



Universidade do Minho
Escola de Direito

Nicole Anagnostopoulos Friedrich

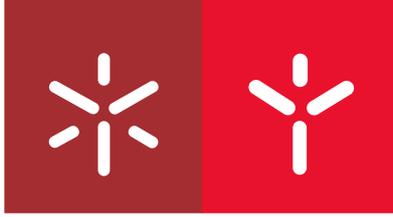
**DIFERENÇA CULTURAL *SUB JUDICE*:
MINORIAS ÉTNICAS NA JURISPRUDÊNCIA
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES**

**DIFERENÇA CULTURAL *SUB JUDICE*: MINORIAS ÉTNICAS NA
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES**

Nicole Anagnostopoulos Friedrich

UMinho | 2021

julho de 2021



Universidade do Minho
Escola de Direito

Nicole Anagnostopoulos Friedrich

**DIFERENÇA CULTURAL *SUB JUDICE*:
MINORIAS ÉTNICAS NA JURISPRUDÊNCIA
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo

julho de 2021

Direitos de autor e condições de utilização do trabalho por terceiros

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Universidade do Minho, Braga

Nicole Anagnostopoulos Friedrich

Agradecimentos

À Professora Patrícia, por toda a paciência, generosidade, disponibilidade e atenção. Aos meus pais, Agnes e Carlos, e à minha irmã, Stephanie, pelo apoio incondicional. Ao Thiago, meu eterno namorado, pela compreensão e por toda a ajuda. À minha sogra, Elizabeth, pelas leituras atenciosas e encorajamento. Aos amigos que fiz no Mestrado, Cássia, Charize, Douglas, Gutemberg e Wassely, por tornarem esta etapa tão mais fácil. Muito obrigada.

Declaração de integridade

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, Braga

Nicole Anagnostopoulos Friedrich

Resumo

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo verificar o modo como a cultura figura na aplicação da lei, relacionando a jurisprudência multicultural nos tribunais superiores portugueses, relativamente a duas comunidades étnicas (ou étnico-raciais): as pessoas negras/de origem africana e os ciganos. O ponto de partida é a abordagem dos principais conceitos-chave relativos à igualdade, à discriminação e à diferença cultural. Ao esclarecer o conteúdo destes conceitos, pretendemos possibilitar uma efetiva compreensão do quadro normativo aplicável e da jurisprudência multicultural que serão analisadas. Na sequência, tratamos do quadro normativo de Direito internacional dos direitos humanos aplicável à proteção das minorias – desde a teoria geral dos direitos humanos até os instrumentos das Nações Unidas e do Conselho da Europa (com destaque, aqui, para a atuação do TEDH). No contexto de Portugal, discutimos a ‘experiência multicultural’ de Portugal durante o período do Estado Novo, o mito da homogeneidade étnica portuguesa e a atual multiculturalidade portuguesa em razão dos recentes fluxos migratórios. Ainda, apresentamos o enquadramento normativo do Direito português aplicável na proteção à igualdade e à não-discriminação, nos âmbitos da Constituição, da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, e do Código Penal. Por fim, passamos à efetiva análise da jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses desde a década de 1990 até 2020. Elencamos os critérios de pesquisa utilizados para a seleção das decisões judiciais objeto de análise e apresentamos a jurisprudência multicultural portuguesa selecionada. É trazida, ao fim, uma síntese comparativa do mapeamento jurisprudencial realizado.

Palavras-Chave: Jurisprudência Multicultural, Igualdade, Ciganos, Africanos, Minorias, Portugal.

Abstract

This master's dissertation aims to verify how culture figures in law enforcement, relating multicultural jurisprudence in Portuguese higher courts, regarding two ethnic (or ethnic-racial) communities: Black people/people of African descent and Roma people. The starting point is presenting the main key concepts related to equality, discrimination, and cultural difference. By clarifying the content of these concepts, we intend to provide an adequate understanding of the applicable normative framework and the multicultural jurisprudence that will be analyzed. Next, we look at the normative framework of international human rights law applicable to the protection of minorities – from the general theory of human rights to the instruments of the United Nations and the Council of Europe (emphasizing the work of the ECtHR). In the Portuguese context, we discuss Portugal's 'multicultural experience' during the Estado Novo period, the myth of Portuguese ethnic homogeneity, and the current Portuguese multiculturalism due to recent migratory flows. Furthermore, we present the normative framework of Portuguese law applicable to the protection of equality and non-discrimination within the scope of the Constitution, the anti-discrimination legislation, and the Penal Code. Thus, we move on to the practical analysis of the multicultural jurisprudence of Portuguese higher courts from the 1990s to 2020. First, the research criteria used to select the judicial decisions are presented, then we proceed to analyze the selected Portuguese multicultural jurisprudence. In the end, a comparative synthesis of the jurisprudential mapping is presented.

Keywords: Multicultural Jurisprudence, Equality, Roma people, African people, Minorities, Portugal.

Índice

DIFERENÇA CULTURAL *SUB JUDICE*: MINORIAS ÉTNICAS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES

Direitos de autor e condições de utilização do trabalho por terceiros.....	iii
Agradecimentos.....	iv
Declaração de integridade	v
Resumo.....	vi
Abstract.....	vii
Índice.....	viii
Lista de siglas e abreviaturas	xi
Introdução.....	16
Capítulo I – Igualdade, discriminação e diferença cultural: conceitos-chave	19
1. Razão de ordem	20
2. Raça e etnia	21
3. Cultura e etnocentrismo.....	24
4. Minorias	26
5. Diferença, desigualdade e discriminação.....	31
6. Diferença cultural	34
8. Multiculturalidade, assimilacionismo e interculturalidade	36
7. Racismo e xenofobia.....	41
9. Jurisprudência multicultural	44
Capítulo II – O quadro normativo de Direito internacional dos direitos humanos.....	48
1. Razão de ordem	49
2. Perspetiva da teoria geral de direitos humanos.....	50
3. Padrões normativos de Direito internacional sobre a proteção de minorias	54
3.1. Instrumentos das Nações Unidas	54
3.1.1. <i>Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial</i>	55
3.1.2. <i>Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos</i>	60
3.1.3. <i>Instrumentos de soft law: a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas</i>	68
3.2. Instrumentos do Conselho da Europa	73
3.2.1. <i>Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de minorias</i>	73
3.2.2. <i>Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias</i>	81

3.2.3. <i>Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais</i>	85
Capítulo III – Portugal multicultural sob o lema da interculturalidade	90
1. Razão de ordem	91
2. A ‘experiência multicultural’ de Portugal durante o Estado Novo	93
3. O mito da homogeneidade étnica da nação portuguesa.....	98
4. Portugal multicultural como fruto dos recentes fluxos migratórios	105
4.1. Caracterização da sociedade portuguesa desde a década de 1990 até aos nossos dias	106
4.2. Medidas políticas de assunção da multiculturalidade e de combate ao racismo e à discriminação	111
5. Enquadramento normativo.....	117
5.1. Compromissos internacionais.....	117
5.2. Constituição.....	119
5.3. Legislação Ordinária.....	123
5.3.1. <i>Lei Especial sobre Discriminação Racial (Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto)</i>	124
5.3.2. <i>Código Penal</i>	129
Capítulo IV – Jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses desde a década de 1990 até 2020	135
1. Razão de ordem	136
2. Decisões envolvendo pessoas de etnia cigana	137
2.1. Apreciação global.....	137
2.2. Seleção de casos ilustrativos	138
2.2.1. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2003, proferido no processo n.º 03P148</i>	138
2.2.2. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007, proferido no processo n.º 926/07-2</i>	139
2.2.3. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de outubro de 2009, proferido no processo n.º 109/09.JACBRA.C1</i>	141
2.2.4. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 252/09.OPBBGC.S1</i>	143
2.2.5. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 666/06.8TABGC-K.S1</i>	144
2.2.6. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de março de 2012, proferido no processo n.º 783/11.2TBBRR.L1-1</i>	145
2.2.7. <i>Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de maio de 2017, proferido no processo n.º 135/14.2GAVFR.P1</i>	147
2.2.8. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2017, proferido no processo n.º 355/15.2T9VFR.P1.S1</i>	148

3. Decisões envolvendo pessoas negras/de origem africana.....	150
3.1. Apreciação global.....	150
3.2. Seleção de casos ilustrativos	151
3.2.1. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 1997, proferido no processo n.º 97P1203</i>	151
3.2.2. <i>Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 2003, proferido no processo n.º 03P3201</i>	154
3.2.3. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de julho de 2005, proferido no processo n.º 7662/2005-9</i>	155
3.2.4. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de novembro de 2011, proferido no processo n.º 464/10.4PEAMD.L1-5</i>	158
3.2.5. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de maio de 2013, proferido no processo n.º 203/10.OJELSB-A.C1</i>	160
3.2.6. <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015, proferido no processo n.º 735/14.OPLSNT-3</i>	162
4. Síntese comparativa	163
Considerações finais.....	167
Referências	171

Lista de siglas e abreviaturas

ACIME	Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas
ACIDI	Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural
ACM	Alto Comissariado para as Migrações
ACT	Autoridade para as Condições do Trabalho
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CERD	Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial
CELRM	Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias
CIDR	Comissão para a Igualdade Contra a Discriminação Racial
CLAIM	Centros Locais de Apoio à Integração de Migrantes
CNAI	Centro Nacional de Apoio ao Imigrante
CONCIG	Conselho Consultivo para a Integração das Comunidades Ciganas
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
DGSI	Direção-Geral dos Serviços de Informática
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUMC	Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia
ENICC	Estratégia Nacional de Integração das Comunidades Ciganas
FRA	Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia
GAIR	Gabinete de Apoio à Integração do Refugiado
GIP	Gabinetes de Inserção Profissional
GNR	Guarda Nacional Republicana
HCC	Programa de Habitações a Custos Controlados
IARN	Instituto de Apoio ao Retorno de Nacionais
IEFP	Instituto de Emprego e Formação Profissional
INE	Instituto Nacional de Estatísticas
MEC	Ministério da Educação
MSE	Mercado Social de Emprego
NACI	Núcleo de Apoio às Comunidades Ciganas

OPRE	Programa Operacional para a Promoção da Educação
OSCE	Organização para a Segurança e Cooperação na Europa
PALOP	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
PAQPIEF	Programa de Apoio e Qualificação da Medida PIEF
PEM	Plano Estratégico para Migrações
PER	Plano Especial de Realojamento
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
PNS	Plano Nacional de Saúde
PPT	Programa Português para Todos
PREDI	Projeto de Educação Intercultural
PROGRIDE	Programa para a Inclusão e Desenvolvimento
PROHABITA	Programa de Financiamento para Acesso à Habitação
PSP	Polícia de Segurança Pública
RCM	Roma Civil Monitor
REEI	Rede Escolas para a Educação Intercultural
RSI	Rendimento Social de Inserção
SASE	Serviço de Ação Social Escolar
SEF	Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
SNS	Serviço Nacional de Saúde
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TEIP	Programa Territórios Educativos de Intervenção Prioritária
UE	União Europeia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

Introdução

A multiculturalidade das sociedades contemporâneas e as reconfigurações resultantes de movimentos migratórios têm sido o centro de reflexões sobre as relações entre cultura e Direito e entre diversidade cultural e prática jurídica. Não parece que este panorama será alterado tão cedo. Quando envolvidos em casos apresentados em tribunais, indivíduos de origem cultural ou étnica diversa da dominante não raro solicitam a consideração de seu contexto pessoal específico na resolução da controvérsia. Partindo do pressuposto de que os contextos étnicos e culturais são constitutivos da identidade individual e coletiva e que, em uma sociedade pluralista, deve-se assegurar que as minorias e suas identidades sejam respeitadas (Cunha e Jerónimo, 2015, pp. 3-4), fatores culturais assumem relevância quer na prática legislativa, quer na prática judiciária. A importância de tais questões vem acompanhada de uma série de desafios colocados ao judiciário, além da preocupação em torno seu preparo para lidar com estas causas (Renteln e Foblets, 2009, pp. 80-81, Jerónimo, 2016, pp. 303-306). No presente trabalho, iremos nos dedicar ao modo como a cultura figura na aplicação da lei, relacionando, portanto, a questão da jurisprudência multicultural e, no que for verificado, à própria defesa cultural (ou *cultural defense*), especificamente nos tribunais superiores portugueses, relativamente a comunidades que podemos agregar sob duas categorias étnicas (ou étnico-raciais): as pessoas negras/de origem africana e as pessoas ciganas.

Considerou-se relevante a abordagem (e posterior comparação) do tratamento conferido a estas duas comunidades na jurisprudência portuguesa em razão das conhecidas vulnerabilidade e exclusão social de tais grupos minoritários em Portugal (diferentes para cada um deles)¹, situação que vem sendo cada vez mais objeto de debates públicos, no campo político e também em outros campos, como evidenciado mais recentemente nos debates sobre a eventual inclusão de uma pergunta sobre a identidade étnico-racial nos censos. A alegada inexistência do racismo em Portugal e o silêncio demasiado longo em torno das questões do racismo e das desigualdades dele decorrentes são uma reminiscência do Estado Novo que ainda se refletem em uma parcela do discurso público, havendo uma clara diferença temporal entre Portugal e os países europeus que foram afetados pela Segunda Guerra no que diz respeito ao despertar ao debate em torno destas questões, de modo que, em razão da falta de investigação empírica e de noções ainda presentes no imaginário de alguns, o assunto é, ainda hoje, sensível (Vala, 2021, p. 21). A par desta realidade, não seria uma surpresa notar que os discursos baseados em noções estereotipadas sejam refletidos no âmbito dos processos judiciais, dada a

¹ Preocupação corroborada em todos os relatórios apresentados pela Amnistia Internacional, pelo menos nos últimos dez anos, nos quais são exteriorizadas sérias preocupações acerca da situação das minorias étnicas em Portugal, nomeadamente aquelas de origem cigana e africana. Ver: <https://tinyurl.com/3tnatfub> [30.07.2020].

possibilidade de influência do senso comum e dos discursos populares aos operadores do Direito – ainda que ao atuar no estrito cumprimento da lei, não devesse haver espaço para o reforço de estereótipos e de rótulos simplistas (Silva, 2014, pp. 269-270).

Todavia, é de extrema importância, para a abordagem dos temas de que iremos tratar, que sejam evitadas as dicotomias simplistas, especialmente aquela segundo a qual haveria contradição entre a apreciação de questões de viés cultural e respeito à igualdade perante a lei (Cunha e Jerónimo, 2015, p. 4). Para os defensores da existência desta contradição, igualdade significaria tratamento idêntico sob a lei. Ocorre que, na prática, tal entendimento envolve um risco muito grande de violação ao princípio da igualdade, porque os padrões legais (à medida que refletem os valores dominantes) não são culturalmente neutros, podendo ser injustos e tendenciosos especialmente em relação às minorias e ao respeito a seus respectivos direitos (Jerónimo, 2011, p. 364). Para além de ter estas noções muito claras como ponto de partida, ressalta-se a relevância também dos conteúdos relacionados à igualdade, à discriminação e à diferença cultural. Por esta razão, iremos apresentar no trabalho uma série de conceitos-chave que consideramos serem essenciais para possibilitar uma razoável interpretação das decisões judiciais que nos propomos a analisar e que serão relevantes tanto nos quadros normativos internacional, europeu e nacional, como na própria doutrina referente à matéria, bem como nas decisões judiciais que mais tarde serão analisadas.

Se, do ponto de vista do Direito, é necessário, para garantir a devida proteção a direitos e a segurança jurídica, conceituar e manter padrões terminológicos, também é verdade que esta busca pela segurança jurídica pode levar a um risco de visão engessada de tais conceitos e padrões – podendo ter como efeito justamente o engessamento dos direitos que lhes são correlatos. Daí a importância de verdadeiramente compreender os sentidos dos termos que serão trazidos, de modo a nem encerrá-los, nem flexibilizá-los em excesso. Nesse contexto, nota-se ser importante ter presente que há muitos desencontros relacionados aos conceitos-chave, quando comparadas as noções e entendimentos (interconectados, é certo) de juristas, de antropólogos e de outros estudiosos. Esta realidade deve ser sempre considerada quando da interpretação do quadro normativo (internacional, europeu e português), bem como quando estivermos a falar da multiculturalidade em Portugal ou, mesmo, da análise da jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses – de modo a bem compreender e a delimitar as noções dentro do âmbito jurídico de aplicação, ao qual nos dedicamos.

Nesse sentido, o trabalho apresenta quatro diferentes capítulos. No Capítulo I, abordamos os principais conceitos-chave relativos aos temas da igualdade, da discriminação e da diferença cultural. No Capítulo II, tratamos do quadro normativo de Direito internacional dos direitos humanos, aplicável ao

campo da proteção às minorias – desde a perspectiva da teoria geral dos direitos humanos até o âmbito dos instrumentos das Nações Unidas e do Conselho da Europa –, trazendo-se também os respetivos mecanismos aplicáveis à proteção às minorias e a forma como tal aplicação vem sendo operada neste contexto (destacando-se, aqui, a atuação o TEDH). A partir do III Capítulo passamos a tratar especificamente de Portugal. O ponto de partida é a ‘experiência multicultural’ de Portugal durante o período do Estado Novo, abordando-se, posteriormente, o mito da homogeneidade étnica da nação portuguesa e, depois, a multiculturalidade portuguesa em razão dos recentes fluxos migratórios. Ainda, apresentamos o enquadramento normativo do Direito português aplicável na proteção à igualdade e à não-discriminação, nos âmbitos da Constituição, da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, e do Código Penal. Por fim, no Capítulo IV, passamos à efetiva análise da jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses desde a década de 1990 até 2020. Partimos dos critérios de pesquisa utilizados para seleção das decisões a serem analisadas. Depois, tratamos das decisões relativas a pessoas de etnia cigana, e, na sequência, das decisões atinentes a pessoas negras e/ou de origem africana. É apresentada, ao fim, uma síntese comparativa do mapeamento jurisprudencial feito.

Capítulo I – Igualdade, discriminação e diferença cultural: conceitos-chave

1. Razão de ordem

As noções como ‘raça’, ‘etnia’, ‘cultura’, ‘minorias’, ‘racismo’, ‘discriminação’ e ‘xenofobia’ vêm se mostrando cada vez mais presentes nas sociedades contemporâneas, crescentemente marcadas pela multiculturalidade. Estas noções e suas questões devem ser percebidas dentro de um processo que envolve a completa desacreditação das falaciosas teorias racialistas, as mudanças havidas nas sociedades ocidentais após a Segunda Guerra Mundial², bem como a adoção de políticas de Estado – mais abertas ou mais fechadas à diversidade – para lidar com a realidade multicultural (Ansell, 2013, pp. 105-106). A refletir este processo, as noções do racismo caíram em desuso, dando lugar a outros conceitos e terminologias, que deixaram de ser alicerçados na ideia de *diferenças naturais*, para serem compreendidos no âmbito do binómio natureza-cultura e das *diferenças culturais* (Jerónimo, 2004, pp. 784-785; Cunha, 2016, p. 75). Apesar da significativa alteração de perspectiva, não se logrou cessar as hostilidades relacionadas à diferença – sejam estas diferenças naturais ou culturais. Hoje, muitas das hostilidades são direcionadas de forma generalizada a indivíduos que destoam da população e da cultura dominante em razão de sua cor, de sua religião ou de sua cultura específica, ainda que sejam nacionais estabelecidos há muito – por vezes, gerações – na comunidade em questão (Jerónimo, 2004, pp. 784-785; Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 6).

Tendo em vista esta realidade, os tribunais (desde o âmbito nacional até ao internacional) vêm enfrentando cada vez mais frequentemente casos que envolvem questões culturais, motivo pelo qual a contribuição da Antropologia e das ciências correlatas (e seus estudiosos) é mais e mais relevante para o Direito e seus operadores como ferramenta para melhor compreensão das *questões culturais* (Jerónimo, 2011, pp. 345-357). Esta contribuição é especialmente importante para o esclarecimento de determinados atos ou práticas e seus contextos, bem como para evitar equívocos ou, mesmo, abusos relativos a argumentos e situações de cariz cultural. A par da efetiva necessidade de compreensão de tais noções (até mesmo para melhor avaliar as decisões tomadas pelos tribunais), salientamos que, mais importante do que compreendê-los de forma exaustiva é reconhecer a importância desses fatores sobre nossos comportamentos e, dentro das nuances de um quadro conceptual dinâmico, saber identificar, em cada caso, situações de discriminação, racismo e/ou xenofobia. É principalmente para tal efeito, e de modo a evitar os eventuais riscos de uma visão que se propõe neutra sem o ser³, que a seguir desenvolvemos os conceitos-chave que reputamos mais relevantes para fins de melhor compreender a abordagem que vem sendo adotada para tratar da diferença cultural no âmbito das decisões judiciais.

² Seja em razão da presença mais diversificada de imigrantes, seja pelos novos movimentos engajados na luta contra o racismo e por maior igualdade.

³ Já que nos embasamos em nossos próprios referenciais culturais para avaliar tradições e costumes alheios – o que ocorria no passado inclusive na área científica, já que os estudos de outros povos foram por muito tempo conduzidos a partir da régua cultural dos impérios coloniais europeus (Paul, 2008, pp. 466-467).

2. Raça e etnia

Antes do consenso alcançado em meados do século XX no sentido de que a categoria 'raça' não tem qualquer valor científico, tratando-se, antes, de uma construção social ou de um produto ideológico, as características físicas foram por séculos utilizadas como justificativa para legitimar as várias desigualdades de tratamento entre os indivíduos de um dado corpo social (Cunha, 2000, p. 11; Jerónimo, 2004, pp. 783-784; Cabecinhas, 2007, p. 21). Embora não se saiba exatamente a partir de quando as percepções do que se veio denominar 'raça' passaram a ter tais aceções em nossas relações sociais⁴, sabe-se que, principalmente a partir do século XVIII, estas noções foram especialmente difundidas como forma de legitimar a organização das sociedades ocidentais. Esta tendência foi acentuada com o despontar dos novos impérios coloniais europeus estabelecidos ao final do século XIX, contexto em que se popularizaram teorias de cariz racista, que, com roupagem científica, categorizavam e hierarquizavam os seres humanos de acordo com sua aparência física (Cunha, 2000, p. 13; Cabecinhas, 2007, p. 23; Vala, Brito e Lopes, 2015, p. 123). O facto de o racismo científico ter sido fortalecido e expandido nesse período não é mero acaso: as teorias racistas foram centrais, à época, para justificar e dar continuidade à subjugação das populações escravizadas e colonizadas, já que o sistema escravagista estava a ser cada vez mais questionado, inclusive internacionalmente (Cunha, 2000, p. 3; Cabecinhas, 2007, p. 29; Ansell, 2013, p. 126).

Por isso mesmo, como Ansell (2013, pp. 125-126) nota, não surpreende que as noções de 'raça' que conhecemos hoje remetam justamente àquelas que foram concebidas por teóricos da Europa e da América anglo-saxónica. Sobretudo a partir do século XVIII, estes teóricos sistematizaram distinções entre pessoas ou grupos primeiro em razão de suas características físicas mais evidentes, e em segundo momento, por conta de suas características físicas mais subtis, para, em um terceiro momento, principalmente a partir do século XIX, virem a considerar também características mais diversas, como a linguagem e a cultura. Este processo, como notam Vala, Brito e Lopes (2015, p. 123) e Ansell (2013, pp. 125-126), teve por consequência o estabelecimento destas noções como grande critério de separação entre homem e animal, e também como fator essencial para justificar a hierarquização entre grupos humanos, distinguindo-os entre os supostamente primitivos e os supostamente civilizados. Isso tudo, observam Jerónimo (2004, p. 784) e Cabecinhas (2007, pp. 29,33), veio a consolidar o racismo na Europa e na América anglo-saxónica, tanto em um ambiente mais académico, como no âmbito do 'saber popular' – realidade que possibilitou que estas noções, assentes em generalizações grosseiras e

⁴ Nesse sentido, Cabecinhas (2007, p. 21) salienta que há controvérsias sobre as noções de 'raça' serem uma realidade das eras moderna e contemporânea ou se seria possível verificar tais noções em momento muito anterior, ainda no período clássico.

estereotipadas, fossem utilizadas como base da discriminação intencional e sistemática de certos grupos humanos ao longo de muitos anos, por meio de práticas como a perseguição, a escravidão e, em sua forma mais grave, até mesmo o extermínio em massa.

Foi apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial, após os crimes perpetrados pela Alemanha nazista, que as noções ‘racialistas’ passaram a ser verdadeiramente problematizadas nos meios científico e político. Na esfera acadêmica, como Cunha (2000, p. 10), Jerónimo (2004, p. 783) e Cabecinhas (2007, pp. 21,33-34) notam, a aceitação da unidade humana veio a ser amplamente aceita desde os anos 1940, porque, sobretudo com a emergência dos estudos no domínio da genética⁵, deixou-se de tentar comprovar as noções do dito ‘racionalismo científico’, demonstradas falaciosas. Já no âmbito político, apesar de saber-se que algumas práticas segregacionistas perduraram, ocorreram avanços – ainda mais considerando que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, veio a ser assumido por dezenas de nações, de forma inédita, o *compromisso internacional* de não-discriminação por *raça*, cor, sexo, língua, religião ou opinião, compromisso mais tarde reforçado pela adoção, em 1965, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial⁶ (CERD). Somado a isso, o contexto pós-Segunda Guerra Mundial, de maior abertura à diversidade e de questionamentos ao sistema colonialista⁷, propiciou que as próprias organizações internacionais, sob alto patrocínio da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), passassem a recomendar fortemente o abandono do uso do termo ‘raça’ quando associado à noção de ‘hierarquia racial’, incentivando sua substituição por designações que não favorecessem o discurso e as práticas racistas ou discriminatórias, por meio da utilização de termos como ‘grupo étnico’ (Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 5; Jerónimo, 2004, p. 783; Cabecinhas e Macedo, 2019, p. 20). Em consequência, as noções de ‘raça’ foram substituídas principalmente pelas ideias de ‘diferença étnica’ e de ‘diferença cultural’ – mas vale dizer que a mudança proposta não se limitava à esfera terminológica. Se as classificações raciais vinham a basear-se principalmente em características fisicamente herdadas com relevância simbólica para as relações sociais, as identificações de cariz étnico e/ou cultural propositalmente passaram a focar-se em fatores relacionados a padrões sociais e de estilos de vida, que são mais abertos e flexíveis por serem *socialmente* construídos e/ou transmitidos, (Cunha, 2000, p. 11; Ansell, 2013, p. 65; Vala, Brito e Lopes, 2015, pp. 123-124).

⁵ As quais culminaram na posterior descodificação do Genoma Humano, em 2000, a qual, como nota Jerónimo (2004, pp. 783-784) “veio apenas confirmar o que já se sabia - que o conceito de raça, há muito carente de objecto real, é absolutamente desprovido de sentido”. Também sobre o tema, Cunha (2000, p. 10) observa que o estudo da genética demonstrou que não houve tempo ou isolamento suficientes para que pudessem ser constituídas ‘raças’ humanas.

⁶ O texto integral do documento pode ser consultado no endereço <https://tinyurl.com/y94zd5xc> [13.05.2021].

⁷ Cabecinhas (2007, pp. 21,33-34) observa que a participação significativa de soldados de origem asiática e africana nas tropas aliadas teve um papel relevante para esta problematização, porque, ao mesmo tempo em que as doutrinas ‘racialistas’ eram colocadas em causa, as reivindicações pela independência de territórios asiáticos e africanos sob domínio europeu se fortaleciam.

No início dos anos 1990, as tensões do pós-Guerra Fria renovaram a preocupação internacional com a proteção de grupos étnicos minoritários, quadro diante do qual as Nações Unidas vieram a adotar a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, conferindo caráter mais oficial ainda ao deslocamento de perspectiva da noção de ‘raça’ para a noção de ‘etnia’ (Shahabuddin, 2019, pp. 289-290). Principalmente a partir deste período, portanto, que se passou a utilizar os termos ‘etnia’ e ‘etnicidade’ de forma mais coesa nos campos político e acadêmico para fazer referência a conjuntos de pessoas que partilham, por exemplo, cultura, língua, origem ou território comuns (Sekulić, 2008, p. 456; Ansell, 2013, pp. 64-65; Cunha, 2016, p. 64). Nesse contexto, deve ficar muito claro que, em contraste com as noções de ‘raça’, as noções relacionadas à ‘etnia’ não são vistas como propriedades ou características imutáveis dos grupos a que se referem. Quando se fala em ‘etnia’, ‘etnicidade’ e conceitos afins, se está a falar de noções abertas e dinâmicas, capazes de apresentar variadas formas e de estar em constantes processos de mudança (Jerónimo, 2004, p. 785; Cabecinhas, 2007, pp. 21, 35; Sekulić, 2008, p. 457-458; Ansell, 2013, p. 65; Cunha, 2016, pp. 64-66).

Apesar disso e do consenso há muito firmado sobre a raça ser uma construção social sem qualquer valor científico, é verdade que, no discurso popular, as noções essencialistas de raça perduraram, ainda que muitas vezes sob novo rótulo – não raro, simplesmente referindo as mesmas visões como como ‘etnia’ ou ‘grupo étnico’⁸ (Cunha, 2000, p. 11; Jerónimo, 2004, pp. 783-784; Ansell, 2013, p. 126). Por tais razões, e considerando que nossas sociedades são cada vez mais diversas, a compreensão dos conceitos associados às ideias de ‘raça’ e de ‘racismo’, desde que devidamente contextualizados, ainda se mostra extremamente relevante (Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 6; Jerónimo, 2004, p. 784). Na seara jurídica, esta relevância envolve tanto as percepções políticas e acadêmicas (para esclarecer o sentido dos termos em instrumentos normativos), como as percepções do discurso popular (para poder condenar as práticas rechaçadas)⁹. Algumas destas noções serão mais elaboradas nos pontos referentes à ‘cultura’, à ‘xenofobia’ e ao ‘racismo’. Por ora, basta dizer que, quando ‘etnia’ ou ‘etnicidade’ forem aqui tratadas: (i) nem sempre todos os membros de um grupo étnico apresentarão as características que supostamente distinguem seu grupo, (ii) as diferenças culturais, sozinhas, não são, necessariamente, diferenças étnicas, e, por fim, (iii) um grupo étnico não equivale, por si só, a um grupo cultural (Sekulić, 2008, p. 456; Ansell, 2013, p. 65; Cunha, 2016, pp. 64-66).

⁸ Não sendo incomum que, dentro de uma visão naturalizadora e essencialista, se associe o termo ‘grupo étnico’ a uma minoria supostamente transitória, relacionada a contextos de imigração, enquanto o termo ‘raça’ seria vinculado a características tanto biológicas como culturais, correspondendo a uma noção que naturaliza mais fortemente ainda (Cabecinhas e Amâncio, 2004, pp. 3, 8; Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 14).

⁹ Aqui, a exemplo de Jerónimo e Granja (2019, pp. 12-13), destacamos o esclarecimento dos termos pelo TEDH no caso *Timishev v. Rússia*, de 2005.

3. Cultura e etnocentrismo

As definições relacionadas ao termo 'cultura' envolvem uma série de divergências académicas e políticas, o que, associado ao facto de o termo ter ampla aplicação na linguagem comum, resulta em uma persistente ausência de consenso ou rigor no uso do termo (Renteln, 2004, p. 11; García, 2007, p. 47; Patterson, 2014, p. 3; Cunha, 2016, p. 113). De forma semelhante ao que ocorre quando o assunto são as noções de 'raça' e 'etnia', percebe-se uma grande discrepância entre os usos e sentidos mais frequentes do termo 'cultura'. Na linguagem cotidiana, o vocábulo é utilizado em referência a um conjunto de aprendizados, eruditos ou tradicionais, bem como em alusão a comportamentos tematicamente diferenciados (como 'cultura da violência', 'cultura do desporto', *etc.*) ou, ainda, para designar modos de vida ou tradições partilhadas de um grupo (García, 2007, p. 47; Cunha, 2016, p. 119). Por sua vez, na linguagem académica, a noção de 'cultura' é principalmente relacionada a padrões comportamentais compartilhados em razão de ambiente, de contexto normativo ou de vivência comuns, sendo vinculada igualmente, em uma noção mais ampla, à ideia de compartilhamento de modos de vida por (ou em) comunidades (Spielberger, 2004, p. 528; Patten, 2011, p. 735; Patterson, 2014, p. 8; Cunha, 2016, pp. 116-117).

No campo jurídico, como nota Jerónimo (2011, pp. 348-351, 370; 2016, pp. 308-310), estas noções vêm se mostrando cada vez mais importantes, sobretudo em vista dos argumentos culturais com que os tribunais são confrontados com crescente frequência. Com a adoção de instrumentos como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, e a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, de 2001, deu-se o gradual processo de proteção da 'questão cultural' no âmbito internacional. Ainda assim, foi apenas no *preâmbulo* deste último instrumento que veio a ser oferecido um norte sobre o significado do termo 'cultura', ao prever que ela "deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afectivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os sistemas de valores, as tradições e as crenças". Tão importante quanto esta noção é o facto de que a Declaração estabelece uma necessária relação entre a defesa da diversidade cultural e o respeito à dignidade humana, ao dispor, em seu artigo 4.º, que "[a] defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito pela dignidade da pessoa humana".

Assim como em vários outros conceitos-chave, o significado de 'cultura' que interessa ao presente trabalho abrange tanto os sentidos académico e jurídico, como, *em parte*, o sentido mais amplo ou cotidiano, de modo que o termo 'cultura' será aqui empregue como sinónimo de modos de vida

relacionados a conhecimentos tácitos adquiridos e gerados em sociedade, envolvendo inclusive língua e religião (Renteln, 2004, p. 10; Jerónimo, 2011, p. 349; Cunha 2016, p. 116). Apesar disso, é relevante que nos afastemos em um ponto do discurso cotidiano, que, embora seja ainda muito presente, não se sustenta: a ideia segundo a qual a cultura seria uma identidade fixa, homogênea e claramente identificável, com existência própria independente dos indivíduos e das mudanças na sociedade (Cunha, 2016, pp. 116-119). Ao contrário, deve-se ter presente que as culturas não são entes monolíticos paralisados no tempo e devem ser vistas, portanto, menos como um produto acabado e mais como algo relativamente aberto e fluído – as tradições, as crenças, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, as línguas e a própria estética são criadas e moldadas por uma variedade de pessoas, estando em constante construção e admitindo, por isso, contradições internas e influências externas, a refletir justamente as características próprias das sociedades¹⁰ ou dos grupos em que são compartilhadas (Jerónimo, 2011, p. 360; Cunha, 2016, pp. 116-119).

Para compreender a noção de ‘cultura’, também é relevante perceber como se dá a aquisição ou formação da identidade cultural. Renteln (2004, pp. 11-13; 2010, p. 8) salienta que todos os indivíduos estão sujeitos a imperativos culturais, porque o aprendizado de todo indivíduo ocorre na sociedade em que se desenvolve *a partir* da respetiva cultura, no processo subconsciente denominado ‘enculturação’. Este processo, nota a autora, envolve condicionamentos cognitivos e comportamentais que, embora não *determinem* as ações individuais, podem predispor, mesmo que inconscientemente, indivíduos a agirem de determinadas formas em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, Jerónimo (2011, pp. 360-361) ressalta que nossa cultura materna é tão relevante que vem a influir largamente não apenas sobre quem somos, mas também sobre o modo como pensamos nosso lugar no mundo, potencialmente, ao longo de toda a nossa existência¹¹. Por isso, não surpreende que tenhamos dificuldade em reconhecer ou assumir nossos próprios comportamentos como culturais (Phillips, 2006, pp. 5-6). No mesmo sentido de Renteln, Jerónimo (2011, pp. 360-361) salienta que, embora a tendência seja darmos preferência aos valores culturais em que somos educados, isso não significa que sejamos *cativos* de tais valores ou que não seja viável, por opção ou por necessidade, que adotemos valores culturais diversos dos originalmente ‘nossos’. É justamente neste contexto que, para além do processo de enculturação, também é importante termos presente o processo denominado ‘aculturação’. Como Spielberger (2004, p. 528) observa, se a partir do processo de enculturação os indivíduos incorporam ou absorvem de forma

¹⁰ Não se deve, todavia, confundir ‘cultura’ e ‘sociedade’. Como explica Renteln (2004, p. 11), a natureza abstrata da ‘cultura’, que é um conceito, contrasta com a natureza concreta da ‘sociedade’, que é, na prática, o acervo de indivíduos na comunidade.

¹¹ Como Jerónimo (2011, pp. 359-360) observa, “[é] pela inserção numa comunidade, pela aprendizagem do seu idioma e pela participação na vida colectiva, que o homem forma a sua personalidade e ganha humanidade. É desta pertença que há-de resultar a consciência que o homem tem de si próprio, o seu lugar no mundo e do seu relacionamento com os outros. É em diálogo com os outros, no quadro de forma de vida intersubjectivamente partilhadas, que os indivíduos definem sua identidade. [O] homem realiza a sua natureza no seio de culturas”.

inconsciente a cultura de onde se desenvolvem, no processo de aculturação o que ocorre é que, ao longo de sua existência, de acordo com seus convívios e experiências, os indivíduos podem vir a apresentar características de mais de um grupo cultural, inclusive de forma concomitante – como Renteln (2004, pp. 13-14) salienta, é especialmente observado nas sociedades contemporâneas em razão da imigração. Nesse sentido, os processos de enculturação e aculturação vêm a confirmar o que falamos sobre o caráter da cultura ser fluído e aberto.

A par das noções de ‘cultura’, ‘enculturação’ e ‘aculturação’, resta esclarecer o sentido do termo ‘etnocentrismo’. É comum perceber o etnocentrismo como uma visão segundo a qual a própria cultura é glorificada, sendo considerada virtuosa e superior às demais, enquanto as outras culturas (ou padrões, valores, *etc.*) seriam não apenas diferentes, mas desprezíveis e inferiores (Hammond e Axelrod, 2006, p. 926). Todavia, como Paul (2008, pp. 465-466) e Valdés (2007a, pp. 132-133) notam, o etnocentrismo é mais bem compreendido como uma *tendência* a ver a própria cultura como *central* em relação às demais – ou um verdadeiro parâmetro – pelo qual se vem a avaliar os outros grupos e indivíduos. Por se tratar de uma tendência a favorecer nossos próprios referenciais culturais (algo que, tendo em conta os processos de formação da própria identidade cultural, não é algo que chegue a surpreender), Valdés (2007a, pp. 132-133) considera que algum grau de etnocentrismo parece ser comum a todas as culturas. As consequências do etnocentrismo, todavia, variam, e, como Valdés observa, podem incluir sentimentos de estranhamento àquilo que lhe é alheio. Este estranhamento não necessariamente será negativo ou terá consequências. Isso porque, como nota Cashdan (2001, pp. 760-763), o etnocentrismo não pressupõe sentimentos negativos para com outros grupos. Tal relação *poderá* se fazer notar, como sublinham Cabecinhas (2007, p. 27) e Paul (2008, pp. 465-466), quando o etnocentrismo é acompanhado da inferiorização, situação em que a visão etnocêntrica estará ligada à xenofobia e/ou ao racismo, temas dos quais nos ocuparemos mais à frente.

4. Minorias

Uma vez que as noções e vocábulos racialistas caíram em desuso, outras noções e terminologias pretensamente mais neutras passaram a ser usadas, dando abertura para que posteriormente o termo ‘minorias’ viesse a ser empregue em referência macro a categorias historicamente vulnerabilizadas, a exemplo dos grupos étnicos e culturais. Como aponta Jerónimo (2007, p. 373), embora já fosse possível verificar alguma preocupação com grupos específicos (religiosos, por exemplo) e sua proteção jurídica durante a Reforma protestante do século XVI, as minorias que vêm ocupando o centro dos debates nas últimas décadas são de origem muito mais recente. Estão associadas

principalmente à emergência do discurso multiculturalista no Canadá e nos Estados Unidos da América durante os anos 1970, que, como a autora nota, vinha a chamar atenção à urgência de acomodar e reconhecer as diversas formas identitárias que coexistem em nossas sociedades democráticas. Ainda assim, como se verá a seguir, o uso oficial do vocábulo ‘minorias’ foi (e ainda é) estrategicamente evitado, dando-se preferência a outras soluções e fórmulas que demandem menor comprometimento para lidar com grupos marginalizados por suas características próprias – sejam elas religiosas, étnicas, culturais ou outras.

Jerónimo e Granja (2019, pp. 3-8) salientam que, durante muito tempo, as noções e terminologias que passaram a ser utilizadas no pós-Segunda Guerra Mundial em oposição às noções racialistas basearam-se sobretudo em uma lógica de proteção *geral* (ou universalista). Isso ocorreu propositalmente, como forma de evitar o insucesso da experiência do sistema de proteção às minorias adotado entre as duas grandes guerras. Assim, em primeiro momento, estas noções não eram apresentadas como especificamente relacionadas às minorias, sendo relacionadas ao direito de *todos* à proteção contra discriminações, vindo apenas mais tarde a abranger também a proteção específica, referente à discriminação e outras questões relacionadas à pertença aos grupos mais vulneráveis¹². Portanto, as autoras notam não ser mero acaso que, a exemplo da DUDH, de 1948, que omite qualquer referência a ‘minorias’, outros documentos da mesma época não tratem do assunto de forma específica. A partir do PIDCP, de 1966, a cláusula de proteção específica, mesmo que com fragilidades, veio a ser concretizada por meio de seu artigo 27.^o – por muito tempo o principal padrão internacional de alcance mundial em matéria de proteção de minorias e até hoje é um dos únicos dotados de força jurídica vinculativa¹³. Com o fim da União Soviética e os conflitos que se seguiram no início dos anos 1990, os debates precisaram ser retomados e novas medidas políticas e normativas voltadas às minorias foram adotadas de modo a cada vez mais esclarecer o conteúdo protegido quando se fala em ‘minorias’, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre Minorias, da Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, ambas de 1992, bem como a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, em 1995.

Como Jerónimo (2013, p. 247) observa, atenta a ausência de consenso internacional sobre o que deva entender-se por minoria e a relutância dos Estados em reconhecerem a existência de minorias nos seus territórios¹⁴, mesmo os instrumentos internacionais específicos tendem a não oferecer definições precisas sobre o termo, resultando na inexistência, *stricto sensu*, de um consenso sobre o que

¹² Jerónimo e Granja ressaltam que, à época da elaboração dos documentos, ainda nos anos 1940, os direitos de minorias não eram parte da visão dominante, marcada, note-se, pelo *individualismo* e pelo *universalismo*.

¹³ Junto da Convenção dos Direitos da Criança, de 1990, que, em seu artigo 30.^o incluiu um preceito igual ao do artigo 27.^o do PIDCP.

