação razoável até o limite do ônus indevido nos mais diversos ambientes. Outros sujeitos poderão titularizar o direito fundamental à adaptação razoável, até o limite do ônus indevido, passo de inclusão que deve ser analisado caso a caso;
- (c) adaptação compreende modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos;
- (d) razoável é a adaptação *eficaz* para o indivíduo ou grupo, incluindo-se na ideia de eficácia a prevenção e a eliminação da segregação, da humilhação e da estigmatização;
- (e) a adaptação razoável há de ser produto de um processo de diálogo entre os envolvidos;
- (f) a defesa à adaptação razoável é o ônus indevido. Em essência, o ônus será indevido quando: (g.1) adotar uma adaptação obliterar *exageradamente* o objetivo da medida geral, ensejando riscos à segurança, saúde, bem-estar etc.; (g.2) no balanceamento de custos e benefícios, a adaptação mostrar-se demasiadamente custosa. Frisa-se que a análise de custos e benefícios não se restringe aos elementos econômicos, nem se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ÁVILA, H. 2009. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros.
- BOURDIEU, P. 2010. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- _____. 2008. **Decreto Legislativo nº186**, de 09 de julho de 2008. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423?mode=full&submit_simple=Refer%C3%A7%C3%A3o+Completa>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- CERRI, A. 2001. **Corso di giustizia costituzionale**. 3. ed. Milano: Giuffrè.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W.R. dos. 2009. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 64-77.
- EMENS, E.F. 2008. Integrating Accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, n. 4, p. 839-922.
- FIGUEIREDO, I. 2010. **Entre Intocáveis, Bugres e Garotos: o Sistema de Justiça na Consolidação do Paradigma de Direitos**. Tese (Doutorado) – PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- FRASER, N. 1996. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. **The Tanner Lectures on Human Values**. Stanford University. Disponível em: <<http://www.intelligenceispower.com/Important%20E-mails%20Sent%20attachments/Social%20Justice%20in%20the%20Age%20of%20Identity%20Politics.pdf>>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- KANTER, A.S. 2009. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its implications for the rights for the elderly people under international law. **Georgia State University Digital Archive @ GSU**. Disponível em: <http://digitalarchive.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3315&context=colpub_review>. Último acesso em: out. 2010.
- KRIEGER, L.H. 2003. Sociolegal backlash. In: _____. (Ed.). **Backlash against the ADA: reinterpreting disabilities rights**. Michigan: Michigan University. p. 340-393.
- MALHOTRA, R. 2007. The legal genealogy of the duty to accommodate american and canadian workers with disabilities: a comparative perspective. **Washington University Journal of Law & Policy**, v.23, p.1-32.
- MARTEL, L. de C.V. 2005. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. 2007. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 86, ago./set.
- MINOW, M. 2008. Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 1-10.

- NAÇÕES UNIDAS. 2006a. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- _____. 2006b. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- NEVES, A.F. 2010. **Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <www.icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Ana%20Neves.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- NEVES, M. 2009. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes.
- NUSSBAUM, M.C. 2007. **Frontiers of justice: disability, nationality species membership**. Harvard University Press.
- QUINTANA, M. 2007. **Nova antologia poética**. São Paulo: Globo.
- SARMENTO, D. 2005. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. 2006. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, M.N. (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM.
- STRAPAZZON, C.L. 2009. Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, L. de C.V. (Org.). **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris/UNESC. v. II. p. 379-399.
- STRUCHINER, N. 2005. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito**. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia, PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- SUNSTEIN, C.R. 2001. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press.
- _____. 2007. Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. **University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 325; University of Chicago, Public Law Working Paper n. 149**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Último acesso em: 2 fev. 2011.
- _____. 2008. Caste and disability: the moral foundations of the ADA. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 21-27.
- UNIÃO EUROPEIA. 2000. Conselho Europeu. **Directiva 2000/78/CE**, de 27 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:pt:PDF>>. Último acesso em: 20 dez. 2010.
- USA. 1972. **Equal Employment Opportunity Act**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Último acesso em: 12 fev. 2011.
- _____. 1990. **ADA**. Disponível em: <<http://www.ada.gov/archive/adastat91.htm>>. Último acesso em: set. 2010.

WADDINGTON, L. 2008. When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 29, n. 3, p.317-340.

Jurisprudência

- BRASIL. 1996. STF. ADI 1480/DF/MC. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=185195&tipo=TP&descricao=ADI%2F1480>>. Último acesso em: fev. 2010.
- _____. 2008. STF. HC 87585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=597891>>. Último acesso em: fev. 2010.
- CANADA. 1985a. Supreme Court. **Bhinder v. CN**, 2 S.C.R. 561. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-561/1985scr2-561.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1985b. Supreme Court. **Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears**, 2 S.C.R. 536. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-536/1985scr2-536.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1990. Supreme Court. **Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)**, 2 S.C.R. 489. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-489/1990scr2-489.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1992. Supreme Court. **Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud**, 2 S.C.R. 970. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992scr2-970/1992scr2-970.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1994. Supreme Court. **Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin**, 2 S.C.R. 525. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr2-525/1994scr2-525.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1999. Supreme Court. **British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU**, 3 S.C.R. 3. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1999/1999scr3-3/1999scr3-3.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2004. Supreme Court. **Syndicat Northcrest v. Amselem**, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc47/2004scc47.pdf>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2006. Supreme Court. **Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys**, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc6/2006scc6.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2009. Supreme Court. **Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony**, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc37/2009scc37.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 30 de abril. **Affaire Glor v. Suisse**, Petição n. 13444/04.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 2006. **Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA**. Processo C-13/05. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Último acesso em: 20 dez. 2010.

- _____. 2008. **S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law**. Processo C-306/06 (pedido de decisão prejudicial do Employment Tribunal — Reino Unido) Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Último acesso em: 10 jan. 2011.
- USA. 1963. United States Supreme Court. **Sherbert v. Verner**. 374 U.S. 398. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0374_0398_ZO.html>. Último acesso em: dez. 2010.
- _____. 1972. United States Supreme Court. **Wisconsin v. Yoder**. 406 U.S. 205 (1972). Disponível em: <<http://caselaw.l1p.findlaw.com/scripts/getcase.p1.court=us&vol=406&invol=205>>. Último acesso em: 23 maio 2001.
- _____. 1977. United States Supreme Court. **Trans World Airlines, Inc. v. Hardison**. 432 U.S. 63.
- _____. 1986. United States Supreme Court. **Ansonia Board of Education v. Philbrook**. 479 U.S. 60.
- _____. 1995. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.**, 94-1884, nº. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1372073.html>>. Último acesso em: 10 out. 2010.
- _____. 2002a. United States Court of Appeals, Second Circuit. **Borkowski v. Valley Central School District**. 447, Docket 94-7254. Disponível em: <caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300394.html>. Último acesso em: 10 out. 2010.
- _____. 2002b. United States Supreme Court. **U.S. Airways, Inc. v. Barnett**. 535 U.S. 391 (2002). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1250.ZS.html>>. Último acesso em: 12 out. 2010.

NOTAS

1. Agradeço ao Professor Daniel Sarmiento por trazer à minha atenção a relevância do conceito de adaptação razoável. Dedico este artigo aos meus amigos Leonardo, de Criciúma, e Diana e Daniel, do Rio, pessoas que romperam inúmeras barreiras e lutam pela inclusão.

2. Para efeitos deste artigo, acomodação, adaptação e ajustamento são tratados como sinônimos. Na versão em língua portuguesa da CDPD/ONU, utilizou-se “adaptação razoável” e “ajustamento razoável”.

3. É importante destacar que o prédio ainda estava em construção, com projeto anterior ao ADA. Posner entendeu que o ADA não poderia retroagir. O rebaixamento custaria 150 dólares. Wisconsin já havia operado algumas acomodações para Vande Zande, como a construção de uma rampa, a adaptação do banheiro em seu andar de trabalho, a adequação da mobília, pagamento da metade de uma cota de cuidados diários no ambiente de trabalho, o remodelamento da sala de armários dos empregados e o ajuste dos horários de trabalho para a realização de consultas e tratamentos.

4. Ressalta-se que o empregador era uma das maiores companhias aéreas dos EUA à época.

5. No Canadá, há leis e atos normativos da Administração Pública na matéria, além de instâncias administrativas responsáveis pelo equacionamento de demandas de acomodação.

6. Como a adaptação acontece nos mais diversos cenários – escolas, universidades, cursos de capacitação, acesso e progressão no emprego – poderá ser requerida também nos processos de obtenção de certificações, qualificações, progressões. Se não for assim, há risco de formação ou manutenção de um círculo vicioso de exclusão das pessoas com deficiência.

7. Ilustra o ponto o caso *Bhinder*, no qual a Suprema Corte do Canadá entendeu que uma medida geral de segurança no trabalho – o uso de capacetes por pessoas que lidavam com alta tensão elétrica – não poderia ser excepcionada para adaptar um membro de agremiação religiosa que precisava usar um turbante, incompatível com o capacete, pois a segurança seria indevidamente onerada.

ABSTRACT

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, now part of the Brazilian Constitution of 1988, introduced new concepts and approaches into Brazilian Law. This article intends to define and discuss the concepts of reasonable accommodation and undue burden, offering suggestions for a constitutionally adequate and useful interpretation of these new legal norms. Consequently, research was conducted regarding such concepts and their complexities as treated in other legal systems, particularly those that have featured them for some time. An interpretive proposal is then formulated, addressing conclusions and results primarily obtained by eliminating some interpretations adopted in other countries. The conclusion reached is that reasonable accommodation is made possible and effective through measures for the inclusion of people with disabilities, which are obtained through a process of dialogue between the parties involved. The duty to accommodate is limited by the concept of undue or disproportionate burden, comprised of various elements, for which the burden of proof lies with the party whose duty it is to accommodate.

KEYWORDS

Disability – Discrimination – Reasonable accommodation – Undue burden

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, incluida en la CRFB/88 (Constitución de la República Federativa del Brasil), introdujo nuevos conceptos y concepciones en el derecho brasileño. El objetivo de este artículo es comprender y discutir los conceptos de ajuste razonable y carga indebida, ofreciendo premisas para una interpretación constitucionalmente adecuada y útil de las innovaciones normativas. A este respecto, se investigaron los conceptos y sus complejidades en otros ordenamientos jurídicos, en especial los que se emplean desde larga data. A continuación, se formula una propuesta interpretativa. En la misma se ubican las conclusiones y los resultados obtenidos, en especial excluyendo algunas interpretaciones adoptadas en otros países. Se concluye que el ajuste razonable está compuesto por medidas posibles y eficaces para la inclusión de personas con discapacidad, obtenidas mediante el proceso de diálogo entre los involucrados. El deber de ajustar está limitado por la carga indebida o desproporcionada, compuesta por varios elementos y cuya carga probatoria reside en quien tiene el deber de realizar el ajuste.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad – Discriminación – Adaptación razonable – Carga indebida



MARTA SCHAAF

Marta Schaaf tem trabalhado na área de saúde global em diversos países da África Ocidental, Sul da Ásia e do Leste Europeu, tendo um comprometimento específico com saúde e direitos humanos. É Mestre em Assuntos Internacionais pela Universidade de Columbia, em Nova Iorque, e está completando um novo mestrado em Saúde Pública no departamento de Ciências Sócio-Médicas da Faculdade Mailman de Saúde Pública, na Universidade de Columbia.

Email: martaschaaf@gmail.com

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inclui vários direitos relacionados à sexualidade. Entretanto, os direitos relacionados à sexualidade que foram adotados pela versão final da Convenção são muito menos explícitos e taxativos do que os que haviam sido incluídos na versão inicial do texto. Este artigo explora as razões dessa diferença. Primeiramente, o artigo explica a evolução da sexualidade na teoria das deficiências e da sexualidade dentro dos debates internacionais de direitos humanos. Depois examina criticamente as discussões durante as sessões do Comitê *Ad Hoc* no qual a Convenção foi elaborada. Essas discussões foram marcadas pelas tensões entre os esforços para promover os direitos sexuais e os esforços para proteger pessoas com deficiências contra esterilização forçada e outras formas de abuso sexual. Finalmente, o artigo propõe formas de como podemos aumentar as reivindicações dos direitos sexuais das pessoas com deficiência.

Original em Inglês. Traduzido por Pedro Falkenbach.

Recebido em fevereiro de 2011. Aceito em maio de 2011

PALAVRAS-CHAVE

Direitos sexuais – Direitos reprodutivos – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Teoria da deficiência



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em www.revistasur.org.

NEGOCIANDO SEXUALIDADE NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Marta Schaaf*

1 Contexto

No dia 3 de maio de 2008, entrou em vigor a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (UNITED NATIONS, 2011a). Este é o primeiro instrumento legal internacional com força de lei, específico para pessoas com deficiências (PCD), e detalha como os direitos já estabelecidos no âmbito do direito internacional se aplicam às PCD, explicitando situações onde ações específicas são necessárias.

A Convenção enumera diversos direitos relacionados diretamente à sexualidade, inclusive o direito à saúde. Também trata do direito à liberdade e segurança das pessoas; proteção contra exploração, violência e abuso e o respeito à casa e à família. A convenção contém um artigo específico para mulheres com deficiências e um artigo que busca o aumento da conscientização como forma de combater o estigma (UNITED NATIONS, 2006a). Entretanto, os direitos relacionados à sexualidade que foram adotados pela versão final da Convenção são muito menos explícitos e taxativos dos que haviam sido incluídos na primeira versão, como mostra o Anexo 1. O que aconteceu? Como exemplo do que Michel Foucault chamou de “colocando no discurso” (*mise en discours*) (FOUCAULT, 1984, p. 299), as negociações do Comitê *Ad Hoc* iluminam as visões prevalecentes sobre sexualidade de pessoas com deficiência, assim como da sexualidade mais amplamente dita. Enquanto acadêmicos especializados em deficiência e ativistas enfatizam a importância de reconhecer e apoiar a sexualidade das pessoas com deficiência, o discurso do Comitê *Ad Hoc* reflete a contínua proeminência da asserção de Foucault, de que “anormalidade” e sexualidade estão sujeitos à “governamentalidade” (FOUCAULT, 1984, p. 338).

2 Foucault, Discurso e Governamentalidade

Foucault descreveu discursos como sendo “técnicas polimorfas de poder” que “produzem” efeitos de verdade (FOUCAULT, 1984, p. 60, 298). Em outras palavras,

*A professora Carole Vance, do departamento de Ciências Sócio-Médicas da Faculdade Mailman de Saúde Pública da Universidade de Columbia leu este artigo e forneceu importantes comentários.

o poder influencia paradigmas e regras sociais, que estabelecem os limites do comportamento humano e até mesmo a realidade. Estes discursos não precisam ser explícitos; o silêncio em si é poderoso. “O silêncio—o que declinamos dizer ou somos proibidos de dizer... é muito menos um limite ao discurso do que uma parte integrante das estratégias que permeiam discursos” (FOUCAULT, 1984, p. 300). Portanto, não reconhecer a sexualidade das pessoas com deficiência é uma forma de regulá-la.

Como um atributo do corpo que intersecta com o controle da população, a sexualidade converteu-se num assunto particular da governamentalidade no século 19 na Europa Ocidental. O sexo “pedia procedimentos gerenciais; precisava ser controlado por discursos analíticos” (FOUCAULT, 1984, p. 316, 307). A Igreja tem um papel importante na análise de Foucault sobre o discurso e a sexualidade; “a pastoral cristã também tentou produzir efeitos específicos sobre o desejo, pelo simples fato de transformá-lo—completa e propositalmente—em discurso: efeitos de maestria e distanciamento, certamente, mas também um efeito de reconversão espiritual” (Foucault, 1984, p. 306). Similarmente, o conceito de Foucault de “biopoder” explica como o Estado, reforçado por discursos da ciência, “trouxe vida e seus mecanismos para o âmbito de cálculos explícitos, e fez do poder do conhecimento um agente de transformação da vida humana” (FOUCAULT, 1984, p. 17).

Os pensamentos de Foucault sobre discurso, biopoder e o papel da Igreja trouxeram luz às evoluções na teoria da deficiência assim como as negociações em relação à sexualidade na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

3 Discursos prevalentes sobre a sexualidade de pessoas com deficiência

O termo “deficiência” é usado em seu sentido amplo ao longo deste artigo. Apesar de o termo obscurecer a heterogeneidade do assunto, ele reflete o seu uso em muitos dos discursos aqui examinados. Quando relevante, distinções serão feitas. Os termos “estudos sobre deficiência” e “teoria da deficiência” referem-se a uma autodenominada área de pesquisa teórica composta por acadêmicos e ativistas, muitos dos quais têm deficiências. Muito do seu trabalho está expressamente relacionado tanto a deficiências físicas quanto a deficiências mentais. Entretanto, a maioria dos teóricos com deficiências possuem apenas deficiências físicas e, portanto, concentram muito de seu trabalho na questão do corpo. Além disto, é importante notar que enquanto a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um tratado global, muito do que vemos sobre teoria da deficiência no mundo acadêmico ou na internet foi escrito por pessoas do norte global. Vozes do sul raramente são ouvidas, principalmente no quesito da sexualidade.

Sexualidade foi um assunto periférico no mundo dos estudos sobre deficiências até aproximadamente 20 anos atrás, e continua sendo pouco abordado fora dele, assim como em programas e políticas públicas (SHILDRICK, 2007; RICHARDSON, 2000; TEPPER, 2000). Histórica e atualmente, existem duas notáveis exceções. Fora do campo dos estudos sobre deficiências, a sexualidade é mais freqüentemente citada: 1) Quando a sexualidade das PCD é percebida como ameaça a outros pela suposta expressão de hipersexualidade ou agressão,

ou pelo menos como um perturbador atributo de pessoas percebidas como (ou obrigadas a ser) assexuadas. (SHILDRICK, 2007; TEPPER, 2000; LEYDEN, 2007); 2) Quando PCD, principalmente mulheres e crianças, são descritas como pessoas que precisam de proteção especial contra abuso ou exploração sexual.

A ameaça percebida da sexualidade de pessoas com deficiência se dá em parte ao seu possível desafio à norma da sociedade que valoriza a monogamia, a heterossexualidade e a sexualidade voltada à reprodução. (TEPPER, 2000). Alguns indivíduos são incapazes de vivenciar a sexualidade “normal” por terem diferenças no corpo, como por exemplo, falta de sensação genital, infertilidade, ou necessidade da presença de uma terceira pessoa para facilitar o contato íntimo (SHILDRICK, 2009). A sexualidade de homens com deficiência desafia discursos normativos, já que a sexualidade masculina é tradicionalmente entendida como uma experiência dominante, falo-centrada (SHAKESPEARE, 1999). Um homem com deficiência fazendo sexo é inconsistente com o discurso da virilidade masculina (HAHN, 1994).

Referências às necessidades especiais de proteção às mulheres e crianças com deficiência contra abuso sexual certamente têm mérito (FIDUCCIA; WOLFE, 1999; SHUTTLEWORTH, 2007). Entretanto, como um dos poucos discursos visíveis sobre a sexualidade de mulheres com deficiência, essas referências reforçam normas tanto da feminilidade quanto da deficiência que descrevem as mulheres com deficiência (MCD) como sendo vulneráveis, assexuadas ou sexualmente passivas e dependentes (SHAKESPEARE, 1999; LYDEN, 2007). Além do mais, o discurso sobre proteção sexual é enraizado em questões de gênero; a vulnerabilidade masculina ao abuso sexual é citada com menor frequência.

A preocupação contra abuso e o medo da sexualidade das PCD se cruza no controle da reprodução. A fertilidade de MCD é frequentemente banida pela esterilização ou aborto forçado ou coagido (GIAMI, 1998; EUROPEAN DISABILITY FORUM, 2009; UNITED NATIONS, 2009). Essa prática de longa data e ampla disseminação é frequentemente feita para proteger mulheres contra a gravidez que pode seguir o abuso sexual ou do crime de honra que poderia seguir a gravidez. Em muitos países, a legislação permite que pais obriguem menores de idade a se submeterem a esses procedimentos sem o seu consentimento (UNITED NATIONS, 1999, para. 447; NSW DISABILITY DISCRIMINATION LEGAL CENTRE, 2009; FIDUCCIA; WOLFE, 1999).

4 A sexualidade na teoria da deficiência

A teoria da deficiência (um campo acadêmico bastante novo) historicamente não tem abordado a sexualidade, exceto para seletivamente falar sobre os assuntos descritos acima. Teóricos e ativistas contrariavam o discurso hegemônico da hipersexualidade, mas raramente abordavam a mentira da assexualidade. Eles procuravam proteger as PCD, principalmente as mulheres, de serem forçadas ou coagidas a sofrerem abortos ou de serem esterilizadas (FIDUCCIA; WOLFE, 1999). A sexualidade afirmativa, ou direitos sexuais, entretanto, não estavam em evidência. O silêncio talvez tenha persistido porque a sexualidade era percebida como um desejo, e não como uma necessidade verdadeira. Outras prioridades do movimento eram mais urgentes (SHUTTLEWORTH, 2007; SHAKESPEARE, 2000). Além do mais, sexualidade tinha

sido uma área de “angústia, exclusão e dúvida com relação a si mesmo por tanto tempo, que frequentemente era mais fácil não considerá-la do que enfrentá-la, algo pelo qual tantos foram excluídos” (SHAKESPEARE, 2000, p. 160).

Durante os últimos 20 anos, o silêncio tem sido quebrado aos poucos; teóricos e ativistas têm tentado minar o poder do silêncio discursivo (TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH; MONA, 2000). A sexualidade agora é cada vez mais abordada em diferentes ramos dos estudos sobre deficiência. (RICHARDSON, 2000; TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH, 2007; FIDUCCIA; WOLFE, 1999). Essa mudança reflete tendências mais amplas que estão emergindo no campo dos direitos sexuais, assim como fazendo crescer o reconhecimento da centralidade da sexualidade na luta pela igualdade:

Sempre considerei que os mais urgentes assuntos sobre os direitos civis das pessoas com deficiência são os que atualmente abordamos: emprego, educação, moradia, transporte, etc... Pela primeira vez estou começando a acreditar que a sexualidade, a área mais ignorada de todas, está no centro do que estamos procurando... Nenhum outro assunto se aproxima mais da essência do ser ou da essência da convivência entre as pessoas do que a sexualidade

(citado em: SHAKESPEARE, 2000, p. 165).

Informados parcialmente através da crítica sobre o biopoder de Foucault, os teóricos sobre deficiência criticam o que eles chamam de modelo médico ou individual—um paradigma da deficiência que foca no corpo individual e nas limitações impostas pelo impedimento físico ou mental. Manifestações sociais e programáticas do modelo médico incluem a reabilitação e a primazia do poder profissional médico (SODER, 2009, p. 68). Procurando falhas nas representações discursivas das deficiências ao invés do impedimento em si, os ativistas e teóricos têm tentado substituir o modelo médico pelo modelo social. O modelo social distingue entre impedimento e deficiência. Impedimento é uma disfunção física ou mental, enquanto deficiência é um conceito socialmente construído de incapacidade, que se origina de uma sociedade opressiva e discriminatória. (SHILDRICK, 2009; SODER, 2009; SHAKESPEARE, 1999; HAHN, 1994). Nesta concepção, a construção social da deficiência é a principal causadora do estigma e dos danos que afetam as PCD, e não os impedimentos em si.

Entretanto, nos últimos anos, alguns teóricos têm desafiado o modelo social, argumentando que ele é limitado e incorretamente descarta a importância do corpo. Essas críticas são originadas em parte pela crescente atenção dada à sexualidade e ao mesmo tempo às percepções teóricas do feminismo e da teoria queer. Alguns argumentam que o corpo deveria “voltar” ao pensamento sobre deficiência; o impedimento pode restringir o engajamento sexual de forma profunda e isto precisa ser reconhecido e discutido (SODER, 2009; SHILDRICK, 2009). Descartar o corpo em prol da análise social estava, na linguagem do feminismo, negligenciando a relação entre as esferas pública e privada (SHAKESPEARE, 1999).

Essa mudança conceitual está relacionada ao desenvolvimento em paralelo de noções de cidadania sexual e sua aplicação direta a PCD. Reivindicações de

cidadania sexual podem ser categorizadas em dois grupos: 1) pedidos de “tolerância de identidades diversas” e 2) “cultivo e integração ativa dessas identidades” (RICHARDSON, 2000, p. 122). A primeira categoria descreve campanhas em prol da autodeterminação e do direito de existir como uma minoria. A segunda é mais ampla, exigindo condições que permitam a diversidade e a “participação sexual” de grupos de pessoas ou indivíduos antes estigmatizados. Teóricos e ativistas da deficiência fazem essas reivindicações, e alguns argumentam que vivenciar o prazer é uma questão de acessibilidade (TEPPER, 2000; SHUTTLEWORTH, 2007). Participação sexual para PCD pode requerer ir além das concepções atualmente prevalentes sobre sexualidade. Refletindo o questionamento da teoria queer sobre entendimentos taxonômicos de sexualidade, Tom Shakespeare, um dos mais prolíficos teóricos sobre sexualidade de pessoas com deficiência, pergunta: “Estamos tentando dar acesso às pessoas com deficiência à sexualidade popular ou estamos tentando mudar a forma como sexualidade é concebida?” (SHAKESPEARE, 2000, p. 163). Reconhecer a importância do corpo e fazer dele o tema de reivindicação da cidadania sexual não reforça a abordagem médica; ao contrário, empurra o entendimento atual sobre sexualidade e cidadania sexual para além das categorias atuais.

Essas evoluções teóricas se refletem no ativismo de organizações que trabalham em prol dos direitos de pessoas com deficiência e dos direitos sexuais. Por exemplo, a Associação Irlandesa de Planejamento Familiar (AIPF) e o Centro para Direitos de Reprodução dos EUA têm recentemente publicado documentos relevantes: o da AIPF sobre sexualidade e deficiência e o do Centro para Direitos de Reprodução sobre direitos reprodutivos de mulheres com deficiências (IRISH FAMILY PLANNING ASSOCIATION, sem data; CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2002). Esses esforços englobam deficiências físicas e mentais. A Associação Americana de Deficiências Intelectual e do Desenvolvimento recentemente afirmou que “pessoas com retardo mental e deficiências de desenvolvimento, como todas as pessoas, têm direitos sexuais inerentes e necessidades humanas básicas” (citado em: LYDEN, 2007, p. 4).

O ativismo tem causado algumas mudanças em políticas públicas. Na Holanda, na Dinamarca e em alguns lugares da Austrália, por exemplo, os serviços de profissionais do sexo e substitutos sexuais têm sido subsidiado pelo governo (SHILDRICK, 2009, p. 61).

5 Sexualidade no direito internacional dos Direitos Humanos*

Convenções e declarações** são negociadas pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU), e indivíduos e Organizações Não-Governamentais (ONG) têm o direito a opinar e propor mudanças. A primeira declaração sobre

*O termo “lei internacional” é usado neste artigo para referir-se às declarações e convenções das Nações Unidas, e não àqueles de mecanismos regionais.

** Convenções são vinculantes, enquanto declarações não são. Entretanto, declarações representam um consenso e com o passar do tempo podem passar a serem consideradas como vinculantes (como acontece com o direito internacional consuetudinário). Além do mais, como no caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elementos de declarações podem formar a base para uma convenção vinculante.

direitos humanos da ONU, a Declaração Universal de Direitos Humanos, e os subsequentes tratados internacionais abordam assuntos relacionados diretamente à sexualidade, inclusive o papel da família, do casamento, da integridade corporal e a igualdade entre os sexos (GIRARD, 2008). Entretanto, antes de 1993, a palavra “sexual” ou “sexualidade” nunca haviam aparecido em documentos intergovernamentais internacionais, exceto em um artigo da Convenção sobre os Direitos da Criança que falava sobre a proteção contra exploração e abuso sexual (PETCHESKY, 2000).

A sexualidade foi inicialmente discutida dentro do contexto de saúde reprodutiva. Direitos reprodutivos não eram explicitamente citados em qualquer documento da ONU até a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã em 1968 (FREEDMAN; ISSACS, 1993), cujo documento final incluía uma provisão que declarava: “Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento” (UNITED NATIONS, 1968). O direito individual da mulher (ao contrário do direito coletivo dos pais) de decidir sobre o número de crianças que deseja ter foi incluído na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher em 1979 (FREEDMAN; ISSACS, 1993). Ativistas tentaram ampliar as definições sobre direitos reprodutivos para que incluíssem direitos relacionados à sexualidade na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo em 1994 e a Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim em 1995 (GIRARD, 2008). Como resultado do ativismo transnacional e das mudanças nas percepções sobre os papéis das mulheres, entre outros fatores, as declarações finais dessas conferências representaram uma mudança de paradigma. A autonomia reprodutiva passou a ser vista como um objetivo, ao invés de orientações anteriores voltadas ao controle populacional e à reprodução (GRUSKIN, 2008; GREER et al., 2009; GIRARD, 2008). A declaração final e plataforma de ação da Conferência Mundial sobre a Mulher diz:

Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências.

(UNITED NATIONS, 1995, para. 96)

Discussões sobre liberdade contra a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero das pessoas também têm se iniciado nas Nações Unidas, porém, até esta data, pouco tem sido incluído em documentos finais.

Direitos sexuais e reprodutivos e a não-discriminação baseada na orientação sexual das pessoas têm sido assuntos incluídos com maior frequência por ativistas dentro dos conceitos de cidadania sexual. Direitos sexuais unem ativismo relacionado à violência sexual contra mulheres; direitos reprodutivos, direitos

de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros; assim como HIV/AIDS, entre outras áreas (MILLER, 2009). Porém, o conceito amplo de direitos sexuais permanece insuficientemente desenvolvido, com “disjunções previsíveis” “constringindo a evolução de posições sobre políticas públicas coerentes e progressivas nessa área” (MILLER, 2009, p. 1). A falta de coerência faz dos direitos sexuais- assim como os elementos constituintes que estão agrupados sob este termo- mais vulneráveis a oposições poderosas.

De fato, forças conservadoras colocam vários obstáculos contra a inclusão de direitos sexuais em textos da ONU. Durante as negociações, a Santa Sé tem consistentemente proposto definições conservadoras do termo família e tentado limitar a separação de assuntos relacionados à reprodução feminina da unidade familiar (GIRARD, 2008). A Santa Sé e aliados conservadores (normalmente de diversos países da América Latina, países islâmicos e ONG aliadas) afirmam que direitos sexuais minariam as relações familiares e identidades nacionais, étnicas ou religiosas (KLUGMAN, 2000; FREEDMAN, 1995). Em argumentos acalorados, delegados têm declarado que o termo “direitos sexuais” implica promiscuidade e no direito de se fazer sexo com quem se desejar, inclusive com crianças e animais (KLUGMAN, 2000). A Santa Sé e outros grupos também alegam que afirmar os direitos sexuais representaria a criação de novos direitos, ao invés de aplicar as normas de direitos humanos ao assunto da sexualidade. Este argumento é bastante fraco, pois um dos objetivos da Conferência de Cairo, por exemplo, era a aplicação dos princípios dos direitos humanos à reprodução- não de criar “novos direitos” (KLUGMAN, 2000).

6 Negociando sexualidade na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi negociada entre 2002 e 2006. A Santa Sé e outros grupos exigiram as mesmas limitações aos direitos sexuais que haviam feito em antigas negociações. Porém, estes debates eram às vezes qualitativamente diferentes das discussões em Cairo e Pequim. Preocupação generalizada sobre medidas eugênicas e a centralidade do corpo em concepções de deficiências influenciaram o debate.

O Presidente do México, Vicente Fox, se opôs a um tratado compreensivo sobre os direitos das pessoas com deficiência durante a 56ª sessão da Assembleia Geral da ONU em 2001. (UNITED NATIONS, 2003a). O tratado seria vinculante e seguiria as Regras Gerais sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, uma resolução adotada pela Assembleia Geral em 1993 (UNITED NATIONS, 1993). O tratado foi negociado durante sete sessões do Comitê *Ad Hoc*, composto por delegados de governos e ONGs com status consultivo perante o Conselho Econômico e Social da ONU. A versão inicial dos textos foi preparada por um Grupo de Trabalho composto por 27 governos, 12 ONGs e um representante de instituição de direitos humanos.

A seguinte discussão é baseada numa leitura cuidadosa dos resumos das sessões do Comitê *Ad Hoc*, assim como de documentos de países e ONGs e

primeiras versões de textos de consultas intergovernamentais regionais. Porém, dado o grande volume da documentação, usamos uma pesquisa por palavras dentro dos documentos para encontrar termos relevantes como “sexo” “repro”, “íntimo”, “pessoal” e “fertilidade”. Adicionalmente, resumos de discussões sobre artigos pertinentes foram lidos inteiramente, incluindo artigos relacionados à vida familiar e casamento; privacidade, conscientização, saúde e liberdade contra exploração, violência e abuso. Propostas relacionadas a como popularizar preocupações sobre gênero também foram lidas. Enfatizando o argumento de que sexualidade de pessoas com deficiência ainda é um assunto pouco discutido, nenhum artigo acadêmico ou de qualquer outro tipo relacionado à sexualidade na Convenção foi identificado.

A discussão abaixo não é uma análise exaustiva das negociações relacionadas à sexualidade; discussões abreviadas sobre a não-discriminação de pessoas com base na orientação sexual e outras questões não são discutidas. Entretanto, a discussão trata sim das questões de direitos sexuais mais debatidas.

6.1 Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso

A sexualidade foi citada em documentos emanando de consultas regionais iniciais quase que exclusivamente dentro do contexto de abuso sexual e esterilização forçada. De fato, a vulnerabilidade sexual foi apresentada como uma área principal que deve receber mais proteção. Por exemplo, o parágrafo introdutório de um resumo vindo de uma reunião de especialistas em Bangcoc afirmava que “pessoas com deficiência em todo o mundo são submetidas a violações generalizadas de seus direitos humanos. Essas violações incluem subnutrição, esterilização forçada, exploração sexual...” (UNITED NATIONS, 2003b). As opiniões das ONG tinham o mesmo foco. A primeira contribuição da ONG Rede Mundial de Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria em relação ao artigo sobre a vida familiar citava somente o direito de ser livre de violência sexual (dentro do universo da sexualidade) (UNITED NATIONS, 2004d). Trinta e cinco participantes de delegações governamentais como de não-governamentais apresentaram uma proposta conjunta durante a primeira sessão em relação a como integrar “áreas de preocupação em relação a questões de gênero.” Novamente, em relação à sexualidade, enfocaram completamente na vulnerabilidade contra violência sexual. De fato, outras discussões sobre sexualidade foram raras nas primeiras sessões do Comitê. Só surgiu como uma questão controversa ao final das negociações.

Citações a abuso sexual na Convenção não eram controversas, embora não tenham sido mantidas nestes termos na versão final do documento. Isto se deu, em parte, às discussões semiparalelas sobre o desenvolvimento de um artigo específico para mulheres e crianças. Muitas das mesmas questões foram abordadas na versão inicial do texto, porém em linguagem um pouco diferente. Além do mais, esterilização forçada, uma prioridade amplamente compartilhada, foi discutida no artigo que falava sobre o respeito ao lar e pela família. De qualquer forma, como será mostrado, o conceito de proteção era o motivo

principal das negociações relacionadas à sexualidade; alguns delegados citaram a necessidade de proteger as mulheres, em suas oposições a qualquer menção de sexualidade.

6.2 *Direito à saúde*

A primeira versão do texto escrito pelo Grupo de Trabalho incluía o “direito a serviços de saúde sexual e reprodutiva”. Essa linguagem foi derivada parcialmente das Regras Gerais, que estipulavam que “pessoas com deficiência devem ter o mesmo acesso que as demais aos métodos de planejamento familiar, assim como à informação sobre o funcionamento sexual do seu corpo, disponibilizada de forma acessível” (UNITED NATIONS, 2003a). A Santa Sé era contra o termo “serviços de saúde reprodutiva e sexual” desde o momento em que foi introduzido (UNITED NATIONS, 2004b). As respostas das ONG foram mais lentas. O presidente do Comitê solicitou a opinião de ONG no dia em que o texto foi introduzido. Várias agências comentaram, inclusive as organizações *Rehabilitation International*, *Handicap International*, *Save the Children*, a Rede Mundial de Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria, a OMS e outras instituições de direitos humanos. Não mencionaram serviços de saúde reprodutiva e sexual. Somente uma ONG, *National Right to Life*, comentou este aspecto. Eles afirmaram que mencionar explicitamente serviços de saúde sexual e reprodutiva iria necessariamente limitar o escopo do direito à saúde e “promoveria a prática de exames genéticos para abortar bebês por nascer que tivessem deficiências.” Em seu lugar, propuseram um texto que proibiria “a recusa de tratamento médico, alimentos ou líquidos” (UNITED NATIONS, 2004b).