¹⁴ Sobretudo os grupos tidos como perigosos para a integridade territorial (Jerónimo, 2013, p. 247).

são minorias ou quais critérios devem ser utilizados para a identificação de seus membros. Não raro, nota a autora, os Estados se valem justamente desta abertura conceptual para excluir determinados grupos do âmbito de proteção dos instrumentos internacionais¹⁵. Soma-se a este quadro o facto de o desenvolvimento de jurisprudência pelos tribunais sobre a proteção das minorias – a exemplo do TEDH, como notam Jerónimo e Granja (2019, p. 11) – não ser linear, situação que por certo não facilita a tarefa de chegar a um denominador comum para definir o significado de ‘minorias’. Por tudo isso, salvo especificação em contrário, será adotada no presente estudo uma noção mais geral, ou *lato sensu*, do termo. Nesse sentido mais amplo, Jerónimo (2007, p. 373; 2013, p. 247) observa que o termo ‘minorias’ é utilizado em referência a indivíduos ou grupos inseridos na população de um Estado, mas distintos da maioria daquela população em razão de seus traços étnicos, culturais, religiosos e/ou linguísticos. De forma semelhante, Cátedra (2007, pp. 237-238) nota que, em geral, o termo ‘minorias’ vem sendo utilizado para designar grupos sociais cujos membros compartilham certas características que os distinguem dos indivíduos pertencentes à maioria da mesma sociedade, estando em desvantagem – em termos políticos, económicos, religiosos ou culturais – sendo que tal desvantagem não raro se dá em paralelo à estratificação social no ambiente em que as minorias estão inseridas. Quando não for esta a noção que estiver em pauta, especificaremos seus termos, o que virá a ocorrer principalmente no contexto de documentos ou instrumentos legais e afins.

Delineados os termos gerais que, como regra, utilizaremos para referir as minorias, merecem ser listados os critérios propostos pela doutrina e apontados por Jerónimo (2013, p. 248) para facilitar a identificação de um grupo enquanto minoritário. Como a autora reforça, estes critérios não são livres de críticas e não necessariamente abrangeriam as minorias em todas as suas formas. Os principais critérios avançados na doutrina são: (i) o grupo deve apresentar características étnicas, culturais, religiosas ou linguísticas próprias, distintivas face à população maioritária; (ii) o grupo não pode ser politicamente dominante – ainda que possa ser superior numericamente¹⁶; (iii) o grupo deve ser constituído por um número considerável de membros; (iv) os membros do grupo devem residir e ter cidadania do território do Estado; (v) deve haver laços antigos, firmes e duradouros entre o Estado e o grupo em questão; (vi) o grupo deve contar com um sentimento de comunidade entre seus membros; e

¹⁵ O que, como observa Jerónimo (2013, pp. 247-248), pode vir a ocorrer “seja pela aposição de reservas ou declarações interpretativas, aquando da assinatura ou ratificação dos Tratados[,] seja através de esclarecimentos feitos aquando da apresentação dos relatórios nacionais periódicos”. Ainda assim, nota a autora, já foi esclarecido pelos próprios organismos internacionais de supervisão, que a proteção de uma minoria independe de seu reconhecimento formal pelo Estado.

¹⁶ Preece (2008, pp. 905-906) e o Alto Comissariado das Nações Unidas (UN, 2010, pp. 2-3) chamam atenção a isso, destacando que o que faz o *status* de minoria ser significativo não é sua proporção em relação à maioria – mas o pertencimento ou a identificação com grupos que não são parte da cultura dominante ou oficial. Preece ainda explica que o critério essencial da não-dominância visa justamente a evitar que o termo ‘minorias’ seja impropriamente aplicado em referência a grupos numericamente inferiores, mas que ainda assim sejam dominantes – como se deu, por exemplo, no *apartheid* da África do Sul, já que a população submetida à segregação constituía, de facto, maioria numérica, em oposição ao grupo politicamente dominante que era numericamente inferior.

(vii) os membros do grupo devem ter assumido o objetivo de preservação de sua identidade comum. Como Jerónimo nota, a adoção destes critérios é potencialmente problemática, pois não apenas vem a excluir os estrangeiros e apátridas¹⁷, como envolve a determinação, que ocorre no caso a caso, do que seriam as ‘características relevantes’, o ‘número considerável’, ou o ‘sentimento de comunidade e de preservação da identidade coletiva’. Ademais, parece-nos que a exigência de que sejam presentes laços históricos, firmes e duradouros, entre os grupos e o Estado tampouco seria razoável, à vista de situações como das pessoas que vêm a pertencer a grupos minoritários em razão somente de sua cultura ou aparência física. Por isso, ressalta-se que apenas são compatíveis com a noção que adotamos no presente trabalho os dois primeiros critérios – relativos, respetivamente, a tratar-se de indivíduos ou grupos cujas características étnicas, culturais, religiosas ou linguísticas destoam da maioritária e que estão em posição de desvantagem sobretudo política e social naquela sociedade. Para além destes critérios, como ressaltam Jerónimo (2016, p. 313) e o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas (UN, 2010, p. 2), há outras questões a serem consideradas e que se mostram especialmente úteis para a verificação da pertença a determinado grupo – como é o caso da autoidentificação pelos próprios membros. Por último, releva esclarecer, a exemplo de Cátedra (2007, pp. 237-238), que, embora possam ser ferramentas úteis, os critérios e seus mecanismos auxiliares (a exemplo da autoidentificação) jamais devem ser vistos, especialmente se isolados, como *determinantes* para confirmar sua pertença.

Com relação às eventuais categorias de grupos minoritários, aqui relevantes para fins de melhor compreensão de seu conteúdo, fica evidente, em primeiro lugar, a distinção presente em instrumentos internacionais de proteção, que se referem especificamente a minorias nacionais, minorias étnicas, minorias religiosas e/ou minorias linguísticas, e, em segundo lugar, a distinção feita pela doutrina entre velhas e novas minorias. A primeira categorização, de modo geral, não deixa espaço para muitas dúvidas, dizendo respeito, efetivamente, a cada uma das formas minoritárias listadas, sobre as quais nos debruçaremos mais à frente, quando da análise dos instrumentos voltados à proteção das minorias. O que nos parece importante, todavia, é esclarecer desde já a diferença entre minorias nacionais e minorias étnicas, de modo a evitar sua sobreposição e para facilitar o posterior entendimento da distinção entre velhas e novas minorias. Nesse sentido, adotamos a diferenciação apontada por Jerónimo e Granja (2019, p. 12). Assim, no presente trabalho utilizaremos o termo ‘minorias nacionais’ em referência aos grupos minoritários que tenham um Estado-parente (*kin-state*) ou que alimentem aspirações autonomistas ou independentistas. Quanto à categorização relativa às velhas e às novas minorias, utilizamos a noção trazida por Kymlicka (2007, pp. 7-9). De forma geral, as velhas minorias

¹⁷ O que, aliás, tanto o Comité Consultivo e o Comité dos Direitos do Homem consideraram inadmissível.

são formadas por grupos locais estabelecidos historicamente antes mesmo da existência de um Estado – a exemplo das minorias nacionais e das minorias indígenas – enquanto as novas minorias seriam formadas por grupos admitidos ao território depois do seu estabelecimento como Estado¹⁸. Impende ressaltar, todavia, que ao apresentar estas categorizações não pretendemos engessar os grupos ou seus respectivos direitos, mesmo porque estas categorias se cruzam e as minorias, em si, não são estáticas. Pretendemos, antes, facilitar a compreensão das questões que surgirão e deverão ser consideradas quanto ao reconhecimento e a forma de lidar com um ou outro grupo minoritário, já que os respectivos direitos e estatutos não raro decorrem da categoria minoritária e de suas particularidades.

Nesse sentido, Kymlicka (2007, pp. 7-9) sublinha que as velhas e as novas minorias recebem diferentes *status* de acordo com suas categorias em razão dos processos históricos que levaram a suas formações, bem como por conta de seus graus de vulnerabilidade. Por isso mesmo, nem sempre as novas minorias são reconhecidas enquanto minorias pelos Estados, que, quando as reconhecem, não raramente o fazem de forma limitada em comparação aos direitos previstos às velhas minorias (em especial às minorias indígenas). Além das especificidades relativas ao reconhecimento das velhas e das novas minorias e a seus correlatos níveis de proteção, há que se falar também das diferenças atinentes ao tratamento das demandas de cada uma destas categorias minoritárias. Em relação às velhas minorias, Preece (2008, p. 906) ressalta que, por conta dos vínculos históricos existentes, há uma tendência geral no sentido de procurar acomodar suas necessidades específicas. Nesse sentido, as políticas relativas às velhas minorias tendem a envolver alguma forma de autonomia e/ou titularidade territorial, reconhecimento de direitos linguísticos e de património cultural. Em contraste, as reivindicações mais associadas às novas minorias tipicamente vão mais no sentido de integrar os indivíduos à população majoritária, baseando-se sobretudo no princípio-direito à não-discriminação e nos direitos civis.

É de se notar, por fim, a atual tendência, presente nos discursos popular e acadêmico, de incluir no rol dos grupos minoritários determinados grupos efetivamente vulneráveis, mas que, no entanto, não são reconhecidos como minorias nos documentos internacionais – a exemplo das causas relacionadas à identidade de gênero e à orientação sexual, bem como enfermidades e deficiência (Rosas, 2007, pp. 14-15). Sobre isso, já ponderou o Alto Comissariado das Nações Unidas (UN, 2010, p. 3) que, apesar de a Declaração de Direitos de Minorias das Nações Unidas ter redação voltada especificamente a minorias étnicas, religiosas e linguísticas, é igualmente importante combater outras formas de

¹⁸ Como exemplo das 'novas minorias', Kymlicka (2007, pp. 7-9) lista os requerentes de asilo, os trabalhadores temporários e *alguns grupos de imigrantes*, todavia, no nosso ver, a leitura das 'novas minorias' deve ser mais ampla do que a apresentada pelo autor, de modo a abranger tanto requerentes de asilo e refugiados, como *imigrantes de forma geral*, e não restrita.

discriminação, e as minorias tendem a encontrar-se justamente entre os grupos mais marginalizados da sociedade, podendo estar, portanto, em situação de vulnerabilidade mais acentuada ainda em razão destes outros fatores, o que deve ser evitado. Nesse sentido, nota-se que, mesmo não se confundindo com o que se vem reconhecendo por minorias, não raro lhes vem sendo direcionadas formas de proteção específica (em moldes, aliás, muito semelhantes aos que são dispensados quando está em causa a proteção das minorias propriamente ditas), tanto nos ordenamentos jurídicos internos como em âmbito internacional¹⁹.

5. Diferença, desigualdade e discriminação

Como notam Cabecinhas (2007, pp. 20-21) e Costa-Lopes *et al.* (2008, p. 769), o processo de diferenciação – operado pela identificação de semelhanças e diferenças – é presença constante em nossas vidas desde sempre, constituindo ferramenta essencial ao aprendizado humano. A diferenciação e os significados que lhe são dados não surgem de forma isolada, pois dependem da interpretação para se concretizarem, sendo inevitavelmente influenciados pelo contexto (histórico, social, cultural, *etc.*) de quem diferencia, jamais ocorrendo de forma neutra (Turner e Louis, 1996, pp. 134-135; Turner, 1997, p. 289; Cabecinhas, 2007, pp. 20-21). Como Cabecinhas ressalta, o processo de diferenciação é entre grupos humanos, um grupo atribui significados a características reais ou imaginárias de outro(s) grupo(s), conforme sua própria percepção – percepção esta que, como visto no ponto anterior, é frequentemente baseada em noções autocentradas e que não raro são generalizadoras e simplistas. Todavia, ao contrário do que pode parecer para quem diferencia, as características objeto de diferenciação são dinâmicas e constantemente reinventadas ou reinterpretadas (mesmo por quem as usa como marcadores da diferença), de modo que o que antes era diferente pode, em outro momento, não ter qualquer significado.

Costuma-se categorizar a diferença em dois principais grupos, como apontam Cabecinhas (2007, p. 20) e Cunha (2016, pp. 54-63): as diferenças percebidas em relação a *características naturais*, e as diferenças percebidas em relação a *características sociais*. Algumas destas categorias serão potencialmente relevantes, sobretudo aquelas inatas a todos indivíduos, enquanto outras serão menos determinantes, principalmente aquelas mais flexíveis. As duas autoras notam em suas obras que, habitualmente, quando se fala de diferenças relacionadas a características naturais, se está a falar de diferenças de idade, de cor, de sexo e de gênero (as duas últimas compreendidas de forma ampla). Nota-se, como faz Cunha, que mesmo as diferenças relacionadas às características naturais são construções

¹⁹ A exemplo da aplicação de quotas e de ações afirmativas, que, para além das legislações estatais várias, ocorrem também em seara mais ampla, já que em maior ou menor medida são presentes inclusive na formação de comitês e dentro das próprias organizações internacionais.

culturais e sociais, envolvendo suposições, definições de categorias, de estatutos e de funções, que são socialmente interpretadas ou valoradas. Exemplo disso são as expectativas comuns em nossas sociedades sobre os indivíduos sobretudo em razão de cor, género e idade. Em relação às categorias sociais de diferença, Cunha observa que estas podem ser relativas a características culturais, étnicas, socioeconómicas e afins e que elas, não raro, são diretamente relacionadas a desigualdades sociais²⁰. A autora nota que esta falha de interpretação pode levar, por exemplo, à exotização de condições precárias de vida, que passam a ser vistas como inerentes a determinado grupo, em uma percepção que tende a naturalizar as diferenças e a desigualdade de cariz socioeconómico.

Nesse contexto, releva dizer, a exemplo de Cunha (2016, p. 54), que, apesar de não serem sinónimos, a confusão entre os termos ‘diferença’ e ‘desigualdade’ não é algo incomum. Ambas as noções são interconectadas, porque a desigualdade pode criar e acentuar a diferença, e a diferença pode ser manipulada para legitimar a desigualdade. Ocorre que o carácter comparativo ou relativo, presente tanto quando se fala da diferença como quando se está a falar da desigualdade, diz respeito a critérios distintos em um caso e em outro. Barros (2005, p. 353) salienta que “as desigualdades relacionam-se mais freqüentemente ao estar ou mesmo ao ter (pode-se ‘ter’ mais riqueza, mais liberdade, mais direitos políticos), enquanto as diferenças relacionam-se mais habitualmente ao ser (‘ser negro’, ‘ser brasileiro’, ‘ser mulher’)”. Além disso, nota-se que a diferença se contrapõe diretamente à semelhança, enquanto a desigualdade se contrapõe diretamente à igualdade, relacionando-se, portanto, a questões como assimetria, subalternidade e disparidade – no plano dos direitos, da repartição do poder e da riqueza (no plano monetário ou de acesso a bens e recursos) e das categorizações sociais e seus desdobramentos, comunicando-se também com habilitações académicas, conexões sociais e, mesmo, com o racismo (Cunha, 2016, pp. 54-55; Miller *et al.*, 2016, p. 129; Chang, 2014, s. p.; Stiglitz, 2012, s. p.).

Apesar desta relação com a repartição da riqueza, deve-se ter presente que a desigualdade em plano social ou económico não pode ser medida por uma linha arbitrária de rendimentos ou de noções relativas à pobreza, dizendo respeito às distâncias entre as posições relativas que são ocupadas pelos diversos segmentos da sociedade (Cattani, 2007, p. 77; Cunha e Durand, 2016, p. 180; Miller *et al.*, 2016, p. 129; Chang, 2014, s. p.). O que ocorre, como salienta Chang (2014, s. p.) é que, como os dados associados à renda e à riqueza são aqueles cuja mensuração e acesso são mais facilitados, as desigualdades nesta seara vêm a ser as mais difundidas e discutidas, inclusive academicamente, o que resulta no facto de estas desigualdades serem mais conhecidas – e sua noção seja, portanto, mais

²⁰ Aliás, Cunha nota que não raro se atribui a diferenças culturais o que na verdade diz respeito sobretudo a diferenças socioeconómicas – como quando se relaciona aspetos do modo de vida de uma dada comunidade a fatores étnicos ou culturais que estão muito mais vinculados a dificuldades socioeconómicas.

presente. Neste contexto, Stiglitz (2012, s. p.) nota que, assim como ocorre no que diz respeito à diferença, há hoje uma tendência no sentido de naturalizar as desigualdades socioeconômicas, justificando-as como resultado de forças supostamente abstratas e autônomas, que seriam intrínsecas à economia. Diante desta naturalização, que abrange preconceitos e outras questões culturais mais profundas do que a simples situação econômica, a vulnerabilidade econômico-social de determinados grupos é aceite como um dado posto, algo inevitável.

Por fim, também relacionada às noções de ‘diferença’ e de ‘desigualdade’, é a noção de ‘discriminação’. Para Barros (2005, p. 354), a discriminação é um dos instrumentos da desigualdade ou, mesmo, como uma de suas etapas. O autor nota que “[a] discriminação ajuda a impor precisamente um jogo de dominação e estratificação social que afeta com menor ou maior violência grupos menos favorecidos e que lida com uma complexa relação entre igualdade, desigualdade e diferença”. Cabecinhas (2007, pp. 21-22), Almeida (2019, s. p.) e Barros (2005, p. 354) assinalam que a discriminação depende justamente da diferenciação feita entre ‘nós’ e os ‘outros’ e da valoração de características e das percepções sociais por ela delineadas – valoração esta que, estando alicerçada nos padrões sociais dominantes, estará também associada ao poder e às desigualdades e desvantagens presentes naquela sociedade. É relevante ainda salientar, como faz Almeida (2019, s. p.), que embora a discriminação seja mais facilmente percebida em sua forma direta, esta não é a única via pela qual a mesma é praticada, seja no âmbito das políticas públicas, seja no âmbito individual. Em sua forma *direta*, a discriminação ocorre por meio, por exemplo, do repúdio ostensivo a indivíduos ou grupos que contrastam e/ou são rejeitados pela cultura dominante (por fatores como cor, etnia, costumes, nacionalidade, entre outros). Em sua forma *indireta*, a discriminação se dá num processo em que a vulnerabilidade desses grupos é ignorada e/ou são impostas medidas que partem de uma lógica de suposta neutralidade (como nas *color-blind policies*) segundo a qual todos, independente de suas especificidades e demandas, são sujeitos às mesmas regras gerais – que possuem fundamento, ressalte-se, na cultura dominante. Seja na forma direta ou indireta, a discriminação é por si só grave quando percebida em atos isolados, mas enquanto processo pode ter consequências extremamente profundas, abrangendo desde a estratificação social e a marginalização, até as práticas de extermínio em massa vivenciadas ao longo do século XX. Por isso, a discriminação veio a ser sancionada de forma ampla nos ordenamentos jurídicos internos e também no âmbito internacional, como será visto mais à frente.

A par das noções de ‘diferença’, ‘desigualdade’, ‘discriminação’ e de suas consequências, é relevante pontuar, como fazem Cabecinhas (2007, pp. 21-22) e Jerónimo (2010, p. 411), a criação e a aplicação de políticas especificamente voltadas à promoção da igualdade. Como ambas as autoras

notam, estas políticas visam justamente reduzir injustiças históricas e garantir um futuro mais igualitário aos grupos discriminados, funcionando através da atribuição a eles de certos direitos e garantias específicos. Jerónimo nota que, quando se fala em tais medidas, se está a falar sobretudo de políticas públicas como as que passaram a vigorar primeiro na Índia, nos anos 1950, e posteriormente nos Estados Unidos, a partir dos anos 1960, bem como daquelas que vieram a ser aplicadas na sequência, inspiradas por tais experiências. Como Almeida (2019, s. p.) e Cabecinhas notam, no caso dos Estados Unidos, que é precisamente o mais célebre, buscou-se, por meio de políticas de inclusão – praticadas através das *ações afirmativas* –, estimular principalmente o recrutamento laboral e a educação de indivíduos pertencentes a grupos tradicionalmente discriminados. Estas práticas vêm sendo abrigadas de forma ampla pelo termo ‘discriminação positiva’, termo que é empregue em contraposição às noções de discriminação associadas ao preconceito e à marginalização dos grupos não-dominantes.

Quanto à delimitação entre os conceitos de ‘discriminação’, ‘preconceito’ e ‘racismo’, merece atenção o facto de, embora não raro serem interconectados, os mesmos não se confundirem entre si. Almeida (2019, s. p.) nota que o preconceito é o juízo baseado em estereótipos sobre indivíduos supostamente pertencentes a um determinado grupo, que pode ser racializado ou não. Este juízo pode ou não resultar em discriminação, discriminação que pode ou não ser racista. Conforme o autor, a discriminação é verificada quando, com base em qualquer preconceito, for adotado tratamento prejudicial para indivíduos que pertençam a grupos diversos do padrão dominante. Ainda, Almeida ressalta que o preconceito pode ser, ele próprio, racista, *sem envolver discriminação*, sempre que o preconceito seja fundado em critérios raciais, étnicos, culturais e afins – porque o preconceito em si não é atrelado a tratamentos prejudiciais –, ou então pode ter como desdobramento a discriminação de cunho racista (a qual, aliás, será discutida mais adiante), quando, baseado em tais critérios, significar tratamento desigual em prejuízo aos grupos racializados naquela sociedade.

6. Diferença cultural

A diferença ou a diversidade cultural, como nota Jerónimo (2015, p. 334), é uma característica dominante das sociedades contemporâneas. Esta diferença pode ser pouco percebida (como por vezes ocorre quando grupos partilham histórico de interação e coexistência próxima) e ter importância reduzida, ou ser mais perceptível, podendo vir, nesse caso, a ter reflexos mais relevantes na convivência entre grupos de uma mesma sociedade. Ressalta-se, a exemplo de Almeida (2007, p. 3), que a noção de ‘cultura’ no contexto da ‘diferença cultural’ é aquela de sentido *lato*, vindo, portanto, a abranger desde a identidade em um sentido mais coletivo até as identidades individuais. Igualmente importante, como

pontuam Leão (2015, pp. 37-38) e Jerónimo (2015, p. 334), é perceber que estas diferenças são visíveis de forma ampla, inclusivamente na composição interna dos Estados (e não apenas *entre* Estados), de modo que nas sociedades multiculturais contemporâneas, a própria diversidade cultural é marcada pela pluralidade – marcada tanto pelas múltiplas identidades existentes, como pelas múltiplas necessidades e demandas que surgem destas identidades várias. As controvérsias que podem acompanhar esta pluralidade, observam Jerónimo e Cunha (2015, pp. 3-4), envolvem principalmente as tensões surgidas do/no confronto entre cultura dominante (ou hegemónica) e as perceções desta relativamente à(s) outra(s) cultura(s), seus símbolos e especificidades.

Tamanha é a relevância da diferença cultural que, como atenta Almeida (2007, p. 3), hoje, quando se fala em diferença no mundo euro-americano, normalmente se está a falar justamente daquelas diferenças de cariz cultural. Mesmo assim, cumpre ressaltar que, ainda que sejam termos que digam respeito à mesma realidade, de forma geral, enquanto o termo diferença tende a ser utilizado no discurso público em situações relacionadas à desconfiança ou reserva, o termo diversidade é frequentemente utilizado em contextos mais favoráveis. Nesse contexto, Eriksen (2006, pp. 14-15) e Jerónimo (2015, pp. 334-335) observam que, o termo ‘diversidade’ costuma ser adotado no discurso público quando se pretende falar de diferenças culturais de forma politicamente neutra, ao passo que o termo ‘diferença cultural’ não raro é associado a problemas sociais com imigrantes e seus descendentes²¹. Como a percepção da diferença cultural vem a refletir processos de enculturação contrastantes, tal percepção não é neutra e vem a ocorrer de formas e com resultados vários (Patten, 2011, p. 735). Assim, não surpreende que o termo ‘diferença cultural’ seja frequentemente utilizado pelo grupo dominante em referência a práticas de outros grupos que vêm a ser consideradas controversas, em discussões que envolvem desde a eventual violação a direitos humanos – a exemplo da mutilação genital feminina (Cunha, 2013) –, até a possibilidade de admissão ou não, em juízo, de defesa e de argumentos culturais (Jerónimo, 2016, pp. 311-315; Jerónimo e Cunha, 2015, pp. 7-11; Renteln, 2010, pp. 185-187).

Não se pode deixar de lado, como já ressaltado em momento anterior, que, não raro, as questões associadas à ideia de raça acabam por ser simplesmente deslocadas para o âmbito da cultura, o que é refletido no facto de, por vezes, o termo ‘diferença cultural’ ser utilizado para descrever situações cujo cariz é essencialmente racista (Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 5; Sekulić, 2008, p. 458). Por um lado, esta ênfase na cultura pode revelar um certo acolhimento, no discurso cotidiano, das noções

²¹ Nesse sentido, nota Jerónimo (2015, pp. 334-335), “[n]o plano internacional, a diversidade cultural tem vindo a ser celebrada como uma fonte de imensa riqueza, numa clara tentativa de promover o respeito entre os diferentes povos do mundo e de afastar a ameaça de um choque de civilizações[.] Apesar deste enorme consenso internacional, no plano interno dos Estados, a diversidade cultural continua a ser vista como um problema, fonte de tensões sociais e um perigo para as identidades nacionais maioritárias”.

contemporâneas que rechaçam o racismo. Por outro lado, ainda mais em ambientes menos favoráveis à diversidade ou diferença, esta abordagem também pode relacionar-se à presença velada ou à negação do racismo, ou, ainda, à essencialização/naturalização de características culturais (Costa-Lopes *et al.*, 2008, p. 770; Cabecinhas e Amâncio, 2003, p. 6; e Almeida, 2007, p. 3). Nesse sentido, Jerónimo (2019b, pp. 44-45) nota que, mais recentemente, ao mesmo tempo em que a fórmula do ‘racismo sem raças’ é a preferida para ‘exoticizar’ os estrangeiros indesejados, os argumentos anti-imigração estão a recuperar o ‘racismo das raças’. Diante de tudo isso, nota-se que a diferença ou diversidade cultural deve ser sempre compreendida em sentido verdadeiramente voltado ao respeito à identidade e características do ‘outro’, critério essencial para evitar distorções de seu significado (Almeida, 2007, p. 24; Costa-Lopes *et al.*, 2008, p. 770).

Por fim, salienta-se, a exemplo de Phillips (2006, pp. 5-6), que nossas próprias características culturais tendem a ser menos percebidas (e, mesmo, assumidas como *culturais*), sobretudo quando nos identificamos com a cultura dominante. Nesse sentido, a autora chama atenção ao facto de as pessoas que se identificam com culturas minoritárias não vivenciarem sua própria cultura de maneira muito diferente da vivenciada por quem se identifica com a cultura dominante. O que ocorre, nota Phillips, é que a experiência de pertencer a uma cultura minoritária pode fazer com que as pessoas sejam mais conscientes das características e especificidades relativas à sua própria cultura, principalmente quando há pressão para adaptação à cultura dominante. Sobre esta realidade, Renteln (2004, p. 14) e Phillips (2006, pp. 5-6) observam que, ao contrário do que se poderia pensar, em ambientes pouco tolerantes à diversidade, não é incomum que os indivíduos pertencentes a culturas minoritárias valorizem e busquem praticar ainda mais seus modos de vida, crenças, hábitos e tradições – situação diante da qual a diferença cultural pode vir a ser mesmo enfatizada, tendo um papel (ainda que nem sempre intencional) de mobilização contra a intolerância e/ou opressão para com o culturalmente diferente.

8. Multiculturalidade, assimilacionismo e interculturalidade

As origens do termo ‘multiculturalidade’ e de seu uso, como nota Ansell (2013, pp. 105-106), são relativamente recentes e estão relacionadas às mudanças havidas nas sociedades ocidentais após a Segunda Guerra Mundial. Da proteção da diferença com base em direitos individuais, passou-se a uma visão mais consciente da matéria, reivindicando-se (e, mesmo, garantindo-se, a depender do Estado) direitos também com base na pertença a certos grupos – e, mais tarde, também com base na proteção das tradições, da língua, dos costumes e de outras características destes grupos. A autora nota que a mudança ocorreu lentamente e de forma difusa, sobretudo a partir dos anos 1960, em razão de

movimentos sociais pela valorização e integração de grupos historicamente marginalizados. Este movimento de preocupação com o respeito à diferença passou então a ser uma verdadeira tendência global, denominada multiculturalismo, que, como Ansell observa, em primeiro momento foi evidenciado nos Estados Unidos da América e na Europa como uma espécie de sensibilidade ou cortesia (e não de garantia) para com o 'outro', mas a partir dos anos 1970 veio a traduzir-se também, no Canadá e na Austrália, enquanto um dever estatal.

De modo a entender a multiculturalidade e o multiculturalismo, é essencial, como adverte Rosas (2007, p. 47), diferenciar a *sociedade multicultural* do que é, em si, o *multiculturalismo*. O autor refere que a sociedade multicultural é um facto, uma realidade, enquanto o multiculturalismo é um modelo, ou um conjunto de modelos, pelo qual se interpreta aquilo que é entendido por sociedade multicultural e se decide, de um ponto de vista político, como agir em relação a ela. Por isso, a sociedade multicultural relacionar-se-ia com um *conceito descritivo*, enquanto o multiculturalismo seria ligado a um *modelo normativo*. De forma semelhante, Ansell (2013, p. 105) refere que o termo 'multiculturalismo' refere-se ao conjunto de práticas e políticas que os Estados adotam para lidar com a realidade da presença de minorias e de diversidade cultural em seus territórios. A autora observa que o multiculturalismo vem sendo sobretudo vinculado, neste contexto, ao apoio do Estado, tanto para proteger aqueles grupos minoritários – e suas respetivas línguas, valores, tradições, *etc.* –, como para garantir a tais grupos igualdade de *status* relativamente à população hegemónica, de forma que os países vêm empregando o multiculturalismo como uma ferramenta para integrar os grupos minoritários ao restante das respetivas sociedades.

Quanto à noção de 'sociedade multicultural' enquanto modelo descritivo, Rosas (2007, pp. 47-50) identifica pelo menos três formas diferentes de sua compreensão ou verificação prática: (i) a presença de mais de uma nação histórica, com língua própria e história distinta, aglutinada(s), mas ainda presente(s) com suas especificidades em uma dada comunidade política (a exemplo do que ocorre em Espanha); (ii) a formação ou presença de comunidades diversas em uma dada sociedade de acolhimento em razão da chegada, por exemplo, pela imigração, de outros grupos cujas características como cor, língua, religião ou costumes, contrastam com os daquela sociedade (nesse sentido, sobretudo hoje, a maior parte dos países europeus seriam sociedades multiculturais); e (iii) a mera presença de minorias (em sentido *lato*, a abranger grupos étnicos, nacionais, sexuais, entre outros), que, em razão da opressão sofrida historicamente – e conseqüente marginalização e/ou violência a que são expostos –, estariam incluídas em um conceito expandido de sociedade multicultural. Rosas ressalta que os países europeus são, há muito, habituados à presença de sociedades multiculturais na primeira compreensão – não lhes

sendo estranha a ideia de ‘nações dentro de nações’ – mas que estes mesmos Estados estão muito menos familiarizados com as realidades da sociedade multicultural assentes na segunda e na terceira compreensões, as quais derivam de factos relativamente recentes no contexto europeu. Neste quadro, ressalta-se, a exemplo de Cátedra (2007, pp. 237-238), que, apesar de a grande maioria dos Estados modernos serem, de modo mais recente ou mais distante, sociedades multiculturais *de facto*, não é raro que nessas mesmas sociedades esteja presente um sentimento segundo o qual a diferença cultural representaria ameaça à preservação de sua própria identidade.

Para lidar com a realidade das sociedades multiculturais e com as questões que acabam por emergir em razão da convivência entre diferentes culturas, os países europeus vêm adotando, como observam Rosas (2007, pp. 49-54) e Jerónimo (2015, pp. 336-337), respostas diferentes, a depender principalmente de fatores como sua história e sua composição populacional. Trata-se justamente do que se falou *supra*, da multiculturalidade enquanto modelo normativo. Conforme os autores, tais respostas vêm oscilando entre dois principais modelos: de um lado, o modelo do assimilacionismo e, de outro lado, o modelo do multiculturalismo. O modelo do assimilacionismo (também referido, de forma geral, como ‘modelo francês’) é associado à *assimilação cultural*. Por sua vez, o modelo do multiculturalismo (também denominado, de forma geral, como ‘modelo britânico’), o qual é associado à *integração* por meio da *acomodação das diferenças culturais*. O modelo multiculturalista, ressalta Jerónimo (2015, pp. 336-337), vem a reconhecer a importância da identidade cultural dos indivíduos, bem como o direito, individual e coletivo, de se viver de acordo com valores e tradições próprios da respetiva identidade cultural. Na prática, como Jerónimo e Rosas apontam, isso ocorre por meio da adoção de medidas específicas e de políticas favoráveis ao respeito e à manutenção dos grupos culturalmente minoritários e suas especificidades. Nesse sentido, Rosas (2007, pp. 49-54) e Jerónimo (2015, pp. 336-337) ressaltam o papel da concessão de direitos específicos, de adaptações a nível linguístico e do apoio a instituições representativas²². Entre as políticas multiculturalistas mais comumente adotadas, destacam-se as medidas efetivadas por meio do tratamento preferencial. Em contrapartida, observa Jerónimo, no modelo assimilacionista busca-se deixar de lado a identidade cultural do indivíduo e de seu grupo, exigindo-se que todos adotem os valores dominantes da sociedade, principalmente no espaço público, o que supostamente é feito ao abrigo do princípio da igualdade. Para Rosas, as políticas descomprometidas com as diferenças deste modelo partem da lógica e do pressuposto de que não caberia ao Estado a preservação das especificidades culturais que não lhe são próprias, não havendo por isso espaço nesse

²² Nesse sentido, alguns exemplos concretos de políticas ‘multiculturalistas’ apontados por Jerónimo (2015, pp. 338-339) são: o direito dos Sikh, no Reino Unido, de usar turbante em substituição do capacete na condução de motocicletas, ou o direito reconhecido pela lei portuguesa de os alunos de Miranda do Douro aprenderem o Mirandês e a demarcação de áreas tradicionais para as comunidades Sami, em Noruega, Finlândia e Suécia, onde tal grupo possui direitos exclusivos de criação de renas.

modelo para a concessão de isenções legais, ou de privilégios para *além* do concedido de forma geral²³. Apesar disso, Rosas (2007, pp. 49-54) defende que o tratamento preferencial pode ter lugar entre as políticas assimilacionistas, desde que com duração definida e com objetivo específico de promoção da igualdade. Isso porque, nota, estes modelos são modelos ideais, cuja delimitação vem a facilitar a percepção geral do que vem sendo praticado. Não por acaso, indica Rosas, mesmo em França e Grã-Bretanha, ver uma aplicação mista do assimilacionismo e do multiculturalismo não é algo incomum. A esse respeito, Jerónimo (2015, pp. 336-337) ressalta que a retórica assimilacionista, não raro, ocupa terreno especialmente no discurso oficial, enquanto as políticas multiculturalistas têm maior prevalência na gestão cotidiana da diferença.

A par disso tudo, merece notar que os dois modelos são alvo de profundas críticas²⁴. O modelo multiculturalista, como Jerónimo (2007, p. 373) nota, não raramente é criticado por supostamente ser contrário aos princípios liberais da universalidade, da igualdade e da neutralidade. Por outro lado, nota a autora, o assimilacionismo é criticado por, ao distorcer o princípio da igualdade sob a justificativa da neutralidade, dar carácter oficial exclusivamente a valores e cultura associados à identidade dominante – impondo estes mesmos valores e cultura a pessoas e grupos que se identificam com valores não-dominantes. Parece-nos que as críticas ao assimilacionismo são as mais acertadas. Em relação ao multiculturalismo, percebe-se, como salienta Jerónimo, que, contrariamente às críticas que lhes são dirigidas, o que sua lógica repudia é a visão segundo a qual haveria uma única identidade universal, comum – e, portanto, exigível – a todos os cidadãos. Ademais, como observa Jerónimo (2015, pp. 334, 338), a adoção de políticas multiculturalistas não é apenas um mecanismo para inclusão, porque vem a refletir a própria realidade cultural – a qual, conforme já visto, além de estar longe de ser estanque, também vem sendo cada vez mais marcada pela diversidade. Para além disso, nota-se, a exemplo de Jerónimo (2015, p. 339), que é possível aplicar o respeito à diferença pela via do multiculturalismo sem que isso signifique o desrespeito às características e aos valores da sociedade dominante ou o sacrifício da soberania dos Estados e de seus princípios democráticos ou dos direitos fundamentais.

Ainda, merece ser salientado, como faz Jerónimo (2015, p. 336), que a assimilação forçada tem sido, de forma geral, vedada em instrumentos de Direito internacional, à exceção de medidas adotadas no âmbito da política geral de integração (a exemplo do previsto na Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais de 1995). Apesar disso, a lógica assimilacionista vem ganhando força em alguns países, inclusivamente pela popularização de realização de testes ‘de cidadania’ como critério

²³ Assim, como Rosas (2007, pp. 49-54) refere, a lógica assimilacionista não é, por exemplo, de reconhecer ou preservar a língua das minorias com adaptação de conteúdos curriculares, mas, nesse contexto, garantir o melhor apoio ao ensino da língua oficial, por meio dos conteúdos lecionados a toda a população.

²⁴ Para Rosas (2007, pp. 54-55), os dois modelos estão em crise, evidenciada pela tendência de responsabilização mútua quando há conflitos de fundo cultural.

para a concessão de autorizações de residência e para a naturalização. Ademais, Jerónimo (2019b, pp. 48-52) nota que é autorizada uma ampla margem de apreciação aos países europeus na gestão da multiculturalidade, resultando um leque de políticas muito vário nesse setor, a depender de Estado para Estado. Na prática, ressalta, isso vem a permitir que políticas *beirando* a assimilação forçada sejam praticadas, contribuindo para que se incuta no pensamento cotidiano a noção de que, para ser aceite na sociedade de acolhimento, é *dever* do ‘outro’ adaptar-se à cultura dominante e deixar de lado sua própria identidade cultural.

Com relação ao termo ‘interculturalidade’, é relevante dizer, a exemplo de García (2007, p. 205), que, em sentido geral ou literal, o mesmo faz alusão específica aos encontros que são produzidos entre os sujeitos de culturas diferentes. Todavia, observa o autor, quando entendido no contexto do multiculturalismo – que aqui é o que principalmente nos interessa –, o termo ‘interculturalidade’ é utilizado de forma específica, em referência a um conjunto de objetivos e valores que serviriam para guiar os encontros entre indivíduos de culturas distintas em convívio no mesmo espaço. Como apontam Tokke e Lybæk (2018, p. 73) e García, a ideia de interculturalidade é relevante principalmente no âmbito do método que é conhecido como diálogo intercultural, diretamente contrário à lógica do assimilacionismo, que tem grande aplicação nas áreas da educação e do trabalho social. Sensível à necessidade de valorização e de respeito à diferença e à diversidade cultural, o diálogo intercultural estabelece formas de melhor compreensão do ‘outro’ e seu contexto cultural (o que vem a incluir por exemplo, noções sobre idiomas estrangeiros), visando a favorecer relações mais harmônicas entre indivíduos e grupos de culturas diferentes. Por isso, o interculturalismo vem se mostrando pertinente para as políticas internas e para as políticas de Estado, com uso particularmente relevante, como indica Jerónimo (2015, p. 340), no ambiente das organizações internacionais.

Por fim, é relevante destacar, a exemplo de Jerónimo (2015, p. 339-340), a utilização do termo ‘interculturalidade’ como “forma [para] ultrapassar o ‘potencial desagregador’ do multiculturalismo”²⁵. Neste quadro, a autora nota que o termo ‘multiculturalidade’ muitas vezes é substituído pelo termo ‘interculturalidade’ em discursos sobre questões culturais em que se busca dar foco positivo no diálogo entre as culturas e sua inter-relação. Todavia, como Jerónimo (2015, p. 339-340) e Meer e Modood (2012, p. 18) observam, sempre existiram defensores do diálogo intercultural entre os adeptos do multiculturalismo²⁶, sendo também verdade que o próprio multiculturalismo busca a inclusão e a

²⁵ Nesse contexto, como nota Jerónimo (2015, p. 338), “[a] maioria dos Estados europeus evita [o] uso do termo *multiculturalismo*, apesar de, como nota Will Kymlicka, quase todos adotarem, na prática, políticas multiculturalistas”.

²⁶ E também entre os adeptos do assimilacionismo ou do modelo francês, se tivermos em mente que, quando estamos a falar de assimilacionismo e multiculturalismo ou modelo francês e modelo britânico, estamos a falar de noções para facilitar o entendimento, mas que na prática dos Estados e instituições não se mostram em suas ‘formas puras’ aqui delineadas, mas sim como tendências.

participação dos grupos minoritários nas comunidades de que fazem parte. Assim, notam que a utilização do termo ‘interculturalidade’ no lugar da denominação ‘multiculturalidade’ não vem a alterar o conteúdo em causa. Por tudo isso, Jerónimo refere que, mais importante do que a nomenclatura escolhida – ‘multiculturalismo’ ou outro termo qualquer – é a efetiva perceção e aplicação do objetivo norteador, que em ambos os casos é de respeito aos referentes culturais do ‘outro’ como requisito essencial à garantia da dignidade da pessoa humana.

7. Racismo e xenofobia

Para fins de alguma contextualização histórica (e, mesmo, de clareza etimológica), importa inicialmente associar a noção de ‘racismo’ às doutrinas e ideologias oriundas da Europa e da América anglo-saxã que buscavam explicar as diferenças humanas pelas noções de ‘raça’ – ou, ainda, à crença de que o comportamento humano adviria de características físicas herdadas, que determinariam e justificariam as posições dos indivíduos nas sociedades (Valdés, 2007b, p. 308; Ghani, 2008, p. 1113). Uma vez que já foi há muito consolidado que tais noções não são mais do que ideologias infundadas, hoje, como ressalta Almeida (2019, s. p.), o termo ‘racismo’ deve necessariamente ser compreendido no contexto de uma forma sistemática de discriminação. Assim, Cabecinhas (2007, pp. 20-23) nota que o vocábulo pode estar relacionado, *stricto sensu*, a uma ideologia ou dogma ultrapassados, ou, *lato sensu*, a uma noção que abrange também os correlatos preconceitos e comportamentos discriminatórios. Isso porque, como Jerónimo (2004, pp. 784-785) e Cabecinhas (2007, pp. 20-23) salientam, apesar da assente refutação do racismo biológico, o racismo em si persiste como uma realidade em nossas sociedades, tanto de forma flagrante (hoje, supostamente mais rara), como de forma mais subtil, enquanto reflexo velado ou subconsciente das noções racialistas antigamente cunhadas pelo racismo científico.

É justamente no sentido *lato*, enquanto reflexo prático, que a noção do ‘racismo’ tem maior relevância para o presente estudo. Nesse contexto, deve-se ressaltar, a exemplo de Cabecinhas (2010, pp. 5-7), que, quando se estiver a falar em racismo, inevitavelmente se estará a falar de uma diferenciação face ao ‘outro’ que sempre será acompanhada pela *inferiorização* do ‘outro’²⁷. Nesta linha, Jerónimo (2004, pp. 784-785) salienta que, hoje, as formas de racismo são voltadas especialmente contra a imigração e a cultura dos que destoam do padrão dominante. Como Jerónimo (2019b, pp. 44-45) observa, embora o racismo popular até as últimas décadas, fosse sobretudo aquele baseado

²⁷ A combinação de diferenciação com inferiorização, como nota Cabecinhas (2010, pp. 5-7), veio a apresentar ao longo da história múltiplos alvos, demarcados pela religião, pela cor, pelos costumes, dentre outros fatores, a ser perpetrada em nome de interesses variados, sob justificativas e/ou legitimações diversas, e postas em prática através de diferentes modos de agir, a exemplo da perseguição, da segregação, da expulsão e, mesmo, da exterminação.

principalmente nas diferenças (supostamente irreduzíveis) que separam as culturas, nos últimos anos, percebe-se o ressurgimento de um racismo com raças (ou biológico), que vem sendo assumido, mesmo publicamente, com cada vez menos pudor, inclusive por líderes políticos.