ONG que não faziam parte da aliança contra o aborto estavam evidentemente mal preparadas para entrar nesse debate. Elas reivindicavam a manutenção do texto em futuras sessões, embora não extensivamente, e claramente não eram tão organizadas quanto os grupos que faziam parte da coalizão em prol da vida. De fato, a mensagem dos grupos que agiam em prol do direito da vida se harmonizou em futuras sessões, com várias ONGs opinando que a frase poderia codificar “aborto e eutanásia”, inclusive de bebês recém-nascidos, e muitos relacionando a discussão à recusa de alimentos e líquidos para PCD (UNITED NATIONS, 2005d). Delegações governamentais também fizeram esse argumento, mas discutindo, porém, somente aborto, não eutanásia. Catar, Irã, Quênia, Jamaica, Iêmen, Síria, Paquistão, Sudão, Bahrain, Kuwait, Omã e os Emirados Árabes Unidos pediram para cortar o texto alegando que criaria um novo direito, incluindo potencialmente o direito ao aborto. A palavra “serviços” em particular foi acusada de ser “código” para a inclusão do aborto. (UNITED NATIONS, 2005b, 2005d, 2006c). Os EUA também apoiaram a eliminação do texto argumentando que sua inclusão iria colocar em perigo PCD, usando como exemplo o histórico de esterilização forçada de PCD nos EUA (UNITED NATIONS, 2006d).

Diversas ONG que não estavam presentes durante as negociações enviaram documentos afirmando que a manutenção do texto era importante.

Argumentaram principalmente que mencionar saúde sexual e reprodutiva era importante porque as PCD frequentemente não tinham acesso a esses serviços devido à persistente percepção de serem assexuadas (UNITED NATIONS, 2005a, 2006c). Muitas delegações de países apoiaram abertamente o texto durante a 7ª sessão, inclusive Brasil, Canadá, Croácia, Etiópia, Mali, Noruega, Uganda e a União Europeia (UE) (UNITED NATIONS, 2006d). A União Europeia afirmou que *serviços* de saúde sexual e reprodutiva não incluíam o aborto. Essa afirmação foi apoiada por escrito pelo Conselho da Europa, a OMS e o Relator Especial da ONU sobre o Direito à Saúde (UNITED NATIONS, 2006d, 2006e). Os delegados sentiram frustração com o debate estagnado e o Presidente do Comitê interveio atipicamente para declarar que serviços de saúde sexual e reprodutiva não incluíam o aborto e que a frase “serviços de saúde” aparece na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (UNITED NATIONS, 2006e).

Uruguai, Costa Rica e posteriormente vários outros países se uniram e propuseram manter a frase “sexual e reprodutiva,” eliminando, porém, o termo “serviços.” Esta foi a linguagem adotada na versão final do documento (UNITED NATIONS, 2006d). Apesar do acordo, diversos países assinaram o tratado com ressalvas importantes. El Salvador estipulou que assinou a Convenção somente por ela não violar a constituição do país, que determina que a vida começa durante a concepção (UNITED NATIONS, 2011b), (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2003). Diversos países da União Europeia indicaram formalmente oposição à ressalva de El Salvador. Malta fez a seguinte afirmação: “Malta entende que a frase ‘saúde sexual e reprodutiva’ no Artigo 26 (a) da Convenção não constitui um reconhecimento de qualquer nova obrigação internacional, nem cria o direito ao aborto e não pode ser interpretada como apoio, endosso ou promoção do aborto” (UNITED NATIONS, 2011b). Mônaco e Polônia fizeram afirmações interpretativas similares (UNITED NATIONS, 2011b).

6.3 Casamento e vida familiar e conscientização

O debate sobre a sexualidade nesses artigos era até mais tenso e moribundo do que as negociações sobre os direitos à saúde. Como podemos ver no Anexo 1 deste artigo, o texto inicial de ambos esses artigos faziam várias menções à sexualidade. Novamente, o texto proposto inicialmente era próximo às Regras Gerais, que especificam:

- Os Estados devem promover a plena participação das pessoas com deficiências na vida familiar. Devem promover o seu direito à integridade pessoal e garantir que a legislação não imponha discriminações contra as pessoas com deficiências no que se refere à sexualidade, ao casamento e à paternidade ou maternidade.
- As pessoas com deficiências não devem ser privadas da oportunidade de experimentar a sua sexualidade, de ter relações sexuais ou de ter filhos. Os

Estados devem promover a adoção de medidas destinadas a modificar as atitudes negativas perante o casamento, a sexualidade e a paternidade ou maternidade das pessoas com deficiências, em especial das jovens e das mulheres com deficiências, que ainda persistem na sociedade. (UNITED NATIONS, 2003a).

No debate inicial, diversos países como Líbia, Qatar, Síria, Irã e Arábia Saudita solicitaram direcionar os direitos relacionados à sexualidade ao casamento e/ou a normas tradicionais ou a leis (UNITED NATIONS, 2004a). Entretanto, esses delegados não se opuseram uniformemente à menção da sexualidade; muitos sugeriram reformulações ao texto que incluíam o termo (UNITED NATIONS, 2004a). Arábia Saudita, por exemplo, afirmou explicitamente que aceitava o termo, porém somente com uma ressalva, para o casamento (UNITED NATIONS, 2004a). A Santa Sé e o Iêmen se opuseram ao termo com ou sem ressalvas (UNITED NATIONS, 2004a, 2004b).

Foram frequentes as alegações de que os textos iniciais desses artigos, principalmente a frase “vivenciar sua sexualidade”, significariam a elaboração de novos direitos. A Santa Sé repetidamente declarou que a linguagem em ambos os artigos não aparecia em qualquer outra convenção, evitando reconhecer que aparecia sim no texto das Regras Gerais (UNITED NATIONS, 2004b, 2004e). ONGs aliadas à Santa Sé novamente apoiaram essa posição. Por sua vez, a Sociedade de Cientistas Sociais Católicos e a Coalizão Pró-Família argumentaram que citar relações sexuais fora do contexto do casamento significaria que a Convenção iria para outros rumos “inexplorados e polêmicos” (UNITED NATIONS, 2004b).

Como no caso das negociações sobre saúde sexual e reprodutiva, oposição à Santa Sé veio devagar. A Noruega reagiu inicialmente (UNITED NATIONS, 2004b), mas a União Europeia, Austrália, Brasil, Chile e Nova Zelândia só expressaram seu desejo de manter pelo menos parte da linguagem dias depois da sessão ter começado ou na próxima sessão (UNITED NATIONS, 2005c, 2006d).

Várias propostas foram feitas. A delegação do Canadá reconheceu que não estava “ciente de um direito à sexualidade *per se*”, mas declarou de forma inequívoca que era contra as sugestões da Santa Sé de excluir menções à sexualidade, assim como os esforços da “Síria, Qatar, Líbia, Arábia Saudita e Iêmen de mudar a linguagem através de referências a convenções sociais e religiosas” (UNITED NATIONS, 2004e). A delegação canadense sugeriu situar direitos relacionados à sexualidade dentro do contexto da não-discriminação, especificando que PCD tinham o direito de desfrutar esses direitos “de forma igual” (UNITED NATIONS, 2004f). Vários países apoiaram essa proposta, incluindo Costa Rica, Marrocos e Nova Zelândia (UNITED NATIONS, 2004e, 2004f). Outros delegados sugeriram propostas diferentes, como a substituição do termo “sexual” pelo termo “íntimo”, ou a substituição do termo “sexualidade” pelo termo “vida sexual,” ou a manutenção de alguma ou toda a linguagem sobre sexualidade, mas aceitando, porém, a ressalva do casamento (UNITED NATIONS, 2004a). A Santa Sé, Iêmen, Síria e Qatar rejeitaram essas propostas.

O ativismo de ONGs para manter a linguagem sobre sexualidade tampouco

foi imediato. Com a exceção de grupos contra o aborto, nenhuma ONG levantou a questão durante o período inicial para comentários da versão inicial do artigo (UNITED NATIONS, 2004b). Somente uma abordou explicitamente a questão da sexualidade; a ONG *Disabled Peoples International* falou da centralidade de “relações íntimas” (UNITED NATIONS, 2004e). ONGs que estiveram ausentes enviaram posteriormente contribuições por escrito apoiando a inclusão de linguagem relacionada à sexualidade. Uma coalizão de indivíduos e agências do Leste Europeu notou que leis não deveriam discriminar “pessoas com deficiências no que diz respeito a relações sexuais, casamento e paternidade. Pessoas com deficiências deveriam ter a liberdade de viver com suas famílias e ter igual acesso aos métodos de planejamento familiar, assim como a informação sobre sexo e sexualidade de forma acessível e específica às suas necessidades” (UNITED NATIONS, 2004c). A Rede Mundial de Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria argumentou que a Convenção deveria “abordar a questão da sexualidade, ainda que não fosse um direito, sendo que a privação dessa escolha ocorre em casos de adultos vivendo em instituições” (UNITED NATIONS, 2004f).

Contribuições adicionais por escrito durante a 7ª sessão foram ainda mais inequívocas. O *Japan Disability Forum* e o *International Disability Caucus* explicaram que apoiavam a articulação de direitos sexuais por causa do preconceito amplamente difundido contra as relações sexuais de PCD e o legado negativo da prática de eugenia (UNITED NATIONS, 2004g). Para eles, o legado do eugenismo não significava que menções à sexualidade eram ameaçadoras, mas que a articulação de direitos sexuais era vital para a promoção da autonomia e cidadania.

Como no caso do debate sobre saúde sexual e reprodutiva, diversos países com populações predominantemente muçulmana endureceram suas posições e convergiram com as posições da Santa Sé. Nigéria, Qatar e Iêmen eventualmente exortaram a eliminação de todo texto mencionando sexualidade (UNITED NATIONS, 2006d). Outros países sugeriram eliminar o texto sem dar explicações, como foi o caso da Rússia e da China (UNITED NATIONS, 2006d). O Japão recomendou um texto mais genérico para “evitar linguagem excessivamente prescritiva e considerada polêmica em muitos países,” uma posição apoiada pela Índia (UNITED NATIONS, 2004h).

Conforme o debate se arrastava, o Presidente interveio. Notando que a palavra “sexualidade” é particularmente difícil para alguns países, explicou que os delegados não tinham a intenção de direcionar culturas para qualquer posição em especial. O Presidente continuou seu pronunciamento e disse que esta era a primeira vez que relações sexuais eram abordadas em convenções das Nações Unidas e sugeriu usar a linguagem das Regras Gerais como guia (UNITED NATIONS, 2005c). A oposição continuou. Citando “numerosas preocupações culturais sobre a palavra sexualidade”, o Presidente a removeu durante a 7ª sessão (UNITED NATIONS, 2006d).

O assunto da esterilização forçada também foi incluído nas discussões sobre casamento e vida familiar. Como foi mencionado, como violação ao direito à integridade física de PCD, a esterilização forçada era uma prioridade amplamente compartilhada. Apesar de o direito de decidir sobre o número e

espaçamento de filhos implicava no direito de ser livre da esterilização forçada, muitos países, como a Austrália, China, Costa Rica, União Europeia, Quênia, México, Nova Zelândia, Servia e Montenegro, Tailândia, Uganda, e os EUA sugeriram que a esterilização forçada fosse mencionada explicitamente na Convenção (UNITED NATIONS, 2004a). Muitas ONGs também defenderam que a Convenção abordasse diretamente a esterilização, incluindo a proibição de leis que permitam que pais sujeitem crianças menores a serem esterilizadas (UNITED NATIONS, 2005d, 2006c). Nova Zelândia sugeriu o uso de termos mais positivos e menos polêmicos, que foram finalmente adotados, afirmando que PCD têm o direito de “conservar sua fertilidade” (UNITED NATIONS, 2004a).

7 Conclusões

7.1 Autonomia reprodutiva e deficiência

A falsa distinção entre direitos negativos (direitos de liberdade) e direitos positivos (direitos prestacionais) não é específica dos direitos das pessoas com deficiência, mas o contexto de preocupações particulares sobre abuso sexual e medidas eugênicas é único.

Houve muita tensão durante a fase de negociação da Convenção entre os esforços para promover direitos sexuais e esforços para proteger PCD de esterilização indesejada. Isto foi complicado pelas repetidas tentativas de elevar o status do feto e equivalê-lo a um ser humano com direitos, tornando inviável uma abordagem não discriminatória da sexualidade de pessoas com deficiência. A Santa Sé e seus aliados tentaram fazer com que a discussão fosse mais sobre a aplicação de normas de direitos humanos já existentes a fetos com anormalidades em vez de ser sobre a aplicação destas normas à sexualidade de pessoas com deficiência. Eles argumentaram também que acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva de alguma forma levaria à proposital privação de alimentos e água para adultos com deficiências, ou ao assassinato de recém-nascidos com deficiências. Fez-se alusão a essa preocupação somente duas vezes nas centenas e centenas de declarações de organizações de pessoas com deficiência (OPD). Era um argumento intelectualmente falho, mas de alguma forma bem sucedido, que conseguiu criar a visão do aborto como sendo um primeiro passo que depois naturalmente poderia levar à eutanásia das mesmas pessoas que estavam presentes nas negociações. Como resultado, medidas protecionistas foram mantidas e afirmações sobre direitos sexuais eliminadas. Assim, o silêncio discursivo sobre sexualidade de pessoas com deficiência foi consagrado na mais importante expressão oficial global sobre deficiência.

Como na descrição de Foucault da Europa do século 19, a Igreja (Santa Sé) foi ativa em definir os limites do que é considerado aceitável no que diz respeito à sexualidade e na proteção daqueles com falta de “razão” sobre os desejos de seus corpos. Vários países se alinharam com a Santa Sé, expressando a necessidade de policiar “sexo excessivo” (UNITED NATIONS, 2005c) e restringir a autonomia reprodutiva.

7.2 *Negociando os direitos sexuais de PCD*

O atraso na resposta e a falta de ativismo vigoroso em prol dos direitos sexuais indicam que as OPD continuam relutantes a lutar pela sexualidade. Além disso, provavelmente elas estavam despreparadas, não tendo antecipado uma coalizão das organizações aliadas à Santa Sé com um programa pré-planejado. De fato, entre os grupos de sociedade civil presentes nas negociações, todos eram OPD, com exceção dos grupos católicos de direito à vida e da *Save the Children*. Os grupos de direito à vida estavam prontos para a defesa de suas posições desde o momento em que a discussão foi permitida; as OPD não.

Melhorar a capacidade de defesa dos direitos sexuais das OPD (supondo que elas iriam querer isso) facilitaria discussões futuras sobre o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência, estabelecido pela Convenção e outras negociações internacionais. As OPD já estão se movendo nessa direção. Em novembro de 2010, o Comitê das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais promoveu um dia de discussão geral sobre “os direitos à saúde sexual e reprodutiva”. Duas das 15 propostas escritas eram de OPD.

Similarmente, assegurar que as organizações que trabalham com direitos sexuais e reprodutivos contribuam para discussões relacionadas a deficiências colaboraria para corroer tabus sobre a sexualidade de pessoas com deficiência. De fato, integrar questões relacionadas à deficiência à defesa dos direitos sexuais seria uma importante manifestação da intenção da Convenção – assegurando a aplicação das normas de direitos humanos às PCD.

Como o funcionamento do poder é difuso, também deveria nossa defesa advir de múltiplas direções. Direitos sexuais como uma rubrica de reivindicação de direitos provavelmente continuará crescendo, promovendo maiores e melhores oportunidades de ir além dos entendimentos atuais de cidadania sexual para incluir tanto pessoas com deficiência como todos os outros tipos de corpos.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. 2002. **Reproductive rights and women with disabilities: a human rights framework**. Disponível em: <http://www.handicap-international.fr/bibliographie-handicap/4PolitiqueHandicap/groupes_particuliers/Femmes_Genre/reproductive_rights.pdf>. Último acesso em: 12 Nov. 2010.
- _____. 2003. **Supplementary information on El Salvador scheduled for review by the UN Human Rights Committee during its seventy-eighth session**. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/sl_ElSalvador_2003.pdf>. Último acesso em: 19 Dez. 2010.
- EUROPEAN DISABILITY FORUM. 2009. **Violence against women: Forced sterilization of women with disabilities is a reality in Europe**. Disponível em: <http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=13855&thebloc=23097>. Último acesso em 2 Dez. 2010.
- FIDUCCIA, B.W. 2000. **Current issues in sexuality and the disability movement**. Sexuality and disability, v. 18, n. 3. P. 167-174, Sept.
- FIDUCCIA, B.W.; WOLFE, L.R. 1999. **Women and girls with disabilities, defining the issues, an overview**. Washington D.C., Center for Women Policy Studies & Women and Philanthropy.
- FOUCAULT, M. 1984. **The Foucault reader**. New York: Pantheon Books.
- FREEDMAN L. 1995. Reflections on emerging frameworks of health and human rights. **Health and Human Rights**, Cambridge, v. 1, n. 4, p. 315-348, Dec.
- FREEDMAN, L.P.; ISSACS, S.L. 1993. Human rights and reproductive choice. **Studies in Family Planning**, Malden, v. 24, n. 1, p. 18-30, Jan.-Feb.
- GIAMI, A. 1998. Sterilisation and sexuality in the mentally handicapped. **European Psychiatry**, v. 13, n. S3, p. 113s-119s.
- GIRARD, F. 2008. Negotiating sexual rights and sexual orientation at the U.N. In: PARKER, R.; PETCHESKY, R.; SEMBER, R. (Ed.). **Sex politics: reports from the frontlines**. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/book/pdf/sexpolitics.pdf>>. Último acesso em: 30 Nov. 2010.
- GREER G. et al. 2009. Sex, rights and politics – from Cairo to Berlin. **The Lancet**, v. 374, n. 9691, p. 674-675, Aug.
- GRUSKIN, S. 2000. The conceptual and practical implications of reproductive and sexual rights: How far have we come? **Health and Human Rights**, Cambridge, v. 4, n. 2, p. 1-6.
- _____. 2008. Reproductive and sexual rights: do words matter? **American Journal of Public Health**, v. 98, n. 101, p. 1737, Oct.
- HAHN, H. 1994. Feminist perspectives, disability, sexuality and law: new issues and agendas. **4 Southern California review of law and women's studies**, v.97, n. 105.

- IRISH FAMILY PLANNING ASSOCIATION (IFPA). 2010. **Sexuality and disability**. Dublin: Irish Family Planning Association. Disponível em: <<http://ifpa.ie/Media-Info-Centre/Publications/Publications-Reports/Sexuality-and-Disability>>. Último acesso em: 25 Nov. 2010.
- KLUGMAN, B. 2000. Sexual rights in Southern Africa: A Beijing discourse or a strategic necessity? **Health and Human Rights**, Cambridge, v. 4, n. 2, p. 145-173.
- LYDEN, M. 2007. Assessment of sexual consent capacity. **Sexuality and disability**, v. 25, n. 1, p. 3-20, March.
- MILLER, A. 2009. **Sexuality and human rights: discussion paper**. Geneva: International Council on Human Rights Policy. Disponível em: <http://www.ichrp.org/files/reports/47/137_web.pdf>. Último acesso em: 14 Nov. 2010.
- NSW DISABILITY DISCRIMINATION LEGAL CENTRE. 2009. **Submission: 'Article 12 of the CRPD- the right to equal recognition before the law.'** Disponível em: <www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../Article12NatlAssoCommLegal.doc>. Último acesso em: 2 Dez. 2010.
- PETCHESKY, R. 2000. Sexual rights: inventing a concept, mapping an international practice. In: PARKER, R. (Ed.). **Framing the sexual subject: The politics of gender, sexuality and power**. Berkeley: University of California Press. p. 81-103.
- RICHARDSON, D. 2000. Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights. **Critical Social Policy**, v. 20, n. 1, p. 105-135, Feb.
- SHAKESPEARE, T. 1999. The sexual politics of disabled masculinity. **Sexuality and disability**, v. 17, n. 1, p. 53-64, Jan.
- _____. 2000. Disabled sexuality: toward rights and recognition. **Sexuality and disability**, v. 18, n. 3, p. 159-166, Sept.
- SHILDRICK, M. 2007. Contested pleasures: the sociopolitical economy of disability and sexuality. **Sexuality research and social policy**, v. 4, n. 1, p. 53-66, Mar.
- _____. 2009. **Dangerous discourses of disability, subjectivity and sexuality**. New York: Palgrave Macmillan.
- SHUTTLEWORTH, R. 2007. Critical research and policy debates in disability and sexuality studies. **Sexuality research and social policy**, v. 4, n. 1, p. 1-14, Mar.
- SHUTTLEWORTH, R.; MONA, L.R. 2000. Introduction to the special issue. **Sexuality and disability**, v. 18, n. 4, p. 229-231, Dec.
- SODER, M. 2009. Tensions, perspectives, and themes in disability studies. **Scandinavian journal of disability research**, v. 11, n. 2, p. 67-81.
- TEPPER, M.S. 2000. Sexuality and disability: the missing discourse on pleasure. **Sexuality and disability**, v. 18, n. 4, p. 283-290, Dec.
- UNITED NATIONS. 1968. **Final act of the international conference on human rights**. A/CONF.32/41. Disponível em: <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf>. Último acesso em: 1 Jul. 2010.

- UNITED NATIONS. 1993. Secretary General. **Issues and emerging trends related to advancement of persons with disabilities**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003/ie.htm>. Último acesso em: 17 Nov. 2010.
- _____. 1995. Fourth World Conference on Women. **Platform for Action of the Fourth World Conference on Women**, UN Doc. A/CONF.177/20, Sept. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>>. Último acesso em: 28 Fev. 2011.
- _____. 2000. The Committee on the Rights of the Child (CRC). **Report of the Committee on the Rights of the Child**. General Assembly fifty-fifth session, UN Doc. A/55/41, 8 May 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a5541.pdf>>. Último acesso em: 28 Fev. 2011.
- _____. 2003a. General Assembly. **Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities**, UN Doc. A/RES/48/96, 48th Session. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.
- _____. 2003b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Bangkok recommendations on the elaboration of a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities**, UN Doc. A/AC.265/2003/CRP/10. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_crp10.htm>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.
- _____. 2004a. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the third session of the Ad Hoc Committee on a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities**, A/AC.265/2004/5. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3reporte.htm>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- _____. 2004b. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussions related to Article 21 right to health and rehabilitation**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum21.htm>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- _____. 2004c. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Working group: compilation of elements, coalition of individuals, organizations and agencies of the people, for the people and by the people with disabilities in Eastern Europe**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-EastEurope.htm>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- _____. 2004d. *Ad Hoc* Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Working group: compilation of elements, World Network of Users and Survivors of Psychiatry**, Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-wnusp.htm>>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.

- _____. 2004e. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussions related to Article 14, respect for privacy, the home and the family.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum14.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2004f. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary related to Draft Article 14, respect for privacy, the home and the family.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma14.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2004g. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **NGO comments on the draft text.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8contngos.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2004h. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Comments, proposals and amendments submitted electronically, Article 22 Respect for privacy, home and the family.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata22fscomments.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2005a. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **International Disability and Development Consortium Reflection Paper, contribution to the 5th session of the Ad Hoc Committee.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5contngos.htm>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- _____. 2005b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of the fifth session, 25 January 2005.** Disponível em: <<http://www.u.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm>>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.
- _____. 2005c. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of the fifth session, 2 February 2005.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum2feb.htm>>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.
- _____. 2005d. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the sixth session, 8 August 2005.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum8aug.htm>>. Último acesso em: 22 Fev. 2011.
- _____. 2006a. General Assembly. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>. Último acesso em: 28 Fev. 2011.

- _____. 2006b. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its seventh session.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ach7report-e.htm>>. Último acesso em: 28 Fev. 2011.
- _____. 2006c. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Comments, proposals, and amendments submitted electronically, seventh session.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata25sevscomments.htm>>. Último acesso em: 25 Fev. 2011.
- _____. 2006d. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the seventh session, 24 January 2006.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2006e. *Ad Hoc* Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily summary of discussion at the seventh session, 25 January 2006.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8gpcart25.htm>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2009. **Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health to the UNGA, UN Doc., A/64/272, 64th session.**
- _____. 2010. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). **Day of general discussion on ‘the right to sexual and reproductive health’.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/discussion15112010WrittenContr.htm#experts>>. Último acesso em: 20 Dez. 2010.
- _____. 2011a. Enable. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=13&pid=150>>. Último acesso em: 27 Fev. 2011.
- _____. 2011b. Enable. **Declarations and reservations to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=475>>. Último acesso em: 28 Fev. 2011.

Anexo 1

Assunto	Texto apresentado pelo Presidente do Comitê na 5ª Sessão (1)	Texto final da Convenção (2)
Casamento e vida familiar	Que às pessoas com deficiência não sejam negadas oportunidades iguais de poder [vivenciar sua sexualidade,] (3) ter relações sexuais e outras relações íntimas [através de casamentos legais] e vivenciar a paternidade ou maternidade [em acordo com as leis nacionais, costumes e tradições de cada país].	a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.
Conscientização	Países tomarão [todas] as medidas efetivas e apropriadas para promover a conscientização e fornecer educação e informação ao público disponibilizada de forma acessível, objetivando a mudança de percepções e preconceitos contra [sexualidade, casamento e paternidade ou maternidade] [em todas as questões sobre relações familiares e casamento] para pessoas com deficiência.”	1.Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência; b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida;
Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso	Os Estados devem tomar todas as apropriadas medidas legais, administrativas, sociais, educacionais e outras para garantir a proteção das pessoas com deficiência, dentro e fora da casa, contra [todas as formas de exploração, violência e abuso] [todos os tipos de danos e perigos, inclusive] [todas as formas de exploração, violência e abuso, inclusive abandono, violência, abuso mental ou físico, sequestro, perseguição, negligência ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive exploração e abuso sexual].	1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero. 2.Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.
Direito à saúde	Fornecer às pessoas com deficiência a mesma quantidade e padrão de qualidade de serviços de saúde [de baixo custo ou gratuito] [e serviços de reabilitação] que são fornecidos a outras pessoas, [incluindo, serviços de saúde sexual e reprodutiva] e programas de saúde baseados na população (4)	Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;

(1) Esta versão foi apresentada durante a 5ª sessão e é uma boa representação do texto inicial e em colchetes.

(2) Nações Unidas (2011a).

(3) Os colchetes designam textos que foram apoiados por alguns delegados, mas negados por outros.

(4) O artigo sobre o direito à saúde só foi apresentado na 6ª sessão.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities includes several sexuality-related rights. However, the sexuality-related rights in the Convention that was adopted are far less explicit and affirmative than those included in the initial draft text. This paper explores the reasons for these differences. First, the paper outlines the evolution of sexuality in disability theory and sexuality in international human rights debates. It then critically examines the discussions at the *Ad Hoc* Committee sessions where the Convention was elaborated. These discussions were marked by tensions between efforts to promote sexual rights and efforts to protect PWDs from unwanted sterilization and other forms of sexual abuse. Finally, the paper proposes ways of enhancing sexual rights claims for people with disabilities.

KEYWORDS

Sexual rights – Reproductive rights – Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Disability theory

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye varios derechos relacionados con la sexualidad. Sin embargo, en la Convención tal como fue adoptada, esos derechos son mucho menos explícitos y afirmativos que aquellos incluidos en el borrador inicial. El presente artículo explora los motivos de tales diferencias. En primer lugar, el artículo hace un esbozo de la evolución de la sexualidad en la teoría de la discapacidad y en los debates internacionales sobre derechos humanos. Luego se hace un análisis crítico de las deliberaciones que tuvieron lugar durante los períodos de sesiones del Comité *Ad Hoc* en el que se elaboró la Convención. Dichas deliberaciones estuvieron marcadas por tensiones entre los esfuerzos por promover los derechos sexuales y los esfuerzos por proteger a las PcD de esterilizaciones no deseadas y otras formas de abuso sexual. Por último, se proponen formas de fortalecer las reivindicaciones de los derechos sexuales para las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Derechos sexuales – Derechos reproductivos – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Teoría de la discapacidad



TOBIAS PIETER VAN REENEN

Tobias van Reenen é doutor em direito pela Universidade da África do Sul. É professor de direito e diretor do Centre for Disability Law and Policy na Universidade de Western Cape, Bellville, África do Sul.

E-mail: tpvanreenen@telkomsa.net



HELÉNE COMBRINCK

Heléne Combrinck é doutora em direito pela Universidade de Western Cape. Ela é pesquisadora sênior no Centre for Disability Law and Policy na Universidade de Western Cape, Bellville, África do Sul.

E-mail: hcombrinck@uwc.ac.za

RESUMO

Este artigo analisa o provável impacto da adoção da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tanto no sistema regional de direitos humanos vigente na África, quanto em certos ordenamentos jurídicos nacionais na África austral e oriental, em contraponto a um contexto histórico de “omissão benigna” no que diz respeito a direitos de pessoas com deficiência. Em primeiro lugar, este artigo apresenta uma visão geral sobre a proteção, ora existente no sistema regional africano de direitos humanos, aos direitos de pessoas com deficiência. Em segundo lugar, este trabalho discute a contribuição regional africana para a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em seguida, em terceiro lugar, o presente artigo avalia os debates predominantes sobre quais seriam as alternativas para melhorar a condição de pessoas com deficiência na África. Este artigo, portanto, analisa sucintamente as exceções legais referentes à deficiência existente na África do Sul, República Federativa Democrática da Etiópia, Uganda e a República Unida da Tanzânia. Ao fim, os autores fazem recomendações sobre como harmonizar os ordenamentos jurídicos nacionais e o sistema regional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Original em Inglês. Traduzido por Thiago Amparo e Raquel Mozzer.

Recebido em Fevereiro de 2011. Aceito em Maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Legislação sobre direitos de pessoas com deficiência – Sistema regional africano de direitos humanos – Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Opcional – Estados africanos – Internalização de tratados.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em www.revistasur.org.

A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ÁFRICA: 5 ANOS DEPOIS

Tobias Pieter van Reenen
e Heléne Combrinck

1 Introdução

Há que se resistir à tentação da elegância ou o impulso de se pressupor precipitadamente que palavras possam, por elas só, gerar o tipo de mudança de que precisamos.

(QUINN, 2009a, p. 216)

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Opcional (PO) buscam “revolucionar” a legislação existente no campo dos direitos de pessoas com deficiência, tanto no âmbito internacional, quanto nacional.¹ Apesar das dinâmicas peculiares existentes em cada um dos sistemas regionais, as quais dificultam compará-los diretamente, torna-se cada vez mais evidente que, nos últimos anos, o avanço dos direitos de pessoas com deficiência no sistema africano de direitos humanos ocorreu mais lentamente do que seus equivalentes europeu e interamericano. Não obstante, o surgimento da CDPD oferece para os países africanos que assumiram obrigações decorrentes da Convenção por meio de sua assinatura e/ou ratificação uma nova oportunidade para reformar sua legislação nacional sobre direitos de pessoas com deficiência. De fato, estes países são obrigados a fazê-lo. Desta forma, o objetivo deste artigo é esclarecer o impacto provável da adoção da CDPD no continente africano e nos ordenamentos jurídicos nacionais de certos países africanos.²

Ver as notas deste texto a partir da página 167.

Para tanto, este artigo oferece, em primeiro lugar, uma visão geral sobre o status atual da proteção aos direitos de pessoas com deficiência em dispositivos contidos em documentos políticos ou instrumentos de direitos humanos na África. Em segundo lugar, avalia-se a posição africana frente ao processo de elaboração da CDPD. Em terceiro lugar, este artigo examina o debate atual sobre as alternativas existentes para melhorar a posição de pessoas com deficiência na África. Em quarto lugar, este artigo analisa a situação da legislação sobre direitos de pessoas com deficiência em certos países africanos depois da ratificação da CDPD. Por fim, este artigo conclui com uma série de ponderações que podem conduzir a uma efetiva incorporação da Convenção nos ordenamentos jurídicos nacionais e regional.

2 Quadro atual da proteção aos direitos de pessoas com deficiência no sistema africano

2.1 Contexto

O sistema africano de direitos humanos tem sido qualificado como o “menos avançado” entre os sistemas regionais (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2007, p. 1062). Esta visão tem sido, no entanto, criticada (LOWU, 2009, p. 50), e talvez subestime a contribuição de fato feita pela África para o sistema internacional de direitos humanos (VILJOEN, 2001, p. 18). Ao menos, há que se concordar com a afirmação de que o sistema africano tem negligenciado, até o momento, priorizar os direitos de pessoas com deficiência.³

A fim de contextualizar o possível impacto da CDPD no continente africano, faz-se necessário, primeiro, examinar a posição de vários países africanos antes da adoção da Convenção pela Assembleia Geral da ONU e sua subsequente ratificação por diversos estados africanos. Por essa razão, este artigo apresenta uma breve visão geral sobre as principais características do sistema africano de direitos humanos. Muito embora este trabalho diga respeito basicamente aos direitos de pessoas com deficiência como direitos humanos, tais direitos não podem ser discutidos sem que se faça referência devida ao(s) sistema(s) político e institucional nos quais estes direitos foram germinados. Portanto, desejamos aqui estabelecer o que se quer dizer por uma abordagem “africana”⁴ dos direitos humanos, e discorrer também de que maneira esta abordagem tem incluído gradativamente as pessoas com deficiência.

Tradicionalmente, a perspectiva africana de direitos humanos tem sido concebida como uma visão comunitarista acerca da humanidade, da sociedade e dos indivíduos.⁵ Na medida em que forem coletivamente reconhecidos, entende-se que os interesses e direitos individuais estejam já pressupostos nos interesses e no bem-estar da comunidade ou da sociedade em geral. Por vezes, as noções de comunidade e sociedade são utilizadas como conceitos equivalentes. Dependendo do contexto, ambos, ou cada um destes conceitos, pode representar qualquer unidade que consista de mais de um único indivíduo. Estas unidades ou grupos coletivos variam, em um

extremo, desde uma entidade familiar, passando por um clã, tribo, ‘povo’, nação, estado até, em outro extremo, a Comunidade Pan-Africana. Sob este olhar, ser um membro útil para a comunidade constituiu a razão fundamental de ter nascido humano. Portanto, não surpreende condicionar a concessão de direitos individuais ao cumprimento de deveres para a comunidade. Ademais, não se questiona que grupos e/ou ‘povos’ devam também ser titulares de direitos. A cultura comunitarista, no que diz respeito ao modo africano de agir, e os valores comunitários, no que diz respeito às concepções africanas de certo e errado, bem e mal, influenciam fortemente as origens, conteúdos e desígnios dos direitos humanos na África.

Na discussão apresentada abaixo, expomos estas peculiaridades fazendo referência a certos documentos políticos e instrumentos de direitos humanos vitais no contexto africano. Alerta-se o leitor para a dinâmica por meio da qual conjunto de valores e culturas africanas por essência patriarcais (paternalistas) têm sido substituídos por sistemas mais tolerantes, inclusivos e, em certos contextos, mais igualitários. É possível evidenciar tais mudanças por meio da incorporação gradual da referência a direitos das mulheres, igualdade de gênero, juventude e pessoas com deficiência. A terminologia empregada para se fazer referência a este último grupo variam de “deficiente”, “pessoas deficientes”, “incapacitados”, a “pessoas com deficiência” (muitas vezes, presume-se que certas expressões recorrentes em documentos de direitos humanos como grupo ou pessoas “de qualquer outro status” já incluem pessoas com deficiência).