Cabecinhas (2010, pp. 14-15, 19) observa que, apesar das obrigações assumidas internacionalmente em prol da igualdade e do combate à discriminação racial, estas medidas, como era de se esperar, não foram acompanhadas pelo completo desaparecimento das atitudes rechaçadas. Na prática, como visto anteriormente, ao terem sido banidas do discurso público amplamente aceite, as noções racialistas foram deslocadas para outras searas, assumindo roupagens mais neutras envolvendo sobretudo a cultura. Assim, como Halstead (2008, p. 1117) nota, hoje, pode ser muito difícil distinguir entre hostilidades praticadas em razão de rejeição à etnia/origem da vítima em contraposição a situações de aversão à sua cultura e/ou religião (dentre outros fatores). Por isso, o termo 'racismo' seria mais bem compreendido como um vocábulo que se presta, justamente em seu sentido *lato*, a englobar todas as atitudes hostis com relação a fatores como origem étnica, cultura, religião e afins, do que um termo diretamente associado àquilo que um dia se reputou como atinente a características fenotípicas. Nota-se, então, como faz Ghani (2008, p. 1113), que, apesar de ser mais raro ouvir discursos em defesa de uma suposta hierarquização biológica entre raças, o tema segue extremamente atual, não se tratando de um *novus* racismo, mas, como ressalta Jerónimo (2004, pp. 784-785), de uma nova formulação para a mesma construção social – cuja presença, sobretudo nas sociedades atuais marcadas pela multiculturalidade, possui papel cada vez mais importante.

Feitas estas observações, é relevante falar das duas principais formas pelas quais o racismo é materializado: o racismo flagrante e o racismo sutil. Deve ficar claro, desde logo, como sublinha Castro (2008, p. 156-157), que estas não são formas *opostas* ou *isoladas* de racismo, mas, antes, formas diferentes e igualmente prejudiciais pelas quais o racismo se manifesta. Como Cabecinhas (2010, p. 19) e Castro (2008, p. 156-157) destacam, o racismo flagrante ocorre quando há diferenciação abertamente atrelada ao plano biológico – à racialização propriamente dita –, e é a forma de racismo mais conhecida, amplamente vivenciada e estudada ao longo do último século, sendo tradicionalmente ilustrada pelo conjunto de ações cometidas pelo regime nazista na Alemanha, bem como pelas políticas segregacionistas nos Estados Unidos e na África do Sul. Castro nota que, hoje, ainda há racismo flagrante, o qual vem a ser justificado e expresso sobretudo por meio de releituras e de reformulações das teorias do racismo científico/biológico. No racismo sutil, os autores apontam que não há referências diretas a ideologias racialistas ou a suas releituras, ocorrendo a essencialização da etnia, da religião e de outros elementos da cultura humana sem que haja menção ao tema. O racismo sutil,

notam Essed (2008, p. 447-448) e Almeida (2019, s.p.) também é designado ‘racismo cotidiano’, ‘racismo implícito’ ou ‘racismo estrutural’, porque suas práticas são mais ténues e não necessariamente ocorrem de forma consciente ou intencional. Assim, Essed salienta que, diferentemente do que ocorre com o racismo flagrante – que por ser expresso é facilmente reconhecido –, pode ser mais difícil identificar o racismo subtil, sendo necessária uma análise das circunstâncias como um todo para entender as possíveis conotações racistas envolvidas. As dificuldades nesse sentido podem ser ainda maiores, referem Essed (2008, p. 447-448) e Almeida (2019, s.p.), porque o racismo subtil muitas vezes encontra-se institucionalizado e é, por isso, mais normalizado ainda na sociedade em que é praticado.

Também relacionada à noção de ‘racismo’, e igualmente relevante nos dias de hoje, é a noção de ‘xenofobia’. Jerónimo (2004, p. 784) ressalta tratar-se da forma mais ampla de aversão ao outro, uma vez que é dirigida de forma genérica a todo e qualquer indivíduo que seja *diferente* – sendo tradicionalmente relacionada a sentimentos negativos contra ‘os estrangeiros’. Em sentido semelhante, Adler (2008, p. 1419), Valdés (2007c, p. 369) e Ansell (2013, p. 168) notam que a xenofobia vai além do racismo, sendo geralmente definida como o desconforto, o estranhamento ou a rejeição genérica que se tem contra pessoas que aparentam, falam, vestem-se e agem de forma diversa do que se tem por referência. Por isso, ressaltam que, em sua forma mais extrema, a xenofobia pode se tornar uma hostilidade e/ou intolerância com o desconhecido – relacionando-se, nesta forma extrema, à noção *lato sensu* de ‘racismo’. Nesse contexto, como Ansell (2013, p. 168) e Adler (2008, p. 1419) observam, a xenofobia apresenta-se principalmente como a rejeição aos imigrantes e às minorias étnicas (em conjunto com as distinções de classe, de raça, de cultura e de religião que frequentemente as acompanham), motivo por que, não raro, é acompanhada por atitudes ou sentimentos preconceituosos, discriminatórios e racistas. Deve ser dito, como faz Ansell (2013, pp. 169-170), que, diferente do que se tende a imaginar, a rejeição xenófoba não vem a ocorrer apenas em relação a indivíduos e grupos completamente desconhecidos, pois pode persistir mesmo após sua prolongada presença em determinada sociedade – a exemplo do que ocorre com os ciganos em Portugal, como se verá adiante). Isso, como nota Valdés (2007c, p. 370), acontece porque a percepção do ‘outro’ não se vincula a uma noção meramente burocrática de nacionalidade ou de tempo de presença física, estando ligada primariamente à percepção e à aceitação (ou não-aceitação) das culturas em dada comunidade. De qualquer forma, como Adler (2008, pp. 1419-1420) chama atenção, não é incomum que as pessoas com aparência física contrastante sejam mais propensas a tornarem-se vítimas tanto de racismo como de xenofobia – o que pode dar-se inclusivamente em concomitância –, evidenciando-se, também por isso, a proximidade e eventual sobreposição entre as duas noções nos casos concretos.

9. Jurisprudência multicultural

O termo 'jurisprudência multicultural' vem sendo usado em referência ao conjunto de casos judiciais em que argumentos culturais são invocados pelas partes em litígio e/ou considerados pelos tribunais nas suas decisões (Jerónimo, 2016, p. 320). Este corpo de jurisprudência tem se mostrado cada vez mais relevante, especialmente diante dos contextos de pluralismo cultural, crescentemente presentes nas sociedades contemporâneas em razão da intensificação dos movimentos migratórios do último século (Renteln e Foblets, 2009, s. p.; Jerónimo, 2016, pp. 304-305). Como Jerónimo (2016, pp. 304-305) observa, o modo como os tribunais lidam com a diferença cultural vem sendo objeto de investigações e debates acadêmicos dos mais variados – envolvendo, para além da análise dos argumentos culturais propriamente ditos, as questões processuais que vêm a acompanhar a apreciação (ou não) destes argumentos. Dentro da jurisprudência multicultural (âmbito mais abrangente), surge, então, um leque de questões a envolver o uso de argumentos culturais em tribunal, a exemplo da defesa cultural (*cultural defense*) – termo muito difundido, cunhado no âmbito do Direito Penal, no qual teve início a discussão sobre o uso de argumentos culturais em juízo –, da incorporação de institutos jurídicos religiosos por meio de normas de Direito Internacional Privado ou, ainda, da interpretação de normas da *lex forum* relativamente a direitos fundamentais.

Quanto mais diversas as sociedades, maior a tendência de haver casos abrangendo temáticas que refletem sua diversidade cultural e, conseqüentemente, todas as suas nuances, nas mais diversas áreas. Nesse sentido, Jerónimo (2016, pp. 304-306) e Renteln (2010, p. 8) observam que os argumentos culturais que compõem a jurisprudência multicultural são trazidos nas mais diversas áreas jurídicas, incluindo questões penais, civis, familiares, laborais, administrativas, *etc.* Renteln aponta que a situação mais frequentemente debatida quando o assunto é 'jurisprudência cultural' é aquela em que indivíduos de um diferente contexto cultural postulam (aqui ressaltamos, na maior parte das vezes, sem sucesso) sejam aceites em juízo eventuais informações de cariz cultural que contribuiriam para explicar determinados comportamentos. O que se busca, nesses casos, é que as motivações culturais sejam ao menos apreciadas pelo judiciário para *explicar o(s) comportamento(s)* e, mesmo, seu contexto – o que não necessariamente irá servir ao fim de *justificá-lo(s)* ou de *isentar* o indivíduo de uma eventual obrigação ou responsabilidade correlata²⁸. Outras situações relevantes nesse contexto são aquelas em que, uma vez aceites, as informações de cariz cultural são tratadas de forma rasa, apenas para fazer constar que foram consideradas ou, mais grave ainda, os casos em que, havendo ponderação de

²⁸ Nesse sentido, como aponta Jerónimo (2016, p. 316), "o peso dos fatores culturais para a decisão do caso [pode] ser muito elevado, como nulo e, onde seja reconhecido pelo tribunal, tanto pode conduzir a decisões favoráveis como a decisões desfavoráveis às pretensões de quem invoca argumentos culturais".

questões culturais (mesmo *ex officio*), os – por vezes supostos – elementos culturais são abordados de modo estereotipado, preconceituoso ou discriminatório.

Em razão da influência e da importância que os referentes culturais têm sobre os comportamentos dos indivíduos, Jerónimo (2016, pp. 306-308, 311) observa que, à primeira vista, a admissibilidade da informação cultural em juízo não deveria envolver maiores dificuldades. Apesar disso, como na prática, a questão se mostra muito mais controversa, e não raro os juízes se negam a considerar argumentos culturais, inclusivamente reputando ‘irrelevante’ a mera apresentação de provas de cariz étnico ou cultural (Renteln, 2004, p. 185; Cunha e Jerónimo, 2015, pp. 3-4, 17; Jerónimo, 2016, p. 319). Nesse sentido, Ruggiu e Daw (2019, s. p.) e Renteln (2004, p. 185) salientam que, na ausência de normas específicas sobre sua admissão, o que acontece é que a apreciação das informações culturais, dos limites de sua valoração e mesmo de sua admissibilidade não raro são decisões que dependem unicamente da discricionariedade dos próprios juízes ou do tribunal a quem couber a decisão. Soma-se a este quadro, como Jerónimo (2016, pp. 304-305) e Renteln (2010, p. 8) indicam, que, na ausência de uma formação apropriada, os operadores judiciais podem ter sérias dificuldades para apreciar e solucionar adequadamente controvérsias culturais. Isso porque, mesmo que se esforcem para serem neutros, os operadores judiciais são indivíduos culturalmente comprometidos que, ainda mais sem (in)formação adequada, tenderão a agir (e, portanto, decidir) de acordo com seus próprios valores e a reconhecer a importância destes em primeiro lugar – sendo que, mais do que frequentemente, os julgadores vêm a identificar-se com a cultura dominante²⁹.

Assim, como Jerónimo (2016, pp. 312-314) observa, uma das maiores dificuldades, quando são invocados valores ou práticas culturais desconhecidos pelos juízes (algo que, pondera, não é raro), é estabelecer meio de confirmar as alegações trazidas sobre tais valores e práticas. Nesse sentido, tanto Renteln (2004, p. 11; 2010, pp. 12-14) como Jerónimo (2016, pp. 312-314) salientam que pode ser difícil determinar a pertença a um grupo étnico ou cultural, bem como provar em juízo costumes ou tradições culturais (uma vez que pode haver desacordo ou mais de uma interpretação na mesma comunidade). Paralelamente a isso não se pode ignorar, como Foblets e Renteln (2009, p. 79) notam, que a objeção mais profunda utilizada para negar a admissibilidade de argumentos culturais diz respeito a uma visão de que as minorias devem adaptar-se aos valores dominantes de determinado local. A este quadro, como Renteln (2004, p. 207), Foblets e Renteln (2009, pp. 63-64) e Jerónimo (2016, pp. 311,

²⁹ “[O]s Estados, apesar de sua pretendida neutralidade, são sempre culturalmente comprometidos e, por norma, conferem carácter oficial unicamente aos valores próprios da maioria[. o] que frustra a [igualdade] de direitos dos indivíduos com outros referentes culturais e potencia o conflito” (Jerónimo, 2011, p. 364).

316) apontam, somam-se os receios de uso abusivo dos argumentos culturais e de reforço a estereótipos, bem como o facto de que o sistema judiciário não é preparado para interpretá-los.

Embora todas estas questões práticas não possam ser ignoradas, elas tampouco devem ser consideradas intransponíveis, pois há mecanismos aptos para neutralizar as dificuldades e receios associados às provas e aos argumentos culturais. Por isso mesmo, Jerónimo (2011, pp. 370-371) reforça a importância da formação dos operadores do Direito e a devida aplicação de mecanismos que permitam verificar as informações de cariz cultural. Nesse sentido, Renteln (2004, pp. 207-210) defende o triplo teste dos argumentos culturais invocados *sub judice*, que consiste no seguinte: verificar (i) *se o indivíduo pertence ao grupo étnico ou minoria cultural a que afirma pertencer*, (ii) *se o grupo em causa tem efetivamente a tradição invocada*; e (iii) *se o indivíduo de facto agiu sob a influência da tradição*. Como Renteln (2004, pp. 207-210), Foblets e Renteln (2009, pp. 80-82) e Jerónimo (2016, pp. 314-316) notam, o teste não está imune às próprias dificuldades. Em relação (i) *à efetiva pertença de um indivíduo ao grupo étnico ou minoria cultural*, é de se salientar a dificuldade de determinação do próprio grupo étnico ou cultural em si, bem como a efetiva pertença do indivíduo, ainda mais diante do panorama de profusão de identidades híbridas nos contextos de imigração. Uma forma de lidar com isto é confiar na autoidentificação dos indivíduos, sendo que, para evitar abuso, deverá haver a combinação da própria autoidentificação com o estudo atento de cada caso individualmente; quanto (ii) *à efetiva existência da tradição invocada*, a dificuldade diz respeito ao preciso conteúdo das tradições e referências culturais de tal grupo, o que acaba por ser ainda mais complexo quando há desacordo na comunidade, quando existem diferentes versões da tradição tidas como legítimas, ou quando a própria tradição não é aceite pelo país de origem dos indivíduos. Para efeito de verificação desta esfera, podem ser úteis as presenças ou confirmações tanto de representantes da comunidade ou grupo em questão, como de antropólogos, mantendo-se sempre presente que a cultura e as tradições têm caráter dinâmico e podem mudar com o tempo – sem que isso leve, por si só, ao esvaziamento da motivação cultural em causa; por fim, em relação (iii) *à influência exercida pela cultura sobre os comportamentos e questões levadas à apreciação judicial*, a mesma dependerá, em certa medida das duas questões anteriores, e poderá ser avaliada mediante uma análise do caso como um todo, de suas circunstâncias e informações disponíveis. Apreciadas desta forma, como aponta Renteln, (2010, p. 8), a informação ou o argumento cultural, ao contrário do que os críticos supõem, em muitas situações, pode ter o efeito de auxiliar os juizes a justamente evitar noções e consequentes julgamentos com viés etnocêntrico, de modo a promover relações interculturais mais simétricas.

Por último, como notam Jerónimo (2016, pp. 309-311), Renteln e Valladares (2009, p. 196), e Renteln (2010, p. 14), se, pelas normas de Direito internacional, os Estados se obrigam a garantir o direito ao devido processo legal, à igualdade perante à lei, à adequada proteção do livre exercício da religião, à cultura, *etc.*, por consequência lógica, não apenas a apresentação de provas culturais em juízo deveria ser garantida, como os tribunais deveriam adotar e desenvolver meios apropriados para a apreciação deste tipo de situações. De qualquer forma, é importante ter presente, como salienta Jerónimo (2011, pp. 370-371), que em muitos casos sequer seria necessário ir longe a ponto de recorrer ao Direito internacional dos direitos humanos para fundamentar a admissibilidade de argumentos culturais no âmbito nacional. Isso porque não é incomum que os próprios Estados prevejam em seu ordenamento jurídico obrigações nesse sentido, especialmente no âmbito penal, ao exigir que, ao analisar as situações e determinar a pena, se atenda a todas as circunstâncias que deponham a favor ou contra o agente – como, aliás, ressalta a autora, é o caso de Portugal.

Capítulo II – O quadro normativo de Direito internacional dos direitos humanos

1. Razão de ordem

Com a Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – principal referência e ponto de partida para as noções contemporâneas de igualdade –, teve início, como notam Jerónimo e Vink (2013, pp. 38-39) e Bobbio (2004, p. 34), um processo evolutivo assente na noção de igualdade segundo a qual todos deveriam ser iguais no gozo da liberdade, nenhum indivíduo podendo ter mais liberdade do que outro. Jerónimo e Vink notam que, desde então, a função central da cidadania tem sido a de institucionalização da igualdade por meio do reconhecimento de direitos iguais a todos. Nesse sentido, nota-se que, até chegarmos às atuais percepções de igualdade, a incluir justiça, equidade, igualdade material e afins, houve toda uma evolução histórica, envolvendo, como apontam os autores, um alargamento progressivo que veio a ocorrer ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX. Jerónimo e Vink observam que este alargamento foi fruto de uma contínua luta dos indivíduos por tratamento igual, de modo a incluir o maior número de sujeitos de direitos e maior número de direitos em si – evolução que, aliás, se reflete na conhecida categorização de gerações dos direitos humanos. Os primeiros direitos a serem reconhecidos, denominados de primeira geração, são os relacionados à liberdade (direitos civis e políticos), os direitos de segunda geração são os relacionados à igualdade (direitos económicos e sociais), os direitos de terceira geração, são os direitos coletivos como o direito a um ambiente saudável, e os direitos de quarta dimensão, mais recentes, são os relacionados com as manipulações do património genético e inovações tecnológicas (Jerónimo e Vink, 2013, pp. 38-39; Bobbio, 2004, pp. 9, 20, 33-35).

Bobbio (2004, pp. 20, 33-35) observa que, sobretudo as duas primeiras dimensões ou gerações dos direitos humanos, correspondem a marcos relativos a mudanças radicais do papel dos Estados no que diz respeito aos direitos conexos de liberdade e de igualdade. O autor nota que, em primeiro momento, os direitos gerais de liberdade afirmados eram negativos e tendiam a limitar o poder estatal e a reservar aos indivíduos, ou grupos particulares, sua liberdade *em relação* ao Estado. Depois, todavia, os direitos que vieram a ser reconhecidos partiam de uma noção de liberdade não apenas como não-impedimento, mas também enquanto direito positivo de autonomia e de garantia de participação ativa dos indivíduos – como Bobbio ressalta, liberdade *no* Estado. O autor nota que a proclamação dos direitos sociais expressaram o amadurecimento de novos valores, como o da igualdade não apenas formal, mas material, que poderia ser referida também como liberdade *através* do Estado. Bobbio ainda observa que, principalmente com o desenvolvimento da teoria e prática dos direitos humanos ao fim da Segunda Guerra, houve, essencialmente, um movimento de universalização e multiplicação de tais direitos. Nesse sentido, Jerónimo e Vink (2013, p. 39) notam que, ao mesmo tempo em que a gama de direitos se alargou, o número (ou as categorias) de indivíduos a quem são direcionados os direitos foi

multiplicado como resultado de uma superação progressiva de critérios históricos de exclusão, como a classe, a nacionalidade, o gênero ou a cor – discriminações estas que, embora se admita não tenham sido totalmente erradicadas, passaram a ser amplamente rechaçadas no plano internacional e nos países que se pretendam verdadeiramente democráticos.

Nota-se, a exemplo de Bobbio (2004, pp. 33-34), que, com relação aos direitos de liberdade de primeira geração e aos direitos sociais de segunda geração, o indivíduo era considerado singularmente, enquanto que a partir do reconhecimento dos direitos coletivos passou-se a considerar o ser humano para além do indivíduo, de modo a incluir nesta noção sua família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto, inclusivamente o meio ambiente e os animais. Foi apenas depois disso, como nota o autor, que se passou à percepção do indivíduo não apenas como ser humano genérico, mas também como ser específico, a considerar seus diversos *status* sociais (baseados em diferentes critérios de diferenciação – como sexo, idade, condições físicas e afins)³⁰. Estes fatores, observa Bobbio, passaram a constituir base para considerar não ser suficiente a aplicação do igual tratamento ou da não-intervenção, sendo necessário o tratamento diferenciado para atender, para além da igualdade formal, à igualdade material – a qual entendemos consubstanciar justamente uma das finalidades essenciais do princípio da igualdade. Bobbio ainda nota que os direitos de liberdade tendem a evoluir paralelamente ao princípio do igual tratamento, de modo que, enquanto peça basilar de proteção contemporânea dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser vista como meta ou ponto de partida de um processo progressivo de sua proteção – que, embora não seja imune a retrocessos, também não diz respeito aos únicos e derradeiros direitos humanos.

2. Perspetiva da teoria geral de direitos humanos

As questões relativas à igualdade e à não-discriminação estão diretamente relacionadas com as questões das minorias e da diferença cultural. Como Bobbio (2004, pp. 20, 34) e Cabecinhas (2010, p. 13) observam, o marco fundamental na implantação das políticas de maior igualdade e não-discriminação adotadas de forma geral após o Holocausto foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pelas Nações Unidas em 1948. A partir daquele momento, estabeleceu-se por meio dos artigos 1.º e 2.º da DUDH que “[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [sem] distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de

³⁰Como nota Bobbio (2004, pp. 33-34), “[b]asta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenómeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembleia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembleia da ONU, em 3 de dezembro”.

qualquer outra situação”. Como Bobbio salienta, por estes dispositivos, a Declaração assume o norte universalista da fórmula da não-discriminação, que é limitada, dizendo respeito sobretudo às liberdades como obrigações estatais negativas. Deve ser esclarecido, de qualquer forma, que o caminho foi longo até que se chegasse a tal disposição, passando-se por uma série de progressos e retrocessos e reformulações no que diz respeito à igualdade, à não-discriminação e à diferença cultural. Os correlatos instrumentos de proteção considerados vigentes que consideramos relevantes ao presente estudo serão tratados mais detidamente a seguir. Aqui, cabe falar brevemente do percurso até se chegar às disposições aceites nos dias de hoje, o qual pode ser explicado por meio de quatro principais fases, identificadas de formas ligeiramente diferentes por Hofmann, Malloy e Rein por um lado, e por Pentassuglia de outro lado. A divergência entre as fases identificadas pelos autores consiste basicamente no acordo sobre a determinação exata dos períodos relativos às fases em si e, minimamente, sobre o conteúdo, porque as características e seus significados são essencialmente os mesmos nos dois casos, sendo que as duas perspectivas nos são relevantes, como se verá a seguir.

Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 3-5) identificam estas quatro fases de acordo principalmente com períodos históricos: sua *primeira fase* dá-se no período entre o século XVII até o fim da Primeira Guerra Mundial e envolve a proteção das minorias por meio de tratados de paz. A partir do século XVII foram estabelecidas normas internacionais visando à proteção de pessoas pertencentes a grupos que hoje seriam comparáveis a minorias religiosas. Neste período, o foco era proteger as pessoas vivendo em territórios que, como resultado de tratados de paz, foram cedidos a outro(s) Estado(s) e cuja religião, fator de especial importância política à época, divergia da crença que passou a ser a dominante³¹. Os autores ressaltam que, a partir da segunda metade do século XIX, se passou a prever não apenas a proteção das minorias religiosas em si, para incluir também a garantia de manifestação pública da religião e o direito ao autogoverno em relação a questões internas das comunidades religiosas – até mesmo a possibilidade de educação em escolas públicas em língua minoritária³². Tal fase se encerra com os vários tratados de paz que selaram o fim da Primeira Guerra Mundial, evento a partir do qual Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 5-6) apontam ter tido início a *segunda fase*, cujo ponto final é justamente em torno da Segunda Guerra Mundial. Estes tratados foram firmados de modo bilateral entre os países derrotados e as principais potências dos Aliados, vindo a formar, mormente após a criação da Liga das Nações, o primeiro sistema de proteção internacional de direitos das ditas ‘minorias nacionais’. Em relação a esta fase, os autores destacam que, além de ter havido a criação de um verdadeiro *sistema*

³¹ A envolver vertentes da mesma crença, como no caso do Tratado de Vestfália, de 1648, que envolvia grupos cristãos, mas também entre grupos de religiões efetivamente diversas, como nos tratados firmados entre Estados cristãos e o Império Otomano.

³² A exemplo, neste caso específico, do Tratado de Paz de Lausanne, firmado entre os Aliados e Turquia (que, apesar de estar inserido no século XX, os autores consideram que, em razão de seu conteúdo, pertenceria à primeira fase).

protetivo voltado à proteção das minorias (agora não especificamente voltadas à religião), houve também o reconhecimento de direitos coletivos, e não só individuais, às pessoas pertencentes a estas minorias – incluindo uma forma mais ampla do direito à não-discriminação e uma série de outros direitos perante a administração estatal, inclusive relativos a cultura e educação. Apesar disso, notam, o sistema da Liga das Nações não foi um sucesso. Por um lado, os Estados relutavam em se comprometer com os tratados e suas obrigações, o que era enfatizado pelo forte nacionalismo que marcava o período. Por outro lado (e mesmo em consequência desta relutância), o sistema tornava-se engessado e enfraquecido, tanto pela falta de competências da Liga das Nações, como por sua correlata falta de vontade/capacidade política para fazer cumprir as próprias disposições normativas. A *terceira fase* identificada por Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 6-7) inicia-se ainda durante a Segunda Guerra, perdurando até à Guerra Fria. Como os autores notam, ao buscar meios para lidar com os conflitos e a proteção aos direitos das minorias, não houve um esforço para recriar o já desgastado sistema de direitos de minorias da Liga das Nações, preferindo-se inserir tal proteção no âmbito de uma proteção individual e geral traduzida sobretudo na proibição de discriminação com base em etnia, língua, raça e religião. Tendo esta lógica como ponto de partida, documentos basilares aos direitos humanos, como a DUDH, de 1948, e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), de 1950, foram adotados sem a inclusão de direitos especiais voltados às minorias. Esta abordagem mudou consideravelmente nos anos 1960, quando foi adotada a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas Discriminação Racial, de 1965, seguida pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, que abrange tanto as disposições de não-discriminação e de proteção de minorias, como os respectivos mecanismos de monitoramento. Em que pese estes instrumentos tenham ampla aplicação em âmbito europeu, desenvolvimentos sobre o tema em âmbito regional não tiveram verdadeiro impacto até o pós-Guerra Fria, momento a partir do qual tem início a *quarta fase* apontada por Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 7-10). Este período é marcado por importantes desenvolvimentos no campo dos direitos humanos e pela renovação da preocupação internacional com as questões minoritárias, no contexto de dissolução da União Soviética. As desavenças de fundo étnico atreladas a instabilidades e reorganizações de cariz político eram várias e não se resumiam ao contexto europeu³³, constituindo riscos à estabilidade global. Diante desta situação, a temática das minorias passou a ser endereçada de forma ampla no contexto internacional, não apenas politicamente, mas também através de medidas jurídicas específicas. Os instrumentos aplicáveis de forma mais direta a estes casos não se mostravam aptos para lidar com as

³³ A exemplo de outros grupos minoritários que passaram a existir, assim como de minorias já existentes que passaram a ser espalhadas por um grande número de Estados sucessores, com severas mudanças para tais grupos, isso – situação que, notam Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 7-10), era percebida também, por exemplo na Ásia central.

questões que surgiam, por vezes em razão de uma redação pouco clara, por vezes em razão de serem documentos não-vinculativos, como no caso da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos de Minorias Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992. Nesse contexto, foram firmados, em âmbito europeu, vários tratados bilaterais entre Estados da Europa ocidental e oriental, tendo sido estabelecido, em 1992, o Alto Comissariado para as Minorias Nacionais, pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE). Na sequência, adotou-se instrumentos voltados especialmente a minorias, como a Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, bem como outros instrumentos jurídicos destinados de forma ampla à proteção das minorias, para além dos direitos linguísticos, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre Minorias, de 1992. Como os autores notam, a tarefa de ampliar a proteção às minorias não foi e segue a não ser fácil, principalmente porque os Estados resistem em adotar níveis de proteção mais abrangentes e judicialmente vinculativos³⁴. Justamente visando ultrapassar as limitações práticas à maior efetivação dos direitos de minorias e com o intuito de padronizar sua proteção, decidiu-se, em 1993, redigir a Convenção Quadro para Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa, cujo texto (em conjunto com o respetivo Relatório Explicativo) entrou em vigor em 1998.

Pentassuglia (2009, pp. 187-188), por sua vez, identifica fases ligeiramente diferentes das expostas *supra* quando aborda a construção das noções de igualdade, discriminação e diferença cultural no âmbito dos direitos humanos. A *primeira fase* referida pelo autor é no contexto pós Primeira Guerra Mundial, abrangendo, portanto, os tratados e declarações específicos, acordados caso a caso entre Estados e Liga das Nações para proteção de minorias. A *segunda fase* apontada por Pentassuglia começa logo após a Segunda Guerra Mundial, com o reconhecimento de direitos humanos em âmbito internacional de forma geral e consequente substituição das especificidades ou particularismos vigentes no modelo anterior. A *terceira fase* apontada pelo autor envolve o retorno às discussões sobre grupos minoritários, bem como o estabelecimento de certos padrões relacionados às minorias nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Por fim, a *quarta fase* identificada por Pentassuglia seria a fase vivenciada desde a primeira década dos anos 2000 até hoje, relacionada à formação de um corpo de jurisprudência internacional acerca das reivindicações de direitos das minorias dentro do cânone dos direitos humanos.

Percebe-se que, na análise de Pentassuglia, os tratados de paz abordando direitos de minorias religiosas anteriores à Primeira Guerra Mundial não se fazem presentes e que, na análise de Hofmann,

³⁴ Como é o caso das tentativas frustradas de adoção de um Protocolo Adicional à CEDH para tratar das minorias, medida que muito é evitada pelos países porque dela resultaria a possibilidade de julgamentos de reclamações individuais perante o TEDH.

Malloy e Rein, a formação de uma jurisprudência internacional acerca dos direitos das minorias não é uma fase especialmente prevista. Longe de significar qualquer discrepância, parece-nos que as fases e respectivas características percebidas por Hofmann, Malloy e Rein e, depois, por Pentassuglia, são complementares. Isso porque, como visto, a proteção das minorias, principalmente as religiosas, nos tratados de paz firmados antes da Primeira Guerra Mundial foi extremamente relevante para a formação do que hoje se tem como ‘direito das minorias’. Ademais, o desenvolvimento e a análise de um corpo jurisprudencial sobre os direitos das minorias mostra-se profundamente atual e tem cada vez mais importância para a compreensão (e até para a formulação) de tais direitos, sobretudo diante das dificuldades deste campo de proteção, que vão desde o próprio reconhecimento dos grupos minoritários e de seus respectivos direitos, até a aplicação destes direitos, seja internamente ou por meio de tribunais ou organismos de supervisão internacionais.

3. Padrões normativos de Direito internacional sobre a proteção de minorias

3.1. Instrumentos das Nações Unidas

Apesar de a proteção jurídica de grupos minoritários estar longe de ser uma novidade³⁵, ainda hoje não há um consenso ou definição incontestada sobre quem são, efetivamente, os beneficiários dos direitos de minorias. Tal realidade, como notam Holt, Machnyikova e Packer (2016, pp. 295-296), muito tem a ver com a notória relutância dos Estados em reconhecer estes grupos, uma vez que não raro veem este reconhecimento como uma ameaça à sua integridade ou soberania. Assim, não surpreende que, no âmbito da proteção universal dos direitos humanos, seja escassa a presença de direitos de minorias em instrumentos de *hard law* (ou seja, vinculativos), ou, mesmo, que seja habitual, por um lado, a ausência de definições do termo ‘minorias’ e, por outro, a frequente vagueza semântica com relação aos conteúdos de seus direitos – quando previstos de forma específica.

No contexto de proteção universal, há três instrumentos das Nações Unidas cujo conteúdo é essencial para compreender o atual estado de proteção conferido às minorias étnicas, religiosas e linguísticas – cada um com sua importância e características próprias –, os quais serão a seguir analisados. São eles: a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1963, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, sendo importante dizer que ambos são de *hard law*, e, por fim, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas

³⁵ Sendo possível identificar sua presença, mesmo incipiente, pelo menos desde o Tratado de Vestfália de 1648, como notam Holt, Machnyikova e Packer (2016, pp. 295-296) e Hofmann, Malloy e Rein (2018, pp. 3-5).

Pertencentes a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Linguísticas, este último, ressalta-se, de *soft law*. É deles que nos ocupamos a seguir.

3.1.1. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou uma declaração, em 1963, que depois, mais precisamente em 1965, viria a se tornar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial³⁶ (CERD ou Convenção sobre Discriminação Racial). Como observa Piovesan (2013, p. 264), este documento foi adotado em um contexto de reorganização política do continente africano e decorrente ingresso de muitos de seus novos países nas Nações Unidas (ver artigo 15.º), ao mesmo tempo em que ocorria uma renovação das ideologias nazifascistas na Europa. Por isso, como a autora ressalta, este tratado tem por essência o repúdio a teorias de hierarquização e classificação de indivíduos de acordo com as supostas diferenças raciais. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial especificou, entre seus 25 artigos, ações discriminatórias a serem rechaçadas, contemplando-as de forma bastante específica, a exemplo da obrigação de prevenir, proibir e eliminar o *apartheid* e a segregação racial (artigo 3.º). Por isso, nota Bobbio (2004, p. 21), a CERD vem a ser particularmente relevante por ser um instrumento capaz de tratar de práticas discriminatórias que não se fariam presentes em declarações de abrangência genérica.

Desde seu preâmbulo, a Convenção estabelece, de forma categórica, que “as doutrinas da superioridade fundada na diferenciação entre as raças são cientificamente falsas, moralmente condenáveis e socialmente injustas e perigosas e que nada pode justificar, onde quer que seja, a discriminação racial, nem em teoria nem na prática”. Em seguida, nesta mesma parte, a CERD prevê de forma explícita que “a discriminação [por] motivos fundados na raça, na cor ou na origem étnica é um obstáculo às relações amigáveis e pacíficas entre as nações[, pode] perturbar a paz e a segurança entre os povos, assim como a coexistência harmoniosa das pessoas no seio de um mesmo Estado” e que “a existência de barreiras raciais é incompatível com os ideais de qualquer sociedade humana”. Por fim, também no preâmbulo da CERD, é frisado o dever estatal norteador do instrumento no sentido de adotar “todas as medidas necessárias para a eliminação rápida de todas as formas e [manifestações] de discriminação racial e a evitar e combater as doutrinas e práticas racistas, a fim de [edificar] uma comunidade internacional liberta [de] segregação e de discriminação raciais”.

O artigo 1.º, n.º 1, da CERD tem o importante papel de oferecer um conceito de ‘discriminação racial’, definindo-a como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor,

³⁶ O texto integral da Convenção pode ser consultado no endereço <https://tinyurl.com/43n6kjay> [05.07.2021].

ascendência ou origem nacional ou étnica”, que, sublinha-se, “tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”. Portanto, nos termos da Convenção, haverá discriminação racial sempre que, independentemente da intenção, com base em critérios de fundo racista (aqui percebido o racismo em sua forma ampla) se venha a prejudicar ou anular de forma geral o exercício de direitos em condições de igualdade. Ademais, como nota Piovesan (2013, p. 265), o texto do dispositivo deixa bem claro que a proibição de discriminação diz respeito à discriminação em *todas as suas formas* – o que é também explicitado no próprio título da Convenção –, de modo que são vedadas a discriminação direta ou indireta, não importando se decorrente de práticas que claramente têm este objetivo, ou se como efeito de ações supostamente neutras que impactem negativamente o exercício, em condições de igualdade, dos direitos e liberdades daqueles que destoem em razão da raça, cor, ascendência, *etc.*

Piovesan (2013, pp. 265-266) também ressalta que a obrigação internacional assumida pelos Estados a partir da ratificação da Convenção de, progressivamente, *eliminar* a discriminação racial não pode ser cumprida apenas mediante a mera proibição de discriminação. Assim, a Convenção não apenas admite que a aplicação de medidas que beneficiem grupos raciais/étnicos habitualmente discriminados, desde que com vista à promoção de maior igualdade (artigo 1.º, n.º 4) não constituem discriminação racial, como prevê que estas medidas *devem* ser adotadas sempre que necessário (artigo 2.º, n.º 1 e n.º 2) – desde que cumprido, ressalta-se, o requisito de que as medidas tenham por objetivo alcançar uma maior igualdade e tenham carácter temporário³⁷.

O artigo 3.º da Convenção é explícito com relação à segregação racial e ao *apartheid*, dois pontos especialmente sensíveis à época da redação do instrumento, vindo a dispor que “[o]s Estados Partes condenam especialmente a segregação racial e o *apartheid* e obrigam-se a prevenir, a proibir e a eliminar, nos territórios sob sua jurisdição, todas as práticas desta natureza”. A fórmula adotada no sentido de prever a obrigação tanto de prevenir, como de proibir e *eliminar* tais práticas veio a permitir que países em que, à época da ratificação, tais regimes existissem viessem a assumir a obrigação de eliminá-las a partir da assinatura. Paralelamente, o artigo 4.º da Convenção trata da proibição relativa “a propaganda e as organizações [fundadas] na superioridade de uma raça ou de um grupo [de] uma certa

³⁷ Sobre tais medidas no âmbito da CERD, Piovesan (2013, p. 266) refere que, de modo geral, as mesmas buscam compensar um passado discriminatório pelo aceleramento do processo de igualdade para os grupos socialmente mais vulneráveis. Assim, continua a autora, elas devem ser compreendidas em seu viés retrospectivo – no sentido de remediar o passado –, e também em seu viés prospectivo – no sentido de construir um presente e um futuro mais igualitários e plurais. Sua mais famosa prática relaciona-se às ações afirmativas, que podem ocorrer por meio de cotas (étnico-raciais, de gênero etc.) para ingresso ao ensino superior, acesso a empregos públicos, diversificação de comissões, *etc.*, a depender do contexto específico e dos resultados buscados.

cor ou [origem] étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio ou de discriminação raciais”. De modo a cumprir esta proibição, os Estados devem adotar medidas destinadas a *eliminar* incitamentos à discriminação, conforme as alíneas a), b) e c) do próprio artigo 4.º, obrigando-se essencialmente a: declarar enquanto delitos puníveis por lei as práticas individuais relativas ao *caput* do dispositivo (inclusive seu financiamento), declarar ilegais e proibir as organizações e as atividades de propaganda (organizada ou não) com cariz racista e a não permitir que autoridades públicas ou instituições públicas incitem a discriminação racial ou venham a encorajá-la.

Também são consagrados na Convenção certos *direitos e garantias*, previstos em seu artigo 5.º. São eles: direito à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica – *caput*; direito a recorrer aos tribunais ou a quaisquer outros órgãos de administração da justiça – alínea a); direito à segurança e à proteção do Estado contra a violência – alínea b); direito a votar e ser eleito, bem como direitos políticos em geral, nos mesmos termos aplicáveis aos demais membros da sociedade – alínea c); garantia dos direitos civis, sem qualquer discriminação³⁸ – alínea d); garantia dos direitos económicos, sociais e culturais, sem qualquer discriminação³⁹ – alínea e); e o direito de acesso a todo e qualquer local e serviço destinado a uso público, sem qualquer discriminação – alínea f). Para além dos direitos previstos no artigo 5.º, é de se destacar também a previsão do artigo 6.º, relativa à garantia de proteção e remédios judiciais (perante os tribunais nacionais e outros órgãos administrativos) em relação a todos os atos que venham a violar os direitos protegidos na Convenção.

À parte destes direitos, no artigo 7.º da Convenção, é estabelecida a obrigação dos Estados de “adoptar medidas imediatas e eficazes, nomeadamente nos domínios do ensino, da educação, da cultura e da informação, para lutar contra os preconceitos que conduzam à discriminação racial, e favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais ou étnicos”. Ao incluir a população como um todo nas políticas de ensino, cultura e informação como ferramenta de combate à discriminação étnica e racial, a Convenção incorporou em seu conteúdo uma proteção que é tipicamente concedida no âmbito das minorias e de sua integração. Apesar disso, percebe-se que em momento nenhum o termo ‘minorias’ é adotado no texto do documento, que também é imbuído de vagueza e de falta de especificidade (sobretudo comparando-se aos textos que são abertamente destinados a minorias). Como Thornberry (2016, p. 20) destaca, isto reflete o facto de que, no instrumento, foi adotada

³⁸ Nomeadamente: “i) Direito de circular livremente e de escolher a sua residência no interior de um Estado; ii) Direito de abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país; iii) Direito a uma nacionalidade; iv) Direito ao casamento e à escolha do cônjuge; v) Direito de qualquer pessoa, por si só ou em associação, à propriedade; vi) Direito de herdar; vii) Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; viii) Direito à liberdade de opinião e de expressão; ix) Direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas”.

³⁹ Nomeadamente: “i) Direitos ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à protecção contra o desemprego, a salário igual para trabalho igual e a uma remuneração equitativa e satisfatória; ii) Direito de fundar sindicatos e de se filiar em sindicatos; iii) Direito ao alojamento; iv) Direito à saúde, aos cuidados médicos, à segurança social e aos serviços sociais; v) Direito à educação e à formação profissional; vi) Direito de tomar parte, em condições de igualdade, nas actividades culturais”.

a fórmula geral da não-discriminação como forma de garantir (ainda mais perante o momento histórico de sua elaboração) o maior número possível de signatários. Ainda assim, nota o autor, a Convenção de facto significou um marco não apenas no combate à discriminação racial, mas na proteção aos direitos das minorias – porque materialmente se está a falar de grupos minoritários, para os quais a raça, a cor, a ascendência ou a origem nacional/étnica podem representar fatores de especial vulnerabilidade.

Em seu artigo 8.º, a Convenção instituiu o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, ao qual cabe o exame das petições individuais, dos relatórios encaminhados pelos Estados-Partes, bem como das comunicações inter-estatais, como é previsto em seus artigos 9.º, 10.º, 11.º, 12.º e 13.º. Como nota Piovesan (2013, pp. 267-268), ao estabelecer este mecanismo, a CERD foi o primeiro instrumento jurídico internacional sobre direitos humanos a prever um sistema de supervisão próprio. Em muitos aspetos, o sistema é similar ao do Comité dos Direitos Humanos instituído no PIDCP⁴⁰, cujas características gerais se aplicam também ao Comité para a Eliminação da Discriminação Racial. Em razão de tal semelhança e da maior relevância do mecanismo do PIDCP para o presente estudo nos dedicamos mais ao funcionamento do sistema do PIDCP no ponto a seguir. De qualquer forma, se destaca desde já, a exemplo de Piovesan, que, no que diz respeito ao sistema de petições individuais, por se tratar de cláusula facultativa prevista no artigo 14.º, há necessidade de declaração própria a habilitar o Comité a recebê-las e examiná-las. Como consequência, apenas poderão ser denunciados países que tiverem reconhecido a cláusula facultativa. Ademais, há obrigação de esgotamento prévio dos recursos internos – desde que sejam eficazes e não injustificadamente prolongados. Por fim, a decisão do Comité é, assim como a decisão do Comité dos Direitos Humanos, destituída de força jurídica obrigatória ou vinculativa, cujos efeitos são sobretudo morais (além de algum impacto social e político⁴¹), uma vez que tal decisão vem a ser publicada no relatório anual do Comité que será encaminhado à Assembleia Geral das Nações Unidas. Também é peculiar à Convenção a previsão do artigo 16.º, ao dispor que as disposições da Convenção relativas à resolução de questões levadas ao sistema de supervisão são aplicadas sem prejuízo de outros processos de decisão em matéria de discriminação que sejam previstos nos instrumentos constitutivos das Nações Unidas e das instituições especializadas ou convenções por elas adotadas.