2.2 *Documentos políticos e estrutura do sistema africano*⁶

Como ponto de partida, há que se ressaltar que a *Carta da Organização da Unidade Africana* (OUA) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1963), como instrumento político e jurídico constitutivo da Comunidade Pan-Africana, já explícita em seu bojo as condições que possibilitaram sua elaboração e adoção. Esta Carta expressa claramente a convicção de que se trata de um direito de todos os povos determinar o seu próprio destino; e reafirma que liberdade, igualdade, justiça e dignidade constituem objetivos essenciais para atingir as aspirações legítimas dos povos africanos. A Carta proclama a adesão dos Estados africanos aos princípios da Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal de Direitos Humanos, relacionando este compromisso ao anseio de que todos os Estados africanos cooperem entre si a fim de assegurar o bem-estar e felicidade de todos os povos africanos.

Dado o momento histórico de sua criação, a OUA teve como preocupação central a luta contra o colonialismo e apartheid, a preservação da integridade territorial e não-ingerência nos assuntos internos dos Estados – ao invés, de priorizar os direitos humanos (OJO; SESAY, 1986, p. 92; NALDI, 2008, p. 45). Com a transição da Organização da Unidade Africana para a União Africana (UA) este cenário foi modificado: conforme melhor será explicado abaixo, direitos humanos e valores democráticos passaram a constituir os princípios fundadores da UA.

A UA substituiu a Organização da Unidade Africana em 2000. O Ato Constitutivo da União Africana enfatiza a necessidade comum de construir parcerias entre governos e todos os segmentos da sociedade civil, em particular “mulheres, os jovens e setor privado”, com o intuito de fortalecer a solidariedade e coesão entre os povos africanos, bem como para promover e proteger os direitos humanos e dos povos, consolidar as instituições e cultura democrática, e garantir a boa governança e o estado de direito. Os princípios norteadores do funcionamento da UA constam do Artigo 4º. Alguns destes princípios dizem respeito diretamente aos direitos humanos: o direito da União de intervir em um estado membro em conformidade com uma decisão adotada pela Assembleia em razão de graves violações (a saber, crimes contra a guerra, genocídio e crimes contra humanidade); a promoção da igualdade de *gênero*; e o respeito por princípios democráticos, direitos humanos, o estado de direito e boa governança. Nos termos do Artigo 13.1, o Conselho Executivo da UA deve coordenar e tomar as decisões sobre políticas de interesse comum dos Estados Membros, inclusive no que diz respeito à seguridade social, a qual inclui “políticas relacionadas com pessoas deficientes ou incapacitadas”.

Em 2003, o *Protocolo de Emendas ao Ato Constitutivo* (AFRICAN UNION, 2003a, art. 3) incluiu um novo subparágrafo na seção referente aos Objetivos da organização, o qual requer a participação efetiva de *mulheres* em processos de decisão, em especial no que diz respeito a questões políticas, econômicas e socioculturais. Trata-se de uma oportunidade perdida de incluir a referencia similar a pessoas com deficiência.

O *Conselho Econômico, Social e Cultural* (ECOSOCC), estabelecido em 2004⁷, tem como objetivo promover a participação popular nas atividades da União Africana, conforme enunciado na Carta Africana para a Participação Popular. Na condição de órgão consultivo da União Africana, o ECOSOCC deve ser composto por diferentes grupos sociais e de diversas áreas de atuação dos Estados Membros da União Africana. Entre as Organizações da Sociedade Civil (OSC), incluem-se, entre outras, os seguintes grupos: organizações representantes de mulheres, crianças, jovens, idosos e pessoas com deficiência e com necessidades especiais. Este órgão representa uma oportunidade importante para que organizações da sociedade civil participem e influenciem o trabalho da UA.

Na *Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança* (AFRICAN UNION, 2007a), os Estados Partes se comprometeram em promover os valores e princípios universais de democracia, boa governança, direitos humanos e o direito ao desenvolvimento (Preâmbulo). Nos termos do Artigo 8º, os Estados Partes devem:

1. eliminar todas as formas de discriminação, em particular, as baseadas na opinião política, gênero, etnia, religião e raça, bem como “qualquer outra forma de intolerância”; e
2. adotar medidas legislativas e administrativas para assegurar os direitos das mulheres, minorias étnicas, migrantes, pessoas com deficiência, refugiados, e deslocados, e outros grupos socialmente marginalizados e vulneráveis.

De acordo com esta Carta, os Estados Partes assumem o compromisso de promover a participação de “grupos sociais com necessidades especiais” (incluindo, pessoas com deficiência e jovens) nos processos de governança, bem como assegurar a educação cívica sistemática e generalizada destes para impulsionar a participação completa destes grupos sociais em processos democráticos e de desenvolvimento (Artigo 31). Ademais, os Estados concordam em fornecer e promover o acesso a serviços sociais básicos, por exemplo, ensino primário obrigatório e gratuito para todos, em particular garotas, populações de áreas rurais, pessoas com deficiência e outros grupos socialmente marginalizados (Artigos 41 c/c 43).

Vale ressaltar que apenas oito Estados ratificaram esta Carta até o momento. Tal fato contrasta com a *Carta da Juventude Africana* (abaixo), (AFRICAN UNION, 2007b), adotada no mesmo ano,⁸ mas que já atraiu o número suficiente de ratificações para entrar em vigor em 8 de agosto de 2009.

2.3 Instrumentos regionais de direitos humanos

2.3.1 Proteção geral e temática aos direitos humanos

A *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1981) (também conhecida como “Carta de Banjul”)⁹ é o instrumento chave do sistema africano de direitos humanos. Este documento reconhece tanto direitos individuais, quanto direitos dos povos, deveres e certos direitos econômicos e sociais, além de direitos civis e políticos. O mecanismo de monitoramento estabelecido originalmente pela Carta é a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (a Comissão Africana), mais recentemente complementada pela criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.¹⁰

A Carta explicitamente ressalta que as virtudes da tradição histórica e dos valores da civilização africana devem inspirar e caracterizar sua percepção sobre o conceito de direitos humanos e dos povos; reconhecendo, por um lado, que os direitos humanos fundamentais se baseiam em atributos da pessoa humana, o que justifica a proteção dada a estes direitos no âmbito internacional e que, por outro lado, a existência dos direitos dos povos e o respeito a esses direitos deveriam necessariamente assegurar os direitos humanos. Tal qual a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (ORGANISATION OF AMERICAN STATES, 1948),¹¹ a Carta Africana reafirma que o exercício de direitos e liberdades também implica o cumprimento de certos deveres pelos indivíduos com relação a suas famílias e à sociedade em geral, o estado e outras comunidades reconhecidas perante a lei e a comunidade internacional.

Ao se analisar a Carta a partir de uma perspectiva da deficiência, vale ressaltar que este documento presta uma atenção particular ao direito ao desenvolvimento; além de enfatizar que direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o exercício dos direitos civis e políticos. No que diz respeito a estes pontos, a Carta está em conformidade com a CDPD.

No Capítulo 1 da Carta, referente aos direitos por ela assegurados, seus Estados Partes assumem o compromisso de adotar medidas legislativas ou de outra natureza para implementar os direitos, deveres e liberdade consagradas na Carta (Artigo 1º). Todas as pessoas possuem o direito a exercer os direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na Carta sem distinção de qualquer natureza, a saber, de raça, etnia, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou *qualquer outra condição* (Artigo 2º). Na comunicação *Purohit e Moore v. Gâmbia*,¹² os petionários sustentaram que a prática de internar indefinidamente pessoas consideradas doentes mentais sem qualquer devido processo legal constituía, por analogia, discriminação com base em deficiência – e, portanto, viola o Artigo 2º da Carta. Muito embora a Comissão Africana tenha concordado com o argumento de que este Artigo, em conjunto com diversos outros dispositivos, tinham sido violados, a Comissão infelizmente não chegou ao ponto de se manifestar sobre o argumento de vedar por analogia discriminações baseadas em deficiência (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHT, 2003, para. 54).

Em seguida, a Carta estabelece que todas as pessoas são iguais perante a lei e possuem o direito à igualdade perante a lei (Artigo 3º). Além disso, a Carta reconhece a “inviolabilidade” de todas as pessoas (Artigo 4º), bem como reafirma o direito à dignidade inerente à toda pessoa (Artigo 5º). A todos os cidadãos devem ser assegurados os direitos civis e políticos de participar livremente na direção dos assuntos públicos de seu país, o direito a acesso igualitário ao serviço público de seu país, bem como a todas as pessoas presentes em um país deve ser concedido o direito de usufruir dos bens e serviços públicos em estrita igualdade perante a lei no território nacional (Artigo 13).

O Artigo 18 estabelece que o Estado possui o dever de assistir a família, unidade natural e base da sociedade, e “guardiã da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade”. O Estado deve velar pela eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres, bem como assegurar a proteção aos direitos da mulher e da criança, conforme estipulados nas declarações e convenções internacionais. O Artigo 18(4) é importante para pessoas com deficiência, já que assegura que idosos e pessoas com deficiência possuem o direito a “medidas específicas de proteção” condizentes com suas necessidades físicas e morais.

O *Acordo para o Estabelecimento do Instituto Africano de Reabilitação* (IAR), adotado em 1995, institui o IAR. Com base na assistência técnica desempenhada pela Organização Internacional do Trabalho, a missão deste Instituto (sediado em Harare, no Zimbábue) é assistir os Estados Membros da UA a atingir uma série de objetivos com foco na reabilitação (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1985, art. II).¹³

A *Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança* 1990 (CADBEC) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990) é similar à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Entretanto, a CADBEC também prevê um procedimento para denúncia individual.¹⁴ A opinião dos pesquisadores diverge ao

determinar qual das duas cartas estabelece maior nível de proteção aos direitos da criança com deficiência. (COMBRINCK, 2008, p. 310-311).

O Artigo 13 da CADBEC, intitulado “Criança Deficiente”, estabelece que toda criança com deficiência física ou mental possui o direito a medidas de proteção especiais com o intuito de proteger suas necessidades físicas e morais e sob condições que garantam sua dignidade, promovam sua autoconfiança e sua participação ativa na comunidade. Estados Partes devem assegurar, sujeito à disponibilidade de recursos, às crianças com deficiência e àqueles responsáveis pelos seus cuidados, assistência quando necessário, e que seja apropriada à condição da criança e em particular deve assegurar que a criança com deficiência tenha acesso efetivo a treinamentos, preparação para o mercado de trabalho e oportunidades de recreação, de maneira que conduza a criança a atingir completa integração social, desenvolvimento individual, cultural e moral. Estados Partes devem usar seus recursos disponíveis com o objetivo de atingir progressivamente a possibilidade completa do deficiente mental e físico de movimento e acesso a rodovias públicas, prédios e outros lugares “aos quais o deficiente possa legitimamente querer ter acesso” (sic!) (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1990).

Em julho de 1999 os Chefes de Estado e Governo da OUA adotaram uma resolução nomeando o período de 1999 a 2009 a *Década das Pessoas com Deficiência*. Essa proposta foi uma resposta à Década das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas (1983-1992), decorrente da crítica direta a esse projeto da ONU por tentar adotar soluções globais sem levar em conta as realidades políticas e socioeconômicas dos países em desenvolvimento e democracias emergentes. (CHALKLEN; SWARTZ; WATERMEYER, 2006, p. 93).

O objetivo da Década Africana é a integral participação, igualdade e empoderamento das pessoas com deficiência. Para atingir esse objetivo, um Plano de Ação Continental foi adotado pela UA em 2002. Em 2004, foi estabelecido na Cidade do Cabo, África do Sul, um Secretariado para a Década Africana. O início das atividades do Plano de Ação Continental foi bastante lento, dada a falta de recursos. A Década foi recentemente estendida para um segundo período, de 2009 a 2019.

O *Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos da Mulher na África*, 2003 (Protocolo da Mulher Africana) (AFRICAN UNION, 2003c) nasceu dos questionamentos sobre a adequação da proteção dos direitos das mulheres concedida pelo Artigo 18(3) da Carta Africana (NSIBIRWA, 2001, p. 41; ONORIA, 2002, p.234). O Protocolo é um documento extensivo que abrange um grande número de direitos da mulher no contexto africano, incluindo o direito a não ser submetida à violência e práticas nocivas, moradia adequada, paz, desenvolvimento sustentável e participação no processo político e decisório. De maneira significativa, o Protocolo presta atenção considerável às obrigações do Estado decorrentes do reconhecimento desses direitos.

De acordo com os termos do Artigo 23, que lida com a proteção especial às mulheres com deficiência, Estados Partes se comprometem a: assegurar a proteção da mulher com deficiência e tomam medidas específicas para facilitar seu acesso

ao mercado de trabalho, treinamento profissional e vocacional, assim como sua participação em processos decisórios; assegurando o direito da mulher com deficiência a não ser submetidas à violência, incluindo abuso sexual, discriminação com base na deficiência, e o direito de ser tratada com dignidade. De maneira significativa, Estados Partes concordam em prover a devida assistência jurídica e outros remédios (Artigo 25) e a implementar o Protocolo em nível nacional (Artigo 26).

Em 2006, a UA adotou a *Carta Africana da Juventude* ao reconhecer a demanda crescente e a vontade da juventude¹⁵ de “participar ativamente dos níveis locais, nacionais, regionais e internacionais para determinar seu próprio desenvolvimento e os avanços da sociedade como um todo” (AFRICAN UNION, 2007b, preamble). O documento reconhece explicitamente a necessidade e aspirações dos jovens internamente deslocados, refugiados e jovens com necessidades especiais (AFRICAN UNION, 2007b, preamble).

Uma das disposições principais da Carta é o direito de todas as pessoas jovens ao aproveitamento dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na Carta, independentemente de raça, grupo étnico, cor, gênero, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional e social, riqueza, nascimento “ou outro status”. Estados Partes devem tomar as medidas apropriadas para assegurar que a juventude seja protegida contra todas as formas de discriminação com base no status, atividades, expressão de opiniões e crenças (AFRICAN UNION, 2007b, art. 2).

A Carta dedica o Artigo 24 a “jovens com incapacidades mentais e físicas”.¹⁶ Estados Partes reconhecem o direito da juventude com incapacidade física e mental a cuidados especiais e se comprometem a: assegurar que esses jovens tenham acesso igualitário e efetivo à educação, treinamento, serviços de saúde, emprego, esporte, educação física e atividades culturais e recreativas; e trabalhar para a eliminação de todos os obstáculos que possam ter implicações negativas para a integração completa na sociedade dos jovens com incapacidade física ou mental, incluindo o fornecimento de infraestrutura apropriada e serviços para facilitar a locomoção.

A proibição à discriminação e as exigências para atender as necessidades especiais da juventude com deficiência física e mental e da juventude com necessidades especiais estão presentes em diversos outros dispositivos na Carta, mesmo que não com tais palavras, incluindo aquelas que abrangem treinamentos, desenvolvimento de competências, educação, erradicação da pobreza, integração socioeconômica, meios de subsistência, empregos sustentáveis, saúde, eliminação de práticas sociais e culturais danosas, e as responsabilidades dos jovens.

A *Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente na África* (também conhecida como *Convenção de Kampala*) (AFRICAN UNION, 2009), impõe diversas obrigações aos Estados Partes em respeito às pessoas internamente deslocadas (AFRICAN UNION, 2009).¹⁷ Em particular, requer-se que seja assegurada proteção social para pessoas com necessidades especiais internamente deslocadas, incluindo (entre outros) crianças separadas ou sem acompanhante, idosos e pessoas com deficiência (Artigo 9).

2.3.2 “Pronunciamentos” referindo-se à promoção e proteção dos direitos humanos

Tanto a OUA quanto a UA (ou seus órgãos) emitiram declarações¹⁸ com o tema de direitos humanos em momentos históricos chave. Por exemplo, na *Declaração e Plano de Ação Grand Bay (Maurícius)*, adotado pela Conferência Ministerial sobre Direitos Humanos na África da OUA em 1999, os Estados reafirmaram sua adesão aos princípios, regras e valores dos instrumentos de direitos humanos internacionais e africanos (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1999). Renovaram seu comprometimento com a promoção de direitos humanos como descrita nos documentos e garantiram a eliminação de obstáculos para atingir esse objetivo (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1999, Preamble, and Articles 2 and 5). A Declaração ainda ressalta que os direitos das pessoas com deficiência e pessoas vivendo com HIV/AIDS, em particular mulheres e crianças, não são sempre observados e urge a todos os estados africanos a trabalhar para assegurar o respeito total a esses direitos. (ORGANISATION OF AFRICAN UNITY, 1999, Article 7).

Por meio da *Declaração de Kigali* a Conferência dos Estados Partes se comprometeram com os objetivos e princípios contidos em uma extensiva lista de instrumentos políticos e jurídicos de direitos humanos, alguns vinculantes, outros não (AFRICAN UNION, 2003b). Entre eles, destaca-se o princípio que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (AFRICAN UNION, 2003b, para. 1).

A Conferência especificamente clama a todos os Estados Membros que cumpram integralmente com suas obrigações sob a lei internacional e, em particular, tomem as medidas necessárias para assegurar a proteção da população civil, especialmente crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência em situações de conflito armado (AFRICAN UNION, 2003b, Paragraph 17). O parágrafo 19 clama ainda, com grande preocupação à condição dos grupos vulneráveis, incluindo pessoas com deficiência, aos Estados Membros que ofereçam suporte apropriado ao Instituto Africano de Reabilitação sediado em Harare, Zimbábue. Por fim, ordena que os Estados Membros desenvolvam um Protocolo para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência e dos idosos (AFRICAN UNION, 2003b, Paragraph 20).

Na ocasião do 25º Aniversário da Carta Africana, a UA adotou a Declaração de Banjul (AFRICAN UNION, 2006). Embora esse documento reafirme de maneira geral os esforços dos Estados ao respeito e proteção dos direitos previstos na Carta Africana, a Declaração não faz nenhuma referência à deficiência.

2.3.3 Caminhando para um Protocolo de Deficiência na África?

Como acima citado, a Declaração de Kigali pediu aos Estados Membros que desenvolvam um Protocolo (para a Carta Africana) com o propósito de proteger os direitos das pessoas com deficiência e os idosos. (AFRICAN UNION, 2003b). Tal protocolo deve presumidamente exercer a(s) mesma(s) função(ões) do Protocolo da

Mulher Africana. Por essa razão, a Comissão Africana nomeou um “Ponto Focal para os Direitos dos Idosos na África” em novembro de 2007. Entretanto, já que esse Foco incluía pessoas com deficiência, seu mandato foi em seguida ampliado quando foi transformado em um Grupo de Trabalho sobre os Direitos de Idosos e Pessoas com Deficiência na África em maio de 2009.¹⁹ Foi atribuído ao Grupo de Trabalho, entre outras coisas, a elaboração de um projeto a ser considerado pela Comissão Africana que serviria como base para a adoção de um Projeto de Protocolo sobre o Idoso e Pessoas com Deficiência (BIEGON; KILLANDER, 2010, p. 220). Um projeto para o Protocolo Africano sobre Deficientes foi produzido em novembro de 2009;²⁰ na entrega desse artigo, esse Protocolo havia sido retirado da pauta e o Grupo de Trabalho está publicamente planejando futuras consultas sobre o assunto.

Determinar se esse Protocolo é aconselhável, dada a existência da CDPD e das limitações documentadas nos mecanismos de implementação do sistema africano de direitos humanos, vai além do escopo desse artigo. Por esse mesmo motivo, também nos abstermos em comentar o conteúdo do projeto de Protocolo de 2009. Basta dizer que existem questões urgentes relativas ao Protocolo que foi proposto, e estas devem ser debatidas extensivamente e de maneira esclarecida, com grupos africanos de pessoas com deficiência antes que a Comissão Africana chegue a uma decisão final.

2.3.4 Mecanismos para monitorar a observância nacional dos instrumentos regionais de direitos humanos

Os mecanismos utilizados em todos os tratados regionais de direitos humanos (discutidos no parágrafo 2.3 a., acima) são aqueles previstos na Carta Africana. São os procedimentos de relatório do estado, o procedimento de comunicação (ou, em outras palavras, os “procedimentos de casos individuais”), e o procedimento judicial. No caso dos dois primeiros mecanismos, o relatório e a comunicação devem ser recebidos pela Comissão Africana. No último procedimento, a instituição é a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Até hoje, essa corte julgou apenas um caso. Sob a Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, o Comitê de Especialistas no Direito e Bem-Estar da Criança desempenha uma função adicional, vinculada a este tratado específico nos moldes da Comissão Africana. O comitê começou a funcionar apenas recentemente.

Tanto o procedimento de relatório do Estado quanto o procedimento de comunicação apresentam um histórico que varia entre a obsolência e a ineficácia ou desuso.²¹ Nesse sentido, os debates no âmbito do Protocolo sobre Deficiência na África, sobre a criação de outra instituição similar ao Comitê para Crianças na África deverão levar em consideração essas deficiências verificadas neste órgão.

2.4 Observações Finais

Observando os instrumentos políticos e de direitos humanos examinados acima (tanto os vinculantes quanto os não vinculantes), podemos notar que há um

certo progresso – desde o silêncio inicial sobre a questão da deficiência até a sua eventual inclusão nos instrumentos regionais de direitos humanos. Essa, entretanto, não é uma trajetória consistente: em 2004, por exemplo, a Assembleia de Chefes de Estado e Governo da UA adotou a *Declaração Solene sobre Igualdade de Gênero na África*, que não faz nenhuma referência às mulheres com deficiência (AFRICAN UNION, 2004). Nós também mencionamos diversas oportunidades que poderiam ser utilizadas para incluir explicitamente o tema da deficiência na estrutura normativa do sistema regional africano.

Na análise desses documentos, uma segunda observação é que existem diversos instrumentos internacionais vinculantes e não vinculantes relativos especificamente a pessoas com deficiência adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, suas agências especializadas e outras organizações internacionais antes de 2006 aos quais os documentos do sistema africano não fazem alusão.²²

Já que a maioria dos Estados africanos já havia declarado independência quando os primeiros destes instrumentos foram adotados, é relativamente seguro assumir que esses estados apoiaram a adoção de tais instrumentos por serem membros da ONU e pelo fato de que os procedimentos de votação na Assembleia Geral da ONU são baseados em maioria simples. Concluir portanto que esses instrumentos não tiveram nenhum impacto nas políticas e leis dos Estados africanos seria infundado e injustificado.

Numa perspectiva formal, é de certa maneira desconcertante notar que a terminologia desses instrumentos varia entre “pessoas deficientes”, “incapacitados”, a “pessoas com deficiência”. É axiomático que essas terminologias possam mudar com o desenvolvimento da consciência política (tanto nacionalmente quanto internacionalmente). Não obstante, é importante para os instrumentos de direitos humanos, que são potencialmente poderosos em moldar a consciência pública, acompanhar, e refletir abordagens de direitos humanos que são embebidas no reconhecimento das capacidades, e não nas limitações das pessoas com deficiência (UNITED NATIONS, 2006, art. 8).

Finalmente, não há necessidade de afirmar que essa perspectiva apenas apresenta um lado da moeda, ex. *incorporação da norma* no âmbito regional (HEYNS; VILJOEN, 2004, p. 133). O outro lado da moeda é a *execução da norma*, um aspecto que tem afligido o sistema africano desde seu início.²³

3 Posicionamento provisório da CDPD no sistema regional africano de direitos humanos

Estados africanos foram em geral bem representados e se envolveram ativamente no processo que levou ao estabelecimento do Comitê Ad Hoc para Elaboração da Convenção na Assembleia Geral da ONU, assim como na elaboração do texto da Convenção (KANTER, 2006-2007, p. 308; QUINN, 2009a, p. 256). Esse foi um afastamento de uma prática comum do passado onde Estados africanos, devido ao pouco envolvimento no nível global, preferiram estabelecer um tratado quase idêntico em âmbito regional (VILJOEN, 1998, p. 205; KAIME, 2009, p. 55). Já se afirmou que a CDPD detém uma marca “africana” por sua ênfase nas conexões

entre deficiência, pobreza e desenvolvimento. Até a data em que este artigo foi finalizado, 26 estados africanos já haviam ratificado a Convenção; 15 dos quais também já haviam ratificado seu Protocolo Opcional (UNITED NATIONS, 2011).

Apesar da impressão favorável criada pelas referências feitas acima sobre o status da CDPD não se deve perder de vista o fato de que várias atividades de “elaboração de leis” que ocorrem no sistema de direitos humanos regional africano (como discutido nos parágrafos 2.1 a 2.4) ocorreram em paralelo ao processo de negociação e adoção, assim como a entrada em vigor da CDPD. Essas atividades envolveram os mesmos Estados que ratificaram a CDPD. Em nosso ponto de vista, como agora está, não se pode classificar a CDPD como a “estrutura normativa” preferida entre os Estados africanos. Parece ser, no melhor caso, uma possível opção, dentre outras.

Com o risco de generalizar, outras possibilidades parecem incluir, em primeiro lugar, tentativas de otimizar o sistema africano existente por meio de reformas ad hoc de “soft laws” na forma de declarações; em segundo lugar, a adoção de um protocolo sobre deficiência na África à Carta Africana com ou sem seu próprio órgão de monitoramento de tratados; e em terceiro lugar, assumindo que as indicações gerais são entendidas adequadamente, a delimitação de padrões específicos para os direitos de pessoas com deficiência que perpassem o regime do tratado existente – possivelmente sob a orientação da CDPD.

4 Leis sobre os direitos das pessoas com deficiência em certos países africanos seguidos da ratificação do CDPD

A luta pelos direitos humanos será vencida ou perdida em nível nacional.

(LOWU, 2009, p. 73)

4.1 Introdução

4.1.1 Vivendo de acordo com a CDPD

Vamos agora para o próximo nível de nossa investigação, a “incorporação da norma” na esfera nacional. É digno de nota que no momento da elaboração deste artigo, aproximadamente metade dos 54 países da África havia ratificado a CDPD. O status atual de ratificações, em respeito à Convenção e seu Protocolo Opcional, dentre os quatro países examinados para os propósitos desse artigo estão demonstrados na *Tabela 1* abaixo. Pode-se notar um aparente entusiasmo na incorporação das normas contidas na Convenção. A questão, entretanto, é a medida em que essa incorporação foi traduzida em implementação da norma.

O que pode ser esperado da CDPD no âmbito nacional? Stein e Lord identificam três áreas onde a CDPD deve ter um efeito nacional imediato: o

valor simbólico atrelado ao reconhecimento de direitos humanos das pessoas com deficiência; o impacto em requerer que Estados Partes reflitam sobre e elaborem leis e políticas em âmbito doméstico voltadas a pessoas com deficiência; e avanços em integração social de pessoas com deficiência que serão facilitados através do mandato de desenvolvimento inclusivo emanado da CDPD (STEIN; LORD, 2009, p. 31). Dado o curto período desde a adoção dessa Convenção, esse artigo foca especificamente na *segunda* dessas áreas. (O que não significa no entanto que as outras duas áreas devam ser desconsideradas.)

Para o propósito dessa discussão, então, a questão é quais elementos devem ser levados em consideração quando determinamos a extensão da CDPD nas leis e políticas para pessoas com deficiência no âmbito interno. Analistas de legislação para pessoas com deficiência reportaram que existem inúmeras variações internacionais de sistemas legislativos, sem determinar “certo” ou “errado”; o importante é o impacto prático da legislação (KANTER, 2003, p. 249-252; HERR, 2001, p. 355).

Se a jurisdição em questão não promulgou legislação específica aos deficientes, a questão é se a deficiência está incluída pelo menos na legislação geral de anti-discriminação, por exemplo, emprego ou previdência social. O efeito a ser evitado é que deficiência, incluída em legislação genérica, torne-se invisível novamente.

Além da legislação focada em deficiência, outro ponto importante de discussão deve ser a constituição nacional, particularmente o rol de direitos que esta traz (LANDMINE SURVIVORS NETWORK, 2007, p. 15). O foco deve ser a cláusula anti-discriminação, assim como a questão de se a constituição prevê explicitamente que pessoas com deficiência constituem um grupo marginalizado.

Uma consideração importante é a escolha da abordagem de pessoas com deficiência na estrutura constitucional e legislativa, ex. se deve ser adotada uma abordagem paternalista de “bem-estar” (típica do chamado modelo médico), ou uma abordagem social e de direitos humanos que reconhece e encoraja autonomia e dignidade? A abordagem chamada de modelo médico normalmente entende pessoa com deficiência como um “objeto” de intervenção legal, enquanto a abordagem de direitos humanos implica entender pessoas com deficiência como pessoas agindo com independência – detentoras dos direitos.

Outra dimensão a ser incorporada na análise é a relação entre igualdade e direitos sociais e econômicos: foi identificado que o interesse das pessoas com deficiência é muitas vezes mais diretamente afetado na arena social e econômica; eles são mais vulneráveis nas áreas de emprego, saúde, educação e serviços sociais (BHABHA, 2009, p. 219). A constituição ou legislação requer que o Estado tome medidas positivas para avançar esses direitos para pessoas com deficiência?

Uma análise abrangente de cada sistema jurídico vai além do escopo desse artigo (as regras relativas a capacidade das pessoas com deficiência intelectual, por exemplo, pode ser complexa, especialmente quando incorporadas tanto no chamado direito costumeiro, quanto direito estatutário, como na África do Sul). Os autores reconhecem que uma análise comparativa e abrangente deve incluir uma análise muito mais detalhada do que aquela possível dentro do escopo (e objetivo) desse

artigo exploratório. Por exemplo, com o propósito de entender as escolhas políticas que determinam todas as iniciativas de reforma legislativa – e concomitantemente os processos de sensibilização – teria sido necessário mergulhar muito mais fundo nas dinâmicas de poder que operam nos setores de deficiência / movimentos em nível nacional.²⁴ Esse artigo é, portanto, limitado já que seu foco é “na raiz” dos dispositivos legislativos e políticos, e não em suas implementações práticas. Entretanto, ao ter os fatores acima mencionados em mente ao construir uma visão geral dos sistemas constitucional e legal, pode-se ter a impressão da extensão na qual um dado sistema começou a se alinhar com a CDPD.²⁵

4.1.2 O que “incorporação doméstica” da CDPD significa na prática?

As maneiras de influência no âmbito nacional das normas e padrões da legislação de direitos humanos internacional (como o CDPD e sua interpretação) tradicionalmente dependeriam da relação entre o sistema legal internacional e um sistema nacional em particular, e mais especificamente, se o sistema jurídico nacional segue uma abordagem *monista* ou *dualista* na recepção de lei internacional (ADJAMI, 2002, p. 108; OPPONG, 2007, p. 297).²⁶

Na abordagem monista, a legislação internacional e interna formam um sistema jurídico único, e a lei internacional é portanto diretamente aplicável no sistema jurídico interno – não há necessidade de nenhum ato de incorporação à legislação interna. A visão dualista, por outro lado, vê as legislações interna e internacional como sistemas independentes. Para que uma lei internacional seja aplicada no sistema interno, ela deve ser recebida através de medidas legislativas internas, o que transformará a regra internacional em interna. Apenas depois desse ato de transformação (ou incorporação interna)²⁷ que os indivíduos em um Estado podem se beneficiar de ou contar com a legislação internacional (agora interna). Entretanto, mesmo quando um instrumento internacional não foi incorporado, ele ainda serve como subsídio para a interpretação de legislação interna ou leis ordinárias, como será demonstrado abaixo (VILJOEN, 2007, p. 540).

Estados africanos em grande parte herdaram seus sistemas jurídicos (incluindo a abordagem frente as legislações internacionais) de seus predecessores coloniais. A maioria das antigas colônias francesas ou belgas adotou a abordagem monista, enquanto as antigas colônias britânicas adotaram a posição dualista, normalmente encontrada nos sistemas de “common law” (ADJAMI, 2002, p. 110). Além da estrutura fornecida pelos sistemas legais coloniais, os sistemas legais africanos também incorporaram o direito consuetudinário africano, assim como previsões de leis religiosas, como por exemplo, leis islâmicas.

Desde 1990, diversas constituições nacionais promulgadas na África colocaram as leis internacionais em uma posição mais proeminente do que teriam em um sistema tradicional dualista. As constituições da Namíbia, Malawi e África do Sul são exemplos desse caso (ADJAMI, 2002, p. 110-112). Por essa razão também é importante examinar as previsões (quando existirem) que descrevem a relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno a fim de determinar a influência da CDPD em cada caso (LANDMINE SURVIVORS NETWORK, 2007, p. 21-22).

4.2 *Quatro jurisdições africanas*

4.2.1 África do Sul

A Constituição sul-africana dispõe de uma cláusula de igualdade que contém uma lista proibitiva de discriminações, na qual consta explicitamente a deficiência (SOUTH AFRICA, 1996a, section 9(3)). A Carta de Direitos também estabelece o direito à dignidade (seção 10), segurança da pessoa, liberdade contra todas as formas de violência (seção 12), assim como o direito ao acesso à moradia adequada (seção 26). A seção 27 concede a todas as pessoas o direito de acesso à serviços de saúde, incluindo cuidados para reprodução, água e alimentação suficiente, assistência social apropriada. Nos termos da seção 29, todos têm o direito a educação básica, incluindo educação de adultos. Todos esses dispositivos legais são sustentados pela seção 7(2), que requer que o Estado “respeite, projeta, promova e cumpra” os direitos presentes na Carta de Direitos (Bill of Rights)”. Embora a língua de sinais não seja uma das línguas oficiais, a Constituição requer que esta seja divulgada e que condições para seu desenvolvimento e uso sejam criadas.

A Constituição é ainda mais abrangente ao definir a relação entre lei internacional e interna. Embora a seção 231 requeira um ato de incorporação pelo parlamento para que um acordo internacional (como o CDPD) seja incorporada como lei interna, a Constituição determina que lei internacional consuetudinária deve também integrar legislação interna da África do Sul, a não ser que seja inconsistente com a Constituição ou legislação nacional (seção 232). Importante, a Seção 39(1)(b) da Constituição requer que a corte considere a lei internacional quando interpretar a Carta de Direitos. Isso pode incluir tanto as fontes vinculantes (ex. Tratados e convenções ratificados pela África do Sul) como as não vinculantes (SOUTH AFRICA, *S v Makwanyane*, 1995). Além disso, a seção 233 da Constituição determina que todas as cortes, ao interpretar a legislação, devem preferir a interpretação de tal legislação que seja consistente com a lei internacional.

A África do Sul até hoje não tem uma legislação que abranja as pessoas com deficiência. A implementação dos direitos das pessoas com deficiência é tratada por uma legislação anti-discriminação “genérica” tal como o Ato de Promoção de Igualdade e Ato Prevenção de Discriminação Injusta (SOUTH AFRICA, 2000),²⁸ dentre outros atos normativos (SOUTH AFRICA, 1996b, 1998, 2002, 2004, 2005).

Tendo em vista que as estruturas constitucional e legal da África do Sul são relativamente progressivas, é de certa forma surpreendente que não haja mais jurisprudência que trate de pessoas com deficiência – além de dois casos que tratam de leis trabalhistas (SOUTH AFRICA, *Independent Municipal and Allied Trade Union v. City of Cape Town*, 2005; *Standard Bank v. Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration*, 2007) e um caso recente relativo ao direito à educação de crianças com deficiência intelectual severa e profunda (SOUTH AFRICA, *Western Cape Forum on Intellectual Disability v. The Government of South Africa*, 2010). Importante mencionar que a Corte Constitucional ainda não se posicionou sobre a interpretação de igualdade substantiva no contexto de deficiência.²⁹

4.2.2 República Democrática da Etiópia

A Constituição da República Federal Democrática da Etiópia foi adotada em 1995, anos antes da CDPD.³⁰ Entretanto, esta pode ser entendida como uma constituição africana da “nova geração”, já que discorre sobre o papel que a legislação internacional de direitos humanos deve desempenhar no âmbito legislativo interno. O Artigo 9.4, por exemplo, que trata da supremacia da Constituição, determina que um acordo internacional ratificado pela Etiópia “constitui parte integral da lei da nação”. Esse artigo coloca a Etiópia na categoria de “monista”. O Artigo 13.2 (que é parte da introdução do Capítulo 3, sobre direitos e liberdades fundamentais) determina que este Capítulo deve ser interpretado “de maneira consistente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pactos internacionais de direitos humanos e convenções ratificadas pela Etiópia” (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995).