Para além das atribuições *supra* descritas, Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, como se depreende do artigo 9.º, n.º 2, da Convenção, cabe igualmente a elaboração de recomendações gerais, nas quais estabelece interpretações sobre questões específicas no âmbito da discriminação racial

⁴⁰ Com a importante diferença, como se verá a seguir, de que, no PIDCP, a competência para receber petições individuais foi remetida para protocolo adicional ao Pacto.

⁴¹ Porque, por serem habitualmente divulgadas nos meios de comunicação social, as pronúncias dos Comités das Nações Unidas são usadas como argumento de pressão pelas organizações de defesa dos direitos humanos.

surgidas no exame dos relatórios e das informações recebidas dos Estados-Partes. Até o momento, foram emitidas trinta e seis recomendações gerais pelo Comité. As mais recentes são relativas à prevenção e combate contra a elaboração de perfis raciais por agentes responsáveis pela aplicação da lei (Recomendação Geral n.º 36, de 17 de dezembro de 2020), ao combate contra o discurso de ódio (Recomendação Geral n.º 35, de 26 de setembro de 2013) e ao combate à discriminação racial contra pessoas de descendência africana (Recomendação Geral n.º 34, de 3 de outubro de 2011)⁴². Outras recomendações gerais envolvem, por exemplo, a discriminação contra não-cidadãos (Recomendação Geral n.º 30, de 1.º de outubro de 4 de maio de 2005), a discriminação baseada na ascendência (Recomendação Geral n.º 29, de 1.º de novembro de 2002), bem como a discriminação contra os ciganos (Recomendação Geral n.º 27, de 16 de agosto de 2000). Como nota Carvalho Ramos (2020, p. 8), em nome do princípio da boa-fé, as interpretações estabelecidas pelas recomendações gerais devem ser observadas pelos Estados-Partes na implementação interna dos dispositivos da Convenção.

Por meio da apreciação de casos pelo Comité com base no artigo 14.^º⁴³, vem sendo estabelecido um corpo decisório, que, em conjunto com as recomendações gerais, assenta os termos de interpretação e aplicação da CERD. Ressaltamos, entre as decisões dos últimos vinte anos, alguns casos ilustrativos, de apresentados por indivíduos e a grupos de indivíduos perante o Comité. Em *Laurent Gabre Gabaroum v. França*⁴⁴, de 2016, foi ressaltado que vítimas presumidas de discriminação racial não precisam demonstrar ter havido intenção discriminatória contra si. Em *União Turca em Berlim/Brandemburgo v. Alemanha*⁴⁵, de 2013, o Comité reafirmou entendimentos anteriores de não ser suficiente, para os propósitos do artigo 4.º da Convenção, simplesmente declarar atos de discriminação racial como puníveis por meio de leis criminais e outras provisões, sendo necessária sua efetiva implementação pelos tribunais competentes e outras instituições estatais, tendo em vista que o artigo 4.º da Convenção prevê o dever de os Estados adotarem medidas positivas imediatas para erradicar o incitamento e os atos de discriminação racial. Em *Mahali Dawas e Yousef Shava*⁴⁶ v. *Dinamarca*, de 2012, o Comité reafirmou que, havendo violência ou ameaças de violência de cariz racista, especialmente quando feitas em público e por um grupo, é obrigação do Estado Parte investigar com a devida diligência e em tempo razoável – sob pena de violação aos artigos 6.º e parágrafo 1.º, d), do artigo 2.º da Convenção. Em *Mohammed Hassan Gelle v. Dinamarca*⁴⁷, de 2006, o Comité asseverou que o facto de

⁴² Todas as recomendações gerais do Comité estão disponíveis em <https://tinyurl.com/3jbc9nh7> [26.07.2021].

⁴³ Estas e as demais decisões trazidas neste ponto do trabalho podem ser consultadas na base de dados oficial disponibilizada pelas Nações Unidas, em <https://tinyurl.com/4tsh8z2c> [26.07.2021].

⁴⁴ Comunicação n.º 053/2013.

⁴⁵ Comunicação n.º 048/2010.

⁴⁶ Comunicação n.º 046/2009.

⁴⁷ Comunicação n.º 034/2004.

afirmações alegadamente discriminatórias serem feitas no contexto de debate político não reduz a obrigação do Estado Parte de investigar a eventual discriminação racial, porque o exercício do direito à liberdade de expressão inclui deveres e responsabilidades especiais, em particular a obrigação de não disseminar ideias racistas – sob pena de violação ao artigo 4.º e ao parágrafo 1.º, d), e do artigo 2.º da Convenção. em *Comunidade Judaica de Oslo e outros v. Noruega*⁴⁸, de 2005, o Comité considerou que a alegação de o conteúdo de discurso público ter carácter objetivamente absurdo – ou a simples falta de lógica dos respetivos comentários – não ser fator relevante para avaliação de violação ou não do artigo 4.º da Convenção, sobretudo estando em causa comentários de cariz antissemita e xenófobo, em manifestação pública em que eram feitas referências elogiosas em ‘honra’ de Adolf Hitler e Rudolf Hess, seus princípios e trajetórias – o que o Comité considerou constituir no mínimo incitamento à discriminação racial, senão à violência. Por fim, em *Stephen Hagan v. Austrália*⁴⁹, de 2003, o Comité estabeleceu entendimento de que, enquanto instrumento vivo (“*living instrument*”), a Convenção deve ser interpretada e aplicada levando em consideração a realidade da sociedade contemporânea – contexto em que considerou ser seu dever ter presentes as crescentes sensibilidades relativas a certos termos que antes eram aceites, mas passaram a ser considerados ofensivos.

3.1.2. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

Aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas – em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais –, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (a seguir PIDCP)⁵⁰ apenas entrou em vigor em 1976, quando finalmente alcançou o número mínimo de ratificações necessárias. O que mais tarde viria a ser o PIDCP, como nota Jerónimo (2019a, p. 23), teve como ponto de partida a retomada, em 1949, pela Comissão dos Direitos do Homem, da redação de projeto de pacto sobre direitos humanos. Jerónimo nota que, no início, a Comissão reunira, no mesmo texto, direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais, tendo sido forçada, em 1952, por indicação da Assembleia Geral, a separar as duas categorias de direitos em dois pactos distintos. As discussões sobre a necessidade e conveniência da elaboração de um ou de dois tratados, como observa Jerónimo, envolveram embates ideológicos da Guerra Fria, entre Estados apologistas dos direitos civis e políticos e Estados apologistas dos direitos económicos, sociais e culturais – embates significaram dificuldades tamanhas aos trabalhos a ponto de, embora os dois projetos terem sido

⁴⁸ Comunicação n.º 030/2003.

⁴⁹ Comunicação n.º 026/2002.

⁵⁰ O texto integral do Pacto pode ser consultado no endereço <https://tinyurl.com/dnk38438> [05.07.2021].

concluídos em 1954, a Assembleia Geral apenas veio a adotá-los em 1966⁵¹. Assim, foram paralelamente instituídos o PIDCP e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Nos é de particular interesse o PIDCP e seu artigo 27.º, que estabelece termos de proteção específica às minorias. Apesar disso, destaca-se a relevância de todos os dispositivos do instrumento, mesmo para as minorias, uma vez que, por meio do PIDCP, se atribui obrigatoriedade jurídica ao reconhecimento e proteção dos direitos civis e políticos previstos na primeira parte da Declaração Universal de 1948. A grande diferença entre o conteúdo dos dois instrumentos, como ressaltam Mazzuoli (2011, p. 869-870) e Piovesan (2013, pp. 243-244), é que, além de a redação do PIDCP ser muito mais precisa e técnica do que a da DUDH, o PIDCP reconhece um catálogo de direitos mais extenso e detalhado (como se nota da comparação dos artigos 10.º e 11.º da Declaração com os artigos 14.º e 15.º do Pacto). Com relação ao PIDESC, nota-se que, para além da diferença de conteúdo, o facto de que, em contraste com o PIDESC, cuja implementação prevista é progressiva, o PIDCP prevê o dever *imediato* dos Estados-Partes de assegurar os direitos a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, por meio de medidas positivas ou negativas, inclusive contra violações perpetradas por entes privados. Para garantir o cumprimento destes fins, o Pacto prevê um sistema de monitoramento e implementação, além de um órgão de supervisão, o Comité dos Direitos Humanos, dos quais falaremos mais à frente.

Os principais direitos e garantias estabelecidos do PIDCP vão desde o direito dos povos à autodeterminação (artigo 1.º)⁵², este comum ao PIDESC, passando pelos direitos individuais à vida e a não ser submetido a tortura, tratamento cruel, trabalho escravo ou servidão (artigos 6.º, 7.º e 8.º), à liberdade de movimento, à liberdade contra a prisão ou detenção arbitrárias, ao direito a não ser preso por descumprimento contratual e ao direito do preso à dignidade humana (artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º). Incluem também o direito a julgamento justo, as garantias processuais em processo penal, o reconhecimento da personalidade jurídica, a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada (artigos 14.º, 15.º, 16.º e 17.º), além da liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão – inclusivamente a proibição do incitamento à intolerância étnica e racial –, à reunião pacífica e à associação (artigos 18.º, 19.º, 20.º, 21.º e 22.º). Ademais, são previstos o direito de casar e de formar família, bem como o direito da criança ao nome e à nacionalidade (artigos 23.º e 24.º), bem como os direitos de votar e tomar parte no governo do Estado de que se é nacional e da igualdade perante a lei (artigos 25.º e 26.º) e, por fim, a proteção dos direitos das pessoas pertencentes a minorias

⁵¹ Apesar de se ter decidido pela via dos dois pactos distintos, Piovesan (2013, pp. 242-243) observa que os mesmos deveriam ser aprovados e abertos para assinatura de forma simultânea, de modo a demonstrar sua complementaridade e unidade.

⁵² Este direito, aliás, comum ao PIDESC.

étnicas, religiosas ou linguísticas à identidade cultural, religiosa e linguística (artigo 27.º). Entre os direitos e garantias previstos pelo PIDCP para além da DUDH, destacam-se aqueles previstos nos artigos 1.º, 11.º, 20.º, 24.º e 27.º.

A par da relevância de todos os direitos e garantias previstos no Pacto, deve-se ressaltar no presente trabalho especialmente o teor do artigo 27.º do PIDCP, uma vez que estabelece um importante padrão de proteção às minorias ao qual os Estados signatários ficam vinculados. É de se ressaltar, como faz Barten (2015, pp. 46-48), que a inclusão deste dispositivo no instrumento foi resultado de prolongadas negociações – anteriores, aliás, à própria elaboração do Pacto –, tendo havido várias outras formulações para a norma até que se chegasse ao texto por fim aprovado. Como observam Henrard (2001, p. 53) e Barten, esta previsão foi um verdadeiro marco no reconhecimento internacional das minorias e de seus direitos, tendo sido o primeiro – e por muito tempo o único⁵³ – dispositivo a tratar de tais direitos no sistema universal de proteção aos direitos humanos, constituindo até hoje, mesmo passadas mais de cinco décadas, a principal fonte de tais direitos, sobretudo em se tratando de um instrumento de *hard law*.

O artigo 27.º dispõe que: “[n]os Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”. Como salienta Jerónimo (2007, p. 378), por conta de sua própria formulação, a tutela prevista no preceito é limitada e vaga, além de cautelosa. No mesmo sentido, Barten (2015, pp. 47-56) atenta que o texto impõe limitações e condições para aplicação do preceito, apesar de ao mesmo tempo ser vago e não oferecer definições precisas. Nesse sentido, Eide (2015, pp. 72-73) e Barten (2015, pp. 47-56) referem que a utilização da construção “[n]os Estados em que existam minorias [as] pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito”, estabelece a relação direta entre a mera existência *de facto* de uma minoria e a necessidade de sua respetiva proteção, independentemente da determinação estatal, sendo que a verificação da existência deve ocorrer *in casu*, por critérios objetivos e/ou subjetivos. Ademais, Jerónimo (2007, p. 378) e Barten (2015, pp. 47-56) ressaltam que a formulação “essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo”, além de partir de uma lógica de proteção aparentemente negativa, vem também a limitar a proteção do dispositivo exclusivamente aos indivíduos pertencentes às minorias, pois ao usar o termo ‘pessoas’ não inclui as minorias na forma de grupos propriamente ditos. Ainda assim, como salienta Barten, quando especifica ‘pessoas’ (e não ‘nacionais’

⁵³ Tendo em vista que, em 1990, a Convenção dos Direitos da Criança, incluiu, em seu artigo 30.º, um preceito igual ao do artigo 27.º do PIDCP.

ou ‘cidadãos’), o artigo 27.º preceitua que os membros de minorias não serão necessariamente nacionais, podendo ser estrangeiros mesmo em situação de visita ao Estado.

O Comentário-Geral n.º 23, de 8 de abril de 1994, veio a estabelecer algumas diretrizes para interpretação do artigo 27.º. Especificamente sobre a natureza da obrigação estabelecida, é esclarecido, pelo §6.1, que, apesar de o artigo 27.º ser apresentado em termos negativos, seu conteúdo, ainda assim, é de reconhecimento de direitos, ao exigir que não sejam negados – consequentemente, medidas positivas de proteção são exigíveis não apenas contra o Estado Parte em si, mas também contra os atos de outras pessoas dentro do Estado Parte. O Comité observou, no §1 do Comentário-Geral, que o artigo 27.º estabelece e reconhece um direito conferido aos indivíduos pertencentes a minorias que é distinto e adicional em relação a todos os outros direitos (inclusive o direito à igualdade) a que todos os indivíduos, de grupos minoritários ou não, têm direito segundo o Pacto. Também foi estabelecido, por meio do §2 e do §3.2 do mesmo documento, que o direito protegido pelo artigo 27.º não se confunde com o direito à autodeterminação proclamado no artigo 1.º da Convenção, não tendo reflexos relativamente à soberania e à integridade territorial do Estado Parte. Ainda, no §5.1 do Comentário-Geral n.º 23 é afirmado que a cidadania do Estado não é requisito indispensável para a proteção contra violações ao direito protegido pelo artigo 27.º, mesmo porque, à luz do artigo 2.º, n.º 1, do Pacto, os Estados-Partes devem garantir os direitos protegidos pelo instrumento a todos os indivíduos em seu território e jurisdição⁵⁴. Também é estabelecido, por meio do §5.2 do mesmo Comentário-Geral, que a questão da ‘existência’ de uma minoria em Estado Parte não depende exclusivamente da decisão do próprio Estado Parte, devendo ser estabelecida por critérios objetivos. Por fim, mesmo por conta da terminologia negativa e inespecífica adotada no preceito – única, aliás, no Pacto –, o §8 do Comentário-Geral prevê que a interpretação do dispositivo deve ser feita em harmonia com os outros direitos garantidos pelo PIDCP.

O sistema de implementação e monitoramento do PIDCP é definido nos seus artigos 40.º e 41.º e no seu Protocolo Facultativo. Como observa Piovesan (2013, pp. 245-247), ao ratificar o Pacto, os Estados submetem-se à obrigação do artigo 40.º do PIDCP, devendo encaminhar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas para implementar os direitos previstos no Pacto. Tais relatórios deverão ser apreciados pelo Comité dos Direitos Humanos, que irá, depois, encaminhá-los ao Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que poderá apresentar relatórios próprios perante a Assembleia Geral (artigo 45.º). O Pacto estabelece também uma outra sistemática, esta opcional, prevista em seu artigo 41.º, que envolve comunicações interestatais, podendo um Estado

⁵⁴ À exceção, como é especificado no Comentário-Geral, dos direitos que sejam expressamente relativos apenas a cidadãos, como é o caso dos direitos políticos previstos no artigo 25.º do Pacto.

reportar outro por violações a direitos protegidos pelo PIDCP – desde que os Estados envolvidos reconheçam e aceitem a sistemática e desde que respeitados os requisitos de fracasso de negociações bilaterais⁵⁵. Por sua vez, no Protocolo Facultativo, de dezembro de 1966, foi estabelecido um mecanismo adicional que permite apresentação de petições individuais, por parte de pessoas ou grupos de pessoas, perante o Comitê contra os Estados que ratifiquem o Protocolo. Diante da comunicação individual, prestadas explicações e submetidos os esclarecimentos pelo Estado e pelo/a reclamante, o Comitê dos Direitos Humanos proferirá decisão por maioria, declarando a caracterização ou não de violação, bem como obrigações de reparação e/ou de medidas em observância ao direito ou garantia em questão. Apesar de a decisão não contar com força vinculativa e de não haver previsão de sanções ao Estado que não lhe der cumprimento, a mesma será publicada no relatório anual do Comitê, que é remetido à Assembleia Geral (artigo 6.º do Protocolo e artigo 45.º do PIDCP), de modo que suas principais consequências são no plano político ou moral⁵⁶.

O PIDCP não oferece uma definição para o termo ‘minorias’, parecendo partir do pressuposto de que há algum nível aceitação ampla da palavra, especialmente quando faz referência específica a ‘minorias étnicas, religiosas ou linguísticas’, com exclusão da aplicação da norma a pessoas pertencentes a outros grupos. Para compreender o sentido que o Pacto dá a cada uma das minorias, socorremo-nos, a exemplo de Barten (2015, pp. 55-56), do próprio texto, bem como das interpretações adotadas pelo Comitê, inclusive o respetivo Comentário-Geral n.º 23. No que diz respeito às minorias étnicas nota-se que, em razão da previsão do artigo 27.º, que relaciona tais minorias ao direito ‘a ter a sua própria vida cultural’, as minorias étnicas são contempladas pelo PIDCP dentro de uma visão ampla da cultura. Assim, a proteção das minorias étnicas é no sentido de garantir o direito de ser diferente perante a cultura dominante⁵⁷, o que pode ou não abranger características físicas reconhecíveis. As minorias religiosas e linguísticas dependem de questões mais concretas do que no caso das minorias étnicas. Como nota Barten (2015, pp. 55-56), as minorias religiosas são relacionadas no dispositivo ao direito daqueles que possuem religião diferente da maioritária, a ‘professar e praticar a sua própria religião’, já que, qualquer que seja a religião, é pressuposto que sua prática seja livre e voluntária. Por sua vez, a proteção às minorias linguísticas contida no artigo 27.º diz respeito ao direito ‘a utilizar sua própria língua’, relacionando-se, então, à manutenção do uso de língua diversa àquela falada pela maioria. Todavia, Barten (2015, pp. 55-56) observa que, diferentemente do tratamento dispensado pelo dispositivo às

⁵⁵ No mesmo sentido, ainda sobre os mecanismos de monitoramento e denúncia do PIDCP, ver Mazzuoli (2011, pp. 871-872).

⁵⁶ No mesmo sentido, ainda sobre o mecanismo de petições individuais, ver Mazzuoli (2011, pp. 872-873).

⁵⁷ Nesse sentido, nota o Barten, o Comitê considera como violação ao artigo 27.º qualquer legislação doméstica que impeça uma pessoa de permanecer parte da sua comunidade étnica ou cultural – como, por exemplo, as situações em que o estado impõe penas àqueles que mantiverem determinados laços étnicos.

minorias religiosas, aqui não fica clara a extensão da garantia – se é limitada à esfera privada, se abrange também a esfera pública, se inclui a utilização da língua em ambientes estatais, ou ainda, o reconhecimento das línguas como oficiais. O autor assinala que, como a interpretação da disposição deve ser estrita, o Comité vem entendendo que, embora situações mais amplas não sejam objeto de garantia, não se pode impedir a utilização da língua minoritária, em privado ou em público, assim como seu ensino, em escolas governamentais ou privadas. Por fim, deve ser esclarecido como ocorre e quais são os critérios utilizados pelo Comité dos Direitos Humanos para a verificação da pertença a cada minoria. Quando se fala em minorias étnicas, Barten (2015, pp. 55-56) ainda ressalta que a verificação ocorre por meio do critério da autoidentificação em conjunto com os critérios da aparência física e da preservação de tradições e de herança cultural. No caso das minorias religiosas, o critério utilizado é a prática da religião em causa e, caso aplicável, a integração à sociedade religiosa. Em se tratando de minorias linguísticas, o autor observa que os critérios são especialmente interconectados e o fator decisivo para a pertença acaba por ser o efetivo uso da língua minoritária em questão.

A par destas definições e critérios, merece destaque, ainda no que se refere à verificação da pertença a ‘minorias’ para fins de aplicação do PIDCP, ao caso *Lovelace v. Canadá*⁸⁸, de 1981. Neste caso, foi levada ao Comité dos Direitos Humanos a situação de uma mulher indígena que fora impedida pelos líderes indígenas de regressar à respetiva reserva depois de ter estado casada (e posteriormente ter se divorciado) com indivíduo não-indígena. Ao analisar o caso, o Comité considerou que mesmo não sendo, àquele momento, em razão do casamento, qualificada como indígena pela legislação canadiana, a reclamante, pessoa *eticamente* indígena que havia se ausentado de sua reserva natal por alguns anos, enquanto estivera casada, deveria ser aplicável o artigo 27.º do PIDCP, e não do princípio da igualdade, como alegado pela reclamante. O Comité justificou este entendimento sob o argumento de que pessoas que nascem e crescem em uma reserva, mantenham laços com sua comunidade e pretendam manter tais laços, devem, *em regra*, ser consideradas como pertencentes à minoria para fins de aplicação do Pacto. O Comité também afirmou que, embora o direito a viver em uma reserva não seja garantido pelo artigo 27.º do PIDCP, a negativa em permitir seu regresso constituía contínua interferência ao direito da reclamante de ter acesso à sua cultura e língua nativa ‘em comum com os outros membros do seu grupo’, mesmo porque sua respetiva comunidade indígena apenas existia na reserva em questão. O Comité asseverou que nem toda a interferência a direito pode ser considerada denegação, e conseqüente violação ao direito previsto no artigo 27.º –, mas que, para não consistir violação, restrição ao direito de uma pessoa pertencente a minoria de viver com seu respetivo grupo deveria ser justificada

⁸⁸ O texto desta pronúncia do Comité encontra-se disponível em <https://tinyurl.com/vw5r73tk> [05.07.2021].

de forma razoável e objetiva, e ser necessária à preservação do grupo, em consonância com as previsões do PIDCP como um todo. No caso, todavia, o Comité ressaltou que, ao negar o direito à reclamante de viver na reserva, o Canadá não teria demonstrado razoabilidade (ou, ainda, necessidade relativa à preservação da identidade do grupo). Por tudo isso, e considerando ser natural que após o divórcio a reclamante desejasse retornar ao ambiente em que nascera e com o qual mantinha vínculos culturais, o Comité concluiu que impedir o reconhecimento da pertença ao grupo indígena, e conseqüentemente sua possibilidade de viver junto de seu grupo na reserva, constituía uma denegação injustificável dos seus direitos perante o artigo 27.º do Pacto, à luz dos preceitos contidos nos artigos 12.º, 17.º e 23.º, e também nos artigos 2.º, 3.º e 26.º do mesmo instrumento. Para além da questão relativa à pertença da reclamante ao grupo, e ao facto de que a legislação nacional não pode impedir uma pessoa a seguir parte da comunidade em que nascera, nota-se que esta decisão é interessante em razão de o Comité dos Direitos Humanos ter considerado como minoria étnica um povo indígena, tendo dispensado abertamente a pessoa indígena tratamento relativo a pessoa pertencente a minoria, quando o Direito internacional dos direitos humanos, por norma distingue as duas categorias.

Com relação à segunda parte do artigo 27.º do Pacto, segundo a qual “as pessoas pertencentes [a] minorias não devem ser privadas do direito[,] em comum com os outros membros do seu grupo”, Barten (2015, pp. 50-55) ressalta o carácter quase coletivo que decorre da formulação, bem como o reconhecimento da importância do compartilhamento da cultura, da religião e da língua para os membros das minorias. Ainda assim, o autor observa que o Comité dos Direitos Humanos já estabeleceu (no já referido Comentário-Geral n.º 23, de 1994) que tal reconhecimento não se confunde com o direito de autodeterminação previsto no artigo 1.º do PIDCP, já tendo o mesmo Comité estabelecido, ademais, que as minorias não possuirão, exclusivamente por serem minorias, direito à autodeterminação. Mesmo que a questão do compartilhamento e/ou coletividade sejam tratados de forma limitada, Barten observa que o Comité dos Direitos Humanos já considerou, ao analisar o caso *Kitok v. Suécia*, de 1988, que os interesses de uma minoria como um todo poderiam se sobrepor aos interesses individuais de seus membros – porque, nesse caso, ao contrário de *Lovelace v. Canadá* (cujo *ratio decidendi* guiou o Comité para chegar a esta decisão), considerou-se que a restrição ao direito individual do membro da minoria continha justificativa razoável e objetiva, mostrando-se necessária à viabilidade e bem-estar da minoria como um todo⁵⁹. Esta visão, ressalta, reflete-se no próprio sistema de monitoramento do Pacto, que será exposto a seguir, uma vez que, apesar de comunicações coletivas (ou seja, em nome de grupos) não serem aceites, é possível apresentar uma mesma comunicação em nome de vários indivíduos

⁵⁹ O texto da pronúncia do Comité no caso *Kitok v. Suécia* encontra-se disponível em <https://tinyurl.com/yxvhsx9w> [28.07.2021].

similarmente ofendidos por uma determinada situação. Isso não obsta a que, em determinados casos – ressalta-se, apresentados por indivíduos –, as violações sejam consideradas graves a ponto de atingir os direitos da minoria como um todo⁶⁰.

Além de obrigações, liberdades e direitos que são dispostos em seu texto, é previsto no PIDCP um sistema de monitoramento e implementação, com vistas a persuadir a observância dos direitos estabelecidos no Pacto. Sobre esse sistema, Piovesan (2013, pp. 245-247) explica que, ao ratificar o PIDCP, os Estados assumem a obrigação, prevista em seu artigo 40.º, de encaminhar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas com o objetivo implementar os direitos previstos no documento. Tais relatórios são apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo artigo 28.º e seguintes do PIDCP, que irá examinar os relatórios e encaminhá-lo posteriormente ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Piovesan observa que, mais do que a sistemática dos relatórios, o Pacto estabelece também uma outra sistemática, prevista no artigo 41.º, que é opcional, e que envolve comunicações interestatais, em que um Estado pode reportar outro Estado parte por violações a direitos previstos no Pacto – comunicações estas que só podem ser admitidas se ambos os Estados envolvidos ('denunciador' e 'denunciado') reconhecerem e aceitarem tal sistemática, devendo ser respeitados os requisitos de que as negociações bilaterais fracassem e de que haja o esgotamento dos recursos internos⁶¹.

Para além da sistemática prevista nos artigos 40.º e 41.º do PIDCP, foi estabelecido, por meio do Protocolo Facultativo, de dezembro de 1966, o mecanismo das petições individuais, a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos. A sistemática aplica-se, de forma geral, também à CERD, a não ser pelo que fora comentado anteriormente em relação a suas particularidades. Aqui, as petições ou comunicações individuais apenas serão admissíveis mediante a ratificação do PIDCP e do Protocolo Facultativo. Ademais, relativamente ao Protocolo Opcional, aplica-se a regra do esgotamento dos recursos internos, somando-se a esta uma outra, que proíbe o exame de questões que estiverem sob análise de outra instância internacional, de acordo com o artigo 5.º, n.º 2, a) e b) deste Protocolo (diferentemente do que ocorre no caso da CERD). Também especificamente com relação ao PIDCP, Alfredsson (2015, p. 37) observa que, embora os procedimentos do Protocolo Facultativo sejam abertos apenas para indivíduos, o Comitê de Direitos Humanos flexibilizou tal entendimento em alguns casos em que permitiu que líderes de grupos submetessem considerações em nome de grupos e sobre grupos (o autor exemplifica esta situação com o caso *B. Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canadá*, de

⁶⁰ Deve-se ter em mente que, apesar de uma comunicação individual *poder* ter consequências coletivas, esta não é necessária para que seja configurada violação.

⁶¹ No mesmo sentido, ainda sobre os mecanismos de monitoramento e denúncia do PIDCP, ver Mazzuoli (2011, pp. 871-872).

1987). De acordo com os artigos 1.º a 6.º do Protocolo Facultativo, admitida e recebida a comunicação pelo Comité, é dado prazo para o Estado submeter explicações e esclarecimentos, que são encaminhados ao autor ou autora, a quem é permitido o encaminhamento de considerações adicionais. A par de todas as informações, o Comité proferirá uma decisão por maioria de membros que será publicada no relatório anual do Comité, que é enviado à Assembleia Geral das Nações Unidas. Na decisão é declarada a caracterização ou não caracterização de violação a direitos previstos no Pacto, podendo ser determinada ao Estado obrigações de reparação e/ou de adoção de medidas em observância ao direito em questão. Cumpre dizer, ainda assim, como chamam atenção Piovesan (2013, pp. 245-247) e Barten (2015, p. 57), que tal decisão não conta com força vinculativa, esperando-se que os Estados-Parte as cumpram de boa-fé, pois não há, juridicamente, previsão de sanções caso o Estado não lhes conferir cumprimento. Assim, da mesma forma que o sistema previsto na CERD, aqui também a condenação do Estado enseja consequências sobretudo nos planos moral (além de algum impacto social e político). O relatório anual do Comité e o relator especial de acompanhamento acabam por ser ferramentas de apoio ao mecanismo das petições individuais que buscam amenizar esta ausência de força vinculativa. Ainda assim, é grande a resistência dos Estados em consentir a possibilidade de encaminhamentos de petições individuais (e encarar as eventuais consequências na seara internacional), facto que, como observa Piovesan, vem a se refletir no número de adesões ao Protocolo Facultativo⁶².

3.1.3. Instrumentos de soft law: a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas

A generalizada resistência dos Estados em reconhecer direitos específicos para as minorias é refletida no facto de tais direitos constarem em poucos instrumentos de *hard law*. Holt, Machnyikova e Packer (2016, pp. 295-297) notam que, diante desta realidade, os instrumentos de *soft law* acabam por ter particular importância na proteção das minorias, tanto por meio de sua força moral, como por inspirarem e nortear os futuros compromissos de *hard law*. Tendo isso em mente, os autores notam ser especialmente relevante o papel da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992⁶³. Enquanto instrumento de *soft law*, esta Declaração (a seguir também denominada Declaração sobre Minorias) representou uma mudança radical na abordagem das Nações Unidas sobre o tema, como notam Phillips (2015, pp. 3-12) e Eide (2015, p. 66), sendo o primeiro instrumento internacional voltado exclusivamente à proteção das

⁶² No mesmo sentido, ainda sobre o mecanismo de petições individuais, ver Mazzuoli (2011, pp. 872-873).

⁶³ O texto integral da Declaração pode ser consultado no endereço <https://tinyurl.com/ydyz4hpf> [05.07.2021].

minorias em um momento histórico crucial. Phillips e Eide salientam que, por muito tempo, o tema foi negligenciado, tornando-se em alguns casos um tabu, mas que com as mudanças geopolíticas e os conflitos étnicos que sucederam o fim da Guerra Fria, o assunto voltou a ser o centro de debates internacionais. Ademais, Henrard (2001, pp. 53-54) e Phillips (2015, pp. 3-12) notam que, como a Declaração foi solenemente adotada – unanimemente – por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, a sua força moral e política é redobrada, havendo expectativa legítima de que os membros das Nações Unidas atuem em respeito aos seus preceitos.

O longo processo de negociação e redação do artigo 27.º do PIDCP⁶⁴, como notam Phillips (2015, pp. 3-12) e Eide (2015, p. 66), veio a possibilitar a formulação da Declaração sobre Minorias, uma vez que a mesma teve por inspiração o próprio artigo 27.º do PIDCP. A ilustrar o papel da *soft law* que salientamos *supra*, vários outros mecanismos regionais foram posteriormente elaborados a partir dos padrões da Declaração, a exemplo da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, a qual será tratada adiante. A exemplo de Henrard (2001, p. 54), Jerónimo (2007, pp. 378-379) e Holt, Machnyikova e Packer (2016, pp. 296-297), salienta-se que, ao desenvolver o conteúdo do artigo 27.º do PIDCP, a Declaração sobre Minorias amplia, detalha e elabora seu conteúdo, sem se limitar aos termos do dispositivo que lhe serviu de inspiração, o que é evidenciado pelo reconhecimento de que as obrigações estatais vão além da não-interferência, sendo essenciais também as obrigações positivas para fazer valer os direitos elencados. Apesar disso, os autores citados observam também ser verdade que as disposições da Declaração não sanaram algumas questões relevantes, como a ausência de previsões mais concretas e a grande margem de apreciação permitida aos Estados, já que o catálogo de direitos é escasso e suas formulações são extremamente genéricas. Nesse sentido, como salienta Jerónimo (2007, pp. 378-379), é frequente a utilização das construções ‘quando possível’, ‘quando apropriado’, ‘oportunidades adequadas’, assim como o facto de não ser apresentada uma definição de ‘minorias’ no texto da Declaração, não sendo esclarecido no que consistiriam exatamente as ‘minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas’ a proteger (e permitindo, assim, um reconhecimento de alguma forma seletivo por parte dos Estados). Phillips (2015, pp. 3-12), assim como Holt, Machnyikova e Packer (2016, pp. 296-297), destaca que isso se deve à busca, aquando da redação da Declaração, do equilíbrio possível entre a tendência internacional de proteção às minorias de forma bem delineada e o interesse dos Estados em admitir tal proteção, desde que mantendo ao máximo sua liberdade em relação ao assunto⁶⁵.

⁶⁴ Phillips nota que logo após a adoção do PIDCP, em 1966, foi solicitado um estudo a Francesco Capotorti sobre as consequências do artigo 27.º. O relatório, de 1977, sugeriu a adoção de uma declaração sobre direitos de minorias, cujas negociações e tentativas de redação ocorreram entre 1978 e 1988.

⁶⁵ A esse respeito, Phillips (2015, pp. 11-12) salienta que as quatro descrições de minorias – nacional, étnica, religiosa e linguística – foram consideradas pela maioria das delegações como suficientes para garantir sua proteção, ao mesmo tempo que permitiam evitar um comprometimento excessivo.

Quanto ao texto propriamente dito, é de se ter em conta que, desde o título do instrumento ('Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas'), fica claro que, da mesma forma como ocorre no artigo 27.º do PIDCP, a Declaração é direcionada aos direitos *das pessoas* e não das *minorias* enquanto grupos. A inovação percebida também do título da Declaração é justamente a inclusão explícita das *minorias nacionais* – o que havia sido propositalmente evitado no caso do PIDCP. Como Phillips (2015, pp. 10-12) nota, a redação minuciosa do instrumento foi atenta a uma série de controvérsias e estas questões não foram exceção⁶⁶. Mas, em razão das instabilidades políticas e conflitos étnicos decorrentes do fim da Guerra Fria, decidiu-se pela inclusão do termo 'minorias nacionais'. Da mesma forma, nota a autora, as discussões relativas ao preâmbulo envolveram inclusivamente a formulação segundo a qual a Declaração é *inspirada* pelo artigo 27.º do PIDCP, tendo sido preferido o termo 'inspirada' em vez de 'baseada' justamente para evitar a delimitação do novo instrumento ao conteúdo previsto no PIDCP. Por fim, é relevante dizer ainda que, desde o texto preambular, fica claro que a lógica da Declaração é contrária àquela segundo a qual as minorias seriam uma mera 'questão' a ser tratada, sendo estabelecido no instrumento que a proteção dos direitos das minorias contribui para a estabilidade e o desenvolvimento das sociedades.

Em seu artigo 1.º, são enunciados dois dos principais deveres que a Declaração faz impender sobre os Estados na proteção das minorias e a forma de cumpri-los. O artigo 1.º, n.º 1, prevê que “[o]s Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respetivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade”. Portanto, há, primeiro, o dever duplo, de proteger as minorias e suas identidades e de estimular as condições para tal proteção – os quais, como Eide (2015, pp. 72-73) salienta, são mais fortes do que os equivalentes previstos no artigo 27.º do PIDCP, porque deixam de ser previstos pelo termo “não devem ser privadas do direito”, substituído por “[o]s Estados deverão proteger [e] deverão fomentar”, além de evitar a formulação do artigo 27.º do PIDCP no que toca à 'existência' das minorias – “[n]os Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito” –, rechaçando, assim, as eventuais discussões decorrentes da verificação desta 'existência'. Ademais, Eide ressalta o papel do artigo 1.º, n.º 2, onde se prevê que, para atingir as duas obrigações previstas no artigo 1.º, n.º 1, “[o]s Estados deverão adotar medidas adequadas, legislativas ou de outro tipo”, seguindo, portanto, o padrão de obrigações estatais positivas, embora vagas, que se repetem ao longo de todo o texto – a

⁶⁶ A qual, como Phillips (2015, p. 11) chama atenção, era rechaçada por alguns sob o argumento de que seria um termo eurocêntrico, porque relacionado especialmente às questões surgidas em Europa.

exemplo dos deveres de *respeitar* os direitos das pessoas pertencentes a minorias, de *protegê-los* contra violações de seus direitos, de *cumprir* tais direitos e de *atingir* os objetivos elencados ao longo da Declaração.

O artigo 2.º lista e desenvolve os direitos das pessoas pertencentes a minorias protegidos pela Declaração. O artigo 2.º, n.º 1, parte da linguagem do artigo 27.º do PIDCP, com a diferença, novamente, de que, em vez de usar a passividade da formulação negativa do Pacto, vem reforçar o deveres positivos dos Estados, declarando que as pessoas pertencentes a minorias “têm o direito de fruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua própria religião, e de utilizar a sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou [discriminação]”. Tal reforço, salienta-se, também envolve o facto de, agora, para além do que consta no PIDCP, haver especificação expressa de que tal direito é protegido em *privado* e em *público*. O artigos 2.º, n.º 2, e 2.º, n.º 3, expressam o direito das pessoas pertencentes a minorias à participação efetiva na vida cultural, religiosa, económica e pública, bem como de contribuir ativamente para a vida cultural da sua comunidade e da sociedade como um todo – garantindo também o direito à participação dos membros nas decisões relativas ao grupo de que fazem parte, ou da região onde vivem. O artigo 2.º, n.º 4, corresponde ao artigo 22.º do PIDCP e prevê que as pessoas pertencentes a minorias “têm direito de criar e de manter as suas próprias associações”, não estando limitados, portanto, às associações estabelecidas por grupos majoritários. O artigo 2.º, n.º 5, prevê o direito de estabelecer e manter contactos pacíficos com outros membros de seus grupos ou de outros grupos minoritários com quem partilhem laços, dentro e fora das fronteiras estatais, relevante, como nota Eide (2015, p. 73), em contextos de redefinição de fronteiras ou onde há minorias imigrantes.

O artigo 3.º da Declaração esclarece algumas questões sobre individualidade/coletividade dentro das comunidades minoritárias, desenvolvendo a previsão do artigo 27.º do PIDCP ao estabelecer, no seu n.º 1, que as pessoas pertencentes a minorias “poderão exercer os seus direitos [individualmente] bem como em conjunto com os demais membros do seu grupo”. Como nota Jerónimo (2007, p. 378), em oposição ao previsto no Pacto, fica claro que os direitos previstos na Declaração podem ser exercidos de forma coletiva ou individual – de forma concomitante com todos os demais direitos humanos. Por sua vez, no artigo 3.º, n.º 2, é disposto que “[n]enhum prejuízo poderá advir a qualquer pessoa pertencente a uma minoria em virtude do exercício ou não exercício dos direitos consagrados da presente Declaração”, de modo a garantir, como aponta Eide (2015, p. 74) a livre escolha dos indivíduos com relação à prática de seus direitos, cabendo somente ao indivíduo qualquer decisão sobre isso, sem que haja juízos ou penalidades por uma eventual escolha em um ou outro sentido.

Por sua vez, o artigo 4.º imputa as obrigações específicas aos Estados para fazer valer o respeito e a garantia aos direitos elencados no artigo 2.º. No artigo 4.º, n.º 1, é previsto o dever dos Estados de *adotar medidas* para garantir o exercício pleno dos direitos e liberdades das pessoas pertencentes a minorias, enquanto no artigo 4.º, n.º 2, é previsto que os Estados devem *favorecer condições* para a manifestação e o desenvolvimento de sua cultura, língua, religião, tradições e costumes – *a menos* que violem a legislação nacional ou as normas internacionais. Por meio do artigo 4.º, n.º 3, é previsto que os Estados devem *adotar medidas* para que, *sempre que possível*, as pessoas pertencentes a minorias possam aprender ou receber instrução em sua própria língua⁶⁷. Por sua vez, o artigo 4.º, n.º 4, prevê que os Estados deverão, *sempre que necessário*, adotar medidas no campo da educação em estímulo ao ensino da história, das tradições, da língua e da cultura dos grupos minoritários, especificamente para os grupos em questão, mas também para a sociedade de um modo geral. Por fim, o artigo 4.º, n.º 5, estabelece que os Estados devem *considerar a possibilidade* de adotar medidas para que os indivíduos pertencentes a minorias participem plenamente do desenvolvimento econômico do país. Nota-se que, apesar de todo o artigo 4.º prever obrigações essencialmente positivas, somente no artigo 4.º, n.º 1, há uma obrigação direta livre de limitações, já que a partir do artigo 4.º, n.º 2, as obrigações passam a ser condicionadas.

O artigo 5.º da Declaração, em seus n.º 1 e n.º 2, prevê que tanto as políticas e programas estatais, como os programas de cooperação e assistência entre Estados devem sempre ter em conta os interesses legítimos das pessoas pertencentes a minorias. Ao falar abertamente sobre *interesses legítimos* destes indivíduos, inclusivamente no contexto de *programas de cooperação interestatal*, este preceito tem repercussões potencialmente extensas, levantando questionamentos principalmente sobre o que seriam estes interesses legítimos e quem poderia determiná-los⁶⁸. Os artigos 6.º e 7.º da Declaração são interligados em razão também da ideia de cooperação interestatal, agora no que toca ao intercâmbio de informações para promover a compreensão e a confiança, e também à promoção do respeito aos direitos presentes na Declaração. Com estas previsões, Eide (2015, p. 75) aponta, busca-se incentivar os Estados, especialmente os que são vizinhos, a favorecerem a proteção das minorias.

Por fim, o artigo 8.º trata da aplicação da Declaração e de seus desdobramentos. Em seus n.º 1 e n.º 2, o preceito prevê que nenhuma disposição do instrumento impedirá o cumprimento de outras obrigações internacionais que os Estados tenham assumido, bem como que o exercício dos direitos consagrados da Declaração não prejudica a fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais. De

⁶⁷ Sobre este dispositivo, Eide (2015, p. 75) refere que a margem de apreciação cabível é aplicável acordo com fatores como o tamanho do grupo minoritário em questão, sua forma de dispersão pelo território, tempo de estabelecimento no Estado, dentre outros.

⁶⁸ Estas questões, como nota Eide (2015, p. 75), são por si só bastante delicadas e devem ser sempre compreendidas em contextos de respeito ao consentimento livre e esclarecido das pessoas pertencentes aos grupos minoritários.

modo a garantir a fruição de tais direitos, o artigo 8.º, n.º 3, esclarece que as medidas adotadas no sentido de garantir a efetivação da Declaração não serão, em regra, consideradas violações ao princípio da igualdade previsto na DUDH, permitindo explicitamente as políticas da maior igualdade por meio de ações afirmativas e medidas afins. Ao final, o artigo 8.º, n.º 4, prevê que a Declaração não poderá ser interpretada para permitir atividades contrárias aos objetivos e princípios das Nações Unidas, especialmente a igualdade, a integridade territorial e a independência política dos Estados, de modo a evitar, como nota Eide (2015, p. 76), que os direitos das minorias sirvam de base para reivindicações separatistas.

3.2. Instrumentos do Conselho da Europa

Como observa Lopes (2011, pp. 48-49), desde a sua criação, o Conselho da Europa tem desenvolvido um importante trabalho na promoção do respeito pelos direitos humanos em âmbito europeu. Evidencia-se a importância de tal papel especialmente no que se refere à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e à Convenção Quadro, tríade que, como observa Jerónimo (2007, p. 380), constitui a base do *standard* europeu de proteção das minorias. Ainda neste contexto, mas de forma mais específica, mostra-se igualmente relevante a proteção prevista em outro documento oriundo do Conselho da Europa: a Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias (a qual, entretanto, não foi ratificada por Portugal). Nesta ordem, portanto, serão analisados a seguir os instrumentos mais relevantes do Conselho da Europa no âmbito dos direitos das minorias.

3.2.1. Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de minorias

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH ou, neste ponto, Convenção)⁶⁹, adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e em vigor desde 1953, é o instrumento de proteção geral aos direitos humanos na Europa, constituindo a primeira concretização jurídica internacional da DUDH no que respeita aos direitos civis. Desde sua versão original, a CEDH prevê a instituição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (a seguir, TEDH ou, aqui, Tribunal) como parte de um mecanismo para assegurar o respeito pelos compromissos constantes em seu texto e respetivos protocolos, sendo atribuída ao Comité de Ministros do Conselho da Europa a responsabilidade pela execução das decisões proferidas (artigos 19.º e seguintes e 46.º e seguintes). Perante o Tribunal é possível apresentar queixas interestatais e

⁶⁹ O texto integral da CEDH pode ser consultado em <https://tinyurl.com/ydyz4hpf> [05.07.2021].

individuais por violações à CEDH e seus protocolos, assim como requerer pareceres consultivos. Entre os dispositivos da CEDH, não há um especialmente voltado aos direitos das minorias, sendo-lhes destinado o mesmo grau de proteção geral destinado a todos os beneficiários do instrumento – o que, todavia, não tem impedido o TEDH de afirmar a importância da proteção das pessoas pertencentes a minorias e de concluir pela violação de disposições da CEDH em situações nas quais a pertença a minoria for determinante (Jerónimo e Granja, 2019, p. 2; Güler, 2017, p. 2482)⁷⁰. Em consequência, para avaliar o nível de proteção das minorias no âmbito da CEDH, é necessário examinar os padrões desta matéria no contexto da jurisprudência do TEDH, sede derradeira de interpretação e aplicação das normas.

Conforme seu artigo 1.º, a Convenção fornece proteção para todos os indivíduos que vivem sob a jurisdição de seus Estados-Partes – sem limitação de nacionalidade. Ainda que todas as previsões da Convenção possam ser aplicadas às minorias, há disposições que lhes são de particular importância, e que por isso merecem ser destacadas. É o caso do direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8.º), da liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 9.º), da liberdade de expressão (artigo 10.º), da liberdade de reunião e de associação (artigo 11.º), do direito à educação (artigo 1.º do Protocolo n.º 2), e da proteção contra a discriminação (artigo 14.º e artigo 1.º do Protocolo n.º 12.º). Para além destes direitos, o texto da Convenção ainda prevê o direito à vida (artigo 2.º), a proibição de tortura e de tratamentos degradantes (artigo 3.º), a proibição de escravidão e de servidão (artigo 4.º), o direito à liberdade (artigo 5.º), o direito ao processo equitativo (artigo e 6.º), o princípio de irretroatividade da lei penal (artigo 7.º), o direito a casar e a constituir família (artigo 12.º) e o direito ao recurso efetivo (artigo 13.º). Ressalta-se ainda que o artigo 14.º da CEDH, embora não diga respeito a uma proteção específica para minorias, é a única disposição da Convenção em que é mencionado de forma expressa o termo ‘minorias’ (ressalta-se, especificamente ‘minorias nacionais’), ao enunciar o princípio geral de proteção dos direitos previstos na CEDH sem qualquer discriminação.

Deve ficar claro que a aplicação do artigo 14.º limita-se aos direitos da própria Convenção, uma vez que prevê que “[o] gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na [Convenção] deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões[,] a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. A partir do Protocolo n.º 12⁷¹, passou a haver, para além da previsão do artigo 14.º, uma regra geral de proibição da discriminação, repetindo praticamente *ipsis litteris* aquele dispositivo, mas cuja aplicação não é limitada apenas aos direitos previstos na CEDH. Como Güler (2017, p. 2494) observa,

⁷⁰ Ver o texto de Jerónimo e Granja (2019), que analisam toda esta questão em pormenor.

⁷¹ O texto integral deste Protocolo pode ser consultado em <https://tinyurl.com/dm4jb8y> [05.07.2021].

uma vez que a proibição geral de discriminação é disposta em um protocolo, sua aplicabilidade é limitada aos respetivos signatários – e os Estados hesitam em vincular-se a tal obrigação. Apesar desta realidade, o Protocolo n.º 12 é de alta relevância, já que, como Lopes (2011, pp. 50-52) ressalta, a previsão veio a representar a autonomização dos princípios da igualdade e da não discriminação, permitindo sua aplicação ao Direito interno dos Estados signatários, ainda que vá além da Convenção, complementando a disposição do artigo 14.º da CEDH em moldes a serem avaliados caso a caso pelo TEDH.

Lopes (2011, pp. 50-52) pondera que a aplicação da Convenção em casos de discriminação é duplamente complexa: tanto pela própria natureza da discriminação, que pode assumir várias formas e ser de difícil comprovação, como porque as medidas estatais apreciadas são muitas vezes adotadas de forma vária e num quadro de ampla discricionariedade. Assim, são especialmente relevantes – e repetidamente enfrentadas – as questões relativas aos limites da margem de apreciação estatal e à falta de consenso sobre o tema, em âmbitos nacional e internacional, porque as especificidades sobre as minorias dependem muito das realidades locais. Como as decisões do TEDH em matéria de discriminação tendem a levar em conta todas estas particularidades, sua apreciação sobre a matéria pode levar a conclusões variadas de acordo com as circunstâncias do caso.

Embora a apreciação de casos apresentados por indivíduos pertencentes a minorias faça parte do dia-a-dia do TEDH, a maioria destes casos não tem qualquer relação com os direitos das minorias em si (Güler, 2017, p. 2482). No âmbito dos direitos das minorias, que é o que de facto importa ao presente estudo, Jerónimo (2007, p. 382) e Jerónimo e Granja (2019, pp. 12-13) observam que o caso *Denizci e outros v. Chipre*, de 1994⁷², foi um verdadeiro marco. Neste caso, o TEDH estabeleceu ser dever dos Estados signatários o respeito pelas normas internacionais de proteção às minorias, tendo sido sobretudo a partir deste julgamento que o TEDH veio a desenvolver, por meio de sua interpretação da CEDH, uma significativa jurisprudência em matéria de direitos de grupos minoritários. Ressalta-se também, a exemplo de Jerónimo e Granja (2019, pp. 16-17) e de Henrard (2016, p. 166), o caso *Thlimmenos v. Grécia*, de 2000, referência em matéria de tratamento diferencial como garantia da proibição de discriminação⁷³. Outro marco, apontam Jerónimo e Granja (2019, pp. 30-33) e Lopes (2011, p. 56), foi o caso *Nachova e outros v. Bulgária*, de 2005, a partir do qual passou-se a reconhecer também a discriminação em sua forma indireta. Tendo estes principais marcos em conta, apresenta-se a seguir outros entendimentos que se considera emblemáticos, porque representativos da proteção às minorias na jurisprudência do TEDH

⁷² Estas e as demais decisões trazidas neste ponto do trabalho podem ser consultadas na base de dados oficial do TEDH, em [https://hudoc.echr.coe.int/\[05.07.2021\]](https://hudoc.echr.coe.int/[05.07.2021]).

⁷³ Ao estabelecer que, há violação à proibição de discriminação tanto quando pessoas em situação análoga são tratadas de forma diferente, como quando é dispensado tratamento igual a pessoas cuja situação é significativamente diferente. Nos dois casos, sempre que não haja justificativa objetiva e razoável.

– os quais agrupamos pela semelhança temática, abrangendo violações em geral, em conjunto ou não com a regra da não-discriminação, como especificado a seguir⁷⁴.

No que se refere aos direitos linguísticos e das minorias linguísticas, há situações relevantes envolvendo a grafia dos sobrenomes e dos nomes próprios de acordo com as línguas minoritárias, situação enquadrada no âmbito do artigo 8.º da CEDH, que garante o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Nota-se que o TEDH costuma abordar esta matéria de modo bastante restritivo, concedendo uma ampla margem de apreciação aos Estados-Partes, justamente em vista da multiplicidade de situações e da ausência de um denominador comum amplamente aceite. Soma-se a isso o facto de a liberdade linguística em si, de forma geral, não estar entre os direitos e liberdades regidos pela Convenção⁷⁵. Por tudo isso, em princípio, os Estados-Partes têm a liberdade de impor e regular o uso de sua língua ou línguas oficiais em seus documentos oficiais, para fins de unidade linguística^{76 77}. Outra questão dos direitos linguísticos das minorias, também relativa ao artigo 8.º da CEDH, diz respeito ao direito dos presos à liberdade de correspondência em seu próprio idioma, tendo o Tribunal decidido que há violação aos direitos dos reclamantes quando, sem qualquer base legal, foi recusado o envio de cartas de prisioneiros, escritas em sua própria língua, ou restringido o respetivo uso em contacto telefónico com os parentes⁷⁸. Em outros casos, o Tribunal considerou que a decisão das autoridades de impedir a correspondência na língua minoritária constituía interferência necessária para a manutenção da ordem nas prisões, porque nos casos em questão seria possível a comunicação por meio de outras línguas permitidas e conhecidas pelos prisioneiros e seus destinatários⁷⁹. Por fim, os direitos linguísticos também podem ser protegidos através da garantia à liberdade de expressão do artigo 10.º da CEDH, como aquando do julgamento pelo TEDH da proibição do uso de língua minoritária em jornal de circulação em instituição prisional e em produção de peça em teatro municipal⁸⁰.

Quanto às questões relacionadas às minorias étnicas, parte-se do posicionamento extremamente relevante do TEDH no sentido de não ser justificável, nas sociedades democráticas contemporâneas, a diferença de tratamento prejudicial a indivíduos com base exclusiva ou substancial em sua origem étnica. Caso tal prática venha a ocorrer, será configurada discriminação racial⁸¹. Entre os

⁷⁴ Para mais decisões do TEDH, analisadas mais profundamente, ver Jerónimo e Granja (2019) que apresentam e analisam uma decisões do TEDH em sentido semelhante, mas com muito maior profundidade do que fazemos neste ponto do trabalho.

⁷⁵ Há previsão apenas os direitos específicos do artigo 5.º, parágrafo 2.º e artigo 6.º, parágrafo 3.º, alíneas a) e e) – direito de ser informado rapidamente, em um idioma que se compreende, das razões da prisão e da natureza e causa da acusação, bem como e o direito de ter a assistência de um intérprete.

⁷⁶ Ver *Mentzen v. Letónia*, de 2004, *Bulgakov v. Ucrânia*, de 2013, e *Baylac-Ferrer e Suarez v. França* de 2008.

⁷⁷ Nota-se que a síntese da jurisprudência apresentada ao longo deste ponto do trabalho tem por base as seleções de casos feitas pelos serviços de documentação do próprio TEDH, cujos relatórios estão disponíveis para consulta em <https://tinyurl.com/a42apxy5>.

⁷⁸ Ver *Mehmet Nuri Özen e outros v. Turquia*, de 2011, e *Nusret Kaya e outros v. Turquia*, de 2014.

⁷⁹ Ver *Baybaşın v. Países Baixos*, de 2005, e *Senger v. Alemanha*, de 2009.

⁸⁰ Ver *Ulusoy e outros v. Turquia*, de 2007, e *Mesut Yurtsever e outros v. Turquia*, de 2015.

⁸¹ Ver *DH e outros v. República Checa*, de 2007, *Timishev v. Rússia*, de 2005, e *Nachova e outros v. Bulgária*, de 2005.

temas mais comumente apreciados pelo TEDH no âmbito das questões étnicas, destacam-se: a proibição a tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, prevista no artigo 3.º, e o direito à vida, previsto no artigo 2.º, a depender do caso, sempre em conjunto com a proibição de discriminação, prevista no artigo 14.º da CEDH. O mais recorrente é estes temas serem abordados no contexto de ataques violentos, de origem estatal ou privada, em que se alega motivação racista. O TEDH já consolidou que, ao lidar com estas situações, as autoridades têm o dever adicional de tomar todas as medidas razoáveis para identificar (em sede de investigação e em sede de julgamento) a ocorrência de motivações racistas e estabelecer, tendo em conta o contexto como um todo, se o ódio ou o preconceito racial desempenharam ou não um papel importante nos eventos⁸². Nesse sentido, o Tribunal já estipulou que, para bem verificar o contexto geral, deve-se considerar tanto factos esparsos, como factos específicos. Para o fim de comprovar a relação entre a falha na investigação e a motivação racista, já foram aceites, por exemplo, notícias e relatórios demonstrando a ocorrência contínua de incidentes de abuso policial e de preconceito e hostilidade para com os grupos em questão⁸³, bem como registos de declarações, inclusivamente verbais, proferidas contra as minorias pelos próprios agentes que faziam parte ou eram os próprios responsáveis pela operação policial⁸⁴. Quando houver falha em processar o caso adequadamente, haverá afronta ao artigo 6.º, n.º 1.º, em conjunto com o art. 14.º, da CEDH por violação à garantia ao julgamento justo com base em discriminação fundada na origem étnica, tendo o TEDH já decidido nesse sentido em situação que envolvia tratamento processual diferenciado e injustificado com base na etnia⁸⁵.

Para além destas questões, que se vinculam a questões de ordem sobretudo procedimental, também se destacam no âmbito da proteção das minorias étnicas e raciais discussões envolvendo o artigo 8.º da Convenção, que trata da proteção da vida privada e familiar, e ao artigo 2.º do Protocolo n.º 1 à Convenção, que trata do direito à educação. No âmbito da proteção à vida privada e familiar, são especialmente relevantes os casos envolvendo direitos parentais e reprodutivos. Quanto aos direitos parentais, destacamos as situações em que há redução ou supressão de direitos de visita ou em que os filhos são retirados dos pais com base na etnia minoritária dos genitores. Nessas situações, o TEDH considerou ter havido violações ao direito à vida familiar, já que as razões apresentadas pelos tribunais nacionais se relacionavam exclusivamente à pertença à origem étnica, e também que o completo

⁸² Ver *Nachova e outros v. Bulgária*, de 2005, *Bekos e Koutropoulos v. Grécia*, de 2005, *Šečić v. Croácia*, de 2007, *Fedorchenko e Lozenko v. Ucrânia*, de 2012, *B. S. v. Espanha*, de 2012, *Makhashev v. Rússia*, de 2012, *Ciorcan e outros v. Roménia*, de 2015, *Boacǎ e outros v. Roménia*, de 2016, *Grigoryan e Sergeeva v. Ucrânia*, de 2017, *F. v. Hungria*, de 2017, *Škorjanec v. Croácia*, de 2017, *Burlya e outros v. Ucrânia*, de 2018 e *Lakatošová e Lakatoš v. Eslováquia*, de 2018.

⁸³ Ver *Boacǎ e outros v. Roménia*, de 2016, e *Fedorchenko e Lozenko v. Ucrânia*, de 2012.

⁸⁴ Ver *Balázs v. Hungria*, de 2015.

⁸⁵ Ver *Paraskeva Todorova v. Bulgária*, de 2010.

afastamento das crianças de seus laços culturais deveria ser evitado, por constituir também uma forma de violação ao direito à vida familiar⁸⁶. Ainda nesta esfera de proteção, mas especificamente quanto aos direitos reprodutivos, salienta-se os casos de esterilizações de mulheres de etnia minoritária em hospitais públicos, sem seu consentimento completo e informado, tendo o Tribunal considerado tratar-se não apenas de desrespeito à vida privada e familiar, como de tratamento desumano e degradante, constituindo violação conjunta ao artigo 3.º e ao artigo 8.º da CEDH⁸⁷. Com relação ao direito à educação em situações relativas a minorias étnicas e raciais, sobressaem os casos em que há imposição de ensino público em separado para alunos de origem étnica específica – inclusivamente submetendo os alunos de origem étnica minoritária a condições inferiores àquelas dispensadas aos demais alunos, tanto no que tange à infraestrutura quanto ao conteúdo de ensino propriamente dito. Ao analisar estas situações, o TEDH consolidou que, independente de não haver intenção de discriminar, não é justificável o isolamento de alunos em turmas ou em instituições específicas, com base apenas em sua etnia, especialmente em se tratando de minorias historicamente desfavorecidas e sem a adoção de medidas antissegregacionistas eficazes, significando violação conjunta do artigo 2.º do Protocolo n.º 1 e do artigo 14.º da Convenção⁸⁸.

Com relação às minorias religiosas, partimos dos posicionamentos do TEDH que consideramos os mais importantes, relacionados diretamente à liberdade religiosa, prevista no artigo 9.º da CEDH. Em primeiro lugar, já foi reforçado pelo Tribunal que, considerado na sua dimensão externa (i.e. liberdade de manifestar a religião), tal direito não é absoluto, uma vez que eventuais restrições em sua amplitude não necessariamente configurarão violação à CEDH, sobretudo quando forem decorrentes da necessidade de conciliar os interesses dos vários grupos religiosos em coexistência, de modo a garantir o respeito concomitante às crenças de todos⁸⁹. Em segundo lugar, nota-se, o TEDH já consolidou que os deveres de neutralidade e de imparcialidade estatal são incompatíveis com qualquer avaliação, por parte dos Estados, sobre a legitimidade das crenças religiosas ou das maneiras pelas quais essas crenças são manifestadas⁹⁰. Nesse mesmo sentido, o Tribunal também já decidiu que, apesar de contarem com alguma margem de apreciação, os critérios estabelecidos pelos Estados para cooperar com as várias comunidades religiosas devem ser objetivos e que o desequilíbrio flagrante e sem justificativa razoável no tratamento a elas dispensado leva à configuração de violação do artigo 9.º em conjunto com o artigo

⁸⁶ Ver *Barnea e Caldararu v. Itália*, de 2017, e *Jansen v. Noruega*, de 2018.

⁸⁷ Ver *V. C. v. Eslováquia*, de 2011, *N.B. v. Eslováquia*, de 2012, e *I. G., e M. K. e R. H. v. Eslováquia*, de 2012.

⁸⁸ Ver *Oršuš e outros v. Croácia*, de 2010, *Sampani e outros v. Grécia*, de 2012, *Lavida e outros v. Grécia*, de 2013 e *Horváth e Kiss v. Hungria*, de 2013. No caso *Horváth e Kiss v. Hungria*, a situação envolveu a alocação de alunos em instituição de ensino voltada a alunos com necessidades especiais, somente em razão de sua origem étnica, de modo que os alunos tiveram, ainda, tolhido o direito de ter acesso ao currículo de ensino regular.

⁸⁹ Ver *Kokkinakis v. Grécia*, de 1993.

⁹⁰ Ver *Manoussakis e outros v. Grécia*, de 1996, *Hasan e Chaush v. Bulgária*, de 2000, e *Refah Partisi e outros v. Turquia*, de 2003.

14.º da Convenção⁹¹. A última questão relativa à liberdade religiosa que destacaremos, por ser sensível às minorias religiosas, diz respeito ao reconhecimento e registo das comunidades enquanto religiões, tendo o TEDH já definido em algumas ocasiões que a recusa em reconhecer determinada religião ou denominação religiosa, viola a liberdade religiosa em si, prevista ao artigo 9.º, n.º 1, da CEDH ou então, a depender da situação, do mesmo artigo 9.º em conjunto com o artigo 11.º, que trata da liberdade de expressão⁹².

Ainda sobre o artigo 9.º, há a relevante questão da restrição do uso de vestes e símbolos religiosos nos mais variados contextos, repetidamente enfrentada pelo Tribunal, cujos entendimentos refletem esta variedade de contextos. Quando a restrição se dá no âmbito da educação pública, com relação a professores ou a alunos no ambiente educacional, o Tribunal já consolidou que não significava violação à sua liberdade religiosa ou tratamento discriminatório, porque o Estado estaria a agir dentro de sua margem de apreciação, a atuar na proteção dos princípios do secularismo, da neutralidade do serviço público e/ou do princípio democrático, ou, ainda, de modo a garantir a saúde e a segurança dos alunos e a proteção da ordem pública⁹³. Quando a restrição ao uso de roupas ou símbolos religiosos é genericamente relativa ao espaço público, as decisões são mais variadas. Ao apreciar casos em que era contestada a vedação do uso de vestuário religioso em público por pessoas comuns em decorrência da proibição geral de equipamentos ou de peças de roupas que cobrissem a parte superior da cabeça, o TEDH considerou haver violação ao artigo 9.º da Convenção quando ausente justificativa razoável baseada em objetivos legítimos ou quando não verificado que as restrições sejam necessárias para atingir tais objetivos⁹⁴. De modo contrário, o Tribunal já decidiu também que, presente justificativa razoável baseada em objetivos legítimos – por exemplo: a garantia das condições de convivência correntes nas sociedades locais e de proteção dos direitos e liberdades de terceiros – a restrição poderá aceitar sob o argumento de ocorrer no âmbito da margem de apreciação⁹⁵. Os critérios para uma e para outra decisão dependem do conjunto que será composto, por um lado, pelos elementos específicos de veste ou de símbolos religiosos, seu local de uso e o papel exercido pelo reclamante ao momento do uso, e, de outro lado, o fundamento (frequentemente legislação nacional) que tiver sido utilizado para restringir tal uso. Por fim, especificamente quanto às restrições da utilização de vestes e símbolos religiosos para verificações de segurança e/ou identidade, o TEDH decidiu que tais restrições não extrapolaram a

⁹¹ Ver *Izzettin Doğan e outros v. Turquia*, de 2016.

⁹² Ver *Igreja Metropolitana da Bessarábia e outros v. Moldávia*, de 2001, *Testemunhas de Jeová de Moscovo v. Rússia*, de 2010, e *Igreja Cristã Menonita Húngara e outros v. Hungria*, de 2014.

⁹³ Ver *Dahlab v. Suíça*, 2001 e *Kurtulmuş v. Turquia*, 2006, *Leyla Şahin v. Turquia*, de 2005, *Köse e 93 outros v. Turquia*, de 2006, *Dogru v. França*, de 2008, *Kervanci v. França*, de 2008, e *Aktas e outros v. França*, de 2009.

⁹⁴ Ver *Ahmet Arslan e outros v. Turquia*, de 2010, *Hamidović v. Bósnia e Herzegovina*, de 2017 e *Lachiri v. Bélgica*, de 2018.

⁹⁵ Ver *Leyla Şahin v. Turquia*, de 2005, *S.A.S. v. França*, de 2014, *Belcacemi e Oussar v. Bélgica*, de 2017, e *Dakir v. Bélgica*, 2017.

margem de apreciação estatal, sendo destinadas a todos, ocorrendo de forma pontual e estando relacionadas à garantia da segurança e da ordem pública⁹⁶.

À parte do artigo 9.º da CEDH, outras questões envolvendo minorias religiosas que são extremamente presentes dizem respeito às falhas na investigação e no processamento de situações em que se alega discriminação religiosa e as situações relativas aos direitos parentais. Assim como ocorre nos ataques em que se alega motivações racistas, ao analisar situações com possível motivação religiosa, é reforçado o dever das autoridades para elucidar devidamente tais motivos e estabelecer se o ódio ou o preconceito religioso desempenhou papel importante nos eventos em questão – sejam atos praticados por indivíduos comuns ou por autoridades públicas –, sob pena de violação ao artigo 3.º em conjunto com o artigo 14.º da Convenção⁹⁷. Igualmente, quanto aos direitos parentais, especialmente guarda e direitos de visita, o padrão estabelecido em relação às minorias étnicas repete-se em relação às minorias religiosas. Nesse sentido, o TEDH já estabeleceu o entendimento de que a distinção entre os pais para fins de definição de direitos de guarda com base na pertença a uma minoria religiosa configura violação ao artigo 8.º em conjunto com o artigo 14.º da Convenção⁹⁸, enquanto a ausência de atribuição de qualquer peso a afiliação religiosa já foi considerado ato isento de qualquer violação⁹⁹.

Não se pode negar, à vista de todos estes casos, que a proteção de direitos de pessoas pertencentes a minorias é tema de efetivo relevo na jurisprudência do TEDH, o qual vem apresentando e desenvolvendo respostas às questões que lhes são apresentadas. Mas estas respostas, como bem assinalam Jerónimo e Granja (2019, p. 49), não têm se mostrado lineares, evidenciando-se uma propensão ao reconhecimento de uma grande margem de apreciação aos Estados. Nesse sentido, nota-se, a exemplo de Henrard (2016, pp. 281-282), que, apesar de o Tribunal ter intensificado sua proteção no que diz respeito às obrigações negativas (combate à discriminação negativa das pessoas pertencentes a minorias), com relação às obrigações positivas (a exemplo da discriminação positiva e ao tratamento diferenciado em favor dessas pessoas), o Tribunal tem se mostrado bem mais tímido em suas decisões. Esta realidade é percebida pelas sínteses dos entendimentos aqui mencionados, já que, tirando os casos paradigmáticos *Thlimmenos v. Grécia*, de 2000, sobre o tratamento diferencial como garantia da proibição de discriminação, e o caso *Nachova e outros v. Bulgária*, de 2005, sobre a discriminação indireta, estivemos a falar essencialmente de decisões relativas justamente a obrigações negativas¹⁰⁰. Tal realidade, todavia, está longe de reduzir a importância do corpo jurisprudencial do TEDH, cujo

⁹⁶ Ver *Mann Singh v. França*, de 2008, *Phull v. França*, de 2005, e *El Morsli v. França*, de 2008.

⁹⁷ Ver *Congregação Gldani de Testemunhas de Jeová v. Geórgia*, de 2007, e *Begheluri e outros v. Geórgia*, de 2014.

⁹⁸ Ver *Hoffmann v. Áustria*, de 1993, e *Vojnidade v. Hungria*, de 2013.

⁹⁹ Ver *GineitienE v. Lituânia*, de 2010.

¹⁰⁰ Mais sobre o tema em Jerónimo e Granja (2019, p. 49).

desenvolvimento, como notam Jerónimo e Granja (2019, p. 2) vem sendo considerado promissor em termos de direitos das minorias, constituindo, na última década, um dos temas que mais interesse suscita junto a académicos e ativistas de direitos humanos. A questão, segundo Henrard (2016, pp. 281-282), é que, uma vez que o TEDH não oferece em seus entendimentos distinções calaras entre formas de lidar com obrigações positivas e negativas, para as duas formas de obrigação vem sendo adotada a mesma fórmula de resolução: a margem de apreciação avaliada sob o critério da razoabilidade. Todavia, ressalta a autora, a margem de apreciação permitida pelo CEDH, sobretudo quanto às obrigações positivas, é bastante ampla, fazendo com que a ponderação do TEDH no âmbito da razoabilidade sobre tais obrigações acaba prejudicada, resultando em inércia por parte do Tribunal em adotar maiores medidas nesta seara. Tal realidade, conforme a autora, em muito se deve à ausência de consenso suficiente sobre as obrigações positivas – o que, salienta, não é uma realidade intransponível, uma vez que as questões relacionadas às obrigações positivas são passíveis de interpretação evolutiva e relativa, a exemplo do processo que resultou na própria criação do que hoje são as obrigações negativas.

3.2.2. Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias

A Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias (CELRM – ou, neste ponto, Carta)¹⁰¹ foi adotada em 1992 pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa e entrou em vigor apenas em 1998, altura em que finalmente obteve assinaturas suficientes para tal, sendo o primeiro instrumento vinculativo no âmbito dos direitos humanos dedicado à proteção das línguas minoritárias. Güler (2017, pp. 2475-2476) nota que o tratado entrou em vigor um mês depois da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e que a preparação de ambos os instrumentos foi em parte concomitante, não surpreendendo que os dois apresentem alguns aspetos muito semelhantes. Nesse sentido, sublinha-se a possibilidade de assinatura por não-membros do Conselho da Europa, mediante o convite do Comité de Ministros, bem como a série de disposições programáticas estabelecendo os objetivos que os Estados devem atingir e, por fim, o próprio sistema de monitoramento aplicável para garantir a sua implementação. De qualquer forma, como Henrard (2001, p. 56) e Güler notam, há duas características especialmente peculiares à estrutura da Carta: primeiro, o facto de não haver em seu catálogo quaisquer previsões sobre direitos individuais (não sendo grande novidade, por outro lado, o facto de deixar de fora direitos coletivos); segundo, a grande margem de apreciação permitida aos Estados na implementação de seus princípios gerais – inclusivamente, mas não apenas, pela utilização de um sistema que permite a escolha de *a la carte* de dispositivos a serem adotados, como se verá adiante.

¹⁰¹ O texto integral da Carta pode ser consultado em <https://tinyurl.com/ycccjqt> [05.07.2021].

Henrard (2001, p. 56) sublinha que a Carta não prevê direitos individuais ou coletivos porque se volta especificamente à proteção das *línguas* minoritárias e regionais, e não das *pessoas* pertencentes às minorias linguísticas ou seus respetivos *grupos*. No preâmbulo é estabelecida a lógica do instrumento, no sentido de que “a proteção das históricas línguas regionais ou minoritárias da Europa [contribui] para a manutenção e para o desenvolvimento da riqueza cultural e das tradições da Europa”. Ressalta-se que, ao especificar, no artigo 1.º, alínea a), os critérios para proteção das *línguas*, a norma apresenta indiretamente uma definição, em sua parte final, para as *minorias linguísticas*. Nesse sentido, a disposição estabelece que “entende-se por ‘línguas regionais ou minoritárias’, as línguas que [s]ejam utilizadas tradicionalmente num determinado território de um Estado por nacionais desse Estado que constituam um grupo numericamente inferior à restante população [e sejam] diferentes da(s) língua(s) oficial(is) desse Estado”. Ademais, a previsão do final do *caput* do artigo 1.º, esclarece que a expressão ‘línguas regionais ou minoritárias’ “não inclui, quer os dialetos da(s) língua(s) oficial(is) do Estado, quer as línguas dos migrantes”. Portanto, a Carta estabelece uma noção muito mais restritiva e específica do que a noção clássica de línguas minoritárias, pois além de acrescentar critérios numéricos e territoriais, exclui da categoria de línguas minoritárias certas formas linguísticas (Güler, 2017, p. 2477).

A peculiar importância atribuída à territorialidade na alínea a) do artigo 1.º da Carta é demarcada em suas respetivas alíneas b) e c). Na alínea b) do artigo 1.º é especificado que o ‘território no qual a língua regional ou minoritária é utilizada’ é “a área geográfica na qual a língua em causa constitui o modo de expressão de um número de pessoas que justifique a adoção das diversas medidas [previstas] na presente Carta”. Ainda, na alínea c) do artigo 1.º, ressalta-se que, do contrário, ‘línguas não territoriais’ são “as línguas utilizadas por nacionais do Estado que se distinguem da língua ou línguas utilizadas pelo resto da população [mas] que, embora tradicionalmente utilizadas dentro do território[,] não podem ser identificadas com uma área geográfica particular”. Güler (2017, pp. 2476-2478) nota que a consequência prática destas previsões é que a proteção integral da Carta apenas é aplicável às ditas ‘línguas territoriais ou minoritárias’, previstas na primeira alínea b), que, para além de prescindirem de vínculo regional, devem também ser faladas por um *significativo* número de pessoas. Caso a língua não se enquadre no critério territorial, mas seja, de facto, não-hegemónica e falada por nacionais do Estado, a mesma se enquadra na hipótese da alínea c), podendo ser-lhe aplicável a proteção *geral* e *flexível* dos *princípios* da Carta, como previsto no artigo 7.º, n.º 5. Em vista disso tudo, e sobretudo considerando as formulações vagas e os critérios para aplicação de sua ampla proteção, a Carta permite uma considerável margem de apreciação para os Estados.

No artigo 2.º são definidos os compromissos assumidos pelos signatários na aplicação da Carta, cujas obrigações estão presentes nas Partes II e III. A maior parte dos dispositivos previstos na Parte III da Carta envolvem direitos relacionados à proteção e ao desenvolvimento das línguas protegidas, enquanto a Parte II possui disposições sobre os princípios e objetivos gerais da Carta. Como resulta da leitura do artigo 2.º, n.º 1 e n.º 2, a Parte II da Carta é aplicável a todas as línguas regionais ou minoritárias que se enquadrem na definição do artigo 1º, enquanto a Parte III é aplicável, por meio de um sistema optativo, apenas às “línguas regionais ou minoritárias, ou língua oficial utilizada de forma menos ampla em todo ou em parte do seu território”, conforme especificamente indicado pelos Estados no instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação da Carta, como previsto no artigo 3.º, n.º 1. McDermott (2016, p. 611) e Güler (2017, pp. 2476-2479) sublinham que, ao subscrever a Carta, os Estados obrigam-se apenas a formalizar a sua adesão quanto aos oito enunciados da Parte II do instrumento, somente ficando obrigados à Parte III da Carta a partir da ratificação com indicação específica das línguas. Além disso, a Parte III será aplicável de acordo com o sistema *a la carte* estabelecido pelo artigo 2.º, n.º 2, segundo o qual os Estados devem escolher um mínimo de trinta e cinco parágrafos ou alíneas dentre suas respectivas disposições. A parte final do artigo 2.º, n.º 2, estabelece que tal escolha deve incluir ao menos três parágrafos e/ou alíneas em cada um dos artigos 8.º e 12.º, e um em cada um dos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 13.º da Carta. Güler ressalta a ampla margem de apreciação permitida pela sistemática em favor dos Estados, tanto pela possibilidade de escolha de dispositivos, como pela determinação das línguas a serem protegidas – permitindo que o Estado atribua níveis diversos de proteção a suas línguas não-hegemónicas¹⁰².

Quanto à Parte II, salienta-se apenas incluir disposições programáticas, estabelecidas por meio de previsões gerais, objetivos e princípios. Nota-se que, por força do artigo 21.º, somente podem ser objeto de reserva dos Estados na Parte II os parágrafos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artigo 7.º – que, aliás, constitui o único dispositivo desta secção da Carta. Güler (2017, pp. 2477-281) nota que a abertura para reservas praticamente de forma livre deve-se ao facto de as disposições da Parte II serem aplicáveis a *todas* as línguas protegidas pela Carta, sendo aplicável aos Estados signatários independente da aceitação da Parte III. O ponto de partida da Parte II da Carta é o n.º 1 do artigo 7.º, que não admite reservas, e que prevê três princípios fundamentais em suas alíneas: primeiro, as línguas regionais ou minoritárias como uma expressão da riqueza cultural – alínea a); segundo, a promoção das línguas

¹⁰² Sobre o tema, Güler ainda chama atenção para a regra do artigo 3.º, n.º 1, da Carta, que prevê a possibilidade de indicação (para além das línguas regionais ou minoritárias) de *línguas oficiais menos utilizadas em todo ou em parte de seu território* para fins de implementação da Parte III do documento. Refere que por meio de tal regra acaba-se por permitir que uma língua não-minoritária e não-regional, mas oficial, seja objeto de maior proteção, por aplicação da Parte III da Carte, do que a uma língua minoritária não-regional – porque a Parte III da Carta não é aplicável a minorias linguísticas não relacionadas ao território.

regionais ou minoritárias como uma forma de resguardá-las na vida pública e privada – alíneas b), c) e d); e, por fim, a promoção das línguas regionais ou minoritárias como meio para manutenção e desenvolvimento dos laços linguísticos – alíneas e), f) g), h) e i). Na sequência, são previstos os pontos da Parte II que admitem reservas. O n.º 2 do artigo 7.º dispõe, por um lado, a proibição ao desencorajamento ou de restrições injustificadas ao uso das línguas regionais ou minoritárias, e, por outro, a possibilidade de adoção de medidas especiais, como as ações afirmativas, para combater a discriminação e atingir a igualdade material. Por sua vez, o n.º 3 do artigo 7.º prevê a promoção à compreensão mútua, ao respeito e à tolerância entre os grupos linguísticos do país. O n.º 4 do artigo 7.º dispõe sobre a participação, nas políticas direcionadas às línguas regionais ou minoritárias, dos grupos por elas afetados. Por fim, o n.º 5 do artigo 7.º prevê a aplicação dos mesmos princípios do artigo 7.º, como já mencionado, de forma mais geral e flexível, às línguas não-territoriais definidas na alínea c) do artigo 1.º da Carta.

Com relação à Parte III do instrumento, não há previsão de reservas, o que faz sentido dentro da lógica de escolha *a la carte* de dispositivos pelos Estados. A Parte III da Carta prevê em seus artigos a proteção das línguas minoritárias por meio de ações específicas – e não apenas programáticas – baseadas nos princípios da Parte II. Os comprometimentos previstos dão-se no campo da educação (artigo 8.º), no âmbito judicial (artigo 9.º), nas relações com autoridades administrativas e serviços públicos (artigo 10.º), na comunicação social (artigo 11.º), e nas atividades culturais e respetivas organizações, bem como na vida social e económica (artigos 12.º e 13.º). Assinala Güler (2017, pp. 2477-281) que são listados nada menos do que 68 comprometimentos específicos nesta parte da Carta, que, após selecionados de acordo com a regra do artigo 2.º, n.º 2, deverão ser aplicados com relação a todas as línguas indicadas/declaradas ao momento da ratificação. O autor chama atenção ao facto de, em algumas formulações, ser feito o uso dos termos vagos ‘favorecer’ e ‘encorajar’¹⁰³, e que em outros se parte da premissa de solicitação ou busca, pelos interessados, de seus direitos, permitindo deliberadamente, a inércia do Estado¹⁰⁴.

O sistema de monitoramento da Carta não é muito diferente do previsto na Convenção Quadro, o qual será descrito com mais pormenor no ponto relativo a tal instrumento. De toda a forma, adiantamos tratar-se de um mecanismo de relatórios, que não permite o peticionamento individual ou coletivo, mas permite que organizações e instituições legalmente estabelecidas nos Estados-Partes apresentem informações sobre a situação dos princípios e direitos previstos na Carta (artigo 16.º, n.º 2). Os relatórios

¹⁰³ Ver artigo 8.º, n.º 1, alíneas a), iv), iii; e f), iii; e artigo 8.º, n.º 2.

¹⁰⁴ Ver artigo 8.º, n.º 1, alíneas a), iii; b), iv; c), iv; e d), iv.

serão periodicamente tornados públicos e apresentados pelos Estados-Partes ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que os analisará por meio de um comité de peritos, que poderá requerer informações adicionais (artigos 15.º, 16.º, n.º 1 e 2, e 17.º). Feita a análise do relatório, o comité de peritos irá preparar um relatório próprio a ser submetido ao Comité de Ministros, que fará as suas recomendações e finalizará o processo, tornando ou não público o relatório do comité de peritos (artigo 16.º, n.º 3 e n.º 4). De consequência, Güler (2017, pp. 2481-2482), ressalta que, independente das considerações do comité de peritos, a decisão sobre ‘sanções morais’ caberão somente ao Comité de Ministros. Para além deste sistema de relatórios estatais, a Secretaria Geral do Conselho da Europa apresenta, a cada dois anos, à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, um relatório sobre o estado da aplicação da Carta (artigo 16.º, n.º 5).

McDermott (2016, p. 612) observa que, enquanto primeiro tratado a tratar unicamente da proteção de línguas minoritárias na gama dos direitos humanos, a Carta tem o mérito de ter elevado o debate do tema ao âmbito internacional. Ainda assim, como nota Craith (2003, pp. 59-61), na mesma linha de outros instrumentos que abordam a proteção de minorias, a Carta peca por não definir o que seriam minorias (ou, ao menos de forma direta, o que seriam minorias linguísticas) e por não apresentar uma noção clara para o termo ‘língua’ – inclusivamente deixando em aberto seu significado em oposição ao de ‘dialeto’, que também carece de definição. Ademais, os autores salientam que, ao especificamente excluir de seu âmbito de proteção as línguas migrantes e não-europeias, a Carta é, no mínimo, controversa, pois deixa de lado a proteção de línguas relativamente aos não-autóctones, desatendendo, assim, à real extensão da diversidade linguística e cultural dentro do território dos Estados europeus. Para além disso, mas em sentido semelhante, nota-se, a exemplo de Güler (2017, p. 2478), que, ao diferenciar, dentro de sua proteção, as línguas territoriais e minoritárias das línguas não-territoriais, a Carta não apenas cria diferentes classes de minorias linguísticas, como reforça a ampla margem de apreciação conferida aos Estados.

3.2.3. *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais*

A Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (a seguir Convenção Quadro)¹⁰⁵ foi adotada pelo Conselho da Europa em 1997 e entrou em vigor em 1998. A opção por adotar uma Convenção Quadro, em lugar de adotar um protocolo adicional à CEDH sobre minorias, como proposto em várias ocasiões ao longo dos anos, foi preferida por evitar a jurisdição do TEDH (Jerónimo e Granja, 2019, pp. 7-8). Assim, como sublinha Jerónimo (2007, p. 379), por meio da Convenção Quadro chegou-

¹⁰⁵ O texto integral da Convenção Quadro pode ser consultado no endereço <https://tinyurl.com/vt4rr5jb> [05.07.2021].

se ao equilíbrio possível entre a proteção das minorias e a não-interferência na autonomia estatal. A Convenção não foi o primeiro instrumento adotado pelo Conselho da Europa relativamente às minorias, mas foi seu primeiro instrumento juridicamente *vinculativo* a abordar amplamente os direitos das minorias¹⁰⁶, constituindo um dos mais relevantes feitos europeus em prol da proteção minoritária. Nota-se, a exemplo de Jerónimo (2007, pp. 380-381), que, desde seu preâmbulo, a Convenção Quadro afasta noções negativas comumente associadas às minorias, prevendo-se, por exemplo, que a proteção das minorias é essencial para a manutenção da estabilidade, da segurança e da paz. Ademais, observa a autora, é estabelecida a premissa de que, em verdadeiro respeito às minorias e a suas identidades, deve-se criar e manter condições adequadas à sua respetiva expressão, preservação e desenvolvimento.