Observadas as determinações do Capítulo 3, diversos direitos são especialmente importantes para pessoas com deficiência. O artigo 24.1 concede a todos o direito à dignidade, e o mesmo artigo também afirma que todos têm o direito de desenvolver sua personalidade livremente, respeitando o direito dos outros (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995, art. 24.2). A cláusula de igualdade apresenta uma lista proibitiva de discriminação por raça, nacionalidade, gênero, língua e religião... “ou outro status” (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995, art. 25). Deficiência não foi expressamente incluída.

O Artigo 41, que trata de direitos econômicos, sociais e culturais, determina que todos os etíopes têm direito de engajar em atividades econômicas e ganhar a vida através do trabalho que livremente escolherem (Artigo 41.1). Ainda determina que possuem o direito de escolher sua vocação, trabalho e profissão (Artigo 41.2). Todo cidadão etíope tem direito de acesso igualitário aos serviços sociais oferecidos com fundos governamentais (Artigo 41.3).

Esse Artigo também determina certas obrigações ao Estado etíope, além de descrever seus direitos. Em primeiro lugar afirma que o Estado deve “progressivamente” aumentar a quantidade de fundos com o propósito de promover o acesso à saúde, educação e outros serviços sociais (Artigo 41.4). O Estado deve ainda, dentro dos limites permitidos pela capacidade econômica do país, cuidar e reabilitar “os deficientes mentais e físicos, os idosos, e as crianças privadas de pais e responsáveis” (Artigo 41.5). Além disso, o Estado deve elaborar políticas designadas para criação de emprego aos pobres e desempregados, oferecer programas com o objetivo de abrir oportunidades de trabalho no setor público e “iniciar projetos” (Artigo 41.6) (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995).

Mesmo com a inclusão de uma Carta de Direitos na Constituição relativamente abrangente, na prática as cortes etíopes têm sido relutantes em desenvolver uma jurisprudência baseada nos direitos. As cortes na realidade, na maioria dos casos, não estão dispostas a interpretar a Constituição dessa forma

– há uma convicção dentre os juízes que às cortes não se permite discutir os preceitos constitucionais quando estão julgando um caso específico (FESSHA, 2006, p. 79; YESHANEW, 2008, p. 279). A razão para esse posicionamento pode ser encontrado nos Artigos 83 e 84 da Constituição, que determinam que todas as “disputas constitucionais” devem ser decididas na Câmara Federal [House of Federation]³¹ após a recomendação do Conselho Constitucional de Inquérito acerca da necessidade de nova interpretação à Constituição. Poucas disputas foram levadas a esta Câmara. A consequência dessa determinação é que as cortes decidem os direitos e obrigações em nível regulamentar (e não constitucional), e que questões chave relativas aos direitos previstos na Constituição não são esclarecidas (FESSHA, 2006, p. 80).

Em comparação, vários membros do judiciário acreditam que os direitos incluídos nos tratados internacionais ratificados que não estejam claramente previstos nas leis internas não são passíveis de demanda. (YESHANEW, 2008, p. 286). O resultado são tanto litigantes quanto cortes evitando fazer referência a instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pela Etiópia, mesmo em casos onde são relevantes.

Assim como a África do Sul, a Etiópia também não adotou até hoje uma legislação geral sobre deficiência. Em 2008, no entanto, foi adotada uma nova legislação trabalhista relativa a pessoas com deficiência. A Proclamação sobre “O Direito das Pessoas com Deficiência ao Trabalho” claramente demonstra seus objetivos (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 2008, preamble). Ele infere que as percepções negativas de deficiência que estão enraizadas na sociedade afetam o direito das pessoas com deficiência ao trabalho e ao reservar vagas para pessoas com deficiência, legislação prévia sobre o direito de pessoas com deficiência ao trabalho criou a imagem de que essas pessoas eram consideradas incapazes de executar os trabalhos por mérito próprio –falhando portanto em garantir o direito à adaptação razoável e fornecer proteção razoável. Tornou-se necessário, portanto, elaborar nova legislação para estar de acordo com as políticas de oportunidades igualitárias de trabalho, prover adaptação razoável para pessoas com deficiência e também prover uma solução simplificada no caso de discriminação no mercado de trabalho.

A proclamação define “pessoas com deficiência” de acordo com a CDPD,³² e ainda apresenta descrição para “discriminação”,³³ “adaptação razoável”³⁴ e “ônus indevido”.³⁵ Também proíbe discriminação contra pessoas com deficiência em práticas do mercado de trabalho e impõe responsabilidades concomitantes entre empregadores, incluindo ao estabelecer medidas que ofereçam treinamento, condições de trabalho e materiais para pessoas com deficiência, estabelecer adaptação razoável e ações afirmativas para mulheres com deficiência, levando em conta o ônus múltiplo que deriva de seu gênero e deficiência e provendo assistentes para permitir que pessoas com deficiência realizem seu trabalho e participem dos treinamentos. Ainda, a responsabilidade de proteger mulheres com deficiência de violência sexual no local de trabalho também é imposta aos empregadores.

4.2.3 Uganda

A Constituição da Uganda foi adotada em 1995 e emendada em 2005. Ela inclui uma Carta de Direitos (parte do Capítulo Quatro) que contém disposições dedicadas aos direitos de grupos marginalizados, ex. mulheres, crianças e pessoas com deficiência (UGANDA, 1995, art. 32-35).

Além da Carta de Direitos, também é importante observar na introdução da Constituição o chamado “Objetivos Nacionais e Princípios Diretivos das Políticas do Estado”; esses princípios têm como objetivo guiar todos os órgãos e agências do Estado, cidadãos e outros órgãos e pessoas ao aplicar ou interpretar a Constituição ou qualquer outra lei e ao implementar decisões políticas. Sob o título “*Objetivos econômicos e sociais*”, os Princípios Diretivos estipulam que a sociedade e o Estado devem reconhecer o direito das pessoas com deficiência ao respeito e à dignidade humana (Princípio XVI).³⁶ De acordo com o Princípio XXIV, o Estado deve promover a linguagem de sinais para os Surdos. Os Princípios Diretivos fornecem apenas direção básica e não sob a alçada judicial.

O Capítulo 4 da Constituição contém a importante declaração de que os direitos e liberdades fundamentais ao indivíduo são inerentes – e não fornecidos pelo Estado (Artigo 20). Ordena a todos os órgãos e agências do governo (e a todas as pessoas) a respeitar, apoiar e promover os direitos e liberdades contidos no Capítulo. A cláusula de igualdade contém uma determinação anti-discriminação, que lista declaradamente deficiência como um dos fatores proibidos de discriminação (Artigo 21(2)). O Estado deve tomar ações afirmativas em favor dos grupos marginalizados com base no gênero, idade, deficiência, “ou qualquer outra razão criada pela história, tradição ou costumes”, com o propósito de corrigir os desequilíbrios que existem contra eles (UGANDA, 1995, art. 32). O Parlamento deve elaborar leis relevantes para dar efeito a essas determinações.

Como mencionado acima, a Constituição determina que pessoas com deficiência têm direito ao respeito e dignidade humana, e o Estado e a sociedade devem tomar as medidas necessárias para assegurar que essas pessoas atinjam seu completo “potencial físico e mental” (UGANDA, 1995, art. 35). O Parlamento deve decretar leis “apropriadas para a proteção de pessoas com deficiência”.

A Constituição de Uganda ainda determina que o parlamento (em nível nacional) deve ser composto por uma mulher representando cada distrito, e representantes dos outros grupos marginalizados como determinado pelo parlamento (Artigo 78(1)). De acordo com estes dispositivos, seis assentos foram designados a pessoas com deficiência (cinco representando cada região e um representando nacionalmente mulheres com deficiência) (UGANDA, 1997; HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65). O Artigo 180 da Constituição igualmente estipula que a composição dos conselhos dos governos locais devem realizar ações afirmativas para todos os grupos marginalizados, incluindo pessoas com deficiência.³⁷

No que tange o ordenamento jurídico internacional, o sistema de Uganda

é dualista, necessitando, portanto, de legislação interna a fim de incorporar tratados e acordos internacionais (MUJUZI, 2009, p. 580). Embora nem a Suprema Corte nem a Corte Constitucional de Uganda estejam expressamente autorizadas pela Constituição de Uganda a orientar a interpretação do direito internacional, ambas as cortes têm demonstrado disposição em fazê-lo em alguns casos.³⁸

Contra esse histórico, o parlamento de Uganda promulgou em agosto de 2006 (UGANDA, 2006)³⁹ o Ato sobre Pessoas com Deficiência (APDU). Embora o Ato seja prévio à adoção da CDPD, a essência da Convenção parece estar presente no texto. Por exemplo, os objetivos do Ato incluem *inter alia* a promoção da dignidade e oportunidades igualitárias a pessoas com deficiência, encorajando os cidadãos, todos os setores governamentais e a sociedade a reconhecer, respeitar e aceitar as diferenças e a deficiência como parte da humanidade e diversidade humana e promover uma atitude e imagem positiva frente às pessoas com deficiência como membros contribuintes e capazes da sociedade (Artigo 3). Esses objetivos convergem a um significado similar aos encontrados nos Artigos 3 e 8 da CDPD.

A APDU aborda uma ampla gama de áreas, incluindo educação (Artigos 5-6), serviços de saúde (Artigos 7-8), reabilitação (Artigo 10) e reabilitação vocacional (Artigo 11). Também aborda especificamente a prevenção de deficiência (Artigo 9). O Ato ainda contém alguns capítulos sobre trabalho (Artigos 12-18), acessibilidade (Artigos 19-24) e discriminação em relação a bens, serviços e instalações (Artigos 25-31).

A Parte VI do Ato é importante já que determina que o Governo deve tomar ações afirmativas em favor das pessoas com deficiência com o propósito de “corrigir os desequilíbrios” que possam existir entre eles (UGANDA, 2006, art. 33). Também proíbe que pessoas com deficiência sejam submetidas a tratamento cruel, desigual e degradante, incluindo práticas institucionais, também afirma que sua privacidade não pode receber interferência arbitrária ou ilegal (Artigo 35). Esse capítulo ainda determina os direitos das pessoas com deficiência a uma família e sua participação na vida pública e cultural (Artigos 36-37).

O Ato foi criticado por sua “abordagem cuidadosa” ao tema dos direitos de pessoas com deficiência, já que usa a linguagem de direitos humanos de maneira minimalista; por outro lado, impõe obrigações ao Estado que poderiam, quando lidas de maneira recíproca, implicar direitos às pessoas com deficiência (MBAZIRA, 2009, p. 45). Os princípios gerais que sustentam o Ato parecem estar de acordo com aqueles previstos na CDPD: autonomia, acessibilidade e dignidade.

Existe, no entanto, uma estranha exceção encontrada na definição de deficiência do Ato,⁴⁰ que parece basear-se em amplas – e infundadas⁴¹ – categorias. É difícil ver como essas categorias podem ser justificadas, e acreditamos que essa é uma área que deve ser revisada com a finalidade de alinhar a APDU com a CDPD.⁴²

Diversos problemas práticos emergiram desde a promulgação da APDU. O mais desconcertante foi a disputa entre o Ministro da Justiça e a União Nacional de Pessoas com Deficiência de Uganda (NUDIPU)⁴³ acerca da exigibilidade dos

direitos estabelecidos nesta legislação (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65). O Ministro defende que a linguagem do APDU é “aspiracional” e portanto não obrigatória. Já os portadores de deficiência, assim como a NUDIPU, discordam deste ponto de vista, e rejeitam a proposta do governo em sua tentativa de repelir esse Ato antes que nova legislação esteja pronta para adoção.

Um segundo problema que tange a implementação desse Ato (e qualquer legislação futura), é a capacidade do Conselho Nacional de Deficiência em agir frente as reclamações recebidas sobre violações de direitos das pessoas deficientes e, ainda, monitorar a implementação da CDPD (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 66-67). Essa capacidade parece ser limitada.

O terceiro ponto de disputa está nos papéis respectivos do Conselho Nacional de Deficiência⁴⁴ e a NUDIPU ao selecionar os representantes parlamentares referidos acima. Pesquisadores observaram de maneira correta que essas dificuldades de governança devem ser resolvidas antes que os direitos de pessoas com deficiência, seja sob a Constituição, legislação ou CDPD, possam ser efetivamente e em sua integralidade aplicados em Uganda (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 67). Ao mesmo tempo, também foi destacado que sérias violações de direitos humanos, como a detenção contínua de prisioneiros com deficiências psicossociais, ainda não foram resolvidas.⁴⁵

4.2.4 República Unida da Tanzânia

A República Unida da Tanzânia (RUT) é uma união política de duas entidades semiautônomas: a área principal da Tanzânia e as ilhas de Zanzibar. A Constituição da RUT foi promulgada em 1977 (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 1977).⁴⁶ A Parte III da Constituição determina uma série de direitos e deveres básicos. O Artigo 12 afirma que todas as pessoas nascem livres e iguais e todos possuem o direito de ter sua dignidade respeitada. A cláusula anti-discriminação concomitante não prevê deficiência expressamente; embora a lista não possua claramente um “final aberto” como nos outros exemplos já mencionados, a cláusula sem dúvida permite a “leitura” de itens adicionais.⁴⁷

Vale notar que essa Constituição contém todos os direitos que são tradicionalmente referidos como direitos políticos e civis; dentre os normalmente chamados direitos socioeconômicos, apenas o direito ao trabalho e o direito à propriedade estão incluídos. A Constituição também lista diversas obrigações ao indivíduo.⁴⁸

Assim como o documento de Uganda mencionado acima, a Constituição da RUT contém um número de “Objetivos Fundamentais e Princípios Diretivos das Políticas Estatais” (não passíveis de demanda judicial) (Parte II). Esses princípios devem ser reconhecidos e aplicados pelo Governo, todos os seus órgãos e todas as pessoas ou autoridades que exercem função executiva, legislativa ou judicial; entretanto, os princípios diretivos não são aplicáveis pelas cortes (Artigo 7). Os Princípios Diretivos incluem obrigações *inter alia* cabendo ao Governo, e suas agências, direcionar suas políticas e programas a fim de assegurar o respeito à dignidade humana e aos outros direitos humanos (Artigo 9).

Embora a Constituição da Tanzânia seja omissa na relação entre lei interna e internacional, o país geralmente se posiciona de maneira dualista. No que tange a orientação interpretativa oriunda da legislação internacional, a Suprema Corte da Tanzânia decidiu essa questão após a inclusão da Carta de Direitos na Constituição do país. Em um caso que tratava dos direitos de uma mulher à herança com base nas Leis Consuetudinárias de Haia, a Suprema Corte decidiu de maneira clara que considerava as leis internacionais de direitos humanos como um guia essencial em sua interpretação da Constituição, nesse caso, a cláusula de igualdade (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, *Ephraim v Pastory*, 1990).

A Tanzânia⁴⁹ promulgou uma abrangente lei para deficientes em 2010 chamada de “Ato sobre Pessoas com Deficiência” (APDT) (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 2010). Esse Ato, um ambicioso documento, foi claramente inspirado na CDPD: várias determinações são *verbatim* à Convenção (com variações interessantes).⁵⁰ Como por exemplo, o Ato atribui ao Ministro diversas obrigações para efetivação dos direitos de pessoas com deficiência (Artigo 5); o texto desse artigo é bem parecido com o Artigo 4 da CDPD (que detalha as obrigações gerais dos Estados Partes).⁵¹ Também as determinações para conscientização (Artigo 7).

A TPDA faz determinações para os cuidados da saúde das pessoas com deficiência (Artigo 26), educação (Artigos 27-29), reabilitação e trabalho (Artigos 30-34), e vários aspectos de acessibilidade (Artigos 25-50). Trata da participação da vida política e pública (Artigos 51-54), e comunicação (Artigos 55-56). O Ato ainda determina o estabelecimento de um Conselho Consultivo Nacional para Pessoas com Deficiência (Artigos 8-14) e um Fundo Nacional para Pessoas com Deficiência (Artigos 57-58).

O capítulo intitulado “Integração das pessoas com deficiência” possui diversas determinações que valem ser mencionadas. Esse capítulo institui um princípio geral de que todas as pessoas com deficiência devem ser assistidas pelas autoridades governamentais locais, parentes, organizações para deficientes, sociedade civil ou qualquer outra pessoa para viver a forma mais independente possível e seja integrado à comunidade (Artigo 15). Uma pessoa com deficiência não deve ser forçada a viver em uma “instituição” ou em determinado tipo de acomodação. O Ministro responsável deve tomar as medidas necessárias para permitir e apoiar pessoas com deficiência a viver independentemente e serem totalmente integradas à comunidade.

Atenção específica deve ser dada às atribuições das autoridades governamentais locais, que devem prestar serviços de apoio às pessoas com deficiência. Em primeiro lugar, o Ato impõe um papel de “proteção e promoção de direitos e bem-estar” de pessoas com deficiência em uma jurisdição (Artigo 20). A autoridade local deve fornecer aconselhamento aos pais, responsáveis, parentes e às pessoas com deficiência com o propósito de reduzir ou acabar com o estigma que os acerca. O governo local também deve fornecer assistência às pessoas com deficiência, em sua jurisdição, a fim de permitir que desenvolvam seu “potencial, empoderamento e autoconfiança”.

O Artigo 21 impõe uma obrigação a qualquer membro da comunidade que possua “prova ou informação” de que o direito de uma criança com deficiência foi infringido, a reportar o caso às autoridades locais assim como qualquer outra autoridade relevante da região. Uma obrigação similar existe quando pais, responsáveis ou parentes de uma pessoa com deficiência “tendo a custódia” de uma pessoa com deficiência sejam capazes de, mas se recusem ou deixem de oferecer os direitos à recreação, cuidados médicos, lazer e educação.

Os Comissionados para o Bem Estar Social devem estabelecer e manter um registro das pessoas com deficiência e acordos (Artigo 23). Esse registro deve ser usado apenas para “propósitos de identificação e estatística”.

4.3 Observações

As quatro jurisdições examinadas nesse Artigo ilustram sistemas constitucionais e jurídicos distintos acerca da proteção e promoção dos direitos de pessoas com deficiência. Esses sistemas, por outro lado, formam um sistema regional africano amplo e ao final, uma estrutura recentemente estabelecida pela CDPD.

No caso da África do Sul, que possui um sistema “híbrido” (dualista, mas com claras determinações no que tangem as orientações interpretativas e a legislação internacional consuetudinária considerada parte da lei interna), a legislação geral existente não trata de certas áreas da vida como o trabalho. Entretanto, está claro que para incorporar totalmente a CDPD na legislação interna, passos adicionais provavelmente na forma de uma legislação geral para pessoas com deficiência devem ser considerados.

A posição da Etiópia é diferente quando comparada com a África do Sul, já que a primeira possui um sistema monista. Enquanto que determinados dispositivos constitucionais relativos a direitos sociais e econômicos das pessoas com deficiência sejam muito mais fracos do que aqueles previstos pela Constituição sul-africana, os dispositivos da CDPD já são parte efetiva das leis Etíopes. Entretanto, esse não é o fim da discussão, dada a dificuldade com as revisões constitucionais e a relutância das cortes na interpretação de dispositivos constitucionais e aplicação de acordos internacionais em matéria de direitos humanos que ainda não estejam previstos do estatuto. Intervenções adicionais ao estatuto, assim como as linhas de Proclamação examinadas aqui, são necessárias para assegurar a incorporação efetiva da Convenção.

Enquanto existem aspectos das leis para deficientes tanto em Uganda quanto na Tanzânia que são de alguma maneira preocupantes (no caso da última, por exemplo, a questão do registro de pessoas com deficiência), ambas constituem um grande passo no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência e no cumprimento desses direitos, especialmente nas esferas socioeconômicas. É de certa forma desconcertante afirmar que a Uganda, por exemplo, está ficando para trás quando tratamos das questões de acessibilidade no ambiente construído, dada a forte ênfase dessa questão na APDU (MBAZIRA, 2009). Esse fato novamente confirma o ditado que diz que os direitos são apenas tão poderosos quanto sua implementação.

5 Conclusões

Nossa pesquisa sobre o sistema regional africano e as quatro legislações domésticas indicam que as estruturas normativas descritas na CDPD ainda não foram incorporadas com sucesso em nenhum nível. Embora não se deseje menosprezar os avanços que já foram feitos, por exemplo, na Tanzânia ao promulgar medidas legislativas inovadoras que esclarecem os deveres das autoridades locais, a realidade é que em muitas jurisdições a ratificação tem sido pouco mais do que uma promessa vazia. A história dos direitos dos deficientes no âmbito continental, como tentamos mostrar por meio desse breve artigo, foi no melhor caso uma “negligência benigna”.

Entretanto, o resultado em geral não aparenta ser totalmente desencorajador nem pífio. Como ilustrado, mudanças significativas já ocorreram, e a CDPD abriu as portas para oportunidades em ambos os sistemas interno e regional.

Por exemplo, o Artigo 43 da CDPD permite que “organizações de integração regional” submetam a Convenção à confirmação formal ou adesão. Enquanto essa opção não for possível para a UA, dada a definição específica de “organizações de integração regional” no Artigo 44, não há nada que impeça a UA de adotar uma Declaração ou Resolução que expresse seu apoio e comprometimento com os princípios da Convenção. Essa será uma forte demonstração pública de apoio à CDPD.

Ainda há muito para ser feito a fim de assegurar que os direitos dos deficientes sejam integrados ao trabalho das instituições da UA, incluindo a Comissão Africana. Uma proliferação de instrumentos não é necessariamente uma panaceia. Entretanto, no caso de ser essencial a elaboração de documentos adicionais de direitos humanos, nós propomos que dois aspectos sejam considerados proeminentes: importante trabalhar lado a lado com a comunidade africana de pessoas com deficiência, e assegurar que as terminologias sejam inclusivas e respeitadas.

Esses princípios também são aplicáveis em âmbito interno, onde temos, por exemplo, identificado a necessidade de um instrumento de incorporação no caso da África do Sul, e passos adicionais para assegurar que as cortes na Etiópia sejam menos relutantes em aplicar os direitos previstos na CDPD (mesmo que esses princípios já sejam parte da legislação interna). E nem é preciso mencionar, em respeito a todas as jurisdições consideradas aqui, que uma legislação interna bem elaborada facilitará a interpretação dos oficiais do direito que provavelmente nunca foram confrontados com “os direitos das pessoas com deficiência”.

Ademais, se uma legislação interna indica claramente a necessidade de mecanismos regulatórios adicionais, seus assuntos relativos facilitarão o exercício do poder discricionário por empregadores e administradores. Também permitirá um fácil desenvolvimento de indicadores para monitoramento e avaliação, que é exigido pela CDPD (UNITED NATIONS, 2006, art. 33).

O desafio para os defensores dos direitos das pessoas com deficiência na África está afinal em assegurar que o impacto da CDPD em âmbito nacional (e, nós defenderíamos, regional) atravessem todas as três áreas identificadas

por Stein e Lord: o valor simbólico atrelado ao reconhecimento dos direitos humanos baseados na deficiência; requerer dos Estados Partes a elaboração de leis domésticas de deficiência; e, finalmente, progredir na integração social de pessoas com deficiência. A revolução esperada pela adoção da Convenção sobre deficiência ainda está incompleta, pelo menos no que tange à África.

Tabela 1

País	Convenção		Protocolo Opcional	
	Assinado	Ratificado	Assinado	Ratificado
Etiópia	30/marzo/2007	7 Jul. de 2010	-	-
África do Sul	30/marzo/2007	30 Nov. 2007	30 Mar. 2007	30 Nov. 2007
Uganda	30/marzo/2007	25 Set. 2008	30 Mar. 2007	25 Set. 2008
República Unida da Tanzânia	30/marzo/2007	10 Nov. 2009	29 Set. 2008	10 Nov. 2009

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

ADJAMI, M.E. 2002. African Courts, International Law, and Comparative Case Law: Chimera or Emerging Human Rights Jurisprudence? **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 24, n. 103, p. 103-167.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2007. **Resolution on the Establishment and Appointment of a Focal Point on the Rights of Older Persons in Africa**. ACHPR/Res.118(XXXXII)07, adopted at the 42nd Ordinary Session held from 15-28 November 2007, in Brazzaville, Republic of Congo.

_____. 2009. **Resolution on the Transformation of the Focal Point on the Rights of Older Persons in Africa into a Working Group on the Rights of Older Persons and People with Disabilities in Africa**. ACHPR/Res143(XXXXV)09, adopted at the 45th Ordinary Session held from 13-27 May 2009, in Banjul, The Gambia.

AFRICAN REHABILITATION INSTITUTE. 2011. **The Mandate of the Institute**. Disponível em: <<http://www.africanrehab.org.zw>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.

- AFRICAN UNION. 2003a. **Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union.**
- _____. 2003b. **Kigali Declaration.** MIN/CONF/HRA/Decl.1(I), adopted by the First AU Ministerial Conference on Human Rights in Africa on 8 May 2003.
- _____. 2003c. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa.** CAB/LEG/66 6/Rev 1 (2003), entered into force on 25 Nov. 2005.
- _____. 2004. **Solemn Declaration on Gender Equality in Africa.** Assembly/AU/Decl.12 (III) Rev 1.
- _____. 2006. **Banjul Declaration on the 25th Anniversary of the African Charter on Human and Peoples' Rights.** Assembly/AU/Decl.3 (VII).
- _____. 2007a. **African Charter on Democracy, Elections and Governance.**
- _____. 2007b. **African Youth Charter,** entered into force on 8 August 2009.
- _____. 2009. **Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons** (Kampala Convention).
- BHABHA, F. 2009. Disability Equality Rights in South Africa: Concepts, Interpretation and the Transformation Imperative. **South African Journal on Human Rights**, Johannesburg, v. 25, n. 2, p. 218-245.
- BIEGON, J.; KILLANDER, M. 2010. Human Rights Developments in the African Union during 2009. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 10, n. 1, p. 212-232.
- CENTRE FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. 2006. **The Protocol on the Rights of Women in Africa: An Instrument for Advancing Reproductive and Sexual Rights.** Briefing Paper. Bloemfontein: Free State University.
- CHALKLEN, S.; SWARTZ, L.; WATERMEYER, B. 2006. Establishing the Secretariat for the African Decade of Persons with Disabilities. In: WATERMEYER, B. et al. (Ed.). **Disability and Social Change.** Cape Town: Human Sciences Research Council Press. p. 93-98.
- COBBAH, J. 1987. African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective. **Human Rights Quarterly**, Cincinnati, v. 9, n. 3, p. 309-331.
- COMBRINCK, H. 2008. The Hidden Ones: Children with Disabilities in Africa and the Right to Education. In: SLOTH-NIELSEN, J. (Ed.) **Children's Rights in Africa: A Legal Perspective.** Aldershot: Ashgate. p. 299-322.
- _____. 2010. Rape Law Reform in Africa: "More of the Same" or New Opportunities? In: McGLYNN, C.; MUNRO, V.E. (Ed.). **Rethinking Rape Law.** Abingdon: Routledge. p. 122-135.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; DOS SANTOS, W.D. 2009. Disability, Human Rights and Justice. **SUR – International Journal on Human Rights**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 61-71, Dec.

- EBOBRAH, S. 2010. Human rights developments in African sub-regional economic communities during 2009. *African Human Rights Law Journal*, v. 10, n. 1, p. 233.
- EUROPEAN PARLIAMENT. 2008. **Resolution of 4 September 2008 on the Killing of Albinos in Tanzania**. Resolution.
- EVANS, M.; MURRAY, R. (2008) The state reporting procedure under the African Charter. In _____. (Ed.). **The African Charter on Human and Peoples' Rights: The system in practice, 1986-2006**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. p. 49.
- FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA. 1995. **Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 1/1995**.
- _____. 2008. **Right to Employment of Persons with Disability Proclamation No. 568/2008**.
- FESSHA, Y.T. 2006. Judicial Review and Democracy: A Normative Discourse on the (Novel) Ethiopian Approach to Constitutional Review. *African Journal of International and Comparative Law*, Edinburgh, v. 14, p. 53-82.
- FLÓVENZ, B.G. 2009. The Implementation of the UN Convention and the Development of Economical and Social Rights as Human Rights. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**. Leiden: Martinus Neijhoff. p. 255-277.
- HERR, S.S. 2001. Reforming Disability Nondiscrimination Laws: A Comparative Perspective. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Ann Arbor, v. 35, n. 1 & 2, p. 305-401.
- HEYNS, C.; VILJOEN, F. 2004. The Regional Protection of Human Rights in Africa: An Overview. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. (Ed.). **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 129-143.
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2010. **"As if We Weren't Human": Discrimination and Violence against Women with Disabilities in Northern Uganda**. New York: Human Rights Watch.
- _____. 2011. **Uganda: Languishing Behind Bars – Resolve Overdue Cases of Prisoners with Mental Disabilities**. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/news/2011/04/28/uganda-languishing-behind-bars>>. Último acesso em: 3 Mai 2011.
- IBHAWOH, B. 2004. Restraining Universalism: Africanist Perspectives on Cultural Relativism in the Human Rights Discourse. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. (Ed.). **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 21-39.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION. 1955. General Conference. **Recommendation Concerning Vocational Rehabilitation of the Disabled**. Recommendation R99.

- _____. 1983a. **Convention Concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)**. Convention C159, entered into force 1985.
- _____. 1983b. **Recommendation Concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)**. Recommendation R168.
- KAIME, T. 2009. **The African Charter on the Rights and Welfare of the Child – A Socio-Legal Perspective**. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- KANTER, A.S. 2003. The Globalization of Disability Rights Law. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse, v. 30, p. 241-269.
- _____. 2006-2007. The promise and challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, Syracuse, v. 34, p. 287.
- LANDMINE SURVIVORS NETWORK. 2007. **A Human Rights-Based Approach to Disability: The Legal Framework for Survivor Assistance in 24 States Parties**. Washington: Landmine Survivors Network.
- LORD, J.E.; STEIN, M.A. 2008. The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Washington Law Review**, Washington, v. 83, p. 449-479.
- MBAZIRA, C. 2009. **Enforcing the Rights of Persons with Disabilities to Have Access to a Barrier-Free Physical Environment in Uganda: Is Litigation an Option?** Kampala: Legal Action for Persons with Disabilities (LAPD).
- MUJUZI, J.D. 2009. International Human Rights Law and Foreign Case Law in Interpreting Constitutional Rights: The Supreme Court of Uganda and the Death Penalty Question. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 9, n. 2, p. 576-589.
- MURRAY, R. 2004. **Human Rights in Africa: From the OAU to the African Union**. Cambridge: Cambridge University Press.
- NALDI, G. 2008. The African Union and the Regional Human Rights System. In: EVANS, M.; MURRAY, R. (Ed.). **The African Charter on Human and Peoples' Rights: The system in practice, 1986-2006**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. p. 20-48.
- NGWENA, C. 2004. Equality for People with Disabilities in the Workplace: An Overview of the Emergence of Disability as a Human Rights Issue. **Journal for Juridical Science**, Bloemfontein, v. 29, n. 2, p. 167-197.
- NSIBIRWA, M.S. 2001. A Brief Analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 1, p. 41-63.
- OJO, O.; SESAY, A. 1986. The O.A.U. and Human Rights: Prospects for the 1980s and Beyond. **Human Rights Quarterly**, Cincinnati, v. 8, n. 1, p. 89-103.
- OLOWU, D. 2009. **An Integrative Rights-Based Approach to Human Development in Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press.

- ONORIA, H. 2002. Introduction to the African System of Protection of Human Rights and the Draft Protocol. In: BENEDEK, W. et al. (Ed.). **Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences**. London: Zed Books. p. 231-242.
- OPPONG, F.R. 2007. Re-imagining International Law: An Examination of Recent Trends in the Reception of International Law into National Legal systems in Africa. **Fordham International Law Journal**, New York, v. 30, n. 2, p. 296-345.
- ORGANISATION OF AFRICAN UNITY. 1963. **Charter of the Organisation of African Unity**.
- _____. 1981. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, entered into force on 21 October 1986.
- _____. 1985. **Agreement for the Establishment of the African Rehabilitation Institute (ARI)**, entered into force 2 December 1991.
- _____. 1990. **African Charter on the Rights and Welfare of the Child**. OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entered into force 29 November 1999.
- _____. 1998. **Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights**. OAU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT (III), entered into force 25 January 2004.
- _____. 1999. **Grand Bay (Mauritius) Declaration and Plan of Action**. CONF/HRA/DECL (I), adopted by the OAU Ministerial Conference on Human Rights in Africa, meeting from 12-16 April 1999 in Grand Bay, Mauritius.
- _____. 2001. **Protocol to the Treaty Establishing the African Economic Community Relating to the Pan-African Parliament**, entered into force 14 December 2003.
- _____. 2000. **Constitutive Act of the African Union**, entered into force on 26 May 2001.
- ORGANISATION OF AMERICAN STATES. 1948. **American Declaration on the Rights and Duties of Man**. OAS Res 1591 (XXVIII-O/98), adopted by the Ninth International Conference of American States.
- PETER, C.M. 1995. Enforcement of Fundamental Rights and Freedoms: The Case of Tanzania. **African Yearbook on International Law**, Leiden, v. 3, p. 81-98.
- QUINN, G. 2009a. Resisting the 'Temptation of Elegance': Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Rights Behaviour?. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**. Leiden: Martinus Neijhoff. p. 215-256.
- _____. 2009b. Disability and human rights: A new field in the United Nations. In: KRAUSE, C.; SCHEININ, M. (Ed.). **International protection of human rights: A textbook**. Turku: Abo Akademi University. Institute for Human Rights. p 247.

- SECRETARIAT OF THE AFRICAN DECADE OF PERSONS WITH DISABILITIES. 2011. **About the Secretariat**. Disponível em: <<http://africandecade.org/about-2/>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- SOUTH AFRICA. 1996a. **Constitution of South Africa Act 108 of 1996**.
- _____. 1996b. **South African Schools Act 84 of 1996**.
- _____. 1998. **Employment Equity Act 55 of 1998**.
- _____. 2000. **Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000**.
- _____. 2002. **Mental Health Care Act 17 of 2002**.
- _____. 2004. **Social Assistance Act 13 of 2004**.
- _____. 2005. **Children's Act 38 of 2005**.
- STEIN, M.A.; LORD, J.E. 2009. Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: QUINN, G.; ARNARDÓTTIR, O.M. (Ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**. Leiden: Martinus Neijhoff. p. 17-40.
- STEINER, H.J.; ALSTON, P.; GOODMAN, R. 2007. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press.
- UGANDA. 1995. **Constitution of the Republic of Uganda, 1995**.
- _____. 1997. **Local Government Act**.
- _____. 2003. **National Council for Disability Act**.
- _____. 2006. **Persons with Disabilities Act**.
- UNITED NATIONS. 1975. General Assembly. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. Resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975.
- _____. 1982. **World Programme of Action Concerning Disabled Persons**. Resolution 37/52 of 3 December 1982.
- _____. 1991. **Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care**. Resolution 46/119 of 17 December 1991.
- _____. 1993. **Standard Rules on the Equalisation of Opportunities for Persons with Disabilities**. Resolution 48/96 of 20 December 1993.
- _____. 2002. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Promotion and Protection of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, A/57/357**, para. 4. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357e.htm>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.

- _____. 2006. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol**. UN Doc A/61/611, entered into force on 3 May 2008.
- _____. 2011. Ratification status of the CRPD and Optional Protocol. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Último acesso em: 26 Fev. 2011.
- UNITED REPUBLIC OF TANZANIA. 1977. **Constitution of the United Republic of Tanzania, 1977**.
- _____. 2010. **Persons with Disabilities Act No 9 of 2010**.
- VILJOEN, F. 1998. Supra-national human rights instruments for the protection of children in Africa: The Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child. **The Comparative & International Law Journal of Southern Africa**, Pretoria, v. 33, p. 199.
- _____. 2001. Africa's Contribution to the Development of International Human Rights and Humanitarian Law. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 1, n. 1, p. 18-39.
- _____. 2007. **International Human Rights Law in Africa**. Oxford: Oxford University Press.
- YESHANEW, S.A. 2008. The Justiciability of Human Rights in the Federal Democratic Republic of Ethiopia. **African Human Rights Law Journal**, Claremont, v. 8, n. 2, p. 273-293.
- ZELEZA, P.T. 2004. Introduction: The Struggle for Human Rights in Africa. In: ZELEZA, P.T.; McCONNAUGHAY, P.J. **Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. p. 1-18.