Na primeira secção da Convenção Quadro, são contidos princípios gerais, verdadeiras premissas a seu âmbito de proteção. Merecem particular atenção os artigos 1.º e 3.º. O artigo 1.º prevê que a proteção das minorias nacionais e de seus direitos e liberdades é “parte integrante da protecção internacional dos direitos do homem e, como tal, constitui um domínio da cooperação internacional” – cooperação esta que é reafirmada no artigo 2.º, segundo o qual a Convenção deve ser aplicada num espírito de compreensão e tolerância e de cooperação entre os Estados. O artigo 3.º, n.º 1, estabelece que “[q]ualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade, [sem] nenhum prejuízo”. Por fim, o artigo 3.º, n.º 2, dispõe que “[a]s pessoas pertencentes a minorias nacionais podem exercer, individualmente ou em comum com outras, os direitos e as liberdades [enunciados]”. Por meio destas disposições, a Convenção Quadro reconhece que a proteção das minorias e dos seus direitos (exercidos individualmente ou em comunidade) integra a proteção dos direitos humanos – e que, de modo a garantir tal proteção, é essencial o efetivo respeito à livre escolha individual, seja em relação à mera pertença ao grupo minoritário, ou em relação aos tratamentos especiais que lhes são dispensados, sem que desta escolha advenham prejuízos.

Na segunda secção da Convenção Quadro, estão previstas as principais obrigações decorrentes das premissas *supra* elencadas, que, abrangendo uma ampla variedade de questões, deverão ser implementadas pelos Estados signatários em suas legislações nacionais, em suas políticas públicas e/ou também por meio de tratados bilaterais e multilaterais, como estabelece o artigo 18.º. Dá-se início a tais disposições com o artigo 4.º, n.º 1, que estipula a garantia às pessoas pertencentes a minorias da igualdade perante à lei, da igual proteção e da não-discriminação baseada em tal pertença. Os principais desdobramentos deste preceito são previstos na sequência. Nos n.º 2 e n.º 3 do artigo 4.º, é estabelecido

¹⁰⁶ Porque a Carta Europeia das Línguas Minoritárias, apesar de ser vinculativa e anterior, além de ser relativa à proteção *das línguas*, não é oponível por todas as categorias minoritárias.

o dever de promoção da igualdade plena e efetiva entre grupos minoritários e majoritários, inclusive por meio de medidas como as ações afirmativas. Outro de seus desdobramentos é previsto nos n.º 1 e n.º 2 do artigo 5.º, que estabelece o compromisso dos signatários em promover a preservação e o desenvolvimento da cultura das minorias nacionais e de seus respectivos elementos essenciais (religião, língua, tradições e património cultural), bem como em não praticar a assimilação forçada, salvo no que respeita a medidas adotadas no quadro da política geral de integração. Nos n.º 1 e n.º 2 do artigo 6.º, é especificado o compromisso de cooperação, tolerância e diálogo intercultural entre os grupos residentes no território contra a discriminação e quaisquer ameaças às identidades minoritárias. Nos artigos 7.º, 8.º e 9.º são elencados os direitos das pessoas pertencentes a grupos minoritários à liberdade de reunião pacífica, de associação, de expressão e de pensamento, de consciência e de religião (inclusive, neste último ponto, à criação de instituições, organizações e associações religiosas), e, por fim, ao acesso e ao uso de meios de comunicação social.

Ainda na segunda secção da Convenção, são reconhecidos, nos artigos 10.º e 11.º, direitos no campo linguístico. No artigo 10.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, são estabelecidos o direito ao uso de línguas minoritárias em privado e em público – também perante autoridades administrativas e judiciais, especialmente em âmbito penal – de forma oral ou escrita. No artigo 11.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, são previstos, em sequência, o direito ao uso e ao reconhecimento oficial do nome da família e do nome próprio, o direito ao uso da língua minoritária em informações expostas ao público, bem como o compromisso estatal de indicar em locais históricos, ruas e afins, suas respectivas denominações minoritárias – neste último caso, desde que haja procura *suficiente* para tais indicações. Por sua vez, nos artigos 12.º, 13.º e 14.º são enunciados vários direitos relativos à educação. No artigo 12.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, é prevista a obrigação de promoção do conhecimento da cultura, da história, da língua e da religião, tanto para as minorias nacionais, como para a própria maioria, por meio da qualificação de professores e do acesso a materiais, além do diálogo intercultural e de medidas em prol da igualdade de oportunidades. Nos artigos 13.º e 14.º são reconhecidos o direito a criar e manter estabelecimentos privados para garantir tal educação, independente de financiamento público, o direito a aprender a própria língua minoritária e, a *depende da situação*, receber ensino em tal língua, sem prejuízo do aprendizado da língua oficial. No artigo 15.º, há o reconhecimento do direito à participação efetiva das pessoas pertencentes a minorias na vida cultural, social e económica, bem como nos negócios públicos – especialmente nos que lhes digam respeito. Ainda, o artigo 16.º impõe aos Estados que se abstenham de adotar medidas que visem e levem, mesmo que indiretamente, a quaisquer ofensas à Convenção Quadro. O artigo 17.º, por meio de seus n.º 1 e n.º 2, encerra a segunda secção estabelecendo,

respetivamente, o direito à manutenção pacífica de contacto transfronteiriço e de cooperação com outros membros do seu grupo ou de outros grupos com os quais partilhem laços, bem como o dever estatal de não criar obstáculos à participação de pessoas pertencentes a minorias nacionais nos trabalhos de organizações não-governamentais.

Na terceira secção são previstos importantes princípios para a interpretação do instrumento. Como nota Jerónimo, as previsões dos artigos 21.º, 22.º e 23.º merecem destaque, em conjunto com o conteúdo preambular. O artigo 21.º prevê que não se pode interpretar os dispositivos da Convenção de modo a colocar em risco a integridade territorial e a independência política dos Estados – deixando claro, portanto, que a proteção das minorias nacionais não abrange o direito à autodeterminação dos povos. Apesar disso, é de se apontar que a Convenção Quadro não *exclui* ou *proíbe* o estabelecimento de determinados níveis de autonomia em benefício das minorias nacionais, pois é silente sobre tal possibilidade – e também porque o artigo 22.º explicita que a Convenção Quadro não pode ser interpretada para limitar ou prejudicar padrões de direitos humanos já estabelecidos no Direito internacional ou na legislação nacional dos Estados signatários. Já o artigo 23.º dispõe que os direitos da Convenção Quadro que correspondam a direitos previstos na CEDH devem ser interpretados em harmonia com a CEDH e seus Protocolos e com a jurisprudência do TEDH.

A quarta secção da Convenção Quadro trata de seu mecanismo de monitoramento, previsto do artigo 24.º ao artigo 26.º do documento. Como Jerónimo (2007, p. 380) e Rein (2018, p. 330) notam, o sistema é assente no pressuposto de boa-fé dos Estados, resumindo-se a um controlo político que funciona mediante a apresentação de informações periódicas pelos Estados ao Secretário Geral do Conselho da Europa. Assistido por um comité consultivo, o Comité de Ministros do Conselho da Europa irá avaliar as medidas adotadas pelos Estados quanto às medidas legislativas e de outra natureza que tenham tomado para dar aplicação aos princípios enunciados pela Convenção Quadro. Rein nota que o comité consultivo avalia as medidas tomadas pelo Estado Parte, tanto pela análise do relatório, como pela recolha de informações de organizações e instituições e até mesmo pela realização de visitas ao país. Com base nos dados coletados, o comité elabora um parecer, que, após votado e adotado em plenário, é distribuído a todos os Estados signatários. Jerónimo chama atenção ao facto de que não se vai além disso, pois não há previsão de sanções para os Estados que deixem de apresentar relatórios, e que tampouco existe a possibilidade de apresentação de petições por indivíduos para denunciar práticas contrárias aos princípios da Convenção Quadro.

Na quinta e última secção da Convenção estão presentes as cláusulas finais, onde constam previsões técnicas relativas à ratificação, entrada em vigor, possibilidade de denúncia, possibilidade de

adesão, *etc.* Como salienta Hofmann (2001, pp. 241-242), são de particular interesse as previsões dos artigos 27.º e 29.º, n.º 1, que estabelecem a Convenção Quadro como um *tratado aberto*, porque Estados não-membros do Conselho da Europa podem vincular-se à Convenção Quadro após convite pelo Comité de Ministros. Esta abertura, como Rein (2018, p. 340) observa, relaciona-se ao facto de o Conselho da Europa não contar com tantos membros como hoje, significando, portanto, uma flexibilização para permitir a participação do maior número possível de países.

Da leitura da Convenção Quadro, é possível identificar, como assinala Jerónimo (2007, pp. 379-381), uma forte presença da tradição liberal (especialmente refletida no artigo 3.º, na adoção da livre escolha, de ser ou não tratado como membro de grupo minoritário) e de uma grande influência da própria CEDH (que é expressamente assumida no preâmbulo, e reiterada no artigo 7.º e no artigo 23.º). A influência da CEDH sobre a Convenção Quadro não só é no sentido de repetir os direitos previstos na CEDH: a Convenção Quadro vem a ampliar seu âmbito de aplicação, indo além da proteção concedida de um modo geral às pessoas pertencentes a minorias pela CEDH e por outros instrumentos vinculativos¹⁰⁷, daí, como nota Güler (2017, pp. 2468-2473), sua importância. Apesar disso, como atenta Jerónimo, o real poder vinculativo do documento é muito escasso, o que ocorre tanto por conta da sutileza dos termos adotados, como pela técnica convencional escolhida. As disposições da Convenção Quadro são sobretudo programáticas, limitando-se, assim, a fixar objetivos que norteiam os Estados no exercício de uma muito ampla margem de apreciação. Todavia, os compromissos previstos para dar vida a esses objetivos são bastante vagos em razão do uso de termos como ‘envidar sérios esforços’, ‘quando (ou se) necessário’ e ‘na medida do possível’¹⁰⁸, bem como pela ausência¹⁰⁹ de definições *diretas* de certos termos que lhe são essenciais, a exemplo de ‘minorias’ ou de ‘minorias nacionais’. Ademais, Jerónimo (2007, pp. 379-381) ressalta que a possibilidade de reservas pelos Estados, admitida como forma de garantir o maior número possível de signatários, é fator que igualmente vem a enfraquecer o tratado como um todo. Apesar de todas estas questões, a autora salienta que os padrões protetivos e objetivos norteadores estabelecidos pela Convenção Quadro continuam servindo como parâmetro para a proteção de minorias, sobretudo ao estabelecer que a tolerância e o diálogo são essenciais para que a diversidade cultural seja fonte e fator enriquecimento das sociedades (preâmbulo e artigo 6.º, n.º 1), que as medidas especiais – a exemplo de ações afirmativas – são formas aptas para atingir a igualdade plena (artigo 4.º, n.º 2) e que, de forma geral, os Estados devem rechaçar as práticas assimilacionistas (artigo 5.º).

¹⁰⁷ Pois, como nota Güler (2017, pp. 2468-2473), além de a Convenção Quadro abranger indivíduos sozinhos ou em conjunto com outros membros do grupo e de ser aberta para ratificação a Estados terceiros, ou, o documento possui inclui previsões que podem ser aplicados não apenas às minorias tradicionais, mas também a grupos considerados diferentes em relação à cultura maioritária.

¹⁰⁸ Ver artigo 4.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 9, artigo 14.º, n.º 2, e artigo 18.º da Convenção.

¹⁰⁹ Nota-se que a ausência de definição é, nesse caso, foi uma opção, como salienta Jerónimo (2007, p. 380).

Capítulo III – Portugal multicultural sob o lema da interculturalidade

1. Razão de ordem

Como observa Vala (2021, pp. 17-19, 21), “há uma clara diferença temporal entre Portugal e os restantes países europeus que sofreram a Segunda Guerra Mundial no que toca ao despertar do debate em torno da ideia de raça e das desigualdades com base nessa mesma ideia”. O autor ressalta que, no pós-guerra, Portugal não fizera a condenação oficial ao nazismo e ao fascismo, pois não apenas fora neutro perante os acontecimentos, como se tratava de um Estado colonialista governado por uma ditadura. A partir do 25 de abril de 1974, observa Vala, “o espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi integrado na Constituição de 1976, e entrou progressivamente nas instituições portuguesas. Porém, só em 1978 [Portugal] apoia essa declaração, ao mesmo tempo que subscreve a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Acompanhando este antes e depois da democracia, salienta o autor, as noções sobre o que se entende por sociedade portuguesa, e, posteriormente, as noções relativas ao (antir)racismo e ao respeito à diversidade são temas que vieram a ocupar lugar de grande relevo no sistema de ensino. Nesse sentido, Vala (2021, pp. 17-19, 21) destaca os manuais únicos, que foram a base da educação durante o Estado Novo, e que “de forma muito subtil comunicavam uma hipervalorização da autoridade e da submissão”, destacando-se, “[n]os ideais de vida coletiva[,] uma ordem natural onde cada um deveria ocupar o lugar que lhe estava destinado e [que] só funcionaria bem se fossem respeitadas as hierarquias sociais”. Aqui, o autor nota que, “[a]o mundo dos portugueses em África, opunha-se um outro mundo: ‘arredores infestados por selvagens’. Na escola e fora dela, um silêncio pesado permanecia sobre a escravatura e [a]s milhões de pessoas tornadas mercadoria exportada para o continente americano”.

Ainda assim, durante o Estado Novo, a noção muito difundida pelo próprio regime, de um Portugal pluricontinental e multicultural, em que diversas culturas conviviam em harmonia, teve papel extremamente importante, como se verá. Com o 25 de abril e a subsequente descolonização dos territórios africanos, houve a chegada massiva de indivíduos oriundos das antigas colónias africanas em Portugal, situação que viria a significar importantes mudanças (demográficas, sociais, culturais, *etc.*) no país. A partir deste período, Portugal gradativamente passaria a ter na imigração um fator de maior relevo social. Mais mudanças ainda ocorreram a partir dos anos 1990, quando mais e mais imigrantes oriundos de países com os quais o país não mantinha laços culturais e linguísticos vieram a estar presentes na sociedade portuguesa. É a partir daí que a multiculturalidade e a interculturalidade passam a ser um tópico de algum relevo e que se vem a efetivamente dar atenção ao tema, especialmente no que toca ao respeito pela diversidade. Sobretudo no sistema de ensino português, buscou-se, a partir e principalmente durante a década de 1990, como se verá, incluir programas relacionados à interculturalidade, com o objetivo de ressaltar desde muito cedo a importância do respeito à diferença.

A interculturalidade, principalmente por meio do dito ‘ensino intercultural’, por breve período, despontou na área de educação no país, o que curiosamente deu-se de forma mais ou menos concomitante com os crescentes atos violentos de preconceito que passaram a ser noticiados à época contra ciganos e negros/pessoas de origem africana. A seguir uma tendência de abordagem mais universalista, como veremos adiante, as investidas relacionadas à educação intercultural e com o respeito à diversidade minguaram. Grande parte das iniciativas que haviam sido colocadas em prática foram deixadas de lado ou reduzidas em abrangência, em período, como já dito, marcado tanto por uma maior diversidade aparente no país, como por expressões de intolerância para com o ‘outro’ – ironicamente direcionadas justamente ao ‘outro’ mais próximo, pertencente aos grupos que historicamente estiveram presentes e foram/são alvo de preconceito em Portugal – em um contexto de notória negação do racismo.

A ‘experiência multicultural’ de Portugal durante o Estado Novo, em conjunto com o mito da homogeneidade étnica portuguesa, são fatores que ajudam a perceber – e a rechaçar – o suposto não-racismo português, noção que, veremos, segue fazendo parte da identidade e do imaginário portugueses, com sérios reflexos sobre a dinâmica de sociedade multicultural nos nossos dias (Torgal, 2009, p. 497). Como Vala (2021, pp. 19-21) observa, se “[a]s gerações até à revolução democrática foram socializadas num ambiente onde se cultivava a amnésia sobre uma parte da história[, mesmo atualmente,] a escola ainda não conseguiu integrar uma visão plurifacetada do passado colonial português”. O autor observa que “[o] silêncio demasiado longo em torno destas questões, a falta de informação e de categorias mentais para as discutir, a reduzida investigação empírica e a ilusão de que nunca houve nem há racismo em Portugal, tornam esse debate, ainda hoje, demasiadas vezes, um escândalo, acompanhado de um espanto coletivo que confrange”. Apesar disso, como nota Araújo (2008, pp. 27-29), a própria história da Península Ibérica permite verificar serem falsas, não apenas a noção de homogeneidade étnica (linguística e cultural) portuguesa, como também o seu não-racismo. Além da marcada presença muçulmana (Al-Andalus) na região por séculos, também a presença e perseguição de ciganos, desde o século XVI, e a expressiva população de indivíduos negros/africanos escravizados, que desde o início do século XIV se fez presente no país. Este histórico e a forma como foi trazido até aos dias atuais se reflete em formas de racismo que, como vem sendo ressaltado na literatura não são uniformes (ver Marques, 2005; Marques, 2007; Peixe, 2008; Mendes, 2013; Mata, 2014; e Vala, 2021). O resultado disso, como se irá explorar adiante, é percebido nos mais variados âmbitos, sendo importante desde já salientar tratar-se racismos que são, ao mesmo tempo, muito naturalizados e muito negados.

2. A ‘experiência multicultural’ de Portugal durante o Estado Novo

O Estado Novo, consistente no período entre 1933 e o 25 de abril de 1974, foi a época mais marcante da ideologia racista em Portugal, em termos tanto de presença, como de desenvolvimento ideológico (Cabecinhas, 2007, p. 20). Quando falamos do Estado Novo, estamos a falar essencialmente do regime de Salazar, fortemente embasado em um conservadorismo tradicionalista e católico, e que sobreviveu ao instável período entre a Primeira e a Segunda Guerras e também à própria Segunda Guerra e aos conflitos que lhe sucederam (Ribeiro, 2018, pp. 309-312; Pinto, 1990, p. 696; Lourenço, 1982, p. 1431). Neste período, como nota Pina Almeida (2006, p. 7), projetou-se para o mundo e promoveu-se nacionalmente uma ideia de nação portuguesa multicontinental em que todos conviveriam harmonicamente – na prática, a disseminação destas ideias servia o objetivo de preservação do império colonial português. Assim, a valorização e a glorificação da nação portuguesa e de suas colónias eram elementos fundamentais do regime, escorados na narrativa fundadora de Portugal – enquanto Estado-Nação mais antigo da Europa –, numa suposta *missão civilizadora* das ‘raças inferiores’ (Pina Almeida, 2006, pp. 7- 8; Rosário, Santos e Lima, 2011, p. 43; Ribeiro, 2018, pp. 310-311). Esta narrativa foi largamente difundida a partir dos anos 1930 como visão única, impressa tanto nos discursos como nas práticas estatais, inclusivamente pela adaptação dos *currícula* escolares (principalmente, mas não apenas) no que diz respeito à disciplina de História, de modo a difundir os valores pessoais e ideais de vida coletiva que sustentavam a ditadura (Pina Almeida, 2006, p. 8; Ribeiro, 2018, pp. 310-311, Vala, 2021, pp. 18-19)¹¹⁰. Como Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 47-48) atentam, estes discursos tornaram-se particularmente importantes como reação e resposta ao contexto de anticolonialismo que passou a predominar na política internacional no pós Segunda Guerra Mundial.

Na sequência da Segunda Guerra Mundial, houve um enfraquecimento dos países europeus e concomitante fortalecimento de movimentos por independência nos territórios colonizados em África e Ásia. Com isso, observam Rosário, Santos e Lima – assim como Torgal (2009, pp. 493, 545-546) –, principalmente durante os anos 1950, Portugal vinha a ser mais e mais pressionado internacionalmente. A partir de então, notam, o Estado Novo passou a aproveitar as teses luso-tropicalistas em uma releitura estratégica do colonialismo que deixava de lado certas práticas e referências ao binómio ‘raças superiores’ *versus* ‘raças inferiores’, assim como ao próprio termo ‘colónia’ (substituído então por ‘províncias ultramarinas’ ou ‘territórios ultramarinos’). Assim, como Pina Almeida (2006, p. 8) e Marques (2007, p. 41) ressaltam, em contraste com a doutrina anterior, a partir deste momento, o Estado Novo

¹¹⁰ Nas palavras de Vala (2021, pp. 18-19): “Durante a ditadura, era na escola que ao mesmo tempo em que se aprendia a ler e escrever, se aprendia a missão ‘ultramarina cristã e redentora’ de Portugal, a sua vocação para ‘civilizar’ outros povos, legitimada na superioridade moral dos Portugueses”.

adotou um discurso de cariz inclusivo, do ‘não-racismo’, voltado ao ‘multirracismo’ (ainda que ignorando os ciganos, como será visto) para legitimar o colonialismo em meio à pressão internacional. De qualquer forma, como Torgal observa, não surpreende que a doutrina renovada apenas tenha vindo a ser afirmada em sua total extensão já nos anos 1960, quando a guerra colonial já estava em curso e, de certa forma, buscava-se não apenas justificar os prejuízos monetários e humanos dela decorrentes, mas sobretudo reduzir o desgaste político que já se instaurara.

Apesar da mudança, Torgal (2009, p. 493) observa que, para Salazar, a África jamais deixaria de ser um prolongamento da Europa, tal como a América fora em outros tempos. Nesse sentido, Ribeiro (2018, p. 313) atenta ao facto de, se essas novas representações foram em geral assimiladas pela população, isso não ter significado, de qualquer forma, uma anulação do discurso anterior, de modo que o papel da percepção das raças e do racismo seguiu como influência alicerçadora nos campos identitário e ideológico portugueses. Isso de forma alguma deixou de ser refletido, como ressalta Pimenta (2013, pp. 190-193), no campo jurídico, no qual dois exemplos são extremamente ilustrativos de como o racismo era institucionalizado: o Estatuto do Indigenato e a divisão político-social nas colónias. Com relação ao Estatuto do Indigenato, o mesmo manteve-se em vigor até ao início da década de 1960¹¹¹, tratando-se de um diploma legal que separava a população das colónias entre ‘civilizados’, ‘assimilados’ e ‘indígenas’. Segundo esta classificação, Jerónimo (2019c, p. 5; 2019d, p. 7) e Pimenta (2013, pp. 190-193) observam, os brancos, só por serem brancos, eram automaticamente classificados como ‘civilizados’, os mestiços ou indígenas aculturados à cultura portuguesa (por meio da educação e do trabalho na administração colonial) eram classificados como ‘aculturados’ – enquanto os demais ou eram por lei presumidos ‘incivilizados’ (ou ‘indígenas’) ou deveriam provar sua ‘civilização’ através de testes aplicados pelas autoridades. Esta classificação, atenta Pimenta (2013, pp. 190-193), tinha profundas consequências em termos de direitos, pois os ‘civilizados’ e os ‘assimilados’ eram considerados cidadãos portugueses, enquanto os ‘incivilizados’ (ou ‘indígenas’) eram meros sujeitos coloniais sem direitos cívicos nem políticos, podendo ser compelidos ao trabalho obrigatório pelas autoridades coloniais¹¹².

Nesse contexto, Pimenta (2013, p. 193) considera que a releitura estratégica do colonialismo serviu ao propósito de evitar ou postergar ao máximo a autonomização das colónias e, mesmo, a descolonização. Como o autor sublinha, foi justamente neste período que se deu a integração

¹¹¹ Tendo sido revogado por uma nova legislação, como nota Vala (2021, p. 18), introduzida quando a guerra colonial já se havia iniciado, sendo como o autor nota, “mais uma consequência do pavor da luta pela independência das colónias do que uma genuína promoção de relações de trabalho justas”.

¹¹² Com relação às identidades sociais e políticas, Pimenta (2013, pp. 190-193) destaca, ainda, que as autoridades coloniais chegavam a dividir pessoas brancas em dois grupos distintos, conforme o local em que haviam nascido. Assim, os brancos nascidos na colónia eram classificados como euro-africanos, cidadãos que, em razão do local do nascimento, além de não terem exatamente os mesmos direitos dos brancos nascidos em Portugal, eram preteridos na administração colonial em favor dos metropolitanos.

constitucional das ditas ‘províncias ultramarinas’ à nação portuguesa, manobra que, embora tenha tido pouco sucesso no plano internacional, teve forte apoio no setor político interno do país e, de facto, serviu ao propósito de postergar a independência dos territórios colonizados, embora posteriormente tenha sido fator essencial para a derrocada do Estado Novo e para a própria queda do império colonial português. Fontes (2019, p. 187) e Ribeiro (2018, pp. 312-313) ressaltam que a guerra colonial, iniciada ao fim de 1961 com conflitos armados em Angola, resultou não apenas em uma considerável drenagem do orçamento público português, mas também no deslocamento para África de um elevado número de jovens para lutar em uma guerra que durou treze anos e que foi um insucesso – tendo como desfecho a tão evitada descolonização e o início de um novo momento histórico e político para Portugal. A perda das colónias em África, como salienta Ribeiro, foi extremamente representativa sob vários prismas, pois os territórios africanos eram a última posse política e simbólica da outrora potência portuguesa. Nesse sentido, deve-se notar, a exemplo de Peralta (2019, p. 313), que, mesmo após o 25 de abril de 1974, detetavam-se “diferentes leituras sobre a descolonização, que revelou-se uma questão sensível e, na prática, mais complexa do que se previra”.

Sobre isso é relevante o facto salientado por Peralta (2019, pp. 317-320) de que, no período de 1974 a 1979, entre 500.000 e 800.000 portugueses terem abandonado África, num momento em que a população portuguesa metropolitana era de pouco mais de nove milhões de habitantes. A autora observa que este considerável acréscimo populacional ocorreu em meio a um Portugal pobre e pouco desenvolvido, que vivera quase 50 anos sob um regime conservador e autoritário e que havia acabado de sair de uma longa guerra, cujo fim deu-se justamente em concomitância à crise do petróleo. Em meio a todas essas tensões políticas económicas e sociais, os portugueses oriundos das ex-colónias foram recebidos no pós 25 de abril com certa hostilidade e ressentimento, tanto pela visão de que os recém-chegados representavam em si o colonialismo (tão rechaçado pela nova posição política predominante), como em razão das políticas de apoio que foram concebidas pelo Estado para o seu restabelecimento. Como Peralta observa, em 1975, o Estado português criou o Instituto de Apoio ao Retorno de Nacionais (IARN) para dar apoio à chegada e integração desta população, mas a sua denominação logo se banalizou no senso comum e passou a ser utilizada de forma pejorativa para denominar ‘retornados’ os indivíduos da população portuguesa que, vindos das antigas colónias africanas, se (re)estabeleciam no país¹¹³. É de se notar, como faz Ribeiro (2018, p. 312), que esta

¹¹³ Motivo pelo qual, como ressaltava Peralta (2019, p. 320), há os que “[p]referem antes considerar-se ‘refugiados’ das guerras civis entre os movimentos de libertação e como vítimas da descolonização. Todavia, tanto o representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em Portugal como o Governo português de então, determinaram que estes migrantes não poderiam ser considerados refugiados nos termos da Convenção dos Refugiados de 1951, já que não atravessavam uma fronteira internacional, mas movimentavam-se dentro de um espaço imperial em declínio como cidadãos do país de destino”.

estigmatização contrastava nitidamente com o tratamento conferido pela população que permanecera em Portugal a portugueses que tinham migrado para outros destinos.

Apesar de os indivíduos brancos serem, de facto, a maior parte dos ‘retornados’, Peralta (2019, pp. 322-325) observa que, neste contingente, havia também um número significativo de negros e pessoas de origem indiana – vale dizer, pessoas cujos graus de integração na sociedade portuguesa mostraram-se altamente condicionados pelo fator fenotípico. Ainda assim, e em que pese muitas das políticas de auxílio a estas pessoas terem sido logo interrompidas, a autora nota que rapidamente foi aceite no discurso político e jornalístico (e, por vezes, académico) que as políticas adotadas no período pós-descolonização foram um caso exemplar de integração e de completa assimilação – quando, na verdade, esta integração fora fortemente influenciada pelas múltiplas variáveis de cor e de situação social de cada indivíduo. Como Peralta destaca, por não contrastarem tanto com as demais populações portuguesas pela cor da pele, apesar das hostilidades existentes, a integração dos ‘retornados’ brancos à sociedade de acolhimento foi mais fácil. Para os não-brancos foi mais difícil: além de enfrentarem aquelas hostilidades, estes indivíduos muitas vezes careciam de laços familiares e de redes de acolhimento locais, não apenas passando por preconceito racial, como sendo vistos como não-portugueses, de modo que a sua integração social foi (e ainda é) prejudicada. Entre 1976 e 1980, Peralta observa que houve um novo fluxo de entradas em Portugal constituído por população africana, sobretudo nacionais das antigas colónias, cuja receção não ocorreu de modo muito diverso, tendo também sido expostos aos mesmos preconceitos e ao racismo.

O que chama a atenção para Marques (2007, p. 14) e Mata (2014, pp. 8-9) é que, antes da descolonização e do confinamento ao território europeu (e à parte as teorias luso-tropicalistas da multirraciedade), a sociedade portuguesa já era, de facto, até certo ponto habituada a alguma diversidade – entre outras razões históricas, pela presença considerável, à época, de cabo-verdianos e ciganos no país. Ainda assim, como Mata observa, em comparação às sociedades europeias de imigração mais antigas, a sociedade portuguesa era mais homogênea. Isso, somado à lógica assimilacionista da política colonial, foram fatores que vieram a favorecer o surgimento de uma identidade que tanto é homogênea como é homogeneizadora. Nota-se, tendo em vista o que foi dito até agora, que, embora a lógica assimilacionista e suas políticas não fossem direcionadas aos ciganos, por certo também tiveram reflexos na visão e no tratamento que lhes foi dispensado durante o período – porque, como assinala Marques (2007, p. 30), “o ‘não-racismo’ português veiculado pelo Estado Novo foi inoculado por todos os meios na mentalidade dos portugueses”. Assim, Marques (2007, p. 41) observa ser bastante ilustrativo o facto de os ciganos nem sequer serem contemplados de forma expressa

pelas ideologias veiculadas pelo Estado Novo, tendo sido completamente ignorados na promoção da ‘sociedade portuguesa harmónica, multicontinental e multirracial’ como reflexo do pensamento corrente de que seriam, como nota, “inassimiláveis, como corpos estranhos que atentam a uma pressuposta harmonia e segurança das comunidades”.

A par desta visão dos ciganos enquanto inaptos à integração (muito influenciada, aliás, por suas características culturais, a exemplo do nomadismo), nota-se que as medidas estatais que lhes eram especificamente direcionadas durante o Estado Novo ainda assim visavam integrá-los por meio de uma lógica assimilacionista baseada em generalizações. Nesse contexto, Castro (2013, pp. 84-85) sublinha o papel das medidas relativas aos ciganos que foram articuladas pela Guarda Nacional Republicana (GNR) – isso, ressaltamos, em um período histórico marcado pelo autoritarismo. Em primeiro lugar, a autora chama atenção ao Regulamento para o Serviço Rural da GNR, de 1920 (anterior, portanto, ao Estado Novo, mas que esteve em vigor por sessenta anos). Este Regulamento, por meio de seus artigos 182.º e 184.º, previa a “necessidade de se exercer ‘uma severa vigilância sobre os ciganos, observando-os constantemente nos seus movimentos com o fim de prevenirem e reprimirem os seus frequentes atos de pilhagem’”, sendo que “[t]ambém nos mercados e feiras mereciam uma ‘especial atenção, devendo-se até não se menosprezar o modo como realizam os seus negócios, a fim de se evitarem quanto possível os abusos e burlas por eles cometidos’”. Castro (2013, pp. 84-85) nota, ademais, que “no artigo 185.º acaba por atribuir-se à identidade cigana o estatuto de ‘duvidosa’, o que justificaria a sua detenção em casos de transgressão ou contravenção ‘desde que não depositem em mão de pessoa competente a importância da multa ou não apresentem fiadores idóneos’”. Além disso, a autora salienta as medidas adotadas pelo Comando-Geral da GNR nos anos 1950 para promover que os ciganos deixassem de forma ‘voluntária’ o nomadismo, entendido pela lógica assimilacionista como um problema social que obstaria à integração dos indivíduos ciganos à comunidade dominante. Nesse sentido, o Comando-Geral da GNR passou a conceder ‘atestados de boa conduta’ a agregados familiares ciganos que fixassem moradia por três meses na área concelhia e mantivessem ‘boa conduta’ por tal período. Falando apenas no âmbito da GNR (uma vez que se presume haver outros eventuais benefícios entre civis decorrentes da posse de tais atestados), Castro nota que, uma vez concedido o documento ao agregado cigano, a GNR passaria a lhe dispensar especial apoio, tanto para facilitar seu trabalho e moradia, como para lhe dispensar proteção – inclusivamente perante outros ciganos.

3. O mito da homogeneidade étnica da nação portuguesa

A ideia de uma suposta homogeneidade étnica em Portugal relaciona-se diretamente com os discursos promovidos durante o Estado Novo. Como Pina Almeida (2006, pp. 6-7) e Araújo (2008, p. 44) ressaltam, a ampla divulgação da ideia de uma sociedade multicultural portuguesa como *resultado natural* da união de vários povos num mesmo império multicontinental (que seria ‘não-racista’ e, além de tolerante, favorável à interculturalidade), teve grande impacto na autoimagem dos próprios indivíduos que constituem a sociedade portuguesa. Mesmo hoje, percebe-se nos discursos nas mais variadas áreas, mas sobretudo cotidianos, que, como notam Peixe *et al.* (2008, p. 8), partem da premissa de que a sociedade portuguesa possui “uma suposta vocação universal [consubstanciada] na miscigenação e numa dominação colonial mais suave, menos marcada pela segregação do que outros colonialismos”. Este raciocínio não apenas ignora por completo a relevância da presença cigana em Portugal, como também percebe a miscigenação erroneamente, como um fator da suposta homogeneização harmônica da população portuguesa, distanciando a miscigenação das práticas relacionadas à escravidão – e colocando a sociedade portuguesa em uma gloriosa posição de exceção ao racismo simplesmente por não reproduzir as mesmas políticas de exclusão extremas praticadas em outros países. É justamente esta soma de fatores que vem sendo referida, a exemplo de Marques (2013, p. 113), Torgal (2009, p. 493), Peixe *et al.* (2008, pp. 8-9), como o ‘mito da homogeneidade étnica da nação portuguesa’.

Entre os efeitos desta lógica, Pina Almeida (2006, pp. 6-7), Araújo (2008, p. 44), Peixe *et al.* (2008, p. 8), notam que está o silenciamento, inclusive acadêmico¹¹⁴, das discussões sobre a diversidade, sobre o racismo e assuntos afins – ora, se somos uma sociedade homogênea e não-racista, não há do que se falar – e o conseqüente favorecimento da perpetuação das generalizações e dos próprios racismos em todas as suas formas. Nesse contexto, é importante derrubar as premissas que alicerçam o mito da homogeneidade étnica da nação portuguesa. Em primeiro lugar, como pondera Mata (2014, p. 10), deve-se ter presente que, contrariando a noção comum no imaginário português, a mera coexistência de culturas não significa uma efetiva interação ou convivência entre culturas, da mesma forma que a coexistência de pessoas de cores diferentes não significa uma efetiva convivência ou harmonia inter-racial/interétnica, ou, ainda, a ausência de preconceitos ou do próprio racismo. Na mesma linha, acrescentamos que a miscigenação tampouco é indicativo direto do ‘não-racismo’. Em segundo lugar, cumpre esclarecer, como fazem Peixe *et al.* (2008, pp. 7-8), que a percepção que os portugueses têm de que o seu país não seria um ‘país racista’ porque (supostamente) não seriam contabilizados nele tantos

¹¹⁴ Rosário, Santos e Lima (2011, p. 92) notam que esta lógica tem como reflexo o facto de que até muito recentemente, metade dos anos 1990, praticamente não havia pesquisas portuguesas acerca da coexistência étnica e cultural em Portugal.

incidentes violentos de racismo não se confirma – por um lado, porque independentemente dos números, a violência racista em Portugal não pode ser ignorada (como veremos a seguir), e, por outro lado, porque, para verificarmos a presença de racismo, não é necessário que haja violência física.

Nesse sentido deve-se ter muito presente, como Peixe *et al.* (2008, p. 9) destacam, que o racismo português acontece principalmente de forma velada e não explícita, o que, somado às noções frequentemente presentes na sociedade portuguesa, explica por que motivo, por muito tempo, o tema não tenha sido discutido. Rosário, Santos e Lima (2011, p. 92) salientam que, se até aos anos 1990, apesar de contar com uma população cigana e de origem africana há considerável tempo, esta visão do Portugal etnicamente homogêneo era ainda particularmente presente, refletindo-se numa escassez inclusive de debates académicos sobre o assunto, os autores notam que, a partir de meados da mesma década, a situação viria a mudar. A partir de então, salientam que o país deixou de ser considerado apenas de emigração, passando a ser também destino de imigração e a ter maior convivência com culturas com as quais até então não se tinha muito contacto – fator que, somado à preocupação internacional com o tema, veio a estimular o desenvolvimento de estudos e os debates envolvendo a diversidade cultural portuguesa. Araújo (2008, pp. 27-29) ressalta a preocupação internacional e as correlatas exigências políticas europeias como fatores essenciais nesse contexto, relacionados sobretudo com a acentuação dos fluxos migratórios oriundos do leste europeu na sequência do fim da União Soviética. Assim, Araújo observa que, mesmo quando a temática passou a receber maior atenção, esta atenção foi originada não pela preocupação com a diversidade pré-existente (embora também viesse a ter efeitos sobre ela, como será visto), mas em razão dos novos personagens, que faziam desta diversidade algo mais palpável, sobretudo em razão das diferenças percebidas em razão da língua, dos costumes e da religião.

Deixando momentaneamente de lado este contexto e as razões que estimularam uma ação portuguesa quanto à diversidade, nota-se, a exemplo de Rosário, Santos e Lima (2011, p. 92), que, a partir desta atenção e destes estudos, foi possível verificar que as principais vítimas de racismo em Portugal são justamente indivíduos ciganos ou negros, em sua maioria portugueses. Contrariamente ao que talvez se esperasse, embora em geral se pense nos estrangeiros enquanto as vítimas em potencial de discriminação, racismo e xenofobia, veio a se constatar que, em Portugal, a nacionalidade não é o principal critério (Vala, Brito e Lopes, 2015, pp. 24-25). Os ciganos e os negros, embora sejam em sua grande maioria portugueses, são frequentemente vistos como estrangeiros em Portugal, sendo associados de forma corriqueira a questões como criminalidade, desemprego, tráfico de drogas,

economia paralela, sentimento de insegurança, custos sociais e afins¹¹⁵, a bem ilustrar a posição de *outros* que estes grupos acabam por ocupar na sociedade portuguesa (Cabecinhas, 2007, pp. 65-66; Peixe *et al.*, 2008, pp. 9-10). Ainda assim, as generalizações, os tratamentos que lhes são dispensados e os próprios racismos vivenciados por um e por outro grupos são diferentes para cada um dos casos, a refletir tanto questões históricas de sua presença em Portugal, quanto a própria percepção de suas características culturais pela sociedade portuguesa. Por isso, faz-se relevante compreender de forma geral a história da presença de ambos os grupos em Portugal e como suas relações na sociedade portuguesa vieram a se construir.

A presença dos ciganos em Portugal é antiga, havendo registos de sua presença em território português já no século XVI, em 1510, como observam Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 56-57). Os autores ressaltam que mesmo estes primeiros registos de que se tem conhecimento são marcados pela hostilidade, manifestada por meio de medidas persecutórias ou discriminatórias adotadas contra os ciganos como um todo. Tais políticas, com variações, abrandamentos e acentuações, perduraram por séculos. Envolveram, durante o século XVI, desde a recusa de entrada e sua expulsão (sob pena de açoites públicos e degredo para as galés), até a execução com pena de morte aos que se recusassem a abandonar o território português. No início do século XVII, foram excluídas as penas de morte, mas passou-se a retirar os filhos de famílias ciganas a partir dos nove anos de idade, além de serem aplicadas penas a quem os acolhesse ou arrendasse casa. Os autores apontam que, no fim do século XVII, passaram a ser tolerados os ciganos portugueses, seus filhos e netos, *desde que tivessem residência fixa*. Todavia, a pena de morte voltou a ser aceite como forma de penalizar os ciganos que não cumprissem ordens do Reino, como a de fixação de moradia, sendo que, ao fim do século XIX, foram reforçadas as proibições de nomadismo. Apenas na segunda década do século XIX, com a Constituição de 1822 e a Carta Constitucional de 1826, os ciganos nascidos em Portugal passaram a ser reconhecidos como cidadãos portugueses. E foi apenas a partir do Código Penal de 1852 que ser cigano deixou de constituir crime. Apesar disso, Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 56-57) notam que os ciganos continuaram sendo alvo de vigilância reforçada e de medidas administrativas específicas, a exemplo das práticas constantes de Regulamentos da GNR e as patrocinadas pelo Comando-Geral da GNR durante o Estado Novo, acima retratadas, ou, mais recentemente, durante os anos 1990 e 2000, as várias questões envolvendo a expulsão de ciganos de alguns concelhos e de suas próprias moradias, por

¹¹⁵ Segundo Cabecinhas (2007, pp. 65-66) e Peixe et al. (2008, pp. 9-10), tais associações são utilizadas não apenas no âmbito da comunicação social, como também no campo político, uma vez que foram igualmente apresentadas como justificação pública da legislação sobre imigração introduzida em 1992 e 1993, bem como para a justificação dos acordos de Schengen e para a justificação da nova lei sobre o asilo político aprovada em 1993.

ordenação das Câmaras Municipais ou por milícias populares apoiadas por autarcas locais¹¹⁶. Para além disso, salientamos, a exemplo de Jerónimo (2020a, p. 6), as recentes tentativas relacionadas à COVID-19 no sentido de impor medidas específicas de confinamento para comunidades ciganas¹¹⁷. Como Castro (2013, p. 87) e Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 57-63) notam, o próprio Estado continua a associar, ainda que de forma dissimulada, a itinerância dos ciganos a práticas desviantes e delituosas, e, atualmente, a maior parte da população cigana portuguesa é sedentarizada ou semi-itinerante. Ademais, notam, em razão do desconhecimento e da intolerância para com suas tradições e cultura, não raro os ciganos encontram-se em posição de vulnerabilidade e marginalização social. Isso ocorre, como referem acompanhados por Marques (2007, p. 45) e Peixe *et al.* (2008, pp. 33-34, 37), nas mais variadas áreas, envolvendo reflexos no que diz respeito à inserção no mercado de trabalho, ao acesso à habitação, à educação, à saúde e a outros serviços essenciais¹¹⁸, tanto por conta da itinerância (que frequentemente não é aceite), como em razão de generalizações negativas que seguem presentes no imaginário da sociedade portuguesa, que mantém de forma indefinida os ciganos no rol dos ‘outros’ mais distantes. É o caso das noções frequentemente percebidas segundo as quais os ciganos seriam inconfiáveis ou de que eles mesmos teriam, por escolha própria, decidido não se adaptar e viver à margem da sociedade, devendo arcar, por isso, com tal escolha – ou então ceder aos meios de vida da cultura dominante, como se fosse, de facto, uma escolha, e como se estas fossem as duas únicas vias possíveis.

Com relação aos negros, Henriques (2019, p. 5) nota que seus primeiros registos na Península Ibérica também são antigos, remontando a meados do século XIV. Como Lahon (2004, pp. 82, 85-86, 93-97) observa, desde a segunda metade do século XV até 1761, aquando da proibição de novas entradas de escravos no país, estima-se que, pelo menos, 400.000 indivíduos tenham sido ‘importados’ de África para Portugal com fins escravagistas. Mesmo no período inicial, Calainho (2004, p. 59) observa, os negros já eram objetificados, sendo exibidos junto a animais exóticos em eventos dos círculos sociais mais altos. Desde os primeiros séculos de contactos, buscou-se doutrinar os africanos livres e escravizados na fé, na cultura e nas línguas ocidentais, como como parte de uma estratégia de expansão do catolicismo e do império, e também de controlo dos indivíduos (Reginaldo, 2009, pp. 291-292).

¹¹⁶ Como regista Marques (2007, pp. 40-41), os casos da ordenação da Câmara Municipal de Ponte Lima, em 1993, para que os indivíduos ciganos abandonassem aquele concelho ou o edital da Câmara Municipal do Faro ameaçando a expulsão de famílias ciganas. O autor destaca como situações praticadas por populares o caso de Oleiros, que levou à violenta expulsão de uma comunidade cigana da localidade, em 1996, que foi o primeiro de uma série e eventos semelhantes, como os ocorridos ainda nos anos 1990, em Cervães, Cabanelas e Vila Verde e posteriormente, como destacam Bruno *et al.* (2008, p. 39), em Coruche, em 2005.

¹¹⁷ A exemplo da Câmara Municipal de Castro Verde (ver <https://tinyurl.com/2w5yb6mp> [05.07.2021]) e da proposta apresentada na Assembleia da República (ver <https://tinyurl.com/2b88uw3r> [05.07.2021]), ambas as propostas, mesmo que duramente criticadas, também receberam apoio no discurso popular.

¹¹⁸ Quanto ao trabalho, acabam por ocupar-se em postos pouco qualificados e mal pagos, não raro estando à margem do mercado de trabalho e ocupando-se de atividades informais, por vezes por opção, por vezes por falta de outras oportunidades. Quanto ao acesso à habitação, destacam-se, as negativas de arrendamento e de venda de imóveis e/ou a imposição de exigências adicionais, bem como a grande presença em bairros de habitação social. No âmbito da educação, com alguma frequência são noticiados casos de segregação, além de haver elevados índices de abandono escolar.

Calainho (2004, pp. 48, 59-60) nota que as práticas religiosas africanas foram proibidas e perseguidas pela Inquisição, com penas que poderiam incluir a morte. Henriques (2019, pp. 12-14) e Lahon (2004, pp. 82, 85-86, 93-97) ressaltam que, aos negros, eram relegadas principalmente as atividades pesadas e desagradáveis, relacionadas à higiene e à manutenção urbana e doméstica, ou à agricultura e à pecuária¹¹⁹. Para além destes trabalhos forçados, Henriques salienta outro, dos mais degradantes, que teve lugar em diversas regiões do país: a ‘criação de escravos’, reprodução humana forçada com a finalidade de posterior comercialização escravagista. É evidente, portanto, a completa despersonalização sofrida pelo negro, a quem tudo era imposto: nome, religião, local de residência e ocupação, podendo ser comprado, vendido, partilhado, deixado em herança, sem direito a família ou ao seu próprio corpo. A relação com o ‘outro’, neste caso, envolve esta despersonalização em conjunto com uma profunda articulação entre questões económicas e sociais – constante que, nota Lahon (2004, pp. 82, 85-86, 93-97), é presente até à abolição da escravatura¹²⁰, sendo bem ilustrada pelo facto de mesmo o fim da escravidão em Portugal ter sido marcado (além, é claro, da pressão política e económica vivenciada internacionalmente) por um sentimento de aversão aos negros, os quais, ironicamente, segundo os populares, estariam ‘tomando postos de trabalho dos portugueses’. Henriques (2019, pp. 9, 27) nota que, após o progressivo processo de libertação ocorrido entre meados e fim do século XVIII, o negro continuou a ser visto como naturalmente inferior e apto apenas para as funções que historicamente lhe eram relegadas, situação que foi reforçada durante e até ao fim do século XIX, pela popularização das ideias supostamente científicas do racismo – retomadas, aliás, pelo Estado Novo, que depois reinterpretou-as de forma estratégica para dar continuidade ao império. Tudo isso, como observa a autora, dificultou e continua a dificultar a mobilidade social dos negros, que, salienta-se, não foram indenizados e tampouco beneficiaram de quaisquer medidas especiais após sua libertação. Henriques observa que a visão pejorativa do negro, associada a todo este histórico não tão longínquo (que comporta, para além da escravidão, o próprio colonialismo português, encerrado apenas nos anos 1970), é ainda presente no imaginário de muitos portugueses, verificando-se ainda hoje sentimentos generalizados de inferiorização aos africanos e negros no que diz respeito aos mais variados âmbitos de sua existência, como seu trabalho, sua religião, sua música, sua dança, sua culinária e sua língua¹²¹.

¹¹⁹ Sendo-lhes, por outro lado, proibida a atuação em certas atividades, como o de barqueiro ou o de ourives, por razões práticas relacionadas ao risco de fuga ou de compra da liberdade, mas também em razão da aversão dos profissionais que trabalhavam com estes ofícios (Henriques, 2019, pp. 12-14).

¹²⁰ Lahon (2004, pp. 82, 85-86, 93-97) salienta que se 1562, ficou registado, em petição, o descontentamento popular com o alto número de escravos no Reino (pelos gastos que representariam e por sua suposta índole duvidosa), em 1655, em razão da falta de trabalhadores, passou a defender-se a entrada de mais ‘negros’ no país. Ademais, nota, o fim da escravidão em Portugal foi sucedido por uma crise de mão-de obra ao fim do século XVIII, já que os trabalhadores portugueses se negavam a prestar certas funções (antes realizadas por escravos), as quais atribuíam a animais de carga.

¹²¹ Como nota Cabecinhas (2002, p. 89), “a construção de uma imagem positiva do negro é um mero reflexo da interiorização de um modo de ser que é definido num universo simbólico comum, mas de recursos polarizados para os diferentes actores”.

Portanto, não apenas a ideia de homogeneidade da população – ou da nação – portuguesa não se verifica, como também a ideia de ‘não-racismo’ não é verdadeira. Como Araújo (2008, p. 35) observa, é possível verificar as representações negativas que os portugueses têm do ‘outro’ pela forma como são ilustrados pelos *media*, que tendem a caracterizar os portugueses ciganos e negros em associação com a violência e a droga, sendo que os negros também são corriqueiramente associados à preguiça. Deve-se ter em mente que, apesar de os racismos percebidos em Portugal serem sobretudo aqueles relacionados a estes dois grupos de indivíduos, isso não significa serem *somente* estes os alvos de discriminação, nem que ocorram por igual em relação aos dois grupos. As diferentes dinâmicas e processos históricos resultam em diferentes formas de lidar com o ‘outro’ – refletindo as próprias diferenças e ruturas nas relações entre cultura majoritária e cada um destes grupos. Com relação aos indivíduos negros, Rosário, Santos e Lima (2011, p. 93) notam que as discriminações flagrantes são mais raras, embora sejam percebidas claramente e rotineiramente as discriminações subtis. Por outro lado, os autores sublinham que, contra os ciganos, a discriminação é flagrante ou diferencialista, sendo rejeitados e percebidos como uma ameaça para a qual não há lugar no sistema social. Assim, em que pese os dois racismos sejam presentes, o racismo contra os ciganos é mais facilmente detetado – o que não significa que o racismo vivenciado pelos negros seja menos nocivo, apenas que é menos visível porque tende a estar disfarçado.

Além disso, como notam Vala, Brito e Lopes (2015, pp. 23-24), diferentemente do que muitas vezes se argumenta, é possível verificar em Portugal a ocorrência dos mais variados atos explicitamente discriminatórios e racistas, inclusivamente com graves casos de violência física. Ilustra-se esta realidade com o conhecido caso de Alcindo Monteiro, morto em 1995 por um grupo de *skinheads* que, como observa Pina Almeida (2006, p. 10) celebravam a ocasião do que, durante o regime salazarista, seria o ‘dia da raça’. Pina Almeida ressalta que os anos 1990 foram marcados por uma série de casos de violência racista contra indivíduos ciganos e negros em Portugal. Infelizmente, aqueles atos não se mostraram incidentes pontuais, verificando-se ainda hoje situações em que o racismo é o elemento fundamental, como, a mero título exemplificativo, os crimes raciais praticados entre 2013 e 2017 por 27 indivíduos pertencentes a um grupo defensor da supremacia branca (acusados em 2020)¹²², ou a expulsão, em 2019, do vice-presidente do maior sindicato da Polícia de Segurança Pública (PSP), que vinha denunciando casos de racismo nas forças policiais¹²³, bem como os vários insultos racistas proferidos por adeptos do Futebol Clube do Porto contra o futebolista Marega em meio a um jogo do

¹²² Ver <https://tinyurl.com/wtssmyhs> [05.07.2021].

¹²³ Ver <https://tinyurl.com/5dke35e7> [27.06.2020].

campeonato português (situação que levou ao subsequente abandono do campo pelo atleta)¹²⁴. Mais recentemente ainda, em 2020, a vandalização da fachada do SOS Racismo e do Centro de Apoio para Refugiados, além de de escolas e universidades, em Lisboa, com ofensas racistas e xenófobas¹²⁵, assim como protestos, que, justamente com base no ‘não-racismo’ português, eram contra as manifestações antirracistas realizadas em apoio ao movimento *Black Lives Matter*, originado nos Estados Unidos da América¹²⁶. Para além destes acontecimentos, não se pode deixar de lado a morte do imigrante ucraniano Ihor Homenyuk, enquanto se encontrava sob custódia do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) no aeroporto de Lisboa, com o subsequente indiciamento de três de seus inspetores por homicídio¹²⁷.

Tendo em vista estas circunstâncias, entre o ano de 2020 e 2021, foram renovadas as discussões sobre a reestruturação e mesmo a extinção do SEF – tendo sido confirmada a via da extinção pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43, de 14 abril de 2021, que previu a substituição por outro órgão (o Serviço de Estrangeiros e Asilo – SEA), com nome e funções diferentes. Antes disso, ainda em 2019, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República elaborou o Relatório sobre Racismo, Xenofobia e Discriminação Étnico-Racial em Portugal¹²⁸, buscando debater o tema e incluir tais debates na agenda política nacional, como consta de sua Nota Introdutória, na qual são mencionados atos de racismo ocorridos entre 2017 e 2018¹²⁹. Iniciativas como esta são um verdadeiro avanço, ainda mais considerando, como aponta Araújo (2008, pp. 29-30), que as noções de ‘diversidade racial’ foram introduzidas em Portugal muito em razão de uma imposição internacional relacionada à integração de Portugal na então Comunidade Económica Europeia (hoje, União Europeia), num processo que deixou de lado debates e questões de extrema relevância histórica, fortalecendo as narrativas do bom colonizador e da homogeneidade étnica da nação portuguesa. Como efeito disso, aponta Araújo (2008, pp. 43-44), houve o silenciamento e a consequente despolitização do tema, que, por muito tempo, ficou de fora de uma pauta oficial, sendo abertamente evitado na arena política (tanto à esquerda, como à direita), já que, como Vala *et al.* (2015, p. 107) ressaltam, os partidos, embora não defendam explicitamente posições racistas ou xenófobas, também, por praxe, não tomam posições públicas claramente antirracistas ou antixenófobas diante de eventos discriminatórios¹³⁰. Esta

¹²⁴ Ver <https://tinyurl.com/3f7aa6> [27.06.2020].

¹²⁵ Ver <https://tinyurl.com/2rvpt99t> [27.06.2020] e <https://tinyurl.com/nxyay2p4> [27.06.2020].

¹²⁶ Ver <https://tinyurl.com/2dfxf74y> [30.06.2020], <https://tinyurl.com/32bb2b5h> [27.06.2020] e <https://tinyurl.com/ye7m8saz> [30.06.2020].

¹²⁷ Ver <https://tinyurl.com/28r6y8d9> [01.07.2020] e <https://tinyurl.com/y6h9y4rz> [01.07.2020].

¹²⁸ Inteiro teor do documento disponível em <https://tinyurl.com/3hh7jk95> [05.07.2021].

¹²⁹ Citam: o ódio e os ataques incendiários ao património de ciganos em Moura, o caso de espancamento de um jovem negro por motivos racistas em discoteca de Lisboa, o julgamento de agentes da esquadra de Alfragide por detenção motivada por racismo, bem como a agressão de jovens negros na Amadora.

¹³⁰ Nesse sentido, Vala *et al.* (2015, p. 107) salientam o caso de Oleiros, de 1996, em que ciganos foram expulsos de suas terras por atos de violência racista, bem como o caso do Bairro das Marianas, em Cascais, de 1997, em razão dos incidentes no realojamento de populações maioritariamente negras que lá moravam em barracas.

situação parece estar em transformação, já que, desde as eleições legislativas de 2019, o tema do racismo – ou, mesmo, de sua alegada inexistência – passou a ocupar um nítido espaço na arena política portuguesa.

4. Portugal multicultural como fruto dos recentes fluxos migratórios

Como Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 52-55) e Pina Almeida (2006, pp. 9-13) observam, o tradicional papel de Portugal como país de emigração (a par do passado imperial e do histórico ‘fornecimento’ de mão-de-obra para outros países europeus) não raro é utilizado para corroborar a suposta tendência portuguesa de simpatia e hospitalidade para com a imigração – ou, ainda, de Portugal como verdadeiro exemplo a ser seguido no que se refere à *tolerância* para com o ‘outro’ e, mesmo, no que diz respeito ao tão falado ‘não-racismo’ português. A primeira metade do século XX, até mais precisamente os anos 1960, foi marcada, como salientam Rosário, Santos e Lima, pelo decréscimo populacional, causada sobretudo pela saída de um grande contingente de emigrantes do país, que primeiro teve como principais destinos o Brasil, a Venezuela, o Canadá e os Estados Unidos da América, e, mais tarde, passou a ter como destino principalmente os países da Europa Ocidental. A partir de meados da década de 1970, com o fim do Estado Novo e a descolonização, houve uma alteração relevante no cenário pelo crescimento da população residente em Portugal – crescimento verificado em dois momentos diversos: primeiro momento, com o fim do Estado Novo, foi verificado o retorno de muitos exilados políticos ao país, além do número substancial de portugueses que viviam nas ex-colônias e (r)estabeleciam-se em Portugal. Em segundo momento, já ao fim dos anos 1970, houve uma grande vaga de imigrantes africanos oriundos dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), que foi seguido também pelo regresso de países europeus e também dos Estados Unidos de portugueses que haviam emigrado e/ou de seus descendentes (Torgal, 2009, p. 497; Cabecinhas, 2007, p. 60; Rosário, Santos e Lima, 2011, pp. 52-55).

Apesar da mudança de cenário, como Rosário, Santos e Lima (2011, pp. 53-54) salientam, foi apenas no final dos anos 1980 e inícios dos anos 1990 que a imigração se tornou um fenómeno de grande relevância para Portugal. Neste período, conforme observam Torgal (2009, p. 497), Cabecinhas, (2007, pp. 60-63) e Rosário, Santos e Lima, Portugal foi palco de uma série de mudanças importantes. Enquanto, internamente, o país passava por várias transformações sociais pós-25 de abril, também no âmbito internacional acontecia a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, seguida da queda do muro de Berlim e dos acordos de Schengen. Estas mudanças, ressaltam, viriam não só a estancar a saída de população do país, como reforçariam Portugal como país de imigração, tendo havido,

no período entre o fim dos anos 1980 e início dos anos 1990, um abrandamento de fluxos oriundos das ex-colónias africanas, passando a se perceber um número grande de imigrantes vindos da Índia, da China e sobretudo do Brasil – portanto, pessoas cujos países historicamente, em razão do colonialismo, partilhavam relações com Portugal¹³¹. Todavia, como Rosário, Santos e Lima e Cabecinhas ressaltam, a segunda metade da década de 1990 e início dos anos 2000 foi marcada por um considerável fluxo de imigrantes vindos do leste europeu como decorrência da dissolução da União Soviética. Isso significou outra nova e importante mudança de cenário, pois pessoas de outras origens, cuja língua, religião e costumes eram até então distantes, passaram a estar presentes no dia-a-dia português, elevando ainda mais a atenção para a temática da multiculturalidade, inclusivamente no campo político.

4.1. Caracterização da sociedade portuguesa desde a década de 1990 até aos nossos dias

Em consonância com as tendências mundiais, o perfil da sociedade portuguesa foi alterado profundamente nas últimas três décadas, sobretudo em razão dos novos fluxos migratórios. As mudanças demográficas que Portugal atravessou desde a década de 1990 até aos dias atuais resultaram, principalmente nos centros urbanos do país, em um significativo aumento da percepção da diversidade cultural, que passou a ser mais visível em comparação ao padrão até então conhecido (Pina Almeida, 2006, p. 13). Os imigrantes oriundos do leste europeu vinham especialmente da Ucrânia. A partir da segunda metade dos anos 1990, os ucranianos passaram a estar entre as cinco nacionalidades mais numerosas entre os imigrantes em Portugal, juntamente com os brasileiros, cabo-verdianos, angolanos e Bissau-guineenses, originários daquela outra vaga de imigrantes havida entre fins dos anos 1980 e início dos anos 1990. Com isso, como notam Rosário, Santos e Lima (2011, p. 54), não apenas houve uma alteração relevante do ponto de vista cultural, mas também no que diz respeito ao perfil da imigração, porque, de forma geral, os imigrantes do leste europeu apresentavam maior qualificação (académica e profissional), o que se refletia em uma maior integração ao mercado de trabalho formal português.

Pina Almeida (2006, pp. 10-13) salienta que, paralelamente ao aumento dos fluxos migratórios e à adesão de Portugal ao que viria a ser a União Europeia, passou também a ser observado, nos anos 1990, um número significativo de casos envolvendo violência de cariz racista no país, direcionados, como visto antes, sobretudo aos negros e aos ciganos, grupos portugueses tradicionalmente marginalizados.

¹³¹ Em vista dos mais quatro séculos que perduraram as colónias portuguesas do Estado Português, na Índia, e de Macau, na China, que só vieram a ser 'devolvidas' respetivamente em 1961 e em 1999.

Este contexto todo propiciou que o tema da multiculturalidade despontasse gradualmente em Portugal, tornando-se relevante objeto de debate nos ambientes cotidiano, acadêmico e político – bem como na seara jurídica. Esta mudança gradativa pode ser explicada por três principais momentos: o primeiro, a partir de 1990, marcado por uma maior procura do país para fins de imigração, impulsionada tanto por instabilidades vivenciadas nos países de origem dos imigrantes, como pela melhoria das condições políticas e económicas em Portugal (ACM, 2015, p. 11); o segundo momento, durante a década de 2000, quando a população estrangeira em Portugal quase *duplicou*, passando a verificar-se, além de um maior volume de indivíduos imigrantes, uma maior diversidade quanto aos países de origem (Gil, 2017, p. 90; Marques, 2005, p. 20); o terceiro momento, dos anos 2010 em diante, quando os saldos populacionais portugueses passaram a ser negativos – tanto por causas naturais (envelhecimento da população e baixas taxas de natalidade) como pelo crescimento da emigração motivada pela crise económica de 2008 (ACM, 2015, p. 13).

Diante desta realidade, vem sendo atribuído um papel de extrema importância à imigração, que, como apontara o Alto Comissariado para as Migrações (2015, p. 11), em muito se deve a um relativo consenso político no país em torno do assunto. Apesar desta realidade e da dimensão que a imigração tem vindo a ocupar, especialmente nos últimos dois anos pré-pandêmicos, é essencial deixar claro, desde já, como fazem Oliveira e Gomes (2019, pp. 32, 52), que Portugal está longe de ser dos países que contam com maiores números de residentes estrangeiros. Nesse sentido, nota-se que, conforme os dados do SEF de 2018, entre o todo de residentes do país, os cidadãos nascidos no estrangeiro (detentores ou não, à época, de nacionalidade portuguesa) correspondiam a cerca de 9% da população, sendo que os estrangeiros com título de residência regular totalizavam, no mesmo período, cerca de 5% da população portuguesa. Para fins de comparação, ressaltamos que, conforme dados divulgados pelo Banco Mundial¹³², os países com maiores números de imigrantes são os Emirados Árabes Unidos, o Qatar e o Kuwait, onde os imigrantes representavam, em 2015, respetivamente, 88,4%, 75,5% e 73,6% da população. Em termos europeus, no mesmo período, de acordo com a mesma fonte, destacam-se o Liechtenstein, com 62,6% de população estrangeira, Andorra, com 59,7%, Mônaco, com 55,8%, Luxemburgo, com 44%, e Suíça, com 29,4%.

Assim, embora a pressão migratória em Portugal não seja tão elevada como a que se verifica em outros Estados, inclusive em vizinhos europeus (Jerónimo, 2019b, p. 53), é de se ter presente que, por conta do histórico (de império e de país colonizador, para país de emigração e, por fim, para país também de imigração em pleno crescimento), o impacto social das questões migratórias no país não

¹³² Ver <https://tinyurl.com/xuz8zkjy> [01.07.2020].

deve ser desvalorizado, ainda mais em meio ao presente estágio de globalização. Nota-se, de toda forma, a exemplo de Jerónimo (2019b, p. 52), que também “[p]or comparação com seus parceiros europeus, Portugal parece ser um porto de abrigo excepcionalmente acolhedor para os imigrantes e os refugiados”. Nesse sentido, autora observa que, contrariamente ao que se observa como tendência dominante, em Portugal não se exige o preenchimento de condições de integração para o reagrupamento familiar e, para a concessão de autorização de residência permanente, exige apenas que os requerentes comprovem ter conhecimento básico do português – apesar disso, salienta que mesmo assim Portugal oferece formação gratuita em língua portuguesa, por meio do Programa Português para Todos (PPT). Jerónimo também ressalta que os encômios internacionais têm, de resto, sido frequentes, com Portugal se posicionando nos primeiros lugares no *ranking* MIPLEX em avaliações sucessivas, “resultados [que] devem-se sobretudo ao investimento em programas de integração no mercado de trabalho, às condições favoráveis ao reagrupamento familiar, às medidas de combate à discriminação e à facilidade de acesso à nacionalidade”. Relativamente à aquisição da nacionalidade, a autora salienta as medidas contra-tendência que vêm sendo progressivamente adotadas por Portugal, como a consagração da regra do duplo *ius soli*, em 2006, e a redução para dois anos do período de residência legal dos pais anterior ao nascimento para efeitos de atribuição de nacionalidade originária, em 2018.

Embora estejam longe de reduzirem-se a isto¹³³, tais medidas ocorrem em contexto que não se pode desassociar do envelhecimento populacional de Portugal, que, como observam Oliveira e Gomes (2019, pp. 68-72), vem se destacando como uma das populações mais envelhecidas do mundo. O Instituto Nacional de Estatísticas (INE) apresenta projeções de que, seguindo os termos atuais, entre 2018 e 2080, a população portuguesa será reduzida, de 10,3 milhões para 8,2 milhões de pessoas, sendo que o número de jovens diminuirá de 1,4 milhões para cerca de 1 milhão, enquanto o número de idosos passará de 2,2 milhões para 3 milhões, de modo que o índice de envelhecimento em Portugal quase duplicará¹³⁴. Para além destas previsões, no mesmo ano, o INE estimou que, entre 2018 e 2019, houve taxa positiva de crescimento efetivo da população portuguesa (o que não ocorria desde 2009), no patamar de 0,19% – acréscimo este que se deve ao aumento do saldo migratório no mesmo período (de 11.570 em 2018, para 44.506 em 2019 – ou de 0,43%), já que o saldo natural manteve-se negativo (-25.2014 em 2019 – ou de -0,25%)¹³⁵. Apesar deste saldo positivo, o INE ressalta que, em 2019, metade

¹³³ Jerónimo (2019b, p. 53) aponta alguns fatores que podem explicar a abertura do Estado Português à imigração e ao acolhimento de refugiados, para além do simples fator envelhecimento populacional. Primeiro, traz a própria questão da menor pressão migratória. Em segundo lugar, aborda a questão pelo viés da política e da gestão pública, ao referir texto de Maria Helena Cook, que refere o consenso político entre os dois maiores partidos e limitação da extrema direita; a atuação de instituições inovadoras, a exemplo do ACM e do CNAI; e, por fim, as opções feitas por políticos, burocratas e organizações da sociedade civil para promover a inclusão.

¹³⁴ Ver em <https://tinyurl.com/5dy9fkcz> [01.07.2020].

¹³⁵ Ver em <https://tinyurl.com/m7fuk3xw> [01.07.2020].

das pessoas residentes em Portugal tinham mais de 45,5 anos, de modo que o envelhecimento demográfico continuou a se acentuar. Nesse contexto, notam Oliveira e Gomes (2019, pp. 68-72), o consenso aparentemente existente em Portugal sobre o fundamental papel da imigração para atenuação dos efeitos do envelhecimento da população, é o fator que vem permitindo maiores debates sobre a questão por meio da adoção estratégica no país de políticas relacionadas à imigração e à diversidade.

Nota-se, portanto, que as políticas para recuperação e manutenção da economia portuguesa vêm sendo muito voltadas, especialmente durante a última década, às migrações – tanto no sentido de evitar as emigrações e favorecer o restabelecimento do maior número possível de portugueses em Portugal, como no sentido de manter estável ou crescente o número de imigrantes regulares no país. Parece-nos que, ao menos em parte, o certo consenso político e social sobre as migrações reflete a recorrente autoimagem de Portugal como um país naturalmente acolhedor para com estrangeiros. Apesar disso, o consenso não vem se mostrando unânime, sobretudo nos últimos anos. A acompanhar o crescimento das imigrações e das cada vez mais presentes discussões sobre racismo, xenofobia e colonialismo, nos últimos anos, vêm emergindo no ambiente político português discursos de cariz xenófobo e anti-imigração, inclusivamente no âmbito da Assembleia da República. Sobre o tema, Jerónimo (2019b, pp. 2-3) chama atenção ao facto de que “[o] populismo racista e xenófobo esteve, até há pouco tempo, praticamente ausente do debate político-ideológico e, mau grado a recentemente adquirida representação parlamentar, está longe de ter a expressão que conhece noutros lugares da Europa”. A ilustrar tal realidade, Jerónimo ressalta não se ver manifestações em Portugal contra a construção de mesquitas, nem controvérsias sobre o uso do véu islâmico, e que, “[a] pesar de a intensificação do afluxo de estrangeiros estar a causar descontentamento, sobretudo nas grandes cidades, com algumas manifestações de ‘turistofobia’, a imigração continua a não ser matéria de embate político-ideológico entre os maiores partidos. Quando a maioria dos Estados membros da União Europeia se recusa a acolher refugiados, Portugal diz-se disposto a aumentar sua quota, *etc., etc.*”.

Segundo Relatório Estatístico Anual do ACM de 2019 (Oliveira e Gomes, pp. 66-67), entre as nacionalidades de estrangeiros em Portugal, destacam-se, as nacionalidades brasileira (21,9%), cabo-verdiana (7,2%), romena (6,4%), ucraniana (6,1%), britânica (5,5%), chinesa (5,3%), francesa (4,1%), italiana (3,9%), angolana (3,8%) e de Bissau-guineense (3,4%)¹³⁶. Apesar destes destaques, nota-se que os estudos mais recentes demonstram haver em Portugal indivíduos estrangeiros de, pelo menos, 190 nacionalidades (SEF/GEPF, 2020, pp. 84-90). Não é incomum que, em razão das facilidades de

¹³⁶ No estudo, é apontado, ainda, que, no mesmo período, os maiores aumentos de vistos de entrada foram da nacionalidade brasileira (+58,7%, que aumentou +119% entre 2016 e 2017), da cabo-verdiana (+88,3%) e da nepalesa (+31,5%), tendo outras nacionalidades, como a angolana, perdido posição relativa nesse contexto.

transporte e dinamização do mercado de trabalho, estes imigrantes não sejam presenças permanentes. No Relatório Estatístico Anual do ACM (Oliveira e Gomes, 2019, pp. 34, 37, 51) apontara, tem havido, de facto, um crescimento da imigração em Portugal. A tendência de crescimento, verificada sobretudo entre finais da década de 1990 e inícios dos anos 2000, foi interrompida entre 2010 e 2015, tanto pela redução de oportunidades de trabalho, como pela aquisição da nacionalidade portuguesa, sendo que, entre 2011 e 2016, em contraste com a maioria dos países europeus, Portugal computou um saldo migratório negativo. A tendência de decréscimo foi revertida e, a partir de 2017, voltou-se a perceber um saldo migratório positivo – tanto pela diminuição no fluxo de saída, como pelo aumento do fluxo de entrada. Em 2018, os residentes permanentes em Portugal assumiram valores inéditos até então – 480 mil indivíduos, representando 4,7% do total de residentes no país. Todavia, conforme o Relatório Estatístico Anual do ACM de 2020 (Oliveira, pp. 61-62) em 2019, houve um novo aumento inédito, tendo sido registado residirem em Portugal 590.348 cidadãos com título de residência válido, representando 5,7% do total de residentes do país (+22,9% que no ano anterior e +35,1% face ao início da década).

Nota-se, ainda, que, em Portugal, há efetivamente uma variedade de fluxos e de tipos de migração, inclusivamente a imigração de transição. Como já visto, Portugal, de país praticamente apenas de emigração, passou a ter também na imigração um facto socialmente relevante. Todavia, não é incomum que imigrantes voltem ao seu país de origem ou mudem-se de Portugal em busca de melhores condições em outros países. Como Oliveira e Gomes (2016, pp. 40, 52, 48-49) salientam, esta diversificação vem aumentando. Até meados da década de 2000, a principal razão de entrada era o exercício de atividade profissional subordinada. Na década de 2010, as autoras observam, as autorizações que mais cresceram foram para atividade independente, para atividade altamente qualificada, para investimento e para atividade profissional subordinada¹³⁷. Oliveira e Gomes notam que, a partir de 2016, muito por conta da situação económica, os fluxos de entrada passaram a associar-se principalmente ao reagrupamento familiar (sobretudo para chineses e nepaleses), ao estudo (principalmente brasileiros, angolanos, cabo-verdianos e Bissau-guineenses), bem como, mais recentemente, à residência para reformados (destacando-se nesse sentido os indivíduos oriundos de Estados Membros da União Europeia e do Brasil). Nesse contexto, deve ser dito que, desde 2012, o número de mulheres imigrantes em Portugal suplanta o número de homens e que suas entradas são cada vez mais diversas, deixando de relacionar-se tanto ao reagrupamento familiar e ao estudo (embora ainda sejam numericamente superiores), passando a ser crescentemente vinculadas ao exercício de

¹³⁷ Sendo relevante dizer que, mais recentemente, as novas tecnologias de trabalho e a maior possibilidade mobilidade tornaram cada vez mais comum em Portugal e no mundo a presença de temporária ou intermitente de profissionais cujas ocupações não dependem da presença física ou de localização geográfica.

atividades altamente qualificadas, à investigação, bem como ao trabalho independente (Oliveira e Gomes, 2019, p. 40; SEF/GEPP, pp. 61-62).

4.2. Medidas políticas de assunção da multiculturalidade e de combate ao racismo e à discriminação

A acompanhar a atenção que, a partir de meados dos anos 1990, passou a ser direcionada em Portugal aos estudos sobre as migrações, multiculturalidade e racismo, no mesmo período também se passou a debater e aplicar, como aponta Cabecinhas (2007, pp. 63-64), políticas públicas voltadas à integração e à proteção contra a discriminação étnico-racial. Nesse contexto, como observa a autora, em 1996, foi instituído no país o Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), cuja função era contribuir para melhorias nas condições de vida dos imigrantes e combater o racismo e a xenofobia. Paralelamente, houve um aumento considerável do associativismo étnico, com o crescimento de organizações não-governamentais e de coletivos independentes, tanto no plano português – a exemplo do SOS Racismo, fundado em 1990 –, como no plano da União Europeia – a exemplo do Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia (EUMC). Cabecinhas nota que, a partir de então, os debates foram impulsionados e na sequência outros órgãos foram constituídos, como a Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial (CIDR), em 2000, no âmbito do ACIME. Todavia, a partir da segunda metade dos anos 2000, houve uma mudança na abordagem. Em 2007, o EUMC, no plano da União Europeia, foi substituído pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA). No âmbito português, Magano e Mendes (2014, p. 29) notam que, no mesmo ano, o ACIME passou a ser denominado Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI), deixando de conter em sua designação o termo ‘minorias étnicas’, que deu lugar ao termo ‘diálogo intercultural’, tendo sido também criado, no âmbito do ACIDI, o Grupo de Apoio às Comunidades Ciganas (GACI), cujo objetivo era facilitar o acesso dos ciganos às políticas públicas. Já em 2014, o ACIDI passou a denominar-se Alto Comissariado para as Migrações (ACM), eliminando a referência ao ‘diálogo intercultural’.

Enquanto Estado Membro da União Europeia, as políticas adotadas por Portugal relativamente à imigração e ao combate à discriminação devem sempre estar em consonância com o Direito da União, ainda que possam ser salvaguardadas as especificidades e necessidades locais (Jerónimo, 2012, pp. 247-249; Cabecinhas, 2010, p. 17)¹³⁸. Nesse contexto, como notam Magano e Mendes (2014, p. 20), é relevante que, no ano de 2011, o Parlamento Europeu tenha convidado a Comissão Europeia e o Conselho Europeu a adotarem uma estratégia comunitária para integração dos ciganos, tendo o Conselho

¹³⁸ Mais sobre o tema em Jerónimo (2012, pp. 247-256).

Europeu proposto a adoção pelos Estados-Membros de estratégias nacionais para atingir os objetivos gerais em matéria de integração cigana – especialmente no que diz respeito a quatro principais áreas: habitação, cuidados de saúde, educação e emprego¹³⁹. Com base nesse processo e de acordo com parâmetros e eixos básicos estipulados pelo Conselho Europeu, em 2013, Portugal adotou a Estratégia Nacional de Integração das Comunidades Ciganas (ENICC), cuja coordenação é da responsabilidade do Alto Comissariado para as *Migrações*, com um sistema limitado de acompanhamento/monitorização (porque não inclui informações orçamentárias nem leva a sanções) atribuído ao Conselho Consultivo para a Integração das Comunidades Ciganas (CONCIG), com assistência do Núcleo de Apoio às Comunidades Ciganas (NACI) – antigo GACI. Com o ENICC, não apenas foram criadas políticas públicas voltadas à integração dos ciganos, como as medidas aplicáveis já existentes foram reestruturadas para abranger todos os quatro campos destacados pelo Conselho Europeu.

Em 2015, foi apresentado pelo ACM o Plano Estratégico para as Migrações (PEM), documento que contém uma análise do panorama migratório em Portugal e apresenta os cinco principais eixos para adoção de políticas públicas voltadas a este setor, de modo a lidar com os maiores desafios vivenciados por Portugal. Os cinco principais âmbitos de ação expostos no PEM (ACM, 2015, pp. 28-29) são: as políticas de integração de imigrantes, as políticas de promoção da integração dos novos nacionais, as políticas de coordenação dos fluxos migratórios, as políticas de reforço da legalidade migratória e da qualidade dos serviços migratórios, e, por fim, as políticas relativas aos cidadãos portugueses emigrados. Em relação às pessoas dos imigrantes em si, as principais políticas expostas no plano visam a capacitação e a integração profissional e cidadã, assim como o combate à discriminação a *imigrantes* e a *grupos étnicos* na sociedade portuguesa, com a valorização da diversidade e a viabilização da efetiva mobilidade social. As demais medidas previstas são voltadas principalmente à manutenção dos níveis populacionais portugueses, destacando-se, nesse sentido, a promoção internacional de Portugal enquanto destino de migrações, o reforço da qualidade dos serviços migratórios e o incentivo ao retorno dos emigrados portugueses. Entretanto, em 2016, foi criado o Gabinete de Apoio à Integração do Refugiado (GAIR)¹⁴⁰, no âmbito do ACM, para facilitar a integração de refugiados, sobretudo nos primeiros dois anos em Portugal, de modo a permitir aos refugiados o acesso a todos os serviços de apoio e integração dirigidos aos migrantes em Portugal. Tanto no que diz respeito aos imigrantes, como no que diz respeito aos refugiados, destacam-se os serviços promovidos pelo ACM no âmbito do Centro Nacional de Apoio ao Imigrante (CNAI): o Programa Mentores para Migrantes, os Centros Locais de Apoio à

¹³⁹ Ver <https://tinyurl.com/3vny3bux> [10.06.2021].

¹⁴⁰ Ver <https://tinyurl.com/namvm4bt> [10.06.2021].

Integração de Migrantes (CLAIM), o programa Português para Todos, bem como os serviços de tradução. Direcionados aos refugiados, o ACM destaca os planos locais de acolhimento mantidos por algumas câmaras municipais, como as de Lisboa e Sintra (e, também, as de Guimarães¹⁴¹, Amadora¹⁴² e Loures¹⁴³).

Em 2021, foi apresentada uma versão preliminar para discussão pública do que deverá ser o Plano Nacional de Combate ao Racismo e à Discriminação 2021-2025¹⁴⁴, a primeira vez que se tornou público um projeto de ação contra o racismo em Portugal, como a Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade salienta¹⁴⁵. O documento integra quatro princípios e dez linhas de atuação, tendo como pressuposto que a concretização do direito à igualdade e à não-discriminação vai além da proibição da punição da discriminação racial. Os princípios propostos são: ‘desconstrução de estereótipos’, ‘coordenação, governança integrada e territorialização’, ‘intervenção integrada no combate às desigualdades’ e ‘interseccionalidade’. As linhas de atuação propostas são: ‘governança, informação e conhecimento para uma sociedade não-discriminatória’, ‘educação e cultura’, ‘ensino superior’, ‘trabalho e emprego’, ‘habitação’, ‘saúde e ação social’, ‘justiça, segurança e direitos’, ‘participação e representação’, ‘desporto’ e ‘meios de comunicação digital’. Para possibilitar a atuação nestas áreas, o Plano propõe a formação e capacitação dos trabalhadores da Administração Pública, com especial atenção àqueles que trabalham no atendimento ao público, na educação, na saúde, na segurança ou nos municípios e freguesias.

Os principais eixos para integração das comunidades ciganas, anunciados pelo Conselho da Europa como diretrizes e presentes na ENICC (habitação, saúde, educação e emprego), são, por óbvio, não apenas essenciais à população cigana, mas para a população em geral, e particularmente relevantes para as pessoas socialmente mais vulneráveis. Salienta-se, todavia, que, em relação às pessoas negras, não há no país a previsão de medidas específicas, sendo elegíveis (caso se enquadrem) para as políticas públicas universalistas, ou, caso sejam imigrantes, às políticas públicas voltadas genericamente aos imigrantes ou, então, quando cabível, àqueles especificamente dirigidas aos imigrantes oriundos dos PALOP. No entanto, esta realidade pode, ainda logo, mudar: em 2019 (de forma semelhante, mas não idêntica ao que ocorreu em 2011 a favor das comunidades ciganas), o Parlamento Europeu convidou a Comissão Europeia a desenvolver diretrizes europeias para adoção de estratégias nacionais de inclusão e integração de pessoas negras e de origem africana, com vista a combater o racismo e a discriminação estruturais a que estão sujeitas em todos os domínios da vida¹⁴⁶. Caso haja implementação de diretrizes

¹⁴¹ Ver <https://tinyurl.com/wm6nu6x6> [10.06.2021].

¹⁴² Ver <https://tinyurl.com/j6pdkr2c> [10.06.2021].

¹⁴³ Ver <https://tinyurl.com/84s4rkz4> [10.06.2021].

¹⁴⁴ Ver <https://tinyurl.com/5d3uvx6d> [10.06.2021].

¹⁴⁵ Ver <https://tinyurl.com/kyfbvu7y> [11.06.2021].

¹⁴⁶ Ver <https://tinyurl.com/6wkdank7> [11.06.2021].

nos mesmos moldes da ENICC, as comunidades negras poderiam vir a ser oficialmente reconhecidas enquanto minorias, passando a ser objeto de mais estudos e também a se beneficiar de políticas públicas direcionadas de forma específica à sua proteção.

Os principais programas e iniciativas relacionados aos cinco eixos de preocupação previstos nas diretrizes do Conselho Europeu, na grande maioria não são direcionadas a ciganos, sendo, salvo algumas exceções, de acesso universal. No que diz respeito à habitação, entre os programas universais, destacam-se o Plano Especial de Realojamento (PER)¹⁴⁷, com o realojamento de famílias em situação precária de moradia para bairros de habitação social (Magano e Mendes, 2014, p. 21), bem como o Programa de Habitações a Custos Controlados (HCC)¹⁴⁸, o Programa de Financiamento para Acesso à Habitação (PROHABITA)¹⁴⁹, bem como o programa Bairros Críticos, de âmbito nacional, este último aplicado entre 2005 e 2013 (Mendes, Magano e Candeias, 2014, p. 48). Entre as medidas especificamente direcionadas a minorias, destacam-se iniciativas de nível local pensadas para as formas de vida dos ciganos, suas necessidades e especificidades, como o Centro de Estágio Habitacional de Coimbra, criado em 2004 (Magano e Mendes, 2014, pp. 22-23), bem como um realojamento realizado em Santo Tirso, no ano de 2000 (Santos, 2008, pp. 173-175). Com relação ao acesso a cuidados de saúde, Mendes, Magano e Candeias (2014, p. 33) ressaltam a importância da consolidação do Serviço Nacional de Saúde (SNS), durante as décadas de 1980 e 1990, bem como a criação do Plano Nacional de Saúde (PNS), com definição, entre outras questões, das áreas prioritárias em cuidados para a população. O SNS é geral, universal e tendencialmente gratuito, garantindo que todos, inclusivamente estrangeiros, tenham acesso aos cuidados de saúde, dos mais básicos aos mais complexos, a incluir exames e medicamentos, a custos baixos ou, ainda, a título gratuito no caso dos mais carenciados. Embora não haja políticas específicas para as minorias (a exemplo das questões práticas relacionadas à semi-itinerância ou itinerância dos ciganos), Mendes, Magano e Candeias (2014, p. 33) ressaltam que, de forma geral, as áreas prioritárias e os programas de saúde previstos no PNS não ignoram as demandas em saúde dos grupos mais vulnerabilizados.