Jurisprudência

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2003. **Purohit and Moore v. The Gambia**. Communication 241/2001.
- SOUTH AFRICA. 1995. Constitutional Court. **S v. Makwanyane and Another** 1995 (6) BCLR 665 (CC).
- _____. 2001. Constitutional Court. **Hoffman v. South African Airways**. 2001 (1) SA 1 (CC).
- _____. 2005. Labour Court. **Independent Municipal and Allied Trade Union (IMATU) and Another v. City of Cape Town**. [2005] 10 BLLR 1084 (LC) (18 July 2005).
- _____. 2007. Labour Court. **Standard Bank v. Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA)**. [2008] 4 BLLR 356 (LC) (25 December 2007).
- _____. 2010. High Court, Western Cape Division. **Western Cape Forum for Intellectual Disability v. The Government of the Republic of South Africa**,

Government of the Province of the Western Cape. Case Number 18678/2007, unreported judgment dated 11 November 2010.

UGANDA. 2009. Supreme Court of Uganda. **Attorney-General v. Susan Kigula and Others.** Constitutional Appeal 03 of 2006, unreported judgment dated 21 January 2009.

UNITED REPUBLIC OF TANZANIA. 1990. Tanzania High Court. **Ephraim v. Pastory.** (2001) AHRLR 236.

NOTAS

1. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional foram aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 2006 e entraram em vigor em 3 de maio de 2008.
2. Quatro jurisdições na região Sul e Leste da África foram selecionadas: África do Sul, Tanzânia, Uganda e Etiópia. Reconhecemos que essas jurisdições não são representativas da África como um todo (ou mesmo da África Anglo-saxônica ou dos países SADC mais a Etiópia). Com uma amostra de 4 dos 54 países, pouco mais do que uma discussão “qualitativa” será possível – tampouco é possível identificar a existência de tendências entre estes países.
3. Um debate similar pode existir a respeito dos direitos das mulheres. Essa situação, no entanto, foi tratada pelo Protocolo sobre a Mulher Africana adotado em 2003.
4. Esse artigo admite fazer uso de generalizações como “a abordagem africana” e “no contexto africano”, e ao mesmo tempo nega apoiar qualquer suposição de que exista uma “experiência africana” homogênea que possa ser aplicada a todas as pessoas com deficiência na região.
5. A natureza dos direitos humanos na África tem gerado grande debate na literatura, incluindo discussão entre universalistas e relativistas culturais (COBBAH, 1987, p. 320; ZELEZA, 2004, p. 13; IBHAWOH, 2004, p. 29; HEYNS; VILJOEN, 2004, p. 129; OLOWU, 2009, p. 51).
6. Esse artigo não tenta fazer uma análise abrangente da arquitetura regional africana. Existem, por exemplo, diversas iniciativas da União Africana, como a Novas Parcerias para o Desenvolvimento da África (NEPAD) e o Mecanismo de Revisão por Pares Africanos, que tivemos que omitir por questões de tamanho do artigo. O mesmo aplica aos programas da UA como o Diretório de Assuntos Sociais, que trata do tema de “deficiência”.
7. A Primeira Assembleia Geral Permanente do ECOSOCC foi eleita em 8 de setembro de 2008, em Dar es Salaam na República Unida da Tanzânia.
8. A Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança foi adotada em 30 de janeiro de 2007; a Carta Africana da Juventude em 2 de julho de 2007. Ambas exigem 15 ratificações para entrar em vigor. No momento de finalização desse artigo, 20 estados haviam ratificado a última carta.
9. Para facilitar a leitura, nos referimos ao documento como “a Carta Africana”.
10. Os documentos produzidos pela Comissão Africana não são legalmente vinculantes. Em 1998, o Protocolo da Carta Africana sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e Direito dos Povos (“o Protocolo da Corte Africana”) foi aprovado; entretanto, devido à lenta ratificação por Estados Membros, esse Protocolo apenas entrou em vigor em 25 de janeiro de 2005. (Já o Protocolo sobre a Corte de Justiça da União Africana foi adotada em 11 de julho de 2003, e medidas foram tomadas para unificar essas cortes. A nova corte combinada será conhecida como Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos.) Os primeiros onze juízes foram eleitos para a Corte Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos em 2006, e até o momento de finalização desse artigo, a corte está em funcionamento. Ela pode receber casos de Estados Partes, da Comissão Africana, indivíduos e ONGs com status de observador na Comissão Africana, desde que o Estado Parte em questão tenha reconhecido a jurisdição da Corte no que diz respeito ao acesso da Corte por indivíduos e ONGs. (Artigos 5(3) e 34(6) do Protocolo da Corte Africana – acima).
11. A Declaração Americana contém diversos artigos detalhando os deveres dos cidadãos, incluindo o dever de “prover apoio, educar e

proteger as crianças menores de idade', de obter 'pelo menos a educação básica', de 'obedecer a lei e outros comandos legítimos das autoridades' e o dever de trabalhar (ORGANISATION OF AMERICAN STATES, 1948, art. XXIX – XXXVIII).

12. Essa é a única comunicação que trata de deficiência trazida perante a Comissão Africana.

13. O mandato do ARI, mesmo que ainda baseado nos princípios originais, foi adaptado para incluir novas demandas e desenvolvimento da sociedade, com o intuito de desenvolver a capacidade dos governos e levando em consideração as demandas de organizações de pessoas com deficiência. O mandato, portanto, inclui a promoção e encorajamento da implementação do Plano Continental da Década Africana sobre Pessoas com Deficiência, assim como as Normas Uniformes da ONU sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência dentre os Estados Membros da UA (Organização da Unidade Africana, 1985).

14. O órgão de monitoramento da Carta Africana sobre Crianças é o Comitê dos Direitos e Bem-Estar da Criança, que teve sua primeira reunião em 2002.

15. Para o propósito dessa Carta "menores" são as crianças entre 15 e 17 anos e 'jovens' ou pessoas jovens refere-se a todas as pessoas entre 15 e 35 anos.

16. Não há nenhuma referência à juventude com deficiência sensorial. Não há certeza se devem ser incluídos na descrição de "jovens com incapacidade física" ou "jovens com necessidades especiais".

17. Nesse contexto, cabe ressaltar o papel importante do Conselho de Paz e Segurança da UA (estabelecido em 2002) em situação de pós-conflito. O Conselho deve, dentre outras coisas, assistir na acomodação e reintegração de refugiados e pessoas internamente deslocadas, em particular pessoas vulneráveis, incluindo crianças, idosos, mulheres e outros grupos traumatizados na sociedade. Ao elaborar medidas preventivas, o Conselho deve encorajar organizações não-governamentais, comunidades e outras organizações da sociedade civil, principalmente organizações de mulheres, a participar ativamente nos esforços que buscam promover paz, segurança e estabilidade na África.

18. Na linguagem da legislação internacional, tais Declarações constituem o denominado "soft law" e portanto não têm efeito vinculante.

19. O estabelecimento de grupos de trabalho tem sido um dos principais mecanismos que a Comissão Africana tem utilizado para lidar com temas específicos em direitos humanos.

20. Cópia em arquivo com autores.

21. As sérias implicações dessa situação foram sucintamente explicadas por Evans e Murray

(2008, p. 63).

22. Instrumentos adotados pela Assembleia Geral da ONU incluem a Declaração sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência (UNITED NATIONS, 1975); O Programa Mundial de Ação sobre Pessoas com Deficiência (UNITED NATIONS, 1982); os Princípios para a Proteção de Pessoas com Doenças Mentais e a Melhora nos Cuidados da Saúde Mental (UNITED NATIONS, 1991); e as Normas Uniformes da ONU sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência (UNITED NATIONS, 1993). Instrumentos adotados pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT): a Recomendação sobre Reabilitação Vocacional dos Deficientes (INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, 1955); a Convenção sobre Reabilitação Vocacional e Trabalho (Pessoas Deficientes), e a Recomendação sobre Reabilitação Vocacional e Trabalho (Pessoas Deficientes) (INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, 1983b).

23. Esse assunto está além do escopo desse artigo.

24. Esse debate teria trazido *inter alia* uma perspectiva sobre o porquê certos grupos ou setores parecem ser ainda mais marginalizados, mesmo pertencendo ao setor já marginalizado das pessoas com deficiência, por exemplo, pessoas com albinismo na Tanzânia. Veja Parlamento Europeu (2008).

25. Um aspecto crucial na implementação da Convenção, que não foi considerado aqui, são os mecanismos de aplicação previstos no Artigo 33, como os pontos focais nacionais, mecanismos de coordenação, e mecanismos independentes.

26. Essa distinção binária tradicional não está imune a críticas; entretanto, é importante enfatizar as diferenças básicas entre os sistemas legislativos no que diz respeito à incorporação no âmbito nacional das obrigações dos tratados internacionais (LORD; STEIN, 2008, p. 451).

27. Esse processo é muitas vezes, de maneira errônea, intitulado "domesticação".

28. O Ato lista formas específicas de discriminação com base na raça, gênero e deficiência. A seção 9 define que nenhuma pessoa deve ser injustamente discriminada por causa de sua *deficiência*, incluindo —

(a) negar ou remover de qualquer pessoa com deficiência, qualquer ferramenta de apoio ou suporte necessária para sua participação na sociedade;

(b) infringir o código de práticas ou regulamentos do Bureau de Padrões Sul Africano que dispõe sobre acessibilidade ambiental;

(c) falhar na eliminação de obstáculos que limitam de maneira injusta ou restringem as pessoas com deficiência de aproveitar

oportunidades iguais ou falhar em tomar medidas para acomodar de forma razoável as necessidades de tais pessoas.

29. Perante a Corte Constitucional, argumentou-se que discriminação por causa do status de HIV deveria ser entendida como discriminação relacionada à deficiência; entretanto, a Corte recusou o pedido, e decidiu a questão exclusivamente como discriminação por HIV (SOUTH AFRICA, *Hoffman v South African Airways*, 2001).

30. A Constituição da República Federal Democrática da Etiópia foi adotada em 8 de dezembro de 1994 e entrou em vigor em agosto de 1995 (FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA, 1995).

31. A Câmara Federal [“House of Federation”] pode ser entendida como a “Câmara Superior” ou “Segunda Câmara” do parlamento bicameral etíope (FEDDHA, 2006, p. 53). O Conselho de Inquérito Constitucional é um órgão composto por membros do judiciário, peritos legais indicados pelos Representantes da Câmara Popular e três de seus membros apontados pela Câmara Federal, para examinar questões constitucionais e submeter suas recomendações à Câmara Federal para uma decisão final.

32. “Pessoa com deficiência” diz respeito a um indivíduo cuja oportunidade de trabalho seja reduzida por resultado de uma diminuição em sua capacidade física, mental ou sensorial em relação à discriminação social, econômica e cultural.

33. “Discriminação” significa oferecer tratamento diferente em oportunidades de trabalho por causa da deficiência, entretanto, qualquer requerimento inerente do trabalho ou medidas de ação afirmativa não podem ser considerados discriminação.

34. “Adaptação razoável” significa uma adaptação ou acomodação com respeito aos equipamentos do ambiente de trabalho, requerimentos do trabalho, horas de trabalho, estrutura do negócio e ambiente de trabalho com vista a acomodar pessoas com deficiência.

35. “Ônus indevido” significa uma ação que concede ao empregador uma dificuldade ou despesa considerável para acomodar pessoas com deficiência quando considerado à luz da natureza do custo para as adaptações, o tamanho e a estrutura do negócio, o custo das operações e o número de empregados.

36. Diversos desses Princípios Diretivos têm um significado especial a pessoas com deficiência (como exemplo mencionamos o Princípio Diretivo X, que requer que o Estado garanta equilíbrio de gênero e justa representação dos grupos marginalizados em todos os órgãos constitucionais e outros, e o Princípio Diretivo XI(i), que afirma que o Estado deve dar prioridade máxima no estabelecimento de legislação que conceda proteção e ampliação aos

direitos das pessoas a oportunidades iguais de desenvolvimento). Entretanto o Princípio Diretivo XVI é o único que menciona especificamente pessoas com deficiência.

37. Foi observado que esse dispositivo tem, na prática, resultado em um significativo aumento em representações de pessoas com deficiência nos governos locais de Uganda (LANDMINE SURVIVORS NETWORK, 2007, p. 20.)

38. Como exemplo, a Suprema Corte de Uganda se baseou em legislação internacional em seu julgamento sobre a pena de morte em (UGANDA, *Attorney-General v Kigula and Others*, 2009).

39. O Ato de 2006 precedeu o Ato sobre Deficiência do Conselho Nacional, que foi aprovado em 2003 (e ainda está em vigor). Esse Ato estabeleceu o Conselho Nacional para Deficiência, cujo mandato objetiva promover os direitos das pessoas com deficiência como descrito nas convenções internacionais e instrumentos legais, a Constituição e outras leis. O Conselho funciona como órgão pelo qual as necessidades e preocupações das pessoas com deficiência podem ser comunicadas ao Governo e suas agências a fim de que tomem as ações necessárias. Embora o Ato mencione as Normas Uniformes da ONU sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência e a Constituição como regras que devem guiar o Conselho, ele não define os direitos das pessoas com deficiência (MBAZIRA, 2009, p. 42).

40. A APDU define em seu texto “deficiência” e “pessoas com deficiência”. “Deficiência” é definida como “uma limitação funcional substancial das atividades cotidianas causadas por uma diminuição física, mental ou sensorial e barreiras ambientais resultando em uma participação limitada”; “pessoas com deficiência” é definido como “pessoa que tem limitação física, intelectual, sensorial ou mental com limitação substancial de uma ou mais atividades cotidianas essenciais”. O Ato então apresenta em seguida a “codificação de deficiência” na Tabela 1 que determina se o impedimento tem uma função limitadora substancial às atividades diárias, ou se o impedimento causa um impacto em longo prazo na pessoa (Artigo 4(1) e (2)). Além disso, um oficial médico e qualquer organização relevante de ou para pessoas com deficiência devem ser consultadas. A Tabela 1 consiste em uma lista ampla de “codificação de deficiência”. Por exemplo, sob o título de “doenças de pele”, podemos encontrar “doenças de pele e tecidos celulares”.

41. Por exemplo, em “distúrbios mentais” na Tabela 1, podemos encontrar as seguintes categorias: “psiconeuroses (ex. ansiedade ou estado de histeria obsessivo (sic); outras doenças mentais e sub-normalidade mental). Além do fato destas “definições” serem cientificamente questionáveis, a terminologia empregada é infeliz. Veja também nossos comentários sobre terminologia na Seção 2.1.

42. A CRDP não tenta definir “deficiência”; ao invés, afirma que “pessoas com deficiência” incluem “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (Artigo 1).

43. A União Nacional para Pessoas com Deficiência em Uganda (NUDIPU), fundada em 1987, é uma coalização de outras organizações de deficiência física, mental, intelectual e sensorial. Membros incluem organização de pessoas com deficiência e sindicatos distritais de pessoas com deficiência, incluindo organizações para surdos, cegos e pessoas com deficiência física, organização de pessoas com deficiência psicossocial, e organização de epiléticos. Mesmo sendo uma ONG, possui o papel, definido explicitamente no Ato de Governos Locais de 1997, de auxiliar em eleições parlamentares de representantes de pessoas com deficiência (HUMAN RIGHTS WATCH, 2010, p. 65, 250).

44. De acordo com o parágrafo 6 do Ato do Conselho Nacional de Deficiência de 2003, o Conselho deve auxiliar a comissão eleitoral em conduzir eleições para membros do parlamento que representem pessoas com deficiência.

45. Até a data de entrega desse artigo, a Human Rights Watch havia identificado 11 prisioneiros com deficiência psicossocial ou mental que foram considerados inocentes de crimes por razões de “insanidade”, mas retornaram ao presídio por ordem judicial, e foram colocados sob o status de “ordens do ministro” indefinidamente até que o ministro decida a ação mais apropriada. De acordo com a lei criminal em Uganda, uma vez que o juiz ordene que um indivíduo aguarde por ordens do ministro, este deve determinar se a pessoa deve ser solta ou colocada na “custódia apropriada.” Um detento estava esperando aguarda por 16 anos, e o outro por 10. Os outros nove presos estavam de 1 a 6 anos esperando (HUMAN RIGHTS WATCH, 2011).

46. Essa Constituição não continha uma Carta de Direitos quando entrou em vigor: esse Capítulo foi introduzido através da Quinta Emenda Constitucional.

47. O Artigo 13(5) diz: “Para o propósito desse

Artigo a expressão “discriminação” significa satisfazer os direitos, necessidades ou outros requisitos de pessoas diferentes com base em sua nacionalidade, tribo, local de origem, opinião política, cor, religião ou estado na vida que possa ser entendida como fraca ou inferior e esteja sujeita a restrições ou condições onde pessoas sejam tratadas diferentemente ou concedidas oportunidades ou vantagens fora das condições específicas ou das qualificações descritas necessárias.” (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 1977, grifo nosso).

48. Como exemplo mencionamos o Artigo 25, que afirma “o trabalho por si só cria a riqueza material em uma sociedade e é a fonte do bem estar das pessoas e a medida da dignidade humana. Portanto, todas as pessoas têm o dever de participar voluntariamente e honestamente em trabalho legítimo e produtivo; e observar a disciplina do trabalho e se esforçar para atingir os objetivos individuais e do grupo ou determinados em lei” (UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, 1977).

49. Uma distinção deve ser feita entre a República Unida da Tanzânia (que inclui as ilhas de Zanzibar) e a Tanzânia “continental”, que possui capacidade legislativa autônoma em certas esferas. O Ato que discutimos foi aprovado e se refere apenas à Tanzânia continental; portanto exclui Zanzibar.

50. Compare, por exemplo, o Artigo 4º, que apresenta uma série de princípios básicos ao Ato, com os princípios gerais da CDPD: o princípio do “respeito a diferenças e aceitação de pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade” como foi incluído no Artigo 3(d) da CDPD não aparece no Ato tanzaniano. O TPDA, em contrapartida adiciona um princípio que não aparece na CDPD, “prevê critérios básicos de moradia e proteção social” – Artigo 4(g). Outra área de comparação interessante está na cláusula de definição – veja exemplo da definição de “pessoa com deficiência” no TPDA, que difere significativamente da encontrada no CDPD.

51. Novamente, as diferenças no texto da Convenção requerem um exame minucioso, entretanto, uma discussão ampla vai além do escopo desse artigo.

ABSTRACT

This article considers the potential impact of the adoption of the UN Convention of the Rights of Persons with Disabilities on both the African regional human rights system and selected domestic legal systems in southern and eastern Africa, against a historic background of “benign neglect” of disability rights. It first provides an overview of the current protection of disability rights in the African regional human rights system; secondly, it demonstrates the African regional contribution to the coming into being of the Disability Convention; thirdly, it considers the prevailing debates with respect to options for improving the position of persons with disabilities in Africa; thereafter it briefly examines the legal dispensations of South Africa, the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Uganda and the United Republic of Tanzania in respect of disability. It concludes with recommendations in respect of aligning both regional and national systems with the Disability Convention.

KEYWORDS

Disability rights law – African regional human rights system – Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol – African states – Domestic incorporation

RESUMEN

Este artículo examina el impacto potencial de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) tanto en el sistema regional africano de derechos humanos como en sistemas jurídicos nacionales selectos de África Austral y Oriental, frente a antecedentes históricos de “descuido benigno” de los derechos de estas personas. En primer lugar, el artículo ofrece un panorama de la actual protección de esos derechos en el sistema regional africano de derechos humanos; en segundo lugar, muestra cómo la región africana contribuyó a dar vida a la CDPD; en tercer lugar, considera los debates en curso respecto a opciones para mejorar la posición de las personas con discapacidad en África; luego pasa a examinar brevemente las disposiciones de Sudáfrica, la República Federal Democrática de Etiopía, Uganda y la República Unida de Tanzania en relación con la discapacidad. Concluye con recomendaciones para armonizar los sistemas tanto regionales como nacionales con la Convención.

PALABRAS CLAVE

Legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad – Sistema regional africano de derechos humanos – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo – Estados africanos – Incorporación nacional



STELLA C. REICHER

Stella C. Reicher é advogada graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002) e mestre em direito pela Universidade de São Paulo (USP) na área de concentração direitos humanos (2009). Sócia de Figueirêdo Lopes, Golfieri, Reicher e Storto Advogados, atua em projetos e iniciativas com foco na promoção, garantia e implementação de direitos humanos, bem como prestando assessoria jurídica a organizações do Terceiro Setor, empresas e órgãos públicos na estruturação e implementação de políticas, programas e projetos de interesse público. Co-correspondente pelo Brasil do International Center for Non-profit Law (ICNL) para o projeto United States International Grantmaking (USIG).

Email: stella@flgadv.com.br

RESUMO

O presente ensaio pretende examinar a interrelação entre igualdade, diversidade humana, deficiência e participação política, a partir da crítica que a abordagem das capacidades, sob a ótica de Martha Nussbaum, faz a respeito do tema.

Original em português.

Recebido em março de 2011. Aprovado em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Igualdade – Diversidade humana – Pessoas com deficiência – Capacidades – Contrato social



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

DIVERSIDADE HUMANA E ASSIMETRIAS: UMA RELEITURA DO CONTRATO SOCIAL SOB A ÓTICA DAS CAPACIDADES

Stella C. Reicher¹

Os seres humanos são diversos em sua natureza biológica e psicológica, origem étnica, gênero e orientação sexual; em relação às escolhas de vida, preferências musicais, gostos alimentares e práticas religiosas. Organizam-se socialmente de formas diferentes, interagem de maneiras complexas e assim vivem em sociedade. Contudo, tem como traços comuns sua natureza política e humana.

A heterogeneidade é parte daquilo que somos e por isso, falar em igualdade significa (re)conhecer as diferenças. Pensar em igualdade à luz da diversidade humana exige (re)conhecer a existência de indivíduos, de coletivos e suas interrelações, tendo em vista as especificidades de cada um. Da mesma forma, exige empreender esforços para que todas as pessoas sejam respeitadas em suas peculiaridades e tenham acesso a meios que lhe permitam o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Nesta direção, a construção de uma sociedade justa e inclusiva exige ampla participação política de todas as pessoas, a fim de que as diferenças sejam consideradas na formulação de arranjos coletivos, de políticas públicas, e no desenvolvimento de programas e projetos.

O presente ensaio pretende examinar a interrelação entre igualdade, diversidade humana, deficiência e participação política, a partir da crítica que a abordagem das capacidades, sob a ótica de Martha Nussbaum, faz a respeito do tema. O que se busca neste artigo, entretanto, não é indicar respostas, mas instigar a reflexão do leitor sobre as possibilidades de aplicação prática destes conceitos como base para implementação dos direitos humanos e, em especial, das pessoas com deficiência.

Ver as notas deste texto a partir da página 184.

1 A abordagem das capacidades

Elaborada a partir de críticas à teoria contratualista de justiça e às análises econômicas de desenvolvimento baseadas nas noções de utilidade, igualdade de distribuição e na maximização de recursos—que não serão aqui estudadas— a abordagem das capacidades pode ser entendida como uma moldura normativa que permite a avaliação e o alcance do bem-estar individual e de arranjos sociais, a elaboração de políticas públicas e a implementação de mudanças sociais com vistas à plena realização dos seres humanos.²⁻³

Tendo como foco algumas habilidades centrais, o estudo das capacidades enfatiza a idéia de oportunidades, principalmente de escolha e de exercício de direitos e a possibilidade das pessoas tomarem suas próprias decisões com base em diferentes concepções do que consideram uma boa vida. Ao entender ainda que o processo de efetivação de direitos não depende apenas do seu reconhecimento formal, esta abordagem preconiza a promoção da autonomia individual por meio da conjugação de (i) direitos civis e políticos; (ii) direitos econômicos, sociais e culturais; (iii) liberdade de e para decidir e fazer escolhas; e (iv) garantia do potencial para demandar e exercer direitos.

Ao combinar o conceito de desenvolvimento humano e garantia de direitos, confrontando as diferenças sociais não apenas sob a égide de fatores econômicos determinantes, o enfoque das capacidades considera a influência que as especificidades que fazem parte da diversidade humana podem ter no processo de geração e/ou manutenção dessas desigualdades.

Para David A. Clark sob a moldura das capacidades se reconhece a heterogeneidade humana e a diversidade e se dá atenção às disparidades havidas entre grupos, como por exemplo, relativas à questão de gênero, natureza étnica, classe ou idade — e, porque não, à deficiência. Trata-se, pois, de uma abordagem que abraça o agir humano e a participação, compreendendo o fato de que pessoas diferentes, culturas e sociedades podem ter diferentes valores e aspirações (CLARK, 2005a, p. 5)

Nesse sentido, para além do acesso que as pessoas têm a bens, direitos e recursos, considera o potencial que têm para usufruí-los, as distintas formas de vida que levam e o contexto social em que se inserem, estando alerta às barreiras que impedem as conquistas de liberdade, de oportunidades e de bem-estar material e/ou interferem na plenitude de sua fruição e gozo, como por exemplo os papéis e as desiguais responsabilidades atribuídas a cada participante dentro do espaço familiar, os obstáculos que as normas e valores de tradição cultural impõem às mulheres, a acessibilidade, em todas as suas formas de manifestação, para pessoas com deficiência.

Para ilustrar como a teoria das capacidades opera, pensemos num diagnóstico que considere a pobreza individual a partir de uma linha hipotética baseada numa renda mínima. O que se diria da situação de duas pessoas que se enquadram igualmente acima dessa linha de pobreza? A primeira resposta que nos vem à cabeça normalmente nos leva a concluir que ambas experimentam uma igualdade de condições de vida. No entanto, será que teríamos o mesmo entendimento se soubéssemos que uma delas sofre de doença grave que lhe exige a realização de repetidas sessões de diálise ou é, por exemplo, uma pessoa com deficiência que necessita diariamente de exercícios de fisioterapia para sentir-se bem fisicamente?

O fato é que para se tratar da promoção da igualdade é premissa compreender que igualdade é essa. Ao levantar a questão da “igualdade em que” a teoria das capacidades indica que a igualdade a ser buscada é aquela que respeita a diversidade humana e se preocupa com o potencial que cada indivíduo têm para acessar e se valer de bens, recursos e direitos que lhes são assegurados, à luz das dificuldades e barreiras com as quais pode se deparar ao longo de sua vida. É esse olhar preocupado com as diferenças, características e realidade de cada pessoa que o enfoque das capacidades suscita e desperta interesse.

2 Contratualismo: disparidades e dilemas não resolvidos

Feitas essas considerações gerais, dedicaremos algumas linhas para tratar da base filosófica sobre a qual essa abordagem foi desenvolvida, a saber, o contratualismo, e apontar algumas de suas limitações que a teoria das capacidades tenta enfrentar.

O contratualismo, enquanto doutrina política, se fundamenta nas noções de cooperação social e de obtenção de vantagens mútuas. Parte da idéia que a sociedade, ao abrir mão do uso da força e de tomar para si a propriedade alheia, celebra entre si um contrato, por meio do qual opta por deixar de viver no estado de natureza e se submeter ao império das leis, a partir de uma única vontade direcionada à preservação comum e ao bem-estar geral.⁴

Nesse estágio inicial, ou estado de natureza, as pessoas seriam consideradas “livres, iguais e independentes” e não experimentariam qualquer espécie de desvantagem ou forma de dominação, o que permitiria, nesse contexto de isonomia, que regras políticas fossem delineadas para proteger a todos igualmente.

Para os contratualistas, ao destituirmos os seres humanos de “desvantagens artificiais”, tais como riqueza, classe social, educação e outras, a formalização desse contrato social se daria com base em princípios justos, delineados por pessoas que se encontram em plena igualdade de condições de vida. Como o mecanismo utilizado para a seleção dos princípios políticos operaria de forma isonômica e justa, em tese o conjunto de diretrizes selecionadas em decorrência desse processo seria considerado igualmente justo, pois, conforme ensina Martha Nussbaum “[...] de um procedimento que não admite vantagens antecedentes por parte de nenhum indivíduo, nós extraímos um conjunto de normas que devidamente protegem o interesse de todos.” (NUSSBAUM, 2006, p. 10).

Em meio a esse arranjo coletivo onde as pessoas se encontram em igualdade de condições e a cooperação social é um caminho viável para a obtenção de vantagens mútuas, a justiça estaria no conteúdo dos princípios políticos selecionados e também na própria legitimidade política que sedimentou a sua elaboração, já que, em última análise, tais princípios refletiriam as escolhas que cidadãos livres, iguais e independentes fizeram para reger sua vida em sociedade.

Partindo da lógica contratualista, a teoria rawlsinana compreende dois momentos distintos. Um primeiro, que trata da escolha inicial dos julgamentos morais; e um segundo, que se refere à preocupação com a equidade, pois todas as pessoas deveriam ser reconhecidas como iguais e como um fim em si mesmas. Nesse cenário, os princípios da justiça seriam, pois, aqueles que, segundo Rawls

“[...] pessoas livres e racionais preocupadas em ampliar seus próprios interesses aceitariam numa posição inicial de igualdade” (NUSSBAUM, 2006, p. 11).

O contratualismo rawlsiano trouxe avanços para as teorias da justiça. Por se tratar de uma teoria procedimental de justiça, rechaçou o discurso dos direitos naturais ao sustentar que a justiça não se alcança pelos resultados, mas pela equidade e imparcialidade do procedimento adotado – tudo aquilo que deriva dessa condição inicial justa e igualitária será também igualmente justo. Além disso, incluiu elementos morais na fase de definição do contrato social e reconheceu, sob o véu da ignorância, a igualdade de todos os seres humanos em valor e em capacidades, destacando a imparcialidade moral que deve permear a escolha dos princípios políticos.⁵

Ocorre que, muito embora tenha mais tarde descrito a sociedade como um sistema justo de cooperação no tempo, para Nussbaum, Rawls trabalhou o conceito de vantagens mútuas e não considerou de forma integrativa as idéias de reciprocidade, amor e cuidado, que em grande parte dizem respeito às relações de dependência e as fragilidades que fazem parte da vida humana, limitando, com isso, a definição dos atores aptos a participar do processo de formatação dos princípios políticos – e que são, em última análise, os próprios destinatários dessas diretrizes.

Em relação a esse ponto, o enfoque das capacidades trabalha sob uma lógica diversa. Parte da avaliação dos resultados a serem alcançados para então determinar o procedimento mais adequado à redução das desigualdades e à efetiva promoção da justiça. A partir de um olhar sobre o indivíduo, sobre a pessoa humana, o estudo das capacidades busca avançar sobre essas questões que o contratualismo clássico e a teoria rawlsiana deixaram em aberto.

3 Contratualismo e Diversidade Humana: pessoas com deficiência e outras assimetrias

A concepção de comunidade política que Rawls propõe reflete, menos um grupo conectado em virtude de laços históricos, afetivos, lingüísticos, entre outros, e mais um sistema equitativo de cooperação, que pressupõe a participação conjunta de todos com vistas à obtenção de vantagens mútuas. Para Cicero Romão de Araújo, essa comunidade “é concebida, racionalisticamente como um “sistema cooperativo” – no sentido quase econômico de uma associação cujos membros, ao dar sua contribuição para a preservação ou sucesso de um empreendimento comum, têm o direito de esperar que seus frutos também sejam repartidos equitativamente.” (ARAÚJO, 2002, p. 80-81).

Ocorre que, ao idealizar a comunidade política a partir da cooperação conjunta de todos para a distribuição equitativa dos resultados, pressupõe Rawls que as pessoas, na condição de cidadãos, têm todas as capacidades que lhes permitem ser membros normais e integrais da sociedade.

Essa igualdade em relação à capacidade de todas as pessoas serem membros e participarem ativamente da sociedade em que se inserem se manifestaria em dois momentos distintos: (i) na distribuição dos frutos gerados pelo esforço conjunto; e (ii) na elaboração dos princípios políticos. No entanto, essa “isonomia”, merece atenção. Em primeiro lugar, porque o fato de se garantir às pessoas um “quinhão equitativo”,

ou seja, o direito à participação igualitária nos resultados decorrentes dessa mútua cooperação não assegura que as pessoas possam usufruí-los de igual forma.

Embora a distribuição dos frutos originados deste sistema cooperativo seja equitativa, a capacidade de fruição desses, sejam estes bens, recursos e/ou direitos, não obedece a mesma lógica, sendo variável de acordo com as especificidades de cada ser humano.

A visão de que a igualdade de capacidades é premissa que assegura a todos a plena cooperação e, daí, a igual participação em tudo aquilo que é gerado nesse sistema equitativo é equivocada, ou, no mínimo, limitada na medida em que desconsidera as peculiaridades de cada indivíduo e a noção da diversidade humana.

Conforme assinala Amartya Sen, os seres humanos diferem quanto a características externas e circunstanciais, quanto aos ambientes naturais em que vivem, quanto ao maior ou menor número de oportunidades que experimentam dependendo da sociedade em que se encontram inseridos, assim como em razão de características pessoais, tais como idade, sexo, aptidões físicas e mentais. (SEN, 2008, p. 50-51). Em virtude dessas diferenças, as pessoas contribuem para o coletivo e usufruem dos resultados auferidos de formas diversas.

Para exemplificar, pensemos, na garantia de acesso à educação e ao trabalho. Embora a maioria das Constituições democráticas assegure esse direito de forma isonômica a todos os cidadãos, aspectos como gênero, origem étnica e a deficiência interferem diretamente na capacidade que as pessoas têm de gozarem esse direito. Nessa direção, para que um mesmo direito possa ser usufruído por pessoas diferentes, às vezes faz-se necessária a adoção de medidas que possibilitem a sua plena fruição, como é o caso das cotas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a política de educação inclusiva.

A diversidade humana é, portanto, um elemento de significativa importância na avaliação de desigualdades sociais, porque interfere na forma como as pessoas interagem e participam (ou não) desse “sistema de cooperação” e dos resultados gerados. Nesse sentido, qualquer teoria de justiça que se disponha à efetiva promoção da igualdade deve mensurar os diversos aspectos da vida sem dissociá-los das peculiaridades individuais. Ocorre que no contratualismo rawlsiano as diferenças, inatas ou não, e que interferem na forma como as pessoas transitam em meio a esse sistema cooperativo não são levadas em conta.

O enfoque das capacidades, por sua vez, não contempla nada análogo à concepção contratualista de que os seres humanos “são iguais em poder e habilidade”, por entender que as “[p]essoas variam bastante em suas necessidades por recursos e cuidado e que a mesma pessoa pode ter uma larga variação de necessidades ao longo de sua vida” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Essa habilidade de reconhecer a diversidade humana e as peculiaridades que envolvem a vida de cada pessoa é, sem dúvida, uma das importantes contribuições trazidas pela abordagem das capacidades.

Na mesma direção, merece destaque o fato de não haver doutrina contratualista que inclua as pessoas com deficiência no rol dos atores que podem estruturar os princípios políticos que deverão reger a vida em sociedade. Seria isso mera coincidência? Nos parece que não.

As teorias contratualistas partem do pressuposto de que estariam aptas a participar do processo de criação da estrutura básica da sociedade todas as pessoas consideradas “livres, iguais e independentes”; cidadãos cujos interesses podem ser

defendidos por eles mesmos enquanto “membros integralmente cooperativos” e em geral dotados de certa “racionalidade idealizada” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Ao colocar a trilogia liberdade, igualdade e independência como condição ao exercício da participação ativa das pessoas nesse processo político de construção de princípios, as abordagens de base contratulista deixam de considerar o fato de que nem todos os seres humanos são livres, iguais e independentes e que tais atributos podem, além de variar de pessoa para pessoa, serem usufruídos de formas diversas por uma mesma pessoa ao longo de sua vida.

As desigualdades que permeiam a vida das pessoas, as diferentes capacidades de que são dotadas e a forma como as exercitam não são levadas em consideração pelas teorias contratualistas, razão pela qual não se atentam para os grupos vulneráveis de um modo geral, e inclusive, para o segmento das pessoas com deficiência.

No modelo procedimentalista de Rawls, para que exista cooperação mútua e reciprocidade entre as pessoas que celebram o contrato social faz-se necessário avaliar *por quem os princípios serão definidos e para quem serão dirigidos*.

Reconhecer que a escolha dos princípios políticos cabe às pessoas em situação de igualdade, ou seja, àquelas dotadas das mesmas capacidades – principalmente econômica e produtiva – exclui e impede que pessoas que integram grupos vulneráveis, tais como mulheres, idosos, crianças e também as pessoas com deficiência participem desse processo político de construção da sociedade – situação esta que, no bojo de uma teoria de justiça, se mostra discriminatória e inconcebível.

Note-se que embora Rawls reconheça que a igualdade de capacidade das pessoas participarem desse sistema mútuo de cooperação pode ser afetada ao longo de suas vidas, já que não se pode assegurar que ninguém jamais sofrerá uma enfermidade ou um acidente, por exemplo, e que tais contingências devem ser previstas para o propósito de sua teoria da justiça, “[...] as deficiências físicas permanentes ou as doenças mentais tão graves que impedem as pessoas de serem membros normais e integrais da sociedade no sentido habitual” não são levadas em consideração nesse momento de definição dos princípios (RAWLS, 2000, p. 217).

Por não serem considerados “membros normais e integrais da sociedade no sentido habitual”, as pessoas com severas deficiências não poderiam integrar o grupo responsável pela elaboração dos princípios políticos, porque “não estão entre aqueles para quem e em reciprocidade com quem as instituições básicas da sociedade são estruturadas” (NUSSBAUM, 2006, p. 98).

Ao conceber que as pessoas com deficiência não fariam parte desse contrato para geração de mútuas vantagens dada a sua impossibilidade de contribuir de forma recíproca com o todo, Rawls defende uma noção de igualdade restrita e que não reconhece o valor da diversidade humana.

Mas quais as conseqüências da não participação direta desse segmento no processo de elaboração dos princípios políticos na teoria de Rawls? A ausência de voz própria e as barreiras impostas às pessoas com deficiência nesse momento de definição das diretrizes políticas reflete a existência de uma contradição interna no âmbito da teoria contratulista. Conforme salienta Martha Nussbaum, em sendo os seres humanos “[...] realmente mais ou menos iguais em poderes e capacidades, parece arbitrário conferir a alguns uma vasta autoridade e oportunidade em

comparação a outros.” (NUSSBAUM, 2006, p. 31). Portanto, a não inclusão das pessoas com deficiência na esfera de definição dos princípios resulta num tratamento discriminatório e desigual conferido pelo autor a esse e a outros grupos vulneráveis.

Na prática, em decorrência dessa não participação no momento de formulação dos princípios políticos, questões relevantes para a realização de justiça social em relação a esse grupo de pessoas, como por exemplo, a discussão sobre a alocação do cuidado que requerem, o valor atribuído ao trabalho daqueles que cuidam, os custos para sua inclusão no mercado de trabalho e no processo educativo, bem como a estrutura necessária à manutenção de programas de seguridade social, poderiam ser deixados pelo grupo responsável pela elaboração dos princípios políticos para posterior consideração (NUSSBAUM, 2006, p. 33).

Do ponto de vista da justiça, ao ignorar as fragilidades inatas à natureza humana e as situações de extrema dependência a que todos estão sujeitos, a teoria rawlsiana excluiu as pessoas com deficiência (e membros de outros grupos vulneráveis, como idosos, mulheres e crianças) do processo de formulação dos princípios políticos que regem a vida em sociedade. Essa exclusão resulta, pois, na não integração das demandas desses segmentos no campo de preocupação daqueles que definem as bases da convivência social e, conseqüentemente, na forma como as políticas de distribuição e de promoção de justiça devem ser estruturadas.

No âmbito da teoria procedimentalista de Rawls, a justiça é assegurada no procedimento de escolha dos princípios políticos. Assim, em sendo este lacunoso, incompleto e/ou excludente – por impedir determinados grupos de integrarem esse processo- as diretrizes políticas que dele decorrerem podem ser consideradas injustas desde a sua origem.

Outro aspecto interessante do contratualismo rawlsiano que é criticado pelo enfoque das capacidades, e que tem origem na teoria contratualista clássica, é a noção de “independência”, também elencada por Rawls, ao lado da igualdade de capacidades, como elemento condicionador da plena participação na vida política, assim entendida como a possibilidade que cada indivíduo tem de ser fonte de seus próprios projetos e de cooperar socialmente.⁶

Conforme salienta Nussbaum, nesse particular Rawls “[...] omite da situação da escolha política básica as mais extremas formas de necessidade de dependência que os seres humanos podem experimentar [...], não havendo, portanto, no âmbito do seu conceito de cooperação social, espaço para as relações de extrema dependência” (NUSSBAUM, 2003, p. 24).

Pressupondo que todas as pessoas necessitam dos mesmos bens e recursos em igualdade de quantidades, o contratualismo rawlsiano reconhece a todas as pessoas com iguais capacidades o direito a uma igual parcela dos frutos decorrentes de sua participação nesse sistema de cooperação social. Nesse sentido, mostra-se insensível ao fato de que algumas pessoas necessitam ter acesso a determinados bens e cuidados de forma individual, respeitadas as suas especificidades, como é o caso, por exemplo, de crianças, idosos, pessoas com deficiência ou outras que, por qualquer motivo, estejam com sua saúde física e/ou mental temporariamente debilitada.

Note-se que ao elaborar sua lista de bens primários, apesar de incluir as liberdades básicas (de pensamento, de consciência etc.), as liberdades de movimento

e a livre escolha da ocupação, os poderes e prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade, a renda, a riqueza e as bases sociais do respeito próprio, Rawls não contemplou a noção de cuidado (*care*).

Essa alegada falta de “independência” e a necessidade de cuidado serviu aqui de justificativa para que as pessoas com deficiência e outros segmentos da sociedade considerados vulneráveis fossem excluídos, mais uma vez, de participar do processo de delineamento dos princípios políticos que embasariam a construção de uma sociedade em tese justa.

Considerando o respeito pela diversidade humana, a abordagem das capacidades integra o cuidado e a dependência como elementos essenciais à configuração de uma sociedade realmente justa. Como salienta Nussbaum, toda sociedade real doa e recebe cuidados e por isso mesmo precisa encontrar formas de lidar com esses fatos que decorrem da necessidade humana e da dependência, os quais são compatíveis com o auto-respeito daqueles que recebem e não devem constituir motivo de exploração daqueles que oferecem cuidado.⁷

O enfoque das capacidades enxerga que a igualdade de capacidade dos indivíduos e sua “independência” não é perene. Nesse sentido, entende que as eventuais contingências que podem acometer as pessoas ao longo de suas vidas, assim como a noção de dependência e cuidado, precisam ser levadas em consideração quando da formulação dos referidos princípios políticos.

No intuito de não descartar integralmente do enfoque das capacidades essa fundamentação contratualista, Nussbaum propõe a inclusão da necessidade de cuidados na lista dos bens primários de Rawls e o reconhecimento de que os indivíduos são seres dotados de capacidades e necessidades distintas, necessitando, portanto, de uma pluralidade de atividades da vida.

Para a autora, como a mensuração dos cuidados não atende aos mesmos requisitos necessários à análise da riqueza e de bens, a complementação proposta, embora possível, apenas reafirma a idéia de que o rol de bens elencados por Rawls deveria ser concebido como um conjunto de capacidades primordiais a serem asseguradas a todos os indivíduos, ao invés de um conjunto de bens a serem distribuídos em igualdade de condições a todos os seres humanos – discussão essa que não teremos a oportunidade de aprofundar nesse trabalho.

4 Considerações finais

Ao reconhecer e aceitar a diversidade humana como um elemento singular e indispensável à efetiva promoção da igualdade, buscando conciliar os interesses em conflito a partir de uma perspectiva mais inclusiva, o enfoque das capacidades se mostra uma interessante ferramenta alternativa para pontuar questões de justiça e de direitos humanos.

Quanto mais percebemos que as assimetrias que fazem parte da vida humana geram relações de dependência, necessidade e interferem na forma como as pessoas participam do sistema de cooperação social em que vivemos, mais nos afastamos do ideal clássico da justiça contratualista e nos aproximamos de um espaço de tomada de decisões que deve levar em consideração essa miríade de situações de desigualdade que informam a vida das pessoas.

Nessa assertiva reside, pois, uma das principais contribuições do estudo das capacidades para o discurso dos direitos humanos: o fato de afirmar que as peculiaridades da vida humana sejam levadas em consideração no momento de formulação, execução, avaliação e monitoramento de leis, políticas públicas, programas e projetos.

Essa releitura do contrato social sob a ótica das capacidades conduz à compreensão da igualdade à luz da diversidade humana, por meio do reconhecimento e da aceitação das diferenças. Permite entender que a reciprocidade não se verifica apenas entre partes exatamente iguais e aptas a oferecer umas às outras iguais benefícios, mas também entre pessoas diferentes, quando reconhecidas e respeitadas as suas peculiaridades.⁸ Por fim, ressalta a importância de se assegurar a todas as pessoas os meios e recursos necessários para que possam exercer seus direitos e participar do processo de construção das diretrizes políticas que servirão de guia às próprias vidas.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ALKIRE, S. 2007. Measuring Freedoms Alongside Well-Being. In: GOUGH, I.; MCGREGOR, J.A. (Ed.). **Developing Countries: New Approaches and Research Strategies**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 93-108.
- ARAÚJO, C. 2002. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a04n57.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2008.
- ARCHER, R. 2006. Os pontos positivos de diferentes tradições: o que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento? **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 3, n. 4.
- BECKER, G.S. 1992. The Economic Way of Looking at Life. In: **Economic Sciences 1992**. Chicago: Department of Economics, University of Chicago, Nobel Lecture, Dec. 9. p. 38-58. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~gbecker/Nobel/nobellecture.pdf>>. Último acesso em: 27 ago. 2008.
- BOBBIO, N. 1992. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.
- CASSESE, A. 2005. **I Diritti Umani Oggi**. Roma: Editore Laterza.
- CLARK, D.A. 2005a. **The Capability Approach: Its Development, Critiques and Recent Advances**. Global Poverty Research Group. Working Paper 32 (GPRG-WPS-032). Disponível em: <<http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/pdfs/gprg-wps-032.pdf>>. Último acesso em: 21 nov. 2008.

- _____. 2005b. Sen's Capability Approach and the Many Spaces of Human Well-Being. *The Journal of Development Studies*, v. 41, n. 8, p. 1339-1368, Nov. Disponível em: <http://pdfserve.informaworld.com/564918__727553410.pdf>. Último acesso em: 04 May 2007.
- COHEN, G.A. 1997. On Welfare, Goods and Capabilities. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A.K. (Org.). *The Quality of Life*. New York: Oxford University Press.
- DELGADO, A.P.T. 2001. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DONNELLY, J. 2003. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- DWORKIN, R. 2005. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes.
- GASPER, D. 2007. *Human Rights, Human Development, Human Security: Relationships Between Four International 'Human' Discourses*. Institute of Social Studies–The Hague July – (Working Paper, n. 445). Disponível em: <http://www.garnet-eu.org/fileadmin/documents/working_papers/2007.pdf> Último acesso em: 13 Jul.. 2011.
- GUSMÃO, L.A.S.C. de. 2001. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, J. (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- HURREL, A. 1999. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, T.; WHEELER, N.J. (Ed.). *Human Rights and Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 277-302
- IGNATIEFF, M. 2003. *Los derechos humanos como política e idolatria*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- MEHROTRA, S. 2002. The Capabilities and Human Rights of Women: Towards an Alternative Framework for Development. In: CONFERENCE ON PROMOTING WOMEN'S CAPABILITIES: Examining Nussbaum's Capabilities Approach, 2002, Cambridge. The Von Hügel Institute, St. Edmund's College, University of Cambridge, 9-12 Sept. 2002. Disponível em: <<http://www.st-edmunds.cam.ac.uk/vhi/nussbaum/papers/mehrotra.pdf>>. Último acesso em: 25 July 2008.
- NUSSBAUM, M.C. 1992. Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution. In: MCCARTHY, G. et al. (Org.). *Marx and Aristotle: Nineteenth-century German Social Theory and Classical Antiquity*. Totowa, N.J.: Rowman & Littlefields.
- _____. 1995. Human capabilities, Female Human Beings. In: NUSSBAUM, M.C.; GLOVER, J. *Women, Culture and Development: a Study of Human Capabilities*. New York: Oxford University Press, World Institute for Development Economics Research. p. 61-104.
- _____. 1997. Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A. (Org.). *The Quality of Life*. New York: Oxford University Press. p. 242-269.

- _____. 2001. **Women and Human Development – The Capabilities Approach**. Cambridge: University Press.
- _____. 2003. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. **Feminist Economics**, v. 9, n. 2-3, p. 33-59, Jan. Disponível em: <<http://www.ier.hitu.ac.jp/pie/Japanese/discussionpaper/dp2001/dp56/text.pdf>>. Último acesso em: 28 May 2007.
- _____. 2006. **Frontiers of Justice – Disability, Nationality e Species Membership**. Cambridge: Harvard University Press.
- _____. 2007. The Supreme Court Term 2006 – Foreword: Constitutions and Capabilities: “Perception” against Lofty Formalism. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 121, n. 1, p. 4-97, Nov. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/121/november07/Foreword_5507.php>. Último acesso em: Mar. 2011.
- PAREKH, B. 1999. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, T.; WHEELER, N.J. (Ed.). **Human Rights and Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 128-159.
- PERRONE-MOISÉS; C. 1999. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JÚNIOR, A. De; PERRONE-MOISÉS; C. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. p. 179-196.
- RAWLS, J. 2000. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes.
- ROBEYNS, I. 2009. Capabilities and Theories of Justice. In: MARTINETTI, E.C. (Ed.). **Debating Global Society: Reach and Limits of the Capability Approach**. Milan: Feltrinelli. p. 61-89. Disponível em: <<http://www.ingridrobeyns.nl/publications.html>>. Último acesso em: Mar. 2011.
- ROUSSEAU, J.J. 2008. **Social Contract**. Versão eletrônica editada pela Universidade de Adelaide, Austrália. Disponível em: <http://ebooks.adelaide.edu.au/r/rousseau/jean_jacques/r864s/book1.html>. Último acesso em: 13 Jul. 2011.
- SARLET, I.W. 2007. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, p. 361-388, jan./jun.
- SEN, A.K. 1997. Capability and Well Being. In: NUSSBAUM, M.C.; SEN, A. (Org.). **The Quality of Life**. New York: Oxford University Press.
- _____. 1999. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. téc. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras.
- _____. 2000. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras.
- _____. 2007. **The Possibility of Social Choice**. Cambridge, Trinity College, CB21TQ, Great Britain. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobelprizes/economics/laureates/1998/sen-lectures.pdf>>. Último acesso em: 22 Oct. 2007.
- _____. 2008. **Desigualdade Reexaminada**. Trad. e. apres. Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD).
2000. **Atlas do Desenvolvimento Humano**. Brasília: PNUD, 2000. Disponível em
<<http://www.pnud.org.br/atlas/>>. Acesso em: 08.01.2009.

_____. 2006. **Human Development Report, 2006**. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/media/HDR06-complete.pdf>>. Último acesso em: Mar. 2011.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNPD). 1990. **Human Development Report 1990**. N.Y./Oxford, Oxford University Press. Disponível em:
<http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1990_en_front.pdf>. Último acesso em: 12
Jan. 2009.

NOTAS

1. A autora agradece ao Professor Doutor Cícero Romão Resende de Araújo por toda confiança depositada e a Lais de Figueiredo Lopes, pelos conhecimentos compartilhados, pela crítica apurada e pelo constante estímulo.

2. A expressão *capabilities* ou capacidades indica potencialidades ou liberdades substantivas de que dispõem os indivíduos para que possam exercer as mais diversas formas de ser e de fazer, colocando em prática o que mais valorizam em sua vida. A exemplo disso, uma pessoa extremamente religiosa pode, por opção, não ficar bem nutrida na medida em que valoriza jejuar; outra pode, por quaisquer razões, levar uma vida celibatária ao invés de outra dotada de expressão sexual; uma terceira, mesmo dispondo de excelentes condições financeiras, pode preferir trabalhar de forma exacerbada, a gozar de lazer e recreação (NUSSBAUM, 2001, p. 87).

3. Capacidades e funcionalidades são conceitos que, no âmbito dessa abordagem, caminham lado a lado e se vinculam por meio de uma relação de causalidade—as capacidades correspondem a um potencial para exercício – a uma liberdade, no sentido substantivo, ou a um poder agir—necessário a que cada indivíduo atinja as mais diversas formas de ser e de fazer – as funcionalidades são os estágios físicos, psicológicos, cujo alcance depende da presença de capacidades mínimas.

4. Para Rousseau (2008), “[...] [Em quanto numerosos homens reunidos se considerem como corpo único, sua vontade também é única e se relaciona com a comum conservação e o bem-estar geral. Todas as molas do Estado são então vigorosas e simples, suas sentenças são claras e luminosas; não há interesses embaraçados, contraditórios;

o bem comum mostra-se por toda parte com evidência e apenas demanda bom senso para ser percebido. A paz, a união, a igualdade são inimigas das sutilezas políticas [...]”.

5. Segundo Nussbaum, a abordagem de Rawls se distancia do contratualismo clássico primeiramente por se tratar de uma teoria procedimental pura de justiça, onde a adoção do correto procedimento assegura o correto resultado, rechaçando o argumento de que os seres humanos possuem direitos naturais; e por envolver elementos morais no processo de definição do contrato, ao reconhecer que todos os seres humanos seriam iguais, dotados de valor e capacidades.

6. Para Nussbaum a independência significa para Rawls a assunção de que as partes, na Posição Original, não têm interesse pelos interesses dos outros, não porque sejam necessariamente egoístas, mas porque estão preocupados em avançar nas suas próprias concepções de bem e não naquela dos outros (NUSSBAUM, 2006, p. 33).

7. Um aspecto interessante que Nussbaum ressalta, mas que não teremos oportunidade de tratar neste trabalho, diz respeito à importância que se deve dar às pessoas que prestam cuidados a pessoas dependentes, na medida em que uma sociedade justa deveria também se preocupar com o reconhecimento devido a essas pessoas. Para mais detalhes ver Nussbaum (2006, p. 100).

8. Segundo Martha Nussbaum, é fato que as medidas que devem ser adotadas para trazer justiça às pessoas com deficiência são custosas e, por isso mesmo, não seriam justificáveis como mutuamente vantajosas de um ponto de vista estritamente econômico.

ABSTRACT

The present article seeks to examine the relationship between equality, human diversity, disability and political participation using the framework of Martha Nussbaum's capabilities approach.

KEYWORDS

Equality – Human diversity – Persons with disabilities – Capabilities – Social contract

RESUMEN

Este ensayo pretende examinar la interrelación entre la igualdad, la diversidad humana, la discapacidad y participación política, a partir de la crítica que el abordaje de las capacidades, visto desde el punto de vista de Martha Nussbaum, plantea sobre el tema.

PALABRAS CLAVE

Igualdad – Diversidad humana – Personas con discapacidad – Capacidades – Contrato social



PETER LUCAS

Peter Lucas é professor da *New York University* e da *New School* nos EUA. Ensina e é pesquisador de temas concentrados na área de direitos humanos com ênfase em práticas documentárias, direitos humanos e fotografia, a poética de testemunhar, educação em direitos humanos e mídia de jovens. Além de sua produção acadêmica, também é fotógrafo e documentarista e criador de portais de educação sobre direitos humanos.

Recentemente, ele ganhou uma Bolsa Guggenheim por seus projetos no Brasil. Sua página pessoal na internet é: www.peterlucas.net.

E-mail: peterlucas@nyu.edu

RESUMO

Não haveria mudança transformacional nos direitos humanos para pessoas com deficiência sem a existência de sua representação visual. Este artigo examina cinco documentários dos anos 1960 e início dos anos 70 que iniciaram a visualização das deficiências. Descrevendo os filmes e refletindo sobre as mudanças em relação aos direitos das pessoas com deficiência, o artigo objetiva situar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dentro da rica história da prática documentária.

Original em inglês. Traduzido por Pedro Falkenbach.

Recebido em janeiro de 2011. Aprovado em maio de 2011.

PALAVRAS-CHAVE

Documentários – Direitos humanos – Pessoas com deficiências



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em www.revistasur.org.

A PORTA ABERTA: CINCO FILMES QUE MARCARAM E FUNDARAM AS REPRESENTAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Peter Lucas

Uma porta se abre e algumas pessoas aparecem sob a luz e um espaço vazio. Parecem desorientados, inseguros sobre onde estão, e umas freiras francesas os conduzem para frente. Na esquina, um homem senta-se curvado sobre um banco e aparenta estar assustado, quase como um animal ferido. Alguém abre uma porta de ferro e mais pessoas entram, vestidas de roupas do período da Revolução Francesa. Outro homem vestido de trapos, obviamente com alguma deficiência, se arrasta até o outro lado do quarto e entrega um buquê de flores a uma mulher vestida socialmente. Alguém ajoelhado é pego violentamente por dois assistentes operacionais de uniforme azul; seus gritos calados pelas mãos dos assistentes. O som de um trompete ecoa e um mestre de cerimônias vestido de smoking e cartola do outro lado das grades da prisão, olha para a câmera e declama:

Como diretor da clínica de Charenton, gostaria de convidá-los para este salão de banho. E a um de nossos residentes, Senhor De Sade, um agradecimento é devido. Ele escreveu e produziu esta peça para seu deleite e para a reabilitação dos nossos pacientes. Pedimos sua amável compreensão com este inexperiente elenco que antes de Charenton nunca havia interpretado. Porém cada interno, lhes garanto, se esforçará para fazer o que for necessário. Somos modernos e iluminados, e não concordamos em aprisionar pacientes. Preferimos terapia através da educação e arte, para que nosso hospital possa fazer sua parte, seguindo fielmente a Declaração de Direitos Humanos (ouvimos uma gargalhada cínica no fundo). Eu concordo com nosso autor, o Senhor De Sade, que sua peça encenada na nossa moderna sala de banho, não será prejudicada por todos estes instrumentos de higiene física ou mental. Ao contrário, eles ajudam a encenar a peça que mostra como Jean Paul Marat morreu e como esperou em seu banho antes que Charlotte Corday batesse em sua porta

(MARAT/SADE, 2001).

Ver as notas deste texto a partir da página 206.

Assim começa a famosa adaptação de Peter Brook feita em 1967 da peça “*Perseguição e Assassinato de Jean-Paul Marat encenado pelos internos do Hospício de Charenton sob direção do Marquês De Sade*,” melhor conhecida pelo nome *Marat/Sade* (2001). A peça, que tem como cenário o Hospício de Charenton, ocorre logo após a Revolução Francesa e foi dirigida pelo Marquês De Sade usando como atores os internos do hospício. Essencialmente uma peça dentro de uma peça, a sua história começa em 1808 quando o Marquês De Sade lá foi internado e dirigiu peças com os internos. Mas essa peça é sobre o famoso escritor Marat, morto em seu banho por Charlotte Corday durante a Revolução em 1793. O diretor do hospital, Monsieur Coulmier, que recebeu a todos, e quem supervisiona a encenação, apoiava o governo pós-revolucionário de Napoleão e esperava que a peça ajudasse a disseminar suas visões patrióticas.

Durante a encenação, entretanto, os internos do hospício tinham outras ideias e frequentemente fugiam do roteiro para se expressarem. Eles não se sentiram melhor após a Revolução e seus pedidos de direito e justiça são reprimidos por enfermeiras e assistentes que volta e meia interrompem para manter a ordem. Enquanto isso, De Sade senta calmamente, debatendo filosofia com Marat e refletindo sobre os acontecimentos, divertindo-se e ao mesmo tempo mantendo-se emocionalmente desconectado. Absorto por seus próprios pensamentos egoístas, eróticos e niilistas, ele até pede uma chicotada de Charlotte Corday.

Peter Brook encenou a peça com a *Royal Shakespeare Company* sob o axioma de Antonin Artaud para quem “o teatro deve nos dar tudo o que há sobre crime, na guerra ou na loucura, se quiser recuperar a sua necessidade”.¹ Brook colocou as teorias de Artaud em prática ao retratar os internos de Charenton com deficiências. Na história do teatro *avant-garde* (e certamente do filme documentário) *Marat/Sade* foi um marco, fugindo das convenções teatrais estabelecidas e trazendo a interpretação dramática de volta a um estado místico, primário. Ao enfatizar cenas de violência, sadismo e loucura, a interpretação ameaçava a frágil divisão entre o público e os atores e zombava da psicoterapia que a peça dentro de uma peça supostamente deveria realizar.

Peter Brook é famoso por sua visão de que o palco é um “espaço vazio” que permite que atores criem um mundo físico do nada.² Para Brook, o espaço vazio do teatro permite o nascimento de um novo fenômeno. Com *Marat/Sade*, uma porta foi aberta para o mundo da deficiência, entre outros assuntos políticos. O fato da peça/filme ser introduzida como uma resposta dos “direitos humanos” às deficiências psicossociais com terapia de drama permitiu o aparecimento de uma inversão crítica. A interpretação não somente pode ser entendida como uma crítica aos direitos civis e políticos clássicos de primeira geração na época da Revolução Francesa (para não falar sobre o final dos anos 60, quando foi encenada), mas também de direitos sociais e econômicos de segunda geração que afetam serviços de saúde e reabilitação para pessoas com deficiência.

Brook afirma que as pessoas vão ao teatro para encontrar vida, e que não deveria existir diferença entre os dois. Porém o teatro, e, para todos os fins intensivos os filmes também, deveriam tornar a vida mais visível, mais concentrada, mais entendível e mais intensa. Essa presença irresistível da vida—

que Brook aborda em sua escritura—é a faísca que acende e intensifica o espaço vazio onde presenciamos a vida se desenvolvendo em nossa frente. Em *Marat/Sade*, Brook criou uma nova forma de filmar teatro, que viria a influenciar toda futura obra de documentário performático. Poderia argumentar-se que *Marat/Sade* foi um filme autônomo ao mesmo tempo em que foi uma documentação de uma peça teatral. O uso de cortes e *closes*, câmeras seguradas à mão seguindo os atores, silhuetas e técnicas de filmagem fora de foco, combinava as estratégias criativas de cinema arte e teatro *avant-garde*.

Mas é o grau de reflexão da produção de Brook que a faz tão convincente. Se o teatro é para ser uma experiência total, deve também envolver o público na construção do espaço vazio. Como *Marat/Sade* é uma peça dentro de uma peça, existem membros do público entre os próprios atores; o diretor de Charenton convida sua esposa e filha ao salão de banho e declama a introdução da peça aos aristocratas franceses sentados do outro lado das grades de ferro da prisão. Isto foi também um fato histórico; que a classe rica fosse assistir às encenações terapêuticas dos internos de Charenton. A câmera se afasta de vez em quando e podemos ver a troca entre os atores e o público. Vemos a silueta do público em frente ao salão de banho e o efeito nos coloca exatamente atrás dos que estão verdadeiramente sentados do lado oposto das grades, como se nós também fôssemos cúmplices. E quando os internos estão alcançando o estado de anarquia total, o que ocorre diversas vezes durante a peça, o diretor do hospital pára a ação, castiga De Sade e ameaça terminar a produção para não ofender a platéia assistindo.

Pelas críticas feitas quando *Marat/Sade* foi encenada em Londres e Nova Iorque em meados da década de 60, sabemos que muitos dos que assistiam à peça se ofendiam. Muitos se recusavam a assistir até o final e iam embora. Outros ficavam fisicamente doentes.³ Não era somente a baba dos pacientes, ou a coriza de seus narizes, ou os gemidos, choros, gritos, murmúrios e todos os outros sintomas físicos associados à loucura. Era mais a brutal repressão que os assistentes operacionais do hospital infligiam sobre os internos para reprimir qualquer tipo de expressão. Os internos eram agredidos, acorrentados e arrastados pelo chão em nome da censura. Era uma experiência genuína do teatro de choque. E o que espelhava (além de uma ampla demência social do final da década de 60) era o asilo contemporâneo e seu suposto tratamento de reabilitação das pessoas com deficiências mentais.

Em seu livro, *Teatro e seu Duplo*, Artaud argumenta que a interpretação deve afetar fisicamente o público e que a experiência total do teatro é tanto um reflexo do corpo como dos sentidos.⁴ A vida no palco deve te perfurar e machucar de alguma forma para que seja efetiva. Também argumenta que o teatro é essencial porque elimina qualquer outra forma de mídia entre o público e a interpretação—você presencia outros corpos e almas cara a cara. Um filme documentário também pode ser uma experiência poderosa com as estratégias cinematográficas certas. As diferentes estratégias reflexivas em *Marat/Sade* obrigam até o público do filme a reconhecer sua função no processo de troca de experiência, principalmente ao final da encenação, quando um motim ocorre e os internos se revoltam e se vingam brutalmente (luta de classes) dos funcionários do hospital e da família do Diretor

de Charenton, que está no palco. A cena termina com os internos escalando as grades que mal os separam dos patronos da arte que presenciam a peça e, que, por extensão, nos inclui como espectadores. A revolução ocorrida naquele palco era sobre os direitos, direitos estes que os internos pediam ao longo da interpretação. Mas a peça termina sem resolução, nada além de uma última exortação de *Agir!* Este era um slogan apropriado para aquela época, mas ao mesmo tempo deixava todas as conclusões e interpretações abertas para o público.



Durante a década de 60, o movimento internacional de direitos humanos iniciava o que alguns acadêmicos chamam de terceira geração dos direitos humanos, enfatizando os direitos coletivos.⁵ Ao invés de um foco ontológico em liberdades individuais, o movimento começou a reconhecer vários tipos de lutas coletivas. Em nome da autodeterminação, países lutavam pela independência dos países colonizadores. O movimento de direitos civis incendiava os Estados Unidos. O movimento pacifista era uma crescente força internacional. O movimento feminista ganhava impulso. O movimento dos direitos da criança finalmente nascia. Direitos indígenas se espalhavam por terras tradicionais. E por fim, coletividades se formariam, como o movimento de gay, lésbicas, bissexuais e transexuais (LGBT).

O movimento dos direitos das pessoas com deficiência também começou a formar-se. Sua história é peculiar pelo fato de lutas locais e nacionais terem precedido qualquer grande movimento maior internacional. Nos Estados Unidos, de onde escrevo, a história dos direitos das pessoas com deficiência começou logo após a Primeira Guerra Mundial, quando soldados voltavam com graves ferimentos que lhes causavam problemas para o resto da vida.⁶ Durante a década de 1920, atos governamentais de reabilitação vocacional foram aprovados para fornecer serviços aos veteranos de guerra. Porém o reconhecimento de que soldados feridos requeriam cuidados especiais, ainda era uma visão bastante exclusiva de deficiência. Até a década de 1960, qualquer pessoa com alguma deficiência era considerada “incapacitada” e o pensamento comum nessa época era institucionalizar pacientes e manter qualquer pessoa com deficiência longe da vista do público.

O ativismo decolou na década de 1970 quando pessoas com deficiências fizeram lobby e pressionaram o Congresso Americano, realizaram manifestações em diversas cidades e organizaram marchas pelos seus direitos. Inspirados em outras lutas coletivas, o movimento defendia que as leis e a linguagem dos direitos civis protegessem todo tipo de deficiência. Esta abordagem pluralista, que marginalizava objetivos específicos de pequenos grupos associados a diferentes deficiências, foi o que deu a esse ativismo força e caráter coletivo.

As principais leis que foram aprovadas incluíram a Lei de Reabilitação de 1973, a Lei para Educação de Toda Criança Deficiente de 1975, e a Lei dos Americanos com Deficiência em 1990.⁷ Essas leis garantiram que qualquer americano com uma deficiência física, mental, visual, auditiva, ou qualquer outro tipo de deficiência, teria oportunidades iguais de emprego, moradia e educação. Crianças e adolescentes teriam educação apropriada e gratuita em ambiente menos

restritivo possível. Acesso a áreas públicas, e, principalmente, transporte público, eram pontos de inflexão cruciais. O direito a tecnologias assistivas que possibilitam a comunicação entre pessoas e que permitem que pessoas se expressem, estudem, aprendam e trabalhem, também passa a ser mais fácil com essas novas leis. E questões de estilo de vida, da habilidade do indivíduo de viver independentemente, passaram a ser um foco importante do ativismo voltado para as causas das pessoas com deficiência.

Poderia argumentar-se que o objetivo do movimento coletivo era a inclusão na sociedade, o fim da marginalização de pessoas com deficiência e da prática, comum no século 19, de institucionalizar pessoas com deficiência em hospícios, como retratado em *Marat/Sade*. Inclusão também significou a criação de solidariedade com ativistas que não tinham deficiências. Cineastas tiveram um papel importante nesse aspecto porque o movimento precisava de toda a ajuda possível, inclusive representação visual. Durante a década de 1960, cineastas que trabalhavam com questões de deficiências não se enxergavam como ativistas de direitos humanos. Eles trabalhavam sob a bandeira da reforma social. Hoje, esse mesmo grupo está exibindo seus documentários em festivais de direitos humanos ao redor do mundo. De fato, seria até difícil falar sobre direitos humanos na contemporaneidade sem visualizar a luta em termos concretos.

Existem muitos filmes sobre direitos de pessoas com deficiência hoje—tanto documentários, como longas-metragens – e pessoas têm se esforçado muito para catalogar esses filmes sob a correta categoria de deficiência.⁸ Existem até festivais de cinemas especializados em filmes sobre deficiências. Mas também existem filmes que marcaram época e semearam o movimento mais amplo, permitindo o reconhecimento e conscientização visual que temos hoje a respeito de deficiências. Minha intenção com este artigo é falar sobre cinco desses filmes e sugerir algumas das mais poéticas estratégias sobre como retratar direitos das pessoas com deficiências. O lado poético da representação da deficiência permite interpretações mais abertas e talvez, por serem filmes sem finais conclusivos e sem recomendações de políticas explícitas, conseguem ter uma vida útil mais longa no que se refere ao interesse do público. Os cinco filmes discutidos aqui são hoje considerados clássicos na área de documentação de deficiências.

Como professor de direitos humanos e mídia, muitos dos meus alunos estudam para serem documentaristas e os direitos das pessoas com deficiência é uma das áreas, dentro da temática mais ampla de direitos humanos, que abordam em seus projetos. De uma abordagem conceitual de direitos humanos, deficiências específicas nunca são por si só o único tema. A abordagem conceitual procura entender a profundidade e complexidade de cada violação de direitos humanos e fazer conexões holísticas entre todos os direitos.⁹ Por exemplo: mulheres com deficiências são duplamente vulneráveis por sofrerem opressão tanto por serem mulheres como por terem deficiência. Crianças com deficiências também necessitam de uma abordagem conceitual mais holística. Pessoas com deficiência vítimas de guerras e conflitos armados, pessoa com deficiência forçadas à migração, ou pessoas que são pobres além de apresentarem alguma deficiência física, mental ou sensorial necessitam de uma abordagem mais sofisticada de direitos humanos.



Um dos filmes (*Ur-films*) que retratam a deficiência é *Titicut Follies* de Fredrick Wiseman (1967). *Follies* é um filme muito discutido na história de prática documentária, porém raramente visto até recentemente. Sua história é complicada por questões éticas sobre consentimento e o direito de saber do público. O documentário foi filmado dentro do Hospital Estadual de Bridgewater para “criminosos insanos”, administrado pelo Departamento de Prisões do Estado de Massachusetts ao invés do Departamento de Saúde Mental. Similarmente ao Hospício de Charenton, esse lugar era essencialmente uma prisão, e entre os 2.000 homens que se encontravam lá naquele ano, somente 15% de fato tinham sido condenados por algum crime.¹⁰

A forma como Wiseman e seu cinegrafista, o famoso cineasta etnográfico Robert Gardner, conseguiram ter acesso às instalações e aos pacientes é uma questão que seria debatida no âmbito jurídico durante anos. Poderia o superintendente do hospital, o responsável jurídico pelos pacientes, dar o consentimento em nome de todos sob seus cuidados? Cinco minutos após o filme começar, vemos homens enfileirados para uma revista íntima, pelados e humilhados em frente de um ao outro e dos guardas. Filmado em 16mm e branco e preto, a cena é uma visão forte de como as pessoas com deficiências psicossociais eram “armazenadas” naquela época.

A próxima cena apresenta o que poderia ser entendido como a “normalização da depravação,” uma entrevista com um interno chamado Mitch e Dr. Ross, um dos dois psiquiatras disponíveis para toda a população da prisão. O fato de depois terem seus nomes revelados no filme é chocante, dado o conteúdo de sua conversa. Enquanto Mitch reconhece abertamente sua pedofilia, o psiquiatra escuta sentado, fumando cigarros, querendo saber o que ele sente a respeito de sua depravação sexual e por que se masturba três vezes por dia. Quando Mitch questiona genuinamente se receberá ajuda no hospital, Dr. Ross pensa e responde: “Você terá ajuda aqui, eu suponho.” A simplicidade de sua resposta e a dedução da conversa assombra. Não existe terapia aqui, nenhuma troca de conhecimentos, nenhum plano de tratamento. Só existe a normalização institucional do poder e da vergonha ao construir um ser depravado.

Outras cenas do filme são menos sutis. Estes não são atores da *Royal Shakespeare Company* interpretando papéis no asilo; esta é a verdade nua e crua, filmada usando a técnica de câmera direta, de observação cuidadosa, sem questionamento ou narração ou qualquer tipo de trilha sonora além do acontecia a qualquer momento em Bridgewater. Um homem carregando um jornal falava rapidamente misturando partes do que possivelmente havia acabado de ler com linguagem sem nexos num fluxo de pensamento incompreensível. Ele depois oferece suas bênçãos aos outros internos e, entre os vários críticos deste filme, a Igreja Católica condenou esta cena.

Os homens no quintal parecem solitários e isolados. Alguns falam apenas consigo mesmos. Um homem, agitado e balançando, está em pé no meio do jardim e se masturba abertamente. Outro toca um espiroso trombone sozinho. Outros declamam teorias políticas e discutem com internos sobre a loucura da Guerra do Vietnã. Um homem, porém, parece diferente. Seu nome é Vladimir. Falando num inglês fluente com sotaque do leste europeu, ele chama a atenção do

Dr. Ross no quintal. Vladimir argumenta com o Dr. Ross que foi diagnosticado incorretamente e que não deveria estar no hospital. Tem um tom de urgência, ele sente que está piorando conforme vai permanecendo lá. O psiquiatra responde cinicamente, sorrindo e lembrando Vladimir de ter sido diagnosticado como o paranóico-esquizofrênico. Vladimir questiona quem da sociedade tem o direito de definir o significado desses rótulos.

As cenas mais desoladoras ocorrem quando os homens são levados às suas celas, pelados e isolados. As celas em si são surpreendentemente vazias. Não têm nada além de um chão frio, paredes de tijolo e uma janela com barras de proteção de metal. Um homem pelado marcha para frente e para trás pisoteando o chão com seus pés descalços e quando descansa sob a esquina da cela, vemos as manchas de sangue de onde certamente ele bate com a própria cara contra a parede. Enquanto isso, os guardas abertamente insultam os homens, perguntando constantemente por que seus quartos estão tão sujos. Um homem no corredor ajoelha-se para esconder suas partes íntimas, outro usa suas mãos para cobri-las. Não fica claro se essas reações estão relacionadas à presença das câmeras. Tendo visto o filme várias vezes, acredito que esses homens devem cobrir-se até sem a presença das câmeras, pois a situação é extremamente humilhante.

Naquela época, “direitos de idosos” não era um conceito de direitos humanos bem definido. Mas muitos dos homens em Bridgewater estavam no final de suas vidas sem ninguém para cuidar deles, fazendo de sua situação uma experiência ainda mais dolorosa de assistir. O pior caso é quando um homem se recusa a comer e é acorrentado à mesa. Também está pelado. Dr. Ross enfia um tubo de borracha em seu nariz até seu estômago. Depois fica em pé em uma cadeira sobre o paciente e insere sopa através de um funil conectado ao tubo. Ele até pergunta com humor se alguém tem um bom uísque para o paciente, enquanto a cinza de seu cigarro está por cair dentro do funil.

Quando a câmera faz um *close* do rosto do homem, vemos uma lágrima escorrendo sob sua face. A cena é cortada e vemos a face do mesmo homem sendo barbeada e depois cortada de novo e o vemos sendo alimentado forçadamente pelo tubo de borracha e, cortada novamente, quando depois o vemos em outra situação, quando alguém forçosamente puxa e abre seus olhos com pinças e enfia bolas de algodão debaixo de suas pálpebras. A cena termina quando vemos seu corpo embrulhado no necrotério do hospital enfiado numa geladeira. E quando seu corpo é posto sobre o chão, a cena serve como presságio de uma das principais questões de direitos humanos em prisões hoje, esta sendo o tempo de encarceramento e o fato de muitos idosos morrerem dentro de prisões com certa frequência.

Posteriormente no filme, Vladimir tenta argumentar com o conselho médico e enfermeiras do hospital. Um dos médicos diz: “Como te disse antes, se perceber suficiente progresso...” Vladimir, lucidamente, o interrompe: “Mas como posso melhorar se vejo que estou piorando a cada dia, e agora você me diz que se eu melhorar as coisas mudarão, mas a cada dia fico pior. Então obviamente é este tratamento que estou recebendo, ou a situação, ou o lugar, ou os pacientes, ou os internos. Eu deveria ter vindo para cá apenas para uma observação. Mas que tipo de observação recebi?” (TITICUT FOLLIES, 1967).

Vladimir continua, argumentando com eloquência que se está preso no sistema por mais de um ano e meio, que quer voltar de onde veio e que pelo menos antes na prisão comum existia uma escola e um ginásio e que os remédios que está tomando agora estão piorando sua mente. O conselho médico não se comove e quando pedem que ele se retire, conversam entre si em frente da câmera. Eles se surpreendem pelo fato de Vladimir ter aprendido inglês na prisão e que também tenha passado por sua condicional antes de ser enviado ao hospital. O psiquiatra chefe decidiu que Vladimir estava se desintegrando e que sua ansiedade era um resultado comum dos antidepressivos e que agora deveriam aumentar a dosagem dos tranquilizantes.

No final, o filme volta à cena inicial; um show de talentos anual que os prisioneiros e os guardas encenam chamado *Titicut Follies*, de onde deriva o nome do filme. Enquanto os pacientes e funcionários cantam *So Long for Now*, a interpretação nos lembra que a exibição pública de internos em “manicômios” institucionais como Charenton tem sido uma prática comum há centenas de anos. O fato de “as loucuras” (*follies*) serem apresentadas como diversão no nome da reabilitação é uma farsa, considerando o que Wiseman mostrou entre a primeira e última cena.

Desde o começo o filme foi polêmico. Antes de estrear no Festival de Cinema de Nova Iorque em 1968, o filme sofria problemas legais.¹¹ Um trabalhador social, nunca tendo visto o filme, leu que ele continha nudez frontal dos internos e escreveu uma carta ao Governador do Estado de Massachusetts reclamando que um filme como este viola a dignidade de seus sujeitos. O Estado de Massachusetts tentou obter uma liminar impedindo a estréia do filme argumentando que o este violava os direitos de privacidade dos internos e dos guardas. Wiseman contra argumentou que havia recebido autorização legal do superintendente do hospital e consentimento verbal dos internos e funcionários do hospital. Também, em nenhum momento durante os 29 dias de filmagem recebeu um pedido de não filmar alguma coisa. Enquanto as questões legais eram debatidas em Massachusetts, uma corte do estado de Nova Iorque permitiu que o filme fosse exibido.

Titicut Follies estreou no Festival de Cinema de Nova Iorque (e depois comercialmente no circuito de cinema mais amplo em Nova Iorque) e foi muito aplaudido como uma exposição chocante de um lugar perturbador. Seus tons sombrios e estilo aberto de edição marcaram *Titicut Follies* para sempre como um filme artístico e ao mesmo tempo, de investigação jornalística. Porém, ao contrário de filmes expositivos, não existe narração em *Titicut Follies*, nenhuma recomendação de mudanças em políticas públicas ou qualquer tipo de fechamento no filme. Hoje, quando alunos estudam a história de filmes documentários, *Titicut Follies* é usado como exemplo de técnica de cinema direto em que a não intervenção do cineasta e o estilo de edição criam a ilusão de que a ação está se desenvolvendo em tempo real. Eu uso esse filme em minha matéria “A Poética de Testemunhar” para demonstrar como podemos estudar e representar violações de direitos humanos de forma poética, que permita que o filme seja aberto a diferentes tipos de interpretações.

Mas de volta à questão jurídica. Em Massachusetts em 1968, um juiz da Corte Superior proibiu o filme de ser exibido de forma geral. Como o próprio Wiseman morava em Boston e era residente do estado de Massachusetts, ele estava legalmente vinculado à decisão. Porém o juiz foi além e pediu que todas as cópias do filme e

seus negativos fossem recolhidos e destruídos porque o filme violava os direitos de privacidade e dignidade dos pacientes (e não esqueçamos a representação negativa que fazia do Estado). Enquanto Wiseman, que era advogado e ex-professor de direito, argumentava sua posição, esta foi a primeira vez na história dos Estados Unidos que um filme foi banido por razões diferentes de obscenidade ou segurança nacional.

Do ponto de vista do cineasta, o que é mais importante: o direito de privacidade do interno individual ou o direito de saber do público? Considerando o contexto, este é um dilema de direitos humanos que envolvem a ética de criação de imagem e liberdade de expressão. A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos exalta este direito. E Wiseman tem argumentado consistentemente em dezenas de filmes depois de *Titicut Follies* que o público tem o direito de saber o que ocorre em instituições financiadas com o dinheiro do contribuinte. Wiseman tem declarado que se a Primeira Emenda protege qualquer coisa, é justamente o direito do jornalista de reportar o que ocorre dentro das prisões. A ironia em nível estadual é que foi preciso um filme para que o estado de Massachusetts reconhecesse o direito à privacidade pela primeira vez. No final, este dilema ético não foi resolvido, mas a questão permaneceu por anos. Foi a decisão do tribunal mais uma violação das liberdades civis do filme do que uma violação aos direitos dos presos?

Outros processos judiciais e decisões e recursos seguiram. Porém fora exposições fechadas e restritivas por razões educacionais, o filme foi efetivamente banido durante 20 anos. Finalmente, em 1987, famílias de vários dos internos que morreram em Bridgewater processaram o hospital e argumentaram que havia uma relação direta entre a proibição da exibição do filme e as mortes de seus entes queridos. Pediram que o filme fosse usado como prova do brutal mau trato de internos encarcerados em Bridgewater. Em outras palavras, se o público tivesse conhecimento das condições do hospital, poderia ter obrigado o Estado a mudar as práticas institucionais em relação aos pacientes com deficiências psicossociais.

Finalmente, em 1991, as cortes superiores de Massachusetts permitiram a exibição do filme ao público geral. Porém, a corte exigiu que o filme incluísse uma explicação que a prisão de Bridgewater foi reformada. Porém, como o médico Thomas Szasz tem argumentado num ensaio sobre *Titicut Follies*, o hospital ainda é cercado por arame farpado, policiado por centenas de guardas e que apesar de hoje existirem dezenas de enfermeiras, psiquiatras, psicólogos e profissionais de serviços sociais, todos ainda são carcereiros (SZASZ, 2007). Hoje, o hospital de Bridgewater é chamado de instituição de saúde. Porém, apesar deste novo nome, Szasz mostra que por trás fachada, continua o tratamento de pessoas com deficiências com diagnósticos pseudomédicos e terapias questionáveis. Como em *Marat/Sade*, os prisioneiros com deficiências psicossociais continuam do outro lado das grades.



Conforme o assunto dos direitos das pessoas com deficiência passou para uma plataforma internacional de reconhecimento, ativistas usaram padrões normativos de direitos humanos para guiar o movimento. Esses padrões estão baseados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e nos demais instrumentos e acordos, inclusive a recente Convenção das Nações Unidas

sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência.¹² Existem duas leituras da integração de direitos das pessoas com deficiência aos padrões normativos. Primeiro, existe a linguagem geral que garante direitos fundamentais “sem distinção” de qualquer tipo. A partir dessa perspectiva, todos devem ter igual acesso a moradia, educação, serviços sociais, serviços de saúde e emprego. Além disto, todos devem ter o direito de participar em todos os aspectos de vida no que diz respeito à política, sociedade, economia e cultura. E todos têm o direito de ser tratados com dignidade e respeito.

Também existe linguagem específica em instrumentos jurídicos, principalmente para mulheres e crianças e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis e Desumanos ou Degradantes.¹³ Em teoria, podemos citar que as condições de vida em Bridgewater consistiam em sérias violações de direitos humanos que eram cruéis e degradantes, se não tortura. Mas *Titicut Follies* não deve ser considerado um filme histórico. Existem hoje vários outros lugares similares onde as condições são comparativamente ruins, ou até pior.

Em 2003, a organização não-governamental (ONG) *Disability Rights International* (DRI) se juntou à ONG *Witness* (ambas baseadas em Nova Iorque) para documentar 460 pacientes no hospital neuropsiquiátrico no Paraguai.¹⁴ Juntando-se a uma terceira ONG local, o vídeo foi gravado clandestinamente durante visitas ao hospital. A gravação é chocante e até pior do que Wiseman e Gardner retrataram em Bridgewater. O vídeo foi usado como prova perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos localizada na Costa Rica (da qual Paraguai é um membro).¹⁵ O caso documentava dois adolescentes que foram aprisionados e isolados durante quarto anos. Foram mantidos em suas celas pelados, sem acesso ao banheiro, com o chão e paredes cobertas de fezes. O quintal comum para todos os pacientes estava cheio de lixo e cacos de vidro e durante o vídeo, um dos pacientes urina em público e outro bebe de uma poça d’água do chão, como um cachorro.

Aquí provavelmente não haveria questões de direitos humanos sem a existência de prova visual, da mesma forma que não haveria história sobre Abu Ghraib sem as imagens fotográficas dos prisioneiros iraquianos sendo abusados pelos soldados americanos. As ONG *Witness* e DRI publicaram o vídeo em suas páginas eletrônicas e trabalharam com redes de mídia para aumentar a conscientização do público. Mostrando a representação visual como prova, as ONGs mostraram as condições desumanas do hospital, a falta das mais básicas condições sanitárias e que os pacientes não recebiam a atenção médica necessária. Além disto, provaram que Paraguai não cumpriu sua obrigação com os direitos humanos de tratar e reabilitar pessoas com deficiências psicossociais. O filme e o caso como um todo envergonharam o país e o obrigaram a reformar o hospital. Apesar de algumas reformas terem sido realizadas, as ONGs fizeram um acompanhamento do caso, também com vídeo, mostrando que os pacientes continuavam vivendo em situação crítica e pediram a reabilitação e eventual reintegração destes pacientes na sociedade.

Os padrões exigidos pela ONG DRI são derivados dos Princípios para a Proteção de Pessoas com Doenças Mentais e o Melhoramento da Atenção à Saúde Mental, adotados pelas Nações Unidas em 1991. Estes princípios internacionais não têm força de lei, e são mais princípios, ideais, e diretivos morais. Entre os 25 artigos que fazem parte destes Princípios, dois são citados no filme: que o paciente

tem o direito a ser tratado num ambiente com as menores restrições possíveis e que o tratamento deve almejar melhorar a autonomia individual do paciente. O tratamento degradante retratado pelos vídeos feitos por essas ONGs é similar ao que vemos em *Titicut Follies* no sentido de ambos documentarem sérias violações aos direitos humanos dos pacientes. Esta é uma das várias estratégias de visualização de direitos humanos: iluminar lugares problemáticos no mundo e estimular mudanças.

Hoje temos novos padrões internacionais, e com força de lei. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência é um tratado internacional ratificado pelos Estados membros.¹⁶ Até hoje, janeiro de 2011, 147 países assinaram o tratado e 97 países assinaram e ratificaram o tratado, inclusive a União Europeia que ratificou o documento coletivamente em dezembro de 2010. O que o tratado promove e protege são questões clássicas como dignidade e integridade, liberdade e autonomia, igualdade e não-discriminação, acessibilidade e oportunidade, inclusão e total participação, respeito às diferenças e aceitação da diversidade. Estes são as mesmas temáticas ilustradas pelos cineastas contemporâneos quando representam pessoas com deficiências. Mas estas ideias não significam nada se não conseguirmos visualizá-las sendo violadas, protegidas e materializadas.



Em 1971, um fascinante documentário foi feito sobre o direito de pessoas com deficiências psicossociais viverem num ambiente comunal. O filme, inédito no Brasil, se chama *Asilo* (2004). Porém, a instituição retratada era diferente de “asilos-hospícios” como Bridgewater. Dirigido pelo canadense Peter Robinson e seu cinegrafista e editor, Richard Adams, o filme documentou um projeto experimental chamado *Comunidade Archway*, numa casa no leste de Londres. Nesse local, durante seis semanas, os cineastas observavam o dia a dia de residentes que lutavam contra vários tipos de problemas mentais, inclusive esquizofrenia.

A comunidade experimental terapêutica de Archway foi fundada em 1965 pelo psiquiatra radical R.D. Laing e seus colegas.¹⁷ A ideia era ter pacientes e terapeutas vivendo juntos sem medicação e com o menor número de regras possível. Laing rejeitava firmemente o modelo médico (e penal) de doenças mentais e acreditava que pacientes somente iriam progredir do ponto de vista terapêutico se pudessem se responsabilizar por suas ações e decisões. Laing e seus colegas faziam parte de um movimento que questionava a existência de doenças mentais. Para Laing, distúrbios mentais era o resultado de socialização, e principalmente, das pressões da família nuclear, que criavam o que ele chamava de “o Eu dividido”, uma separação entre o ser seguro no mundo e outro ser escorregando, distanciando-se, padecendo do que ele chamava de “insegurança ontológica.”¹⁸ Uma vez separado da família, Laing acreditava que distúrbios mentais poderiam ser valorizados pelos seus potenciais catárticos e transformacionais. Apesar de Laing nunca ter negado a existência de doenças mentais, sua abordagem era tratar o distúrbio mental como uma jornada mística do ser.

Tudo isto parece cósmico e enraizado na contracultura daquela época. Porém, na prática, Archway era real e uma chance fascinante de tratar distúrbios mentais com cuidado, preocupação e empatia. Uma cena no início do filme mostra um

dos terapeutas residentes, um homem jovem e bonito vestindo uma blusa de gola olímpica, mostrando a casa a uma mulher jovem com sombra de olho azul e roupa *mod.* Estão sentados em frente a uma lareira enquanto o terapeuta explica que ela precisa pagar o aluguel toda segunda-feira e que todos precisam contribuir com as compras de alimentos da casa. Fora isto, não existe outra regra na casa.

Ele continua e explica a situação: “Existem algumas pessoas aqui que antes estavam no hospício; elas descobriram que não estavam melhorando nesses lugares e não encontravam outro lugar para morar. Então estão aqui por esta razão. Eles descobrem que podem viver aqui em paz e não estão num hospital ou sob a estrutura e regulamentações de um hospital. E tem pessoas que sentiam que talvez fosse necessário internar-se num hospital, mas queriam evitar isso, então vieram aqui. E tem as pessoas que não estiveram num hospital, não precisam ir para um hospital, mas estão interessadas no estilo de vida daqui.” (ASYLUM, 2004).

É preciso ver o filme algumas vezes para realmente saber quem é residente, quem é terapeuta, quem é um psiquiatra-residente e quem é meramente um visitante. Durante as seis semanas de filmagem na primavera de 1971 havia 18 pessoas na casa, e minutos após o filme começar, Robinson e sua pequena equipe são apresentados a um grupo de residentes aglomerado, enquanto começam a gravar vídeo e som. Alguns dos residentes se apresentam também, inclusive alguns que se destacam ao longo do filme como David, um intelectual de meia idade que fala uma mistura de palavras e pensamentos coerentes e incoerentes e é propenso a ter surtos. E também tem a bela Júlia, parecendo uma cantora de *folk*, com vestido preto e cabelo louro comprido. Ela se apresenta delicadamente dizendo que sabe desenhar, pintar e tocar a guitarra.

A casa em si é a total antítese do hospital em Bridgewater. Existem camas de verdade, almofadas espalhadas no chão, vários animais de estimação e uma grande cozinha comunal. Vemos os residentes cozinhando juntos, sentados fumando cigarro, lendo, falando ao telefone, curtindo um piquenique no quintal, lavando os pratos, tomando chá. Nada disto é fora do normal, exceto pelo fato de essas pessoas estarem lutando contra sérios problemas mentais e por causa de filmes como *Titicut Follies*, podemos imaginar que elas poderiam estar num ambiente completamente diferente com celas, tranquilizantes, tratamento de eletro choque e lobotomias. Também existem os problemas do cotidiano e carinho entre eles. Os residentes se confortam depois de surtos, pessoas ajudam Júlia descer a escada, outra pessoa precisa de ajuda para ir ao banheiro e o grupo todo precisa raciocinar para resolver problemas sérios. Está claro no filme que os residentes precisam dar terapia ao mesmo tempo em que a recebem. R. D. Laing lembrava os alunos que a palavra “terapeuta” é derivada do latim e significa estar inteiramente presente, escutar, observar com carinho e servir com compaixão e paciência.¹⁹

O título do filme, *Asilo*, sugere o tipo de lugar que associamos com esta palavra hoje. Porém, o uso original da palavra e a intenção de Laing em suas comunidades terapêuticas, era evocar sentimentos de abrigo, refúgio; um lugar seguro. Estas ideias em si são direitos humanos fundamentais, principalmente para pessoas com deficiências. A presença da equipe de filmagem possivelmente poderia romper este delicado equilíbrio. Mas aqui sentimos que a comunidade confiava

em Robinson e sua equipe. Ninguém se sente explorado e ninguém parece estar encenando para as câmeras. Após estudar este filme detalhadamente, acredito que os surtos psicóticos e crises retratados no filme teriam ocorrido com ou sem a câmera. O próprio Peter Robinson caminha em frente à câmera em algumas situações e chega a ter algumas conversas com os residentes. Este pequeno ato reflexivo serve o propósito de expor sua presença na casa e não diminui o estilo elegante de filmagem observacional da equipe.

Asilo é considerado hoje um documentário clássico da sua época e parece melhorar com o passar do tempo.²⁰ O documentário também lembra uma época saudosa quando opções alternativas e mais humanas de tratamento eram introduzidas contra os desejos da sociedade de encarcerar e esconder pessoas com deficiências. O filme também levanta a questão das diferenças entre os que são considerados “sãos” e os que são considerados “insanos”. Os terapeutas, que são a favor dos residentes permanecerem na casa e tentam convencer os familiares a permitirem que os residentes tomem suas próprias decisões em relação à moradia, são cuidadosos ao não oferecer nenhum diagnóstico ou usar linguagem inclusiva que possa sugerir que eles mesmos estão sofrendo. Esses laços de empatia parecem fascinantes hoje quando existe tanta ansia por diagnosticar deficiências emocionais ou de aprendizado e receitar remédios para qualquer deficiência de comportamento ou aprendizado alegada.

A mudança que vemos entre o encarceramento e brutal mau trato visto em Bridgewater e o que estava ocorrendo dentro da comunidade de Archway evoca uma importante bandeira para os direitos humanos de pessoas com deficiências. Todos têm o direito de autodeterminação e autoconhecimento. E todos têm o direito a segurança e paz. Estas não eram idéias teóricas neste filme. E apesar de que seis semanas em Archway não demonstra qualquer tipo de cura completa, sim sugere uma visão alternativa de direitos idealizada e materializada.

Ao final do filme, um dos médicos voluntários vindo dos Estados Unidos, que está tendo problemas com os surtos e agressões de David, confia a um dos terapeutas residentes que é possível perder-se em Archway. O terapeuta pensa e responde: “Sim, tentamos criar um lugar aqui juntos, onde se alguém precisa perder-se, que isto possa ocorrer dentro das melhores circunstâncias possíveis. E você precisa perder-se para poder encontrar-se. A ênfase não é em ter uma pessoa com a responsabilidade de estar disponível para outra, ou de falar com, ou de lutar com ou de ter terapia com. A ênfase está na criação de um ambiente, um grupo, uma rede que possa facilitar uma pessoa a se encontrar, ser ela mesma, e descobrir quem ela é e quem pode tolerar as vicissitudes de sentimentos e comportamentos que todos nós enfrentamos em diferentes períodos de nossas vidas, especialmente em tempos críticos, quando podemos enlouquecer. Exige um esforço extraordinário embora o que almejamos é muito difícil de alcançar, a simplicidade, em termos de estar com uma pessoa, cuidar e se preocupar com o outro.” (ASYLUM, 2004).

Tem alguma coisa neste filme que o torna ao mesmo tempo simples e comovedor. E é difícil decifrar o quê. Talvez seja o fato de que alguém lutando contra distúrbios mentais pode conversar com crianças do bairro parado no meio

da rua, caminhar pela rua e atravessar a cidade de ônibus. Esse tipo de liberdade nunca deveria ser subestimada independentemente da nossa condição física ou mental. As palavras *direitos humanos* nunca são citadas durante o filme. Mas *Asilo* não é um documentário que ilumina um lugar perturbador do mundo, é um desses filmes que marcam um ponto de inflexão que nos mostra a existência de outras alternativas e possibilidades.



Em 1971, um jovem cineasta japonês desafiou um grupo de pessoas com paralisia cerebral (PC) a ir às ruas e agir.²¹ Kazuo Hara nunca tinha feito um filme antes, mas já era um ativista para pessoas com deficiências. Como um assistente de escola para “crianças incapacitadas”, como eram chamadas naquela época, ele levava seus alunos à rua em suas cadeiras de rodas, o que causava um grande alvoroço. Pessoas paravam para olhar. No começo da década de 1970, era raro ver pessoas com deficiências em público, muito menos um grupo grande delas em cadeiras de rodas. Como o supervisor adulto das crianças, Hara se recusava a ajudar as crianças nas ruas, o que as obrigava a negociar com o público elas mesmas. Não era apenas que a infraestrutura de Tóquio não fosse acessível para cadeirantes. Era uma questão muito mais ampla sobre o significado de “incapacitado” no Japão e a divisão entre confinamento e liberdade física.

Quando Hara conheceu um grupo de ativistas de sobre paralisia cerebral em Yokohama chamado as “Gramas Verdes”, ele aproximou-se deles e aos poucos os convenceu a também ir à rua – sem suas cadeiras de rodas. Só assim é que o público conheceria seus corpos. Como um grupo, eles concordaram que as cadeiras de roda faziam parte de seu confinamento físico que afastava a sociedade de seus corpos. Juntos, o grupo e Hara concordaram em fazer um filme sem nenhum plano ou roteiro específico além de “agir” em lugares públicos. Queriam fazer um filme diferente dos documentários de “bem estar social” que frequentemente contemplavam as pessoas com deficiência de um ponto de vista distante e privilegiado. O grupo decidiu fazer uma coisa muito mais radical, algo diretamente das ruas e que não buscasse explorar sentimentos de pena ou até empatia. Eles queriam mudança.

Adeus PC (1972) (também conhecido como *Sayonara CP*) começa com os dois principais ativistas do filme, Yokoto Hiroshi e seu amigo Yokotsuka Koichi, indo à rua de uma forma especial. Yokoto não pode andar então pensou numa maneira de deslizar-se de joelhos, como se impulsionando para frente, com seu corpo se contorcendo, usando os braços para empurrar-se e constantemente pegando seus grandes óculos do chão, pois estão sempre caindo. A imagem de um homem adulto literalmente se arrastando numa rua movimentada assombrou e literalmente paralisou as pessoas e começou a materializar a missão dos cineastas para o filme: “Como podemos fazer com que a sociedade aceite nossa existência?”

Enquanto isso, Yokotsuka caminha de forma desajeitada, como se em zig zag, seus braços balançando descontroladamente, sua cabeça indo da direita à esquerda e da esquerda à direita. Mas ele tem uma câmera de 35-mm amarrada no pescoço e adentra a multidão para tirar fotos das pessoas chamadas “saudáveis.”

Hara convenceu Yokotsuka a tirar suas fotos de perto, de no máximo um metro de distância do sujeito. Yokotsuka confessou que fotografar desconhecidos inicialmente era aterrorizante, mas ao mesmo tempo trazia uma sensação de liberdade. A estratégia de usar outra câmera no filme criou um “olhar reverso” onde a posição dominante de ver outros no filme seria complicada e reflexiva.

Ao longo do filme, várias ações na rua foram encenadas, como, por exemplo, Yokoto sentado numa passarela com um megafone e declarando: “Podemos ser mortos amanhã. Queremos viver livremente como seres humanos”. A câmera de Hara circulando Yokoto já é um espetáculo em si e faz com que pessoas parem para ver o que está ocorrendo. Depois de um tempo, pessoas (principalmente mulheres) dão dinheiro às suas crianças para entregar a Yokoto. Neste momento, Hara interrompe sua observação e pergunta às mulheres por que se sentiram obrigadas a doar dinheiro: “Algumas pessoas são tão desafortunadas (...) Porque são desamparados (...) Só queria ajudar pessoas necessitadas (...) Meu filho teve pena deles (...) Me sinto tão mal por seus corpos (...) Meu filho tem boa saúde, então me sinto abençoada. (...)” (GOODBYE CP, 1972).

Adeus CP é um filme radical de diversas formas, mas ao mesmo tempo é chocantemente belo. Apesar de respostas estereotipadas dos adultos, as cenas das crianças, correndo de ida e de volta a seus pais, com raios de luz de sol formando siluetas de seus corpos, são magníficos. Mas é a característica crua e primitiva do filme que complementa o tema que ele retrata. O filme usado era branco e preto e granulado, de 16mm, com uma câmera que precisava ser rebobinada a cada 40 segundos.²² Nunca tendo feito um filme antes, Hara não se preocupou com a sincronização do som. Portanto o som em geral é uma combinação de barulho da rua e pessoas falando em cima e contra as imagens. A equipe também decidiu não incluir legendas, obrigando o espectador japonês a se acostumar ao modo de falar de pessoas com paralisia cerebral. Mais chocantes foram os ângulos usados por Hara e os movimentos de câmera segurada à mão que eram tão irrequietos quanto seus colegas ativistas. E seu jeito ousado de edição, feito em conjunto com a equipe dos Gramas Verdes, mostra uma abordagem tão inovadora e realista de filmagem que faz de *Adeus PC* um trabalho seminal em cine *avant garde*, além de um importante documentário político. Hara posteriormente se referiu a seus filmes como “documentários de ação”, pois provocaram mudanças.

Uma das partes mais perturbadoras do filme ocorre quando Yokoto briga com sua esposa que também tem paralisia cerebral e Hara traz sua câmera para dentro da casa documentando seus conflitos e angústias. Depois de *Adeus PC*, Hara faria outros filmes que atravessavam as fronteiras éticas da família e este retrato de fúria doméstica foi chocante para o público japonês. Enquanto o casal briga, a equipe se junta num quarto adjacente e debate o mérito de continuar com o projeto, rejeitando o pensamento de Yoshiko de que estão se humilhando ainda mais com este filme.

O grau de refletividade traz mais realidade ao formato inclusivo do filme e aborda outro direito humano fundamental. Todos têm o direito de se expressar. E todos têm o direito de se representarem. E todos também têm o direito de privacidade. A combinação destes direitos em conflito entre si faz de *Adeus PC*

um filme verdadeiramente transgressivo, tenso por seu realismo gritante. Mas ao mesmo tempo é um projeto coletivo e a equipe se apresenta não como vítimas e sim como participantes. Hoje, plataformas de mídia participativa se destacam na luta pelos direitos humanos e *Adeus PC* esteve na vanguarda deste movimento.

Mais ações de rua ocorrem no filme e uma delas em particular faz com que a polícia intervenha. A polícia chama os protestos de um show de horrores, mas Hara e sua equipe consideram a intervenção policial um sucesso por terem conseguido perturbar o público. Yokoto depois lê seus poemas em público, desenha ao redor de si um círculo com giz, senta e escreve: “Você que tem pernas para ficar em pé, você que me proíbe de caminhar, é assim que você mantém suas pernas, e todos ao meu redor, todas as pernas, por que razão me proíbe de caminhar”? Numa cena famosa, Yokoto tira sua roupa no meio da rua, sem vergonha, obrigando as pessoas a olharem seu corpo. No final, Yokoto se arrasta pelos joelhos, lamentando e questionando se o filme tem tido algum impacto positivo. Minha leitura dessa última cena é que ele está lutando tanto contra a perspectiva de morte quanto contra a sua deficiência e esta luta o une ao destino comum de todos nós.

Adeus PC não foi exatamente um sucesso quando estreou em 1972. Foi escandaloso. O público acusou Hara de humilhar pessoas com paralisia cerebral e de fazer de suas lutas e desafios um espetáculo público. Não sabiam, entretanto, que a encenação pública era justamente o objetivo porque funcionava como um tipo de ativismo e ao mesmo tempo resistência. Tampouco entendiam inicialmente a característica participativa do filme e como desapareceu o espaço entre o cineasta e os colaboradores. Mas pessoas com paralisia cerebral amaram o filme e entenderam tudo o que estava sendo dito sem a necessidade de legendas. Até entenderam todas as piadas particulares que o público geral não conseguia captar. Yokoto Hiroshi se transformou num herói para pessoas com deficiências no Japão. E com o tempo, o sentimento do público começou a mudar, reconhecendo a beleza singular e a coragem do filme. Hoje, assistir este filme é requerimento básico para qualquer aluno no Japão estudando qualquer assunto relacionado a deficiências. Também é um filme *cult* para alunos de cinema *avant garde*. Eu uso este filme nas minhas aulas de direitos humanos e mídia para ilustrar como o ativismo, mídia participativa e poesia podem fundir-se.



Uma das perguntas em *Adeus PC* é: o que realmente significa ser humano? Principalmente quando alguém é diferente. Nunca este dilema existencialista tinha sido explorado com mais elegância e admiração como no filme *A Terra do Silêncio e da Escuridão*, de Werner Herzog em 1971 (2005). Naquela época, Herzog era um jovem cineasta e este foi seu projeto mais pessoal, feito com apenas alguns milhares de dólares e uma pequena equipe. O filme todo lembra o outono alemão com cores pálidas melancólicas que somente filmes do início da década de 1970 possuem. Como muitos dos primeiros filmes de Herzog, *A Terra do Silêncio e da Escuridão* é um filme contemplativo e meditativo que exige grande concentração por parte do público durante cada questão metafísica que é colocada em cada longa cena.

O filme retrata a vida de Fini Straubinger, uma mulher de 56 anos que é cega e surda. Durante suas viagens pela Bavária em nome da Liga dos Cegos, ela conhece e ajuda outros que compartilham do mesmo destino. Ela até os chama de “Camaradas em Destino” que precisam ser liberados. Porém, diferentemente dos que nasceram surdo-cegos, Fini sofreu um acidente aos nove anos de idade quando caiu das escadas e em questão de anos, perdeu toda a visão e audição. Durante esse tempo, convalesceu na cama durante quase 30 anos. Depois voltou a fazer parte da sociedade e decidiu ajudar quantas pessoas pudesse.

No início do filme, Fini e sua amiga Juliet, que também é surdo-cega, viajam de avião. É a primeira vez que qualquer uma delas viaja de avião e o olhar na cara delas é de puro êxtase. Ao longo do trajeto sobre montanhas cobertas de neve, Fini e Juliet se comunicam entre si desenhando em linguagem de sinais sobre a palma da mão. Estão acompanhadas de uma pessoa sem deficiência e que sabe linguagem de sinais e traduz para elas o que ele vê. É uma cena inesquecível na história do cinema documentário e cada vez que pergunto para alguém se já assistiu *A Terra do Silêncio e da Escuridão*, esta cena sempre é citada com muita admiração.

Outras notáveis partes do filme também retratam com alegria e felicidade a experiência de ser diferente. Tem uma visita ao jardim botânico quando um grupo grande de surdo-cegos é guiado através de cactos, cada pessoa com seu acompanhante traduzindo e se maravilham com o simples contato físico com as plantas. Ainda mais mágica é a visita ao zoológico quando os surdo-cegos se deleitam ao segurarem os animais. No aniversário de Fini, ela calorosamente recebe a todos, falando em voz alta para todos os acompanhantes traduzirem, tocando os convidados, segurando suas mãos, abraçando velhos amigos, comunicando-se via linguagem de sinais, e perguntando genuinamente sobre os acompanhantes que ela também conhece.

Na festa, ela solicita um poema e Julieta se levanta e anuncia:

*Por favor traduzam para os surdo-cegos. Vou recitar-lhes um poema sobre vocês.
O título é: A Mais Maravilhosa Arte.*

Ficar distante

Quando outros se divertem

Você está sempre feliz

Cumprindo com alegria

a mais sagrada missão

renunciando nobremente

seus desejos pessoais

vivendo na escuridão

longe do sol

mas brilhando como uma estrela

esta é uma arte

que somente aquele cuja alma

está apontada para o Paraíso

é capaz de entender

(THE LAND..., 2005).

O título do filme vem da descrição que a própria Fini dá aos que lutam para se comunicar com outros. E é este lado mais escuro do filme e seu trabalho em prol dos surdos-cegos que faz desta história uma representação muito profunda dos direitos humanos. Estamos, finalmente, no momento nestes filmes fundacionais no qual as pessoas com deficiência fazem o papel de principal responsável pelos cuidados de outros. Ao ver a Fini viajando para conhecer outros como ela, suas histórias de solidão são desoladoras. Mais do que isto, nos fazem pensar como alguém pode viver sem se comunicar? Mas *A Terra do Silêncio e da Escuridão* não é um filme triste. A presença de Fini é firme e ela aborda cada situação com muita compreensão e compaixão.

Um dos que ela conhece é um homem-criança chamado Vladimir. Apesar de seus 22 anos, Vladimir aparenta ser um menino. Sentado no chão assoprando bolhas, resmunga para si mesmo. Vladimir nunca aprendeu a andar, muito menos a se comunicar, e sua vida tem sido uma grande neblina. Como faz com todos os que ela conhece, Fini acaricia a face de Vladimir, toca seus olhos e orelhas e coloca a mão dele sobre sua face para que ele saiba que ela tampouco consegue ver ou ouvir e que são parecidos. Ao começar a ensinar como usar linguagem de sinais usando a palma das mãos, Vladimir parece acordar e sente uma conexão. Ele enterra suas unhas na palma da mão de Fini, desesperado para poder se comunicar. Ele balança muito, seus olhos excitados, entendendo que este encontro é diferente. Quando Fini coloca um rádio portátil sobre seu colo, ele se transforma. Abraçando o rádio e colando sua cara ao som como se estivesse ouvindo a música, Vladimir sente as vibrações e sente magia. Fini entende que o problema de Vladimir é que está entediado e que tem muito potencial para mudança.

Conhecemos outro menino surdo-cego aprendendo a nadar. Tem uma cena na qual o professor de natação solta sua mão e o menino tenta alcançá-lo. A mão pedindo ajuda é simbólica e frágil e mostra esta necessidade nata que temos todos nós de ter contato com outros. Herzog permanece praticamente mudo durante o filme. Só umas palavras para introduzir pessoas, mas seu estilo de câmera é paciente e de observação. Ele permite que as cenas ocorram naturalmente, o que é o contrário do que vemos em *Adeus PC*. Essa estratégia de cenas longas sem cortes lembra o cinema transcendental de muitos diretores do Leste Europeu e é o que dá ao filme de Herzog uma aura poética. Esse mesmo menino depois toma banho sozinho, o que também é uma nova experiência para ele e assim que aprende a ligar a torneira, o jato d'água cai do chuveiro, inundando seu corpo. Esta cena é marcante, pois é uma expressão de pura sensualidade tátil e nos lembra como um ato aparentemente simples do cotidiano pode ser tão misterioso.

Mas são com os adultos que Fini conhece que podemos interpretar o título do filme literalmente. Conhecemos uma mulher, surdo-cega, de 48 anos, sentada sozinha em um asilo usando um vestido preto. Está numa cafeteria cercada de outras mulheres que também devem ser cegas ou ter deficiências psicossociais, pois estão sentadas olhando para o vazio. É uma imagem estranha, mas Fini chega e instantaneamente humaniza o encontro. Como nos é explicado, a mulher conhecia linguagem Braille, mas aos poucos foi esquecendo como usá-

la. Ninguém a queria, então ela foi parar nesta “clínica neurológica” sozinha e isolada de todos. Ela não conversa com qualquer pessoa faz anos e quando Fini a toca, ela também sente uma conexão. Fini segura a mão da mulher e começa a desenhar letras sobre a mesa. Fini pega um tabuleiro de Braille e começa a ensiná-la a usá-lo novamente. Os funcionários do asilo se maravilham vendo que a mulher fica olhando para Fini. Herzog termina esta parte do filme com um título interno: “Quando você solta a minha mão é como se estivéssemos a milhares de quilômetros de distância”.

O filme termina com um homem surdo-cego de 51 anos com sua mãe em uma casa para idosos. Fini comenta ao conhecê-lo que parece que ele caiu do mundo de tão desconexo. Ele nasceu surdo, mas perdeu a visão aos 35 anos de idade e aos poucos esqueceu como falar ou escrever. Entretanto, sua mãe diz que uns anos antes, num dia frio de inverno, seu filho saiu de casa, tocou o chão e gritou “Neve!”. O menino chegou a se sentir tão rejeitado pela sociedade que durante um tempo viveu com vacas num estábulo.

Fini e o homem estão sentados no quintal. Fini toca seu rosto e inicia o contato e começa a comunicar-se com ele usando linguagem de sinais na palma da mão do homem. Ele sente o toque de Fini, mas mantém o silêncio. O vento sopra e enquanto eles falam sobre sua condição, ele levanta e caminha pelo quintal. É uma tarde de outono e enquanto caminha dá de cara com uns galhos de uma árvore. Ele segue os galhos até o tronco da árvore. Neste momento, ele abraça a árvore, sente a madeira, segue os galhos maiores e se agacha para recolher as folhas da árvore caídas no chão. É uma cena incrível. E Herzog tem dito que o filme todo deveria conduzir a este momento final quando esta conexão primitiva entre o homem e a natureza foi feita.

A Terra do Silêncio e da Escuridão é um filme profundamente ético, com muita humildade. Interpretá-lo através da lente dos direitos humanos é o mais óbvio. *A escuridão* não é a deficiência específica. É sobre a falta de entendimento, a ignorância e o pensamento que deixou que essas pessoas desaparecessem da sociedade sem contato humano e sem amor. É a mesma escuridão que vemos em Charenton, Bridgewater e a sociedade fora da comunidade de Archway. É também todas as pessoas que não queriam ver as pessoas com paralisia cerebral nas ruas no Japão. O *silêncio* refere-se ao silêncio da sociedade que permitiu que estas coisas ocorressem. Esses cinco filmes foram um marco porque primeiro romperam o silêncio. Eles também se destacam por serem grandes obras de arte. Também foram documentos que ajudaram a transformar como testemunhamos os direitos humanos, pois começaram o processo de mudança.

Muitos cineastas continuam representando pessoas com deficiências e ajudam a manter a luta viva. Mas todos devem muito a estes cinco maravilhosos filmes. Não há dúvida de que não existiria uma transformação internacional em direitos para pessoas com deficiência ou novos padrões normativos de direitos humanos para pessoas com deficiência sem nosso conhecimento visual desses temas. Esta visualização começa com estes cinco filmes que mostraram tristeza, violência, rejeição, resistência e a esperança de mudar como nós percebemos as pessoas com deficiências.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ARTAUD, A. 1994. **The Theatre and Its Double**. New York: Grove Press.
- ASYLUM. 2004. Directed by Peter Robinson. c1972. 1. DVD (95 min). Disponível em: <<http://kino.com>>. Último acesso em: Janeiro de 2011.
- BROOK, P. 1995. **The Empty Space**. New York: Touchstone.
- GOODBYE CP. 1972. Directed by Kazuo Hara. 1 DVD (82 min). Disponível em: <<http://www.facets.org>>. Último acesso em: Janeiro de 2011.
- INNES, C. 1993. **Avant Garde Theatre: 1892-1992** New York: Routledge.
- KAZUO, H. 2009. **Camera Obtrusa**. New York: Kaya Press.
- LAING, R.D. 1969. **The Divided Self**. New York: Pelican.
- MARAT/Sade. 2001. Directed by Peter Brook. MGM Home Entertainment, c1966. 1 DVD.
- REARDON, B. 1995. **Educating for Human Dignity: Learning About Rights and Responsibilities**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- SZASZ, T. 2007. Therapeutic Censorship on Ticut Follies. 2007 **The Freeman: Ideas On Liberty**, Foundation for Economic Education, v. 57, n. 4 May. Disponível em: <<http://www.thefreemanonline.org/columns/the-therapeutic-state-therapeutic-censorship>>. Último acesso em: Janeiro de 2011.
- THE LAND of Silence and Darkness. 2005. Directed by Werner Herzog. c1971. 1 DVD (85 min). On DVD from New Yorker Vídeo.
- TITICUT Follies. 1967. Directed by Frederick Wiseman. 1 DVD (84 min). Disponível em: <<http://www.zipporoh.com>>. Último acesso em: Janeiro de 2011.

NOTAS

1. Esta citação é de um livro sobre Peter Brook e a história do teatro avant-garde (INNES, 1993).
2. Para um estudo detalhado sobre a ideia de espaço vazio, leia: Brook (1995).
3. Leia os relatos das inaugurações das peças de Brook durante os anos 60 em: Innes (1993).
4. Para conhecer mais sobre os pensamentos de Artaud sobre o teatro, leia: Artaud (1994).
5. Minha leitura sobre as gerações de direitos humanos está baseada em: Reardon (1995).
6. Para ver uma linha de tempo sobre os direitos humanos de pessoas com deficiências, acesse: <http://www.hrea.org/index.php?base_id=152>.
7. Veja uma linha de tempo sobre direitos das pessoas com deficiência em: <http://www.hrea.org/index.php?base_id=152>.
8. Para ver uma lista de filmes categorizados sobre deficiências, acesse: <<http://disabilityfilms.tripod.com>>.
9. Meu marco conceitual sobre direitos humanos deriva de <<http://www.pdhre.org>>.
10. Existem várias matérias sobre as condições de Bridgewater durante a filmagem de *Ticut Follies*, em: <<http://reason.com/archives/2007/11/16/let-the-viewer-decide>>.
11. Para entender mais sobre a história deste

filme e seus aspectos jurídicos, leia o ensaio de Toby Miller sobre Wiseman em: <<http://www.mcc.murdoch.edu.au/ReadingRoom.7.2/Miller2.html>>.

12. Para conhecer melhor a Convenção, veja: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/humanrights.htm>>.

13. Para saber mais sobre esta convenção da ONU contra tortura, acesse: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm>>.

14. Para ler sobre este caso no Paraguai, acesse: <<http://www.disabilityrightsintl.org/work/country-projects/Paraguay/>>.

15. Para ver o vídeo sobre o caso, acesse: <http://www.witness.org/index.php?option=com_content&task=view&id=227&Itemid=60>.

16. Para ler sobre este tratado, acesse: <<http://www.un.org/disabilities/index.asp>>.

17. Para conhecer mais sobre R.D. Laing, acesse: <http://en.wikipedia.org/wiki/R._D._Laing>.

18. Para conhecer mais sobre a teoria de Laing do ser dividido, leia LAING, 1969.

19. Sobre as declarações de Kenneth Robinson durante a inauguração do asilo no Museu de Arte Moderna de NY, acesse: <<http://surveillancefilms.com>>.

20. Para ler uma crítica do filme *Asilo* escrita por J. Hoberman, acesse: <<http://surveillancefilms.com>>.

21. Leia o livro *Camera Obtrusa* de Hara Kazuo e seu capítulo com o *making of de Adeus PC* (KAZUO, 2009).

22. Leia o capítulo sobre *Adeus PC* (KAZUO, 2009).

ABSTRACT

There would be no transformative change in human rights for persons with disabilities without the role of visual representation. This paper looks at five foundational documentaries from the late 1960s and early 1970s that seeded the visualization of disabilities. Describing the films, and reflecting on the changes of disability rights, the paper aims to situate the U.N. Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities within the rich history of documentary practice.

KEYWORDS

Documentary films – Human rights – Persons with disabilities

RESUMEN

No habría ningún cambio transformador en los derechos humanos de las personas con discapacidad sin el papel de la representación visual. Este ensayo examina cinco documentales fundacionales de finales de la década de 1960 y principios de la década de 1970 que hicieron posible visibilizar las discapacidades. Al describir las películas y reflexionar sobre los cambios en los derechos relacionados con la discapacidad, este ensayo procura ubicar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dentro de la rica historia de la práctica documental.

PALABRAS CLAVE

Películas documentales – Derechos humanos – Personas con discapacidad

ENTREVISTA COM LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA, PRESIDENTE (2002-2005) DO COMITÊ *AD HOC* QUE ELABOROU A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Por Regina Atalla, Presidente da Rede Latino-
Americana de Organizações Não-Governamentais de
Pessoas com Deficiência e suas Famílias (RIADIS)

Original em espanhol. Traduzido por Claudia Schilling.

Luis Gallegos Chiriboga exerceu a presidência do Comitê *Ad Hoc* da Assembleia Geral das Nações Unidas que elaborou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2002 a 2005. É presidente da Iniciativa Global de Informação e Comunicação Inclusiva (G3ICT) e da Comissão de Desenho Universal. Tem sido reconhecido em várias oportunidades por seu trabalho em prol dos direitos humanos das pessoas com deficiência, tanto no Equador quanto internacionalmente.

Além do mais, é um dos dez membros eleitos a título pessoal para o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas e Tratamentos Desumanos, Cruéis e Degradantes desde 2006. Também pertence ao Grupo de Liderança Mundial sobre Direitos Humanos e Transnacionais.

É membro de Carreira do Serviço Exterior do Equador e desempenhou funções diplomáticas bilaterais na Espanha, Bulgária, El Salvador, Austrália e Estados Unidos. No âmbito multilateral foi embaixador, Representante Permanente perante as Nações Unidas em Genebra e Nova Iorque.

Antes de desempenhar um papel tão relevante (como o que desempenhou nas Nações Unidas dentro do processo de negociações da nova Convenção), que experiências tinha tido com relação às pessoas com deficiência no Equador ou em algum outro país?

L: Antes do processo de negociação da Convenção tinha participado como vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da aprovação de uma resolução que iniciou o processo de obtenção de direitos vinculantes para as pessoas com deficiência. Há muitos anos sinto um profundo respeito por aquelas pessoas que enfrentam situações muito difíceis, muitas das quais parecem inimagináveis para quem não tem deficiência nem viveu perto de alguém nessas condições. Essas pessoas se deparam com muitas barreiras, desde as cotidianas, como a dificuldade



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

de se comunicarem, de se movimentarem, de entrarem em um prédio ou meio de transporte, até algumas muito mais difíceis de superar, como a discriminação, dificuldades para ter acesso à educação e aos serviços de saúde. Essas barreiras se tornam ainda mais complexas nos países em desenvolvimento, nos quais não se conta com os meios necessários para atender a esse grupo vulnerável da sociedade.

Apesar desses obstáculos e adversidades que têm de enfrentar, assim como das limitações físicas e sociais, por meio de uma grande força de vontade essas pessoas conseguem superá-las e seguir em frente, dando um exemplo de vida a todos.

De que forma essa experiência – se é que a teve –, o ajudou quando assumiu a responsabilidade de presidir o Comitê *Ad Hoc* em 2002? Por que motivo abriu as portas à participação tão direta das pessoas com deficiência no processo (o que é reconhecido como um grande acerto seu, sobretudo devido aos resultados obtidos)?

L: Os delegados dos países realmente não conheciam os graves problemas que afetam as pessoas com deficiência. Quem melhor que elas poderiam nos transmitir suas vivências, seus problemas, os obstáculos que enfrentam e suas necessidades? Por isso foi tão importante sua participação no processo, a fim de conseguir elaborar uma Convenção que pudesse melhorar a vida de mais de 650 milhões de pessoas com deficiência no mundo inteiro. É difícil pensar que, sem contar com a valiosa contribuição desses atores, poderíamos adotar uma convenção prática e que fosse aplicável às suas realidades. A abertura da negociação à participação delas foi uma das maiores conquistas da minha carreira profissional.

As pessoas com deficiência e suas organizações representativas desempenharam um papel ativo e destacado nas negociações do tratado; em sua opinião, qual foi o fator chave para essa atuação? Como explica que um setor tão histórica e estruturalmente excluído tenha desempenhado essa tarefa no processo?

L: O lema das pessoas com deficiência durante a negociação da Convenção era: “Nada de nós sem nós”; a participação ativa das ONGs ligadas a este tema, assim como as brilhantes intervenções realizadas por esses atores, grandes defensores de seus direitos, ensinou à comunidade internacional que, para contar com uma convenção sobre uma questão tão complicada como a deficiência, por sua especificidade, era preciso incorporar os representantes da comunidade de pessoas com deficiência.

Gostaria de destacar que nesse contexto foi muito importante a rede de comunicação e informação construída em torno do processo de negociação da Convenção. Havia um acompanhamento cuidadoso de cada reunião e cada declaração realizada. As propostas e documentos da reunião circulavam na sala de reuniões em alfabeto Braille e em formatos e tecnologias acessíveis. Também era utilizada a linguagem de sinais. Graças à rede de comunicação, o que sucedia em Nova Iorque, nas salas das Nações Unidas, era conhecido por toda a comunidade de pessoas com deficiência no mundo inteiro.

Em sua ampla e frutífera carreira diplomática, o senhor viu muitos processos de negociação na ONU. Como avaliaria o processo que terminou com a aprovação da Convenção em dezembro de 2006?

L: Eu me atreveria a dizer que este processo foi um dos mais bem-sucedidos, não só

pelo curto tempo que durou a negociação (de 2002 a 2006), considerando os padrões das Nações Unidas, onde a aprovação de convenções demora décadas, mas, sobretudo, pela ampla participação dos Estados e da sociedade civil. Finalmente, após superar os obstáculos, a oposição a negociar uma convenção e a incorporar a sociedade civil às discussões, obteve-se como resultado a aprovação de uma convenção a favor da promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Nascermos com deficiências ou as adquirimos durante a vida por diversas razões (acidentes, doenças, pobreza, etc.), mas quando envelhecemos certamente teremos algum tipo de deficiência. Por isso considero que é uma Convenção universal que abrange milhões de pessoas e suas famílias.

A construção deste tratado seguiu um caminho inédito na ONU, ao criar o Comitê Especial, um Grupo de Trabalho de composição mista (Estados e sociedade civil) para elaborar um rascunho de Convenção. Como avalia essa experiência democratizante na ONU? Isto poderá ser repetido no caso de outras convenções? Que papel esse rascunho desempenhou com relação ao tratado finalmente aprovado?

L: O Grupo de Trabalho composto por delegados dos Estados e pela sociedade civil encarregou-se de redigir o rascunho que serviu de base para a Convenção. Considero que essas práticas deveriam se repetir nas Nações Unidas porque permitem a adoção de instrumentos úteis e aplicáveis às realidades das pessoas sobre quem se legisla. A integração de todos permitiu um melhor resultado, tomara que o mesmo sistema “inclusivo” possa ser utilizado para enfrentar outros problemas.

Como avalia o tratado fruto desse processo de negociações? Quais são seus alcances? Seus conteúdos estão de acordo com suas expectativas?

L: Embora os resultados finais não tenham chegado a satisfazer plenamente os participantes do processo, foi alcançado o objetivo que todos buscávamos: a aprovação de um instrumento internacional que vele pelos direitos das pessoas com deficiência em igualdade de condições com outras pessoas e elimine a discriminação. Este instrumento incorpora, entre outras, disposições que fazem os países se comprometerem a elaborar e por em prática políticas, leis e medidas administrativas que assegurem os direitos reconhecidos na Convenção e a abolem leis, regulamentos, costumes e práticas que discriminam; a combater os estereótipos e preconceitos e promover a consciência das capacidades dessas pessoas; a garantir que as pessoas com deficiência desfrutem de todos os seus direitos (à vida, educação, saúde, trabalho) em igualdade de condições com outras pessoas. Considero que elaboramos um instrumento que permite um “idioma universal” de todos aqueles que lidam com as questões de deficiência, para que ele possa servir de norte para Estados e sociedades.

A grande quantidade de assinaturas obtidas e as ratificações (99 até agora) refletem o interesse e o compromisso dos Estados em mudar as condições de vida das pessoas com deficiência ou ainda existe a ideia de que é bom aprovar normas relacionadas à deficiência, mesmo que não sejam cumpridas?

L: Um novo capítulo da história foi escrito por aqueles que lutam em prol dos direitos humanos universais das pessoas com deficiência. Com a resolução 61/106, de 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral das Nações Unidas

aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, um marco na história da ONU e o primeiro tratado global de direitos humanos do século 21.

Até hoje a Convenção registrou 147 assinaturas e 99 ratificações, o que demonstra o firme compromisso da comunidade internacional com relação a essa questão. A Convenção, ao longo de seus 50 artigos e do Protocolo Facultativo, reafirma que toda pessoa com deficiência deve desfrutar de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, e codifica um conjunto amplo de direitos, que vão desde os direitos civis e políticos às esferas econômicas, sociais e culturais.

Qual considera que deve ser o ponto de partida fundamental para que esse tratado comece a ser aplicado de forma efetiva nos países latino-americanos?

L: Todos somos muito conscientes dos numerosos problemas globais, novos e emergentes, que afetam as pessoas com deficiência. Nessa complexa situação, nosso firme compromisso com a promoção dos direitos das pessoas com deficiência requer uma aplicação estratégica das normas de direitos humanos enunciados na Convenção em ações, através de recursos, instituições e mecanismos capazes de responder às necessidades das pessoas com deficiência.

Temos de trabalhar juntos a fim de estimular a aplicação efetiva da Convenção. Em cada país da região é preciso ensinar e convencer cada pessoa, com ou sem deficiência, a se juntar ao movimento por uma sociedade mais global e inclusiva, que valorize a diferença, reconheça a diversidade e esteja disposta a desafiar os obstáculos que ainda persistem.

A pobreza e a deficiência se inter-relacionam em um círculo vicioso. De que forma este tratado pode contribuir para acabar com esse círculo vicioso?

L: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece que a cooperação internacional deve ser utilizada como ferramenta fundamental para que as pessoas com deficiência possam ter acesso aos direitos humanos. Para superar a pobreza e suas consequências, nas políticas de desenvolvimento devem ser incluídos os direitos das pessoas com deficiência e esse tema deve estar presente nas ações realizadas, sempre a partir de um enfoque baseado nos direitos humanos. Isto repercutiria em muitas pessoas com deficiência que vivem em situação de pobreza.

Alguns países já elaboraram e enviaram seu primeiro relatório (2 anos) ao Comitê Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, de acordo com o que foi estabelecido no artigo 35 da Convenção. Alguns movimentos de pessoas com deficiência têm ou estão trabalhando em relatórios sombra, diante da falta de rigor dos informes oficiais. Qual a sua opinião sobre essas iniciativas da sociedade civil?

L: Os relatórios sombra preparados pela sociedade civil e relacionados aos relatórios que os países apresentam aos Comitês que monitoram o cumprimento das disposições das convenções internacionais permitem que as organizações não-governamentais rebatam – quando apropriado—os informes dos Estados e elaborem recomendações para que tanto os Estados quanto os Comitês levem em consideração sua perspectiva. Os relatórios sombra também permitem a adoção de ações para resolver aspectos preocupantes.

Considero que a participação ativa da sociedade civil em diferentes âmbitos tem um grande valor.

Qual é sua opinião sobre a situação das pessoas com deficiência em nossos países dentro de 10 ou 20 anos, se as disposições da Convenção forem cumpridas?

L: Depois da aprovação da Convenção pelas Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e após o início do período de assinaturas, em 30 de março de 2007, a região da América Latina e Caribe continua liderando a lista de maior número de países que ratificaram esse instrumento internacional, o que demonstra seu grande interesse e compromisso com a questão.

Se os países da região assumirem os compromissos contraídos com a ratificação da Convenção, em 10 ou 20 anos teremos conseguido melhorar substancialmente a situação de milhões de pessoas com deficiência. Todos os que participamos do processo assumimos o desafio confiando em que nosso trabalho contribuiria para melhorar as condições de vida desse grupo da população. A adoção desse instrumento foi uma demonstração de solidariedade e respeito. Este foi um grande passo dado pela humanidade na questão dos direitos humanos universais e todos desejamos que, em breve, possamos sentir os resultados positivos derivados de sua aplicação.

A Rede Latino-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias (RIADIS) foi fundadora do “Caucus” Internacional sobre Deficiência (*International Disability Caucus*) e esteve presente até o final do processo, levando as ideias e vozes das e dos latino-americanos com deficiência ao processo de elaboração da Convenção. Ela também desempenhou um papel ativo, promovendo a assinatura e ratificação do tratado. Hoje em dia a RIADIS promove a aplicação efetiva da Convenção por meio de trabalhos de divulgação, capacitação e incidência política. Qual considera que deve ser o papel de organizações como a RIADIS para contribuir para tornar esse tratado efetivo?

L: A Rede Latino-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias desempenhou um papel fundamental no processo de negociação da Convenção e atualmente se dedica à ratificação e aplicação desse instrumento. Considero fundamental esse trabalho incansável da RIADIS.

Parece-me que os elementos essenciais que contribuirão para a aplicação da Convenção são a educação e a divulgação de seu conteúdo, em todos os níveis, a fim de que todos possam compreender que apenas o respeito, a solidariedade e a inclusão permitirão melhorar a sociedade em que vivemos.

Por último, considero que deve ficar claro que nossa intenção é a de mudar a sociedade. Todos devemos nos olhar no espelho, definir nossas limitações e superar as barreiras para ter uma sociedade inclusiva, onde a “diferença” seja valorizada e não represente um motivo de discriminação.

Sob a liderança do Vice-presidente Lenin Moreno, o Equador tem dado grandes passos reconhecidos internacionalmente e que situam o país como exemplo para a comunidade internacional.

Trata-se de mudar a sociedade para que o respeito aos direitos humanos seja a norma, e não a exceção.

SUR 1, v. 1, n. 1, Jun. 2004

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN
Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA E A. SCOTT DUPREE
Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos

JEREMY SARKIN
O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos

VINODH JAICHAND
Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de direito

PAUL CHEVIGNY
A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO
Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU funcionar Cinco questões no campo dos direitos humanos

SUR 2, v. 2, n. 2, Jun. 2005

SALIL SHETTY
Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Oportunidades para os direitos humanos

FATEH AZZAM
Os direitos humanos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE
Direito à educação e educação para os direitos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE E J.C. NWOBIKE
Implementação do direito ao desenvolvimento

STEVEN FREELAND
Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: Enfrentando os crimes ambientais

FIONA MACAULAY
Parcerias entre Estado e sociedade civil para promover a segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH
Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH
Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados

SUR 3, v. 2, n. 3, Dez. 2005

CAROLINE DOMMEN
Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

CARLOS M. CORREA
O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento

BERNARDO SORJ
Segurança, segurança humana e América Latina

ALBERTO BOVINO
A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

NICO HORN
Eddie Mabo e a Namíbia: Reforma agrária e direitos pré-coloniais à posse da terra

NLERUM S. OKOGBULE
O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas

MARÍA JOSÉ GUEMBE
Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA
Direitos humanos e justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

LOUISE ARBOUR
Plano de ação apresentado pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos

SUR 4, v. 3, n. 4, Jun. 2006

FERNANDE RAINE
O desafio da mensuração nos direitos humanos

MARIO MELO
Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ISABELA FIGUEROA
Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência

ROBERT ARCHER
Os pontos positivos de diferentes tradições: O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN
Releitura do desenvolvimento e dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ
Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBIKE
Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: O caminho a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN
Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA E LEO ZWAAK
Comparação esquemática dos sistemas regionais e direitos humanos: Uma atualização

RESENHA

SUR 5, v. 3, n. 5, Dez. 2006

CARLOS VILLAN DURAN
Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ
O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA
O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE
Grandes promessas, pequenas realizações: justiça transicional na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD
Fortalecendo o policiamento democrático e a responsabilização na *Commonwealth* do Pacífico

IGNACIO CANO
Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime

TOM FARER
Rumo a uma ordem legal internacional efetiva: da coexistência ao consenso?

RESENHA

SUR 6, v. 4, n. 6, Jun. 2007

UPENDRA BAXI
O Estado de Direito na Índia

OSCAR VILHENA VIEIRA
A desigualdade e a subversão do Estado de Direito

RODRIGO UPRIMNY YEPES
A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos

Laura C. Pautassi
Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas

Gert Jonker e Rika Swanzen
Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais da África do Sul

Sergio Branco
A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação

Thomas W. Pogge
Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais

SUR 7, v. 4, n. 7, Dez. 2007

Lucia Nader
O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU

Cecília MacDowell Santos
Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

JUSTIÇA TRANSICIONAL

Tara Urs
Vozes do Camboja: formas locais de responsabilização por atrocidades sistemáticas

Cecily Rose e Francis M. Ssekandi
A procura da justiça transicional e os valores tradicionais africanos: um choque de civilizações – o caso de Uganda

Ramona Vijayarasa
Verdade e reconciliação para as "gerações roubadas": revisitando a história da Austrália

Elizabeth Salmón G.
O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos

ENTREVISTA COM JUAN MÉNDEZ
Por Glenda Mezarobba

SUR 8, v. 5, n. 8, Jun. 2008

Martín Abregú
Direitos humanos para todos: da luta contra o autoritarismo à construção de uma democracia inclusiva - um olhar a partir da Região Andina e do Cone Sul

Amita Dhanda
Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências

Laura Davis Mattar
Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos

James L. Cavallaro e Stephanie Erin Brewer
O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano

DIREITO À SAÚDE E ACESSO A MEDICAMENTOS

Paul Hunt e Rajat Khosla
Acesso a medicamentos como um direito humano

Thomas Pogge
Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre

Jorge Contesse e Domingo Lovera Parmo
Acesso a tratamento médico para pessoas vivendo com HIV/AIDS: êxitos sem vitória no Chile

Gabriela Costa Chaves, Marcela Fogaça Vieira e Renata Reis
Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil

SUR 9, v. 5, n. 9, Dez. 2008

Barbora Buk Ovská
Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

Jeremy Sarkin
Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

Rebecca Saunders
Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

SESSENTA ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Paulo Sérgio Pinheiro
Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

Fernanda Doz Costa
Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

Eitan Felner
Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados

quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

Katherine Short
Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

Anthony Romero
Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da *American Civil Liberties Union (ACLU)*

SUR 10, v. 6, n. 10, Jun. 2009

Anuj Bhuwania
"Crianças muito más": "Tortura indiana" e o Relatório da Comissão sobre Tortura em Madras de 1855

Daniela de Vito, Aisha Gill e Damien Short
A tipificação do estupro como genocídio

Christian Courtis
Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina

Benyam D. Mezmur
Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança

DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM MOVIMENTO: MIGRANTES E REFUGIADOS

Katherine Derderian e Liesbeth Schockaert
Respostas aos fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária

Juan Carlos Murillo
Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados

Manuela Trindade Viana
Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul

Joseph Amon e Katherine Todrys
Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global

Pablo Ceriani Cernadas
Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos

SUR 11, v. 6, n. 11, Dez. 2009

Víctor Abramovich
Das Violações em Massa aos Padrões

Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE E JAVIER AGUIRRE ROMÁN
As Tensões da Dignidade Humana: Conceituação e Aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos

DEBORA DINIZ, LÍVIA BARBOSA E WEDERSON RUFINO DOS SANTOS
Deficiência, Direitos Humanos e Justiça

JULIETA LEMAITRE RIPOLL
O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

MALCOLM LANGFORD
Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Âmbito Nacional: Uma Análise Socio-Jurídica

ANN BLYBERG
O Caso da Alocação Indevida: Direitos Econômicos e Sociais e Orçamento Público

ALDO CALIARI
Comércio, Investimento, Financiamento e Direitos Humanos: Avaliação e Estratégia

PATRICIA FEENEY
A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy

COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Entrevista com Rindai Chipfunde-Vava, Diretora da Zimbabwe Election Support Network (ZESN)

Relatório sobre o IX Colóquio Internacional de Direitos Humanos

SUR 12, v. 7, n. 12, Jun. 2010

SALIL SHETTY
Prefácio

FERNANDO BASCH ET AL.
A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento de suas Decisões

RICHARD BOURNE
Commonwealth of Nations: Estratégias Intergovernamentais e Não-governamentais para a Proteção dos Direitos Humanos em uma Instituição Pós-colonial

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO

ANISTIA INTERNACIONAL
Combatendo a Exclusão: Por que os Direitos Humanos São Essenciais para os ODMs

VICTORIA TAULI-CORPUZ
Reflexões sobre o Papel do Forum Permanente sobre Questões Indígenas das Nações Unidas em relação aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

ALICIA ELY YAMIN
Rumo a uma Prestação de Contas Transformadora: Uma Proposta de Enfoque com base nos Direitos Humanos para Dar Cumprimento às Obrigações Relacionadas à Saúde Materna

SARAH ZAIDI
Objetivo 6 do Desenvolvimento do Milênio e o Direito à Saúde: Contraditórios ou Complementares?

MARCOS A. ORELLANA
Mudança Climática e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: O Direito ao Desenvolvimento, Cooperação Internacional e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

LINDIWE KNUTSON
O Direito das Vítimas do *apartheid* a Requerer Indenizações de Corporações Multinacionais é Finalmente Reconhecido por Tribunais dos EUA?

DAVID BILCHITZ
O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?

SUR 13, v. 7, n. 13, dez. 2010

GLENDA MEZAROBBA
Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: O Díficil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil

GERARDO ARCE ARCE
Forças Armadas, Comissão da Verdade e Justiça Transicional no Peru

MECANISMOS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

FELIPE GONZÁLEZ
As Medidas de Urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

JUAN CARLOS GUTIÉRREZ E SILVANO CANTÚ
A Restrição à Jurisdição Militar nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

DEBRA LONG E LUKAS MUNTINGH
O Relator Especial Sobre Prisões e

Condições de Detenção na África e o Comitê para Prevenção da Tortura na África: Potencial para Sinergia ou Inércia?

LUCYLINE NKATHA MURUNGI E JACQUI GALLINETTI
O Papel das Cortes Sub-Regionais no Sistema Africano de Direitos Humanos

MAGNUS KILLANDER
Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos

ANTONIO M. CISNEROS DE ALENCAR
Cooperação entre Sistemas Global e Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal

IN MEMORIAM

Kevin Boyle – Um Elo Forte na Corrente
Por Borislav Petranov

A Fundação Carlos Chagas tem como premissa essencial a questão da cidadania. Em suas especialidades e linhas de pesquisa, atua com vistas ao desenvolvimento humano-social.

A produção em pesquisa na FCC, articulada entre os pólos de avaliação de políticas, gênero e raça, abrange aprofundados estudos sobre os vários níveis de ensino.

Nas três publicações da Fundação – Cadernos de Pesquisa, Estudos em Avaliação Educacional e Textos FCC –, essa produção acadêmica divide espaço com o trabalho de pesquisadores de outras instituições e possibilita uma visão diversificada sobre as questões da área.



Fundação Carlos Chagas

REFERÊNCIA EM EDUCAÇÃO WWW.FCC.ORG.BR