No que toca à educação, Mendes, Magano e Candeias (2014, pp. 34-35) salientam as várias medidas universais para combater o analfabetismo, o abandono e insucesso escolar de crianças, jovens e adultos, sobretudo para garantir a escolaridade obrigatória – como o apoio económico, no caso do Serviço de Ação Social Escolar (SASE) e das bolsas de estudo a estudantes do ensino superior, e as modalidades alternativas de ensino autorizadas pelo Ministério da Educação (MEC), como o ensino

¹⁴⁷ Ver <https://tinyurl.com/e3hv224t> [11.06.2021] ou <https://tinyurl.com/r28y3n8y> [11.06.2021].

¹⁴⁸ Ver <https://tinyurl.com/4dh9vu7m> [12.06.2021].

¹⁴⁹ Ver <https://tinyurl.com/c8h7ruzc> [11.06.2021].

doméstico, o ensino para a itinerância, o ensino à distância e o ensino individual. Ademais, também universais, mas com particular reflexo para as minorias, são o Programa Territórios Educativos de Intervenção Prioritária (TEIP)¹⁵⁰, o Programa de Apoio e Qualificação da Medida PIEF (PAQPIEF)¹⁵¹ e o Programa Qualifica¹⁵² (Magano e Mendes, 2014, pp. 26-27; Mendes, Magano e Candeias, 2014, p. 34). Nesse âmbito, ressalta-se ainda, como notam Magano e Mendes (2014, p. 24), a atuação, entre 1991 e 2001, do Secretariado Coordenador dos Programas de Educação Multicultural (SCEM), posteriormente designado Secretariado Entreculturas, que, no âmbito do MEC, impulsionou o Projeto de Educação Intercultural (PREDI), que, durante quatro anos, implantou programas de educação intercultural em quase 50 escolas. O Secretariado Entreculturas foi dissolvido e, em 2004, absorvido pelo ACM, hoje responsável, por meio de parcerias inclusivamente com o MEC, por programas mais reduzidos, voltados à educação intercultural, a exemplo do programa Educação Intercultural¹⁵³, do Selo Escola Intercultural¹⁵⁴, criado em 2012, e da Rede Escolas para a Educação Intercultural (REEI)¹⁵⁵, criada em 2016. Para além disso, também no âmbito da ACM, há o Programa Escolhas¹⁵⁶, criado em 2001, e voltado à inclusão social de crianças e jovens socioeconomicamente vulneráveis, que engloba o Programa Operacional para a Promoção da Educação (OPRE)¹⁵⁷, voltado à formação de jovens das comunidades ciganas (RCM, 2018, p. 11).

Quanto ao acesso ao emprego e à inserção social, Magano e Mendes (2014, p. 35-36) salientam a aplicação, a partir de 1975, de programas universalistas variados para apoio a pessoas mais carenciadas em Portugal, que levaram à criação, em 1996, do Mercado Social de Emprego (MSE) e do Rendimento Mínimo Garantido (RMG), desde 2003, denominado Rendimento Social de Inserção (RSI)¹⁵⁸. Para além destes, Mendes, Magano e Candeias (2014, pp. 40-41) também frisam o Programa para a Inclusão e Desenvolvimento (PROGRIDE)¹⁵⁹ e o Rede Social¹⁶⁰ – que visam a inclusão social de indivíduos oriundos de áreas marginalizadas e degradadas e o combate à pobreza e à exclusão social. Relativamente ao emprego, Mendes, Magano e Candeias (2014, pp. 46-47) destacam as iniciativas do Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP) – como os Gabinetes de Inserção Profissional (GIP)¹⁶¹ e do Contrato Emprego-Inserção¹⁶².

¹⁵⁰ Ver <https://tinyurl.com/dr72kfaa> [11.06.2021].

¹⁵¹ Ver <https://tinyurl.com/vx6fh9vm> [11.06.2021].

¹⁵² Ver <https://tinyurl.com/tcpn8s5> [11.06.2021].

¹⁵³ Ver <https://tinyurl.com/4sja69wa> [12.06.2021].

¹⁵⁴ Ver <https://tinyurl.com/4hzht9jd> [11.06.2021] ou <https://tinyurl.com/z7edymey> [12.06.2021].

¹⁵⁵ Ver <https://tinyurl.com/4e5u8at9> [11.06.2021] ou <https://tinyurl.com/2uby3ef2> [15.06.2021].

¹⁵⁶ Ver <https://tinyurl.com/2uv9zwaha> [17.06.2021] ou <https://tinyurl.com/y64sw8h7> [11.06.2021].

¹⁵⁷ Ver <https://tinyurl.com/3c9u5t98> [11.06.2021].

¹⁵⁸ Ver <https://tinyurl.com/484nwh7p> [12.06.2021].

¹⁵⁹ Ver <https://tinyurl.com/s9k4f8f8> [12.06.2021].

¹⁶⁰ Ver <https://tinyurl.com/pj22szy2> [12.06.2021].

¹⁶¹ Ver <https://tinyurl.com/6s2sj3dt> [15.06.2021].

¹⁶² Ver <https://tinyurl.com/4dzs9xxa> [12.06.2021].

Ainda que os dados demonstrem o contrário, não é incomum, como notam Magano e Mendes (2014, p. 24), que se acuse de forma generalizada os indivíduos de grupos minoritários de serem subsídio-dependentes, sobretudo face ao RSI. Embora a generalização não se confirme, sua situação de vulnerabilidade é evidente. Todavia, foi somente em 2008, por ocasião do Plano Nacional para a Inclusão (PNAI), que, pela primeira vez, se reconheceu oficialmente que “as minorias étnicas contam-se entre as categorias mais vulneráveis à exclusão social em Portugal” (Mendes, Magano e Candeias, 2014, p. 37), sendo muito recente, portanto, a adoção de medidas específicas para tais grupos. Entre essas medidas, destaca-se o Projeto Mediadores Municipais¹⁶³, criado em 2009 no âmbito do ACM, buscando alocar mediadores ciganos em serviços municipais para melhorar a inserção social das pessoas ciganas pelo acesso a tais serviços (Magano e Mendes, 2014, p. 25; Mendes, Magano e Candeias, 2014, p. 39).

Do *supra* exposto, nota-se que, apesar de haver programas e medidas políticas que abranjam todos os eixos de ação sublinhados pelo Conselho da Europa e trazidos para o ENICC, ainda há muito o que ser feito no quadro português de medidas políticas voltadas à multiculturalidade e ao combate ao racismo e à discriminação. A maior parte das medidas existentes, em especial as direcionadas à multiculturalidade como um todo (e não apenas a migrantes), pelas razões acima elaboradas, diz respeito aos ciganos e fica a cargo do ACM – entidade especificamente vocacionada para as questões das migrações, como sua denominação bem esclarece, e que, como Mendes, Magano e Candeias (2014, p. 38) atentam, tem natureza jurídica equiparável a de uma mera Subsecretaria. Diante disso, a verificação prática do discurso público oficial português de anti-discriminação e de incentivo à integração na sociedade (Cabecinhas, 2010, p. 17) é prejudicada – sobretudo por relacionar a diversidade cultural sobretudo à imigração. Ademais, apesar dos avanços havidos a partir da ENICC, deve-se ter em mente, para além de o facto de ser direcionado às comunidade ciganas, as fragilidades de que o plano estratégico padece. A implementação de suas medidas não se dá em uma ação concertada, o orçamento alocado para a ENICC é desconhecido e não há um sistema efetivo de controle (RCM, 2018, pp. 12-14), situação que pode ser sobretudo desafiadora num contexto de escassez de dados sobre as populações minoritárias. Ainda, é de se ter presente que, para a elaboração do documento, foi necessário que houvesse pressão da União Europeia, tratando-se, além de tudo isso, de uma *estratégia* para políticas públicas com diretrizes básicas a serem seguidas, cujo caráter pode vir a ser transitório.

¹⁶³ Ver <https://tinyurl.com/2bexwa7u> [11.06.2021].

5. Enquadramento normativo

A igualdade e o direito à não-discriminação são previstos nos instrumentos jurídicos portugueses, desde o artigo 13.º da Constituição da República, que estabelece que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, passando pelo artigo 24.º do Código do Trabalho, que consagra o “direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho”, pela Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, até ao Código Penal, que, no artigo 240.º, tipifica o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência e, nos artigos 132.º e 145.º, prevê qualificações para os crimes de homicídio e de ofensa à integridade física em razão de motivação por “ódio racial” ou pela “pela cor, origem étnica ou nacional”. Por considerarmos tratar-se de algo simbólico na forma de lidar com a questão, releva observar, como Maeso (2020, p. 13) faz, que, do mesmo modo que ocorre na maioria das legislações europeias, em nenhuma destas formulações dos instrumentos legais portugueses é utilizado o termo ‘racismo’, de modo que tal conteúdo vem a ser amparado pelo Direito português por meio da aplicação da “proibição de discriminação” ou da motivação por “ódio racial ou por origem étnica ou nacional” da vítima.

5.1. Compromissos internacionais

No plano internacional da proteção da igualdade e do combate ao racismo e à discriminação, são compromissos de particular relevância para Portugal: a Carta das Nações Unidas, de 1945, vigente em Portugal desde 1956; a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, publicada no *Diário da República*, em Portugal, em 1978; o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 1966, vigente em Portugal desde 1978; e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), vigente em Portugal desde 1982 (Farinha, 2019, pp. 107-109). Em conjunto, estes instrumentos consagram os princípios da igualdade e da não-discriminação no âmbito internacional, baseando-se, essencialmente, na ideia de não distinção entre pessoas em função de fatores como raça, sexo, língua ou religião, cultura, etnia, nacionalidade, entre vários outros traços individuais. A Carta das Nações Unidas foi o primeiro grande referencial jurídico a incluir a igualdade entre todos os seres humanos como um de seus objetivos, no seu artigo 1.º. Por sua vez, a DUDH, por seus artigos 1.º, 2.º e 7.º, além postularem princípios universalmente aceites, deram relevo à correlação entre princípio da igualdade e princípio da não-discriminação. A seguir, o PIDCP, veio a estabelecer, por meio do artigo 2.º, n.º 1, os deveres dos Estados no sentido de garantir a não-discriminação na fruição dos direitos civis e políticos. Por fim, para além destes três instrumentos normativos, a Convenção sobre

a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial tem redobrada importância por conter uma efetiva definição sobre o termo ‘discriminação racial’.

Para além destes instrumentos normativos, salienta-se aqueles destacados pela Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial (CICDR)¹⁶⁴ relativamente a Portugal: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Nações Unidas), de 1965 – à qual Portugal aderiu em 1982, tendo reconhecido em 2001 o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial para o exame de comunicações particulares; e a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino (UNESCO), de 1960 – ratificada por Portugal em 1980 e vigente desde 1981. Ademais, também são relevantes, embora de uma forma mais geral, a Declaração dos Princípios Fundamentais Relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação Social para o Reforço da Paz e da Compreensão Internacionais, para a Promoção dos Direitos Humanos e para o Combate ao Racismo, ao Apartheid e ao Incitamento à Guerra (Nações Unidas), de 1978; a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (das Nações Unidas), também de 1978; e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (das Nações Unidas), de 1992.

No plano europeu, os princípios da igualdade e da não-discriminação são previstos em múltiplos instrumentos normativos, tanto ao nível do Conselho da Europa (a CEDH, de 1950, ratificada por Portugal em 1978), como ao nível da União Europeia [e.g. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 2000, com força vinculativa relativamente a Portugal desde 2009; e a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000 (Farinha, 2019, pp. 107-109)]. O artigo 14.º da CEDH, como já visto, prevê a proibição de discriminação, estabelecendo que todos os direitos elencados na Convenção devem ser assegurados sem discriminação em razão da raça, sexo, cor, língua, religião, opinião política ou nacionalidade, pertença a minoria, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Por meio de seu artigo 21.º, a CDFUE proíbe a discriminação em razão de sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. Por sua vez, a Diretiva 2000/43/CE, conhecida como a ‘Diretiva Raça’, veio a estabelecer o princípio da igualdade de tratamento nos Estados-Membros visando à instituição de um quadro jurídico para o combate à discriminação étnico-racial nas mais diversas áreas. Outros instrumentos relevantes no combate à discriminação no contexto europeu, especificamente direcionados a questões relacionadas com grupos

¹⁶⁴ Ver <https://tinyurl.com/3z4r93v3> [12.06.2021].

minoritários são as já abordadas Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, ambas adotadas no quadro do Conselho da Europa.

5.2. Constituição

A Constituição portuguesa de 1976 significou, como notam Canotilho e Moreira (2007, pp. 47-49, 18-19), um verdadeiro marco representativo da viragem da ordem até então vigente, não apenas em comparação com o texto constitucional anterior, que datava de 1933 (período do Estado Novo), mas em razão de a nova Carta Constitucional ter refletido o processo de alteração de estruturas sociais, políticas e económicas que fora desencadeado por ação direta de movimentos de massas do 25 de abril de 1974. Canotilho e Moreira observam, que, entre as características político-constitucionais da Constituição de 1976, estão: a estruturação de uma comunidade inclusiva, em razão de ser uma constituição aberta à *inclusividade social* e à *integração do outro*, porque, desde o início, o texto constitucional consagrava o princípio do tratamento de nacional relativamente a estrangeiros, passando a acolher, portanto, as dimensões de inclusividade, que foram se densificando ao longo de suas várias revisões ao longo dos anos, a exemplo do reconhecimento a proteção às minorias nacionais e étnicas, religiosas e linguísticas na sequência de importantes documentos internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992 e da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995.

Nesse contexto, Canotilho e Moreira (2007, pp. 47-49) ressaltam o papel da Constituição de 1976 no sentido de consagrar, desde o início, as dimensões fundamentais do princípio da igualdade, tendo sido consagrado, na Lei Fundamental, o princípio da garantia à igualdade de tratamento e da proibição de discriminação por meio de seu artigo 13.º. Os autores salientam que, o princípio da igualdade previsto no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição foi além na proteção à igualdade, ao estabelecer não apenas que “[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, mas ao estipular, ainda, a partir deste princípio, a Lei Fundamental, uma série as proibições à discriminação específicas e subjetivas dele decorrentes, elencadas no n.º 2 do artigo 13.º. No sentido da densificação da proteção salientada por Canotilho e Moreira, esta norma também veio a ser adequada, passados anos, para fazer incluir novas proteções que foram neste meio tempo reconhecidas¹⁶⁵. Hoje, o referido artigo possui seguinte redação: “[n]inguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de

¹⁶⁵ Nesse sentido, salientam: a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual (artigo 13.º, n.º 2), da proibição de partidos e associações políticas racistas (artigo 46.º, n.º 4), da proteção da maternidade e da paternidade (artigo 68.º), da valorização da língua gestual portuguesa [artigo 74.º, n.º 2, h)], da promoção ativa de igualdade do género no acesso a cargos políticos (artigo 119.º), e dos progressivos reconhecimentos de direitos a cidadãos da CPLP (artigo 15.º, n.º 3) e da União Europeia (artigo 15.º, n.º 5).

origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”¹⁶⁶.

Do ponto de vista jurídico-político, Canotilho e Moreira (2007, pp. 336-337, 339) notam que, enquanto um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, o princípio da igualdade vem a conjugar as dimensões liberais, democráticas e sociais do Estado de Direito democrático e social previsto no artigo 2.º da Constituição. Ademais, observam que a base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos, corolário do princípio da igual dignidade humana de todas as pessoas, previsto no artigo 1.º da Constituição. Os autores observam que o conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade¹⁶⁷ tem âmbito de que proteção abrange, na ordem constitucional portuguesa, as seguintes dimensões: a *proibição do arbítrio*, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos e constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; a *proibição de discriminação*, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos com base em categorias subjetivas ou em razão destas categorias; e a *obrigação de diferenciação*, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, pressupondo a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fáticas de natureza social, económica e cultural [a exemplo dos artigos 9.º, d) e f), 58.º, n.º 2, e 74, n.º 1].

Canotilho e Moreira (2007, pp. 339-340) ressaltam que a *proibição do arbítrio*, consubstanciada pelo artigo 13.º, n.º 1, é um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, exigindo um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes¹⁶⁸. Como observam, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois só quando os limites externos da discricionariedade legislativa são violados (ou seja, quando não há adequado suporte material na medida legislativa), é que haverá infração ao princípio da igualdade enquanto proibição de arbítrio. Assim, Canotilho e Moreira salientam que a proibição do arbítrio vem a ser particularmente relevante quando se compara o tratamento jurídico dedicado a grupos normativos e seus destinatários – casos em que a violação do princípio da igualdade reconduz-se à desigualdade de tratamento de um grupo de destinatários da norma em relação a outro(s) grupo(s) de destinatário(s), não obstante a inexistência de qualquer diferença justificável.

¹⁶⁶ Esta última previsão, relativa à proibição à discriminação baseada na orientação sexual tendo sido acrescentada pela Lei Complementar n.º 1, de 15.01.2004.

¹⁶⁷ Que, conforme os autores observam, passou por densificação, a acompanhar dimensões liberais, democráticas e sociais do princípio – que vem a realizar-se, assim, relativamente a cada uma destas dimensões, como direito subjetivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, de natureza positiva e de dimensão corretiva.

¹⁶⁸ Ainda sobre a proibição de arbítrio, na perspetiva sobretudo jurisprudencial, ver Miranda e Medeiros (2010, 225-230).

Canotilho e Moreira (2007, p. 340) ressaltam que a *proibição de discriminação*, assente no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição não equivale a uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, ou a uma proibição de diferenciações de tratamento. Os autores notam que, aqui, a violação do princípio da igualdade pode resultar tanto de uma norma que proceda diretamente ou indiretamente a uma diferenciação injustificada de tratamento¹⁶⁹. Tanto Canotilho e Moreira (2007, p. 340) como Miranda e Medeiros (2010, p. 231) ressaltam que o conjunto de fatores ilegítimos para discriminação, arrolado no n.º 2 do artigo 13.º, não é de forma alguma taxativo. Trata-se dos mais frequentes e mais significativos elementos fundadores de diferenças de tratamentos jurídicos, sendo, então, um rol puramente enunciativo – como, aliás, resulta do artigo 26.º, n. 1, onde é consagrado como direito pessoal a proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. Em consequência, são igualmente ilícitas quaisquer diferenciações baseadas em motivos que se demonstrem contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de Direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes (Canotilho e Moreira, 2007, p. 340). Nesse sentido, Farinha (2019, pp. 109-110) observa que, embora outros fatores (como, por exemplo, nacionalidade e cor da pele) não constem do rol previsto no artigo 13.º, n.º 2, isso não significa que não sejam protegidos constitucionalmente contra a discriminação – porque através dos meios subsidiários de proteção presentes na própria Constituição é possível a proteção contra a discriminação.

Farinha (2019, p. 110) salienta, nesse sentido, o papel do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição na proteção contra a discriminação, uma vez que são reconhecidos a todos, no âmbito dos direitos pessoais, “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à *proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*” (sem grifos no original). Ao analisar a norma, Canotilho e Moreira (2007, pp. 469) referem, que, embora não seja fácil seu recorte jurídico e dogmático, o direito à proteção contra quaisquer formas de discriminação perfila-se como direito subjetivo à não-discriminação quando existente um tratamento discriminatório direto ou indireto, sobretudo assente em qualquer dos elementos de discriminação elencados no n.º 2 do artigo 1.º. Também sobre a norma do artigo 26, n.º 1, Medeiros e Cortês (2010, p. 601) referem se tratar da expressão subjetivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º, motivo por que poderia defender-se ser tautológico, sobretudo quando considerado que de forma geral as questões de igualdade vêm a ser resolvidas por meio da aplicação do artigo 13.º. Todavia, notam que este preceito tem se

¹⁶⁹ Sendo irrelevante, nesse caso, a demonstração de a discriminação ter objetivado ou sequer figurado a possibilidade, bastando que ela ocorra como consequência necessária da aplicação da norma.

mostrado útil. Por um lado, por parecer impor um dever de estabelecer medidas legislativas para combater as formas de discriminação consideradas intoleráveis pela Constituição. Por outro, assinalam, vem a esclarecer e reforçar, tanto sentido, como alcance dos outros direitos pessoais.

Para além do preceito anterior, Farinha (2019, p. 110) também destaca o papel deste dispositivo no sentido de complementar a previsão do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, referindo, também, que através de seu artigo 8.º, n.º 1, é feito enlace entre Direito interno e Direito internacional, quando prevê que “[a]s normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”¹⁷⁰. De consequência, a autora observa que também quando previstos nestes documentos integrantes do Direito português, a proteção contra a discriminação deve ser assegurada. Sobre esta regra, Canotilho e Moreira (2007, p. 254) salientam que o regime de receção automática de *normas internacionais* que tenham caráter *geral e comum*, incluindo, portanto, normas gerais do Direito internacional público (a exemplo das normas de Direito consuetudinário de âmbito geral, mesmo que se encontram positivas em instrumentos internacionais, a exemplo da DUDH ou da Carta das Nações Unidas), e princípios de Direito internacional público. Estas duas categorias, conforme os autores, fazem parte do Direito português com o conteúdo e a extensão que possuem no âmbito jurídico internacional, independente de saber se a Constituição portuguesa optou pela teoria da transformação ou pela teoria da adoção, embora os autores considerem parecer preferível (em vista da regra do n.º 2 do mesmo artigo 8.º, aplicável para o Direito convencional), a teoria da adoção, com o Direito internacional não perdendo o caráter de Direito internacional e vigorando como tal na ordem interna.

Por sua vez, relativamente à *obrigação de diferenciação*, Canotilho e Moreira (2007, pp. 340-341), ressaltam que a mesma relaciona-se com a função social do princípio da igualdade, aplicando-se tal obrigação para se compensar a desigualdade de oportunidades, com foco no dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das igualdades sociais económicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material¹⁷¹. Canotilho e Moreira observam que para as diferenciações de tratamento serem legítimas elas devem atender aos critérios de: (i) basearem-se em distinção objetiva de situações; (ii) não se fundamentarem em qualquer dos motivos indicados no n.º 2 do artigo 13.º; (iii) terem um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; e (iv) revelarem-se necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do objetivo pretendido. Portanto, quando houver um tratamento desigual, impõe-se justificação material da desigualdade, devendo, tanto o fim, como o critério do tratamento desigual estar em conformidade com a Constituição – e por critérios de justiça. Os autores

¹⁷⁰ De forma semelhante, Pritz e Graça (2004, p. 83), chamam atenção também à garantia de proteção contra a discriminação quando da interpretação da Constituição, por força da remissão operada pelo artigo 16.º, n.º 1 do da Constituição, conforme a qual “[o]s preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

¹⁷¹ Ainda sobre a discriminação positiva, na perspetiva sobretudo jurisprudencial, ver Miranda e Medeiros (2010, 232-233).

atentam a algumas normas da Constituição que devem ser interpretadas no sentido de estabelecem ‘discriminação positiva’, a exemplo do artigo 69.º, n.º 2, do artigo 70.º, n.º 1, do artigo 59.º, n.º 2, c), e do artigo 68.º, n.º 3.

Nota-se ainda, a exemplo de Canotilho e Moreira (2007, p. 343), que, ao lado do princípio geral da igualdade do artigo 13.º, n.º 1 e n.º 2, a Constituição portuguesa reconhece e garante um grande número de específicos direitos fundamentais de igualdade, que, com âmbitos de proteção diferenciados, visam a garantia e a efetividade do princípio material da igualdade. Os autores salientam, neste contexto, além do direito à proteção contra quaisquer formas de discriminação previsto no artigo 26.º, n.º 1: o direito de igualdade dos cidadãos na constituição da família e na celebração do casamento (artigo 36.º, n.º 3); o direito de igualdade dos filhos (artigo 36.º, n.º 4); o direito de igualdade no acesso à função pública (artigo 47.º); o direito de igualdade na escolha de profissão ou género de trabalho [artigo 58.º, n.º 2, b)]; assim como direitos de participação política, como igualdade de participação na vida pública (artigo 48.º), igualdade no acesso a cargos públicos (artigo 50.º); igualdade de sufrágio, previsto no (artigo 10.º, n.º 1), igualdade no acesso a cargos políticos (artigo 109.º) e igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas, previsto [artigo 113.º, n.º 3, b)]. Em sentido semelhante, Farinha (2019, p. 110), assinala o que refere como “refrações do princípio da proibição de discriminação previsto no artigo 13.º, n.º 2” – a exemplo da cláusula geral de equiparação entre nacionais portugueses e estrangeiros ou apátridas (artigo 15.º), da proibição de discriminação de trabalhadores em razão de idade, sexo, cidadania, raça, território de origem ou convicções políticas ou ideológicas (artigo 59.º), bem como da mesma proibição de discriminação em razão de idade, sexo, cidadania, raça, território de origem ou convicções políticas ou ideológicas, mas no que diz respeito ao ensino [74.º, n.º 2, alínea j)]¹⁷².

5.3. Legislação Ordinária

A tutela contra a o racismo e a discriminação previstas no ordenamento jurídico português ocorrem, essencialmente, pela via administrativa ou pela via criminal, abordagem que reflete a adesão do legislador português ao modelo prescrito pelo Direito da União Europeia no artigo 1.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro (APAV, 2018, p. 78). Pela via administrativa, tal tutela ocorre por meio da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que veio estabelecer o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, penalizadas através do regime contraordenacional. Pela via criminal, a proteção se dá através das previsões do Código Penal, sobretudo

¹⁷² Por sua vez, Pritz e Graça (2004, p. 83) atentam à proibição de informatização de dados pessoais de natureza étnica (artigo 35.º, n.º 5), e à proibição de organizações de índole racista e do artigo (artigo 46.º, n.º 4)

por meio do artigo 240.º, em razão do crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, ou, ainda, por meio da aplicação do artigo 132.º e do artigo 145.º, em que o ódio racial figura como circunstância qualificadora, ou do seu respetivo artigo 155.º, em que o ódio racial figura como circunstância agravante.

5.3.1. Lei Especial sobre Discriminação Racial (Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto)

A Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, é percebida como o marco de um novo ciclo no combate à discriminação em Portugal. Não apenas pela adequação do ordenamento jurídico português ao Direito da União Europeia e ao Direito internacional, como pela maior eficiência ao sistema de proteção existente até então em resposta, também, às muitas críticas que lhe vinham sendo feitas (Machado, 2016, pp. 37-39; Farinha, 2019, pp. 111-113). Antes da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, a temática da proibição da discriminação era tratada através da Lei n.º 134/1999, de 28 de agosto, e, depois, por meio da Lei n.º 18/2004, de 11 de maio¹⁷³. Além de abrangerem apenas a discriminação por motivo de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, as leis anteriores previam procedimentos previstos que permitiam uma excessiva morosidade dos processos – desestimulando as queixas e, por vezes, significando até mesmo a sua prescrição, uma vez que a ausência de previsão de competência para algumas situações fazia com que certas queixas simplesmente não fossem respondidas (Bexiga, 2016, p. 60; Falcão, 2016, pp. 22-26; Farinha 2019, pp. 111-113).

Tanto no Relatório de Monitorização da Sociedade Civil sobre a Implementação da ENICC em Portugal (RCM, 2018, p. 16), como na obra de Farinha (2019, p. 113), é ressaltado que a Lei n.º 93/2017 trouxe consigo duas grandes novidades, essenciais à proteção contra a discriminação em Portugal. Primeiro, foi a partir da Lei n.º 93/2017 que foi estabelecida a proteção contra a discriminação, para além dos critérios de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, a proibição tendo passado a abranger os critérios de “origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem” (artigo 1.º). Além disso, também foi por meio desta lei que uma série de novas competências foi reconhecida, de modo a concentrar todas as fases dos processos de contraordenação por discriminação na mesma entidade e assim agilizar os procedimentos – artigo 8.º, n.º 1, alíneas g), h), i) e j). Diante desta última alteração, todas as fases do processo – receção, análise de queixas, instrução e decisão – passaram a ficar a cargo do Alto Comissariado para Migrações (ACM), através da sua Comissão para Igualdade e Contra a Discriminação Racial (CICDR), à qual também é competência para prevenção, fiscalização e repressão de práticas discriminatórias.

¹⁷³ A qual, aliás, transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho.

Estas duas maiores novidades trazidas pela Lei n.º 93/2017 foram acompanhadas, como também é destacado no Relatório sobre a Implementação da ENICC (RCM, 2018, p. 16) e por Farinha (2019, p. 113), por outras alterações não menos relevantes. É o que ocorre com a previsão de mecanismos de cooperação entre o ACM e a Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) – artigo 17.º, n.º 3, e artigo 23.º, n.º 2 –, bem como com a previsão de novos conceitos e proibições, como a inclusão das figuras da discriminação por associação (em razão de relação e/ou associação a pessoa ou grupo de pessoas detentor dos critérios protegidos) e da discriminação múltipla (por ofensa a mais do que uma característica protegida) – artigo 3.º –, seguida pelas novas regras relativas ao ónus da prova em casos relativos à responsabilidade civil extracontratual – artigo 14.º –, e pela previsão de prazos para a duração da fase de recolha de provas – artigo 17.º, n.º 1, e artigo 17.º, n.º 2 –, assim como pela possibilidade de intervenção por associações ou organizações não-governamentais como assistentes em processos judiciais na defesa de direitos e interesses coletivos – artigo 12.º –, e, por fim, pela introdução de mecanismos alternativos para resolução de litígios, como a mediação – artigo 11.º.

A par dos novos objetos de proteção contra a discriminação introduzidos pela Lei n.º 93/2017, que, em razão da redação de seu artigo 1.º, vieram a abranger tanto a proibição de discriminação por razões de origem racial e étnica, de cor, de nacionalidade, como *por conta da ascendência e do território de origem*, importa ressaltar que esta alteração reforça a proteção aos sujeitos que se considerem discriminados, estabelecendo que atos discriminatórios podem ocorrer inclusivamente contra pessoas que, independente dos critérios de raça, etnia, cor ou nacionalidade, venham a sentir-se discriminados com base em sua ascendência ou seu território de origem. No mesmo contexto, o artigo 2.º, n.º 1, prevê que o âmbito de aplicação da Lei n.º 93/2017 abrange “todas as pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, no que respeita: [à] proteção social [;] [à] educação; [ao] acesso a bens e seu fornecimento, colocados à disposição do público, incluindo a habitação; [à] cultura”. Ademais, conforme o artigo 2.º, n.º 2, sua abrangência não prejudica a proteção disposta em outros diplomas legais no que diz respeito à proteção contra a discriminação na área do trabalho e do emprego independente. Por sua vez, o artigo 2.º, n.º 3, reconhece que as medidas de ação positiva destinadas a compensar desvantagens históricas relativas à discriminação não podem ser consideradas discriminação para aplicação da Lei n.º 93/2017.

Ainda no que diz respeito ao âmbito de proteção da lei, o artigo 3.º apresenta uma série de definições para fins de sua aplicação, abrangendo conceitos de discriminação, na forma direta e indireta, de na forma por associação, na forma múltipla e, assim como conceito de assédio, sempre com relação ao artigo 1.º daquele diploma legal. A discriminação é definida como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência [que] tenha por objetivo ou efeito a anulação ou restrição do reconhecimento,

gozo ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos sociais e culturais” – artigo 3.º, n.º 1, alínea a). A seguir, a discriminação direta ocorre “sempre que uma pessoa ou grupo de pessoas seja objeto de tratamento desfavorável[,] designadamente em relação àquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa ou grupo de pessoas em situação comparável” – artigo 3.º, n.º 1, alínea b). Por sua vez, a discriminação indireta caracteriza-se “sempre que [uma] disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque uma pessoa ou grupo de pessoas numa situação de desvantagem, designadamente em comparação com outra pessoa ou grupo de pessoas”, à exceção dos casos em que “essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários” – artigo 3.º, n.º 1, alínea c). Já a discriminação por associação é prevista como “aquela que ocorrer em razão de relação e ou associação a pessoa ou grupo de pessoas” – artigo 3.º, n.º 1, alínea d). A ‘discriminação múltipla’ é caracterizada como “aquela que resultar de uma combinação de dois ou mais fatores de discriminação, devendo, neste caso, a justificação objetiva permitida nos termos da alínea c) verificar-se em relação a todos os fatores em causa” – artigo 3.º, n.º 1, alínea e). Por fim, a situação de assédio é verificada “sempre que ocorra um comportamento [com] o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de determinada pessoa ou grupo de pessoas e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante, desestabilizador ou ofensivo” – artigo 3.º, n.º 1, alínea f) –, sendo que o assédio é também considerado forma de discriminação – artigo 3.º, n.º 2 –, assim como as instruções ou ordens que objetivem a discriminação direta ou indireta – artigo 3.º, n.º 3 –, sempre em relação ao artigo 1.º.

Quanto à proibição de discriminação propriamente dita, o artigo 4.º prevê que “[é] proibida qualquer forma de discriminação, definida como tal na presente lei” – artigo 4.º, n.º 1 – especificando a seguir – no artigo 4.º, n.º 2 – quais são as práticas consideradas discriminatórias, sempre em relação aos fatores indicados no artigo 1.º da Lei n.º 93/2017. Nesse sentido, especifica-se uma série de atos discriminatórios que, como reforça o artigo 5.º do mesmo diploma, são *níveis mínimos* de proteção a serem observados, havendo abertura, para que outras práticas discriminatórias sejam previstas em outros instrumentos legais. São elencadas no artigo 4.º, n.º 2, a “recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público” – alínea a); o “impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma atividade económica” – alínea b); a “recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis” – alínea c); a “recusa ou limitação de acesso a locais públicos ou abertos ao público” – alínea d); a “recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados” – alínea e); a

“recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de educação ou ensino público ou privado” – alínea f); a “constituição de turmas ou a adoção de outras medidas de organização interna nos estabelecimentos de educação ou ensino, públicos ou privados, segundo critérios discriminatórios – alínea g); a “recusa ou a limitação de acesso à fruição cultural” – alínea h); a “adoção de prática ou medida por parte de qualquer órgão, serviço, entidade, empresa ou trabalhador da administração direta ou indireta do Estado[,...] que condicione ou limite a prática do exercício de qualquer direito” – alínea i); e, por fim, a “adoção de ato em que, publicamente ou com a intenção de ampla divulgação, seja emitida uma declaração ou transmitida uma informação em virtude da qual uma pessoa ou grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado” – alínea j).

Com relação às competências para aplicação e acompanhamento da Lei n.º 93/2017, o artigo 6.º estabelece ser de responsabilidade da CICDR, o artigo 7.º trata de suas composições alargada e restrita, o artigo 8.º aborda suas atribuições, o artigo 9.º especifica as regras para seu funcionamento, enquanto a partir do artigo 10.º até o artigo 16.º trata-se do que refere como ‘meios de proteção e defesa contra a discriminação’. A CICDR possui mais de quinze competências previstas no artigo 8.º¹⁷⁴, e as que nos são mais relevantes aqui, porque aplicáveis ao sistema de jurídico da tutela contra atos específicos de discriminação, são: recolha de toda a informação relativa a práticas discriminatórias e à aplicação das respetivas sanções – alínea b); prestação das informações necessárias às vítimas de discriminação para a defesa dos seus direitos – alínea g); encaminhamento das partes em procedimentos envolvendo discriminação, após seu devido consentimento, a processos de mediação – alínea h); recebimento de denúncias e abertura dos respetivos processos de contraordenação – alínea i); solicitação de informações e de pareceres, bem como a realização das diligências probatórias para a instrução dos processos de contraordenação – alínea i); determinação e aplicação das coimas e sanções acessórias dos processos de contraordenação – alínea j). Maeso (2020, p. 19) chama atenção ao facto de que com a concentração, por esta lei, de todas as fases do processo de contraordenação na CICDR, caso seja verificado, na queixa apresentada, o concurso de crime e contraordenação, a CICDR deverá remeter as informações ao Ministério Público para que delibere sobre a necessidade ou não de abertura de um processo de inquérito. No que diz respeito aos meios de proteção e defesa contra a discriminação, as previsões a partir do artigo 10.º abordam a prestação de informações pela CICDR a quem se sinta discriminado (artigo 10.º), a possibilidade de mediação entre infrator e vítima e de intervenção de associações e organizações não-governamentais (artigos 11.º e 12.º), a garantia de proteção contra os atos de

¹⁷⁴ Dentre as demais competências da CICDR previstas no artigo 7.º, destacam-se também aquelas envolvendo a conscientização, a informação e a prevenção das formas de discriminação racial, sobretudo a competência de elaboração de relatório anual sobre a situação da igualdade e da não-discriminação a ser submetido à Assembleia da República e publicação.

retaliação em razão de queixa, denúncia e afins (artigo 13.º), e, por fim, a presunção de *intenção discriminatória* quanto aos atos discriminatórios por ação ou omissão vinculados à responsabilidade civil extracontratual, bem como obrigação de indenizar nesses casos, com a devida publicação pela CICDR, nos mesmos termos das punições em sede de contraordenações (artigos 14.º e 15.º).

Como Maeso (2020, p. 13) e Machado (2016, pp. 30-33) salientam, para além desta responsabilização civil extracontratual, a legislação portuguesa classifica a discriminação como um ilícito de mera ordenação social (ao qual é atribuído, portanto, menor relevância) abrangido pelos ilícitos contraordenacionais, punível com coimas processadas em entidades administrativas passíveis de recurso em Tribunal. Nesse sentido, a Lei n.º 93/2017 prevê em seu artigo 16.º que as situações em que se alega discriminação nos termos do artigo 1.º deverão ser processadas de acordo com os dispositivos seguintes e conforme o regime previsto para os ilícitos contraordenacionais¹⁷⁵. O artigo 16.º trata especificamente das penas. O artigo 16.º, n.º 1, n.º 2, n.º 3, n.º 4 e n.º 5, estabelecem punições específicas para práticas discriminatórias perpetradas por pessoa singular ou por pessoa coletiva, seja pública ou privada, com punições potencialmente mais severas para as pessoas coletivas e/ou reincidentes, sendo igualmente puníveis situações de tentativa, de omissão e de negligência. Por fim, os artigos 16.º, n.º 6 e n.º 7, preveem a possibilidade de substituição das coimas por admoestação “quando a reduzida gravidade da prática discriminatória e a culpa do infrator assim o justificarem”, bem como a possibilidade de aplicação simultânea de coimas e sanções acessórias, “[e]m função da gravidade da prática discriminatória e da culpa do arguido”.

Com relação ao procedimento em si, o artigo 17.º da Lei n.º 93/2017, em seus n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, trata da denúncia e da participação, que podem ser apresentadas à CICDR por qualquer pessoa, singular ou coletiva, estabelecendo também o que deve ser feito no caso de apresentação a entidade que não tem competência, sendo previsto, por fim, o dever de todas as entidades e autoridades públicas de participar à CICDR factos suscetíveis de serem qualificados como discriminatórios. A abertura do processo de contraordenação, conforme o artigo 18.º, n.º 1 e n.º 2, cabe ao presidente da CICDR, enquanto a instrução do processo compete ao ACM. Conforme o artigo 19.º, n.º 1 e n.º 2, tão logo haja conhecimento de facto suscetível de ser qualificado como contraordenação, o presidente da CICDR deve proceder à abertura do respetivo processo, em oposição, sempre que o presidente da CICDR considerar insuficientes os fundamentos para dar seguimento à denúncia, deverá notificar o denunciante para que se pronuncie no prazo de dez dias. A decisão do processo, bem como a aplicação de coimas e sanções

¹⁷⁵ Inicialmente regulado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 26 de outubro, que estabeleceu o regime geral das contraordenações e coimas, e atualizado pelos Decretos-Leis n.º 356/89, de 17 de outubro, n.º 244/95, de 14 de setembro, e n.º 323/2001, de 17 de dezembro, e também pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

acessórias é de competência da CICDR em sua forma restrita ou permanente, composta pelo presidente mais dois membros eleitos (artigo 18.º, n.º 1). O procedimento de instrução e seus respetivos prazos são estabelecidos no artigo 20.º da Lei n.º 93/2017, que prevê, em seus n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, prazo para que o ACM solicite, se assim entender, informações e pareceres a entidades, a colaboração de peritos e autoridades policiais e/ou diligências para apurar os factos, além da possibilidade de inquirir pessoas e solicitar-lhes documentos e informações – devendo notificar o arguido para que apresente informações ou solicite diligências complementares. A conclusão da instrução e a adoção de decisão condenatória ou não, pedido de reconsideração pelo denunciante, bem como os respetivos prazos para sua realização são previstos nos artigos 20.º, n.º 5, e 21.º.

Após estabelecer o procedimento para os ilícitos contraordenacionais, a Lei n.º 93/2017 trata da parte mais prática envolvendo tanto questões relativas às punições, como das dinâmicas de cooperação entre CICDR e demais entidades públicas e privadas envolvidas (ou interessadas) em processos de contraordenação. Em seu artigo 22.º, é definido o destino das coimas entre o Estado e o ACM. No artigo 23.º, é estabelecido o registo e a organização dos dados, dispondo o artigo 23.º, n.º 1, que a CICDR manterá em registo próprio os dados das pessoas a quem tiverem sido aplicadas coimas e sanções acessórias, o que conforme o artigo 23.º, n.º 2, ocorrerá inclusivamente por meio da cooperação da ACT e dos tribunais. A divulgação das decisões é regrada pelo artigo 24.º, que prevê sua realização com identificação da pessoa condenada e das coimas e sanções – ou admoestação – aplicadas pelo prazo de cinco anos no sítio na internet do ACM. Por fim, é estabelecida pelo artigo 25.º a regra geral do dever de cooperação de todas as entidades públicas e privadas com a CICDR na prossecução de suas atividades, obrigando-se a fornecer os dados solicitados no âmbito dos processos de contraordenação e da elaboração do relatório, aplicando-se tal dever também à CICDR sempre que interpelada.

5.3.2. Código Penal

No Código Penal português¹⁷⁶, há diversos dispositivos que abarcam de alguma forma as questões étnicas, raciais, culturais ou minoritárias. Como Maeso (2020, p. 17) chama atenção, o dolo (ou a intenção) é o critério essencial para verificação das práticas discriminatórias puníveis, de modo que no contexto criminal, o racismo acaba por estar voltado às ações individuais. A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) observa, em seu manual (APAV, 2018, p. 60), que são as duas principais formas dispostas nesse sentido: primeiro, o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência,

¹⁷⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, e alterado pela última vez pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto.

previsto de forma independente no artigo 240.º, segundo, é o papel atribuído ao ódio racial enquanto circunstância qualificadora, como no artigo 132.º, n.º 2, alínea f), e no artigo 145.º, n.º 2 – crimes de homicídio e de ofensa à integridade física, respetivamente. Além destas previsões, que remetem a crimes autónomos, no artigo 155.º prevê-se o ódio motivado pelo preconceito como circunstância agravante em relação a determinados crimes contra a liberdade individual. Ademais, há outras duas previsões do Código Penal que também acabam por ser relevantes no que tange à proteção nesse contexto: o artigo 193.º, em razão da proibição de criação e manutenção de ficheiros automatizados de dados informáticos, e o artigo 71.º, n.º 2, alínea c), por prescrever que para a determinação da pena deverá considerado o *contexto determinante do crime*.

Com relação ao artigo 240.º do Código Penal, relativo ao crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, como notam Farinha (2019, pp. 116-117) e APAV (2018, pp. 61-64), é um tipo penal que visa a tutelar o bem jurídico da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição portuguesa, por meio da pena principal de prisão que será de 6 meses a 5 anos. Como é salientado tanto por Farinha como pela APAV, o ilícito objetivo previsto no artigo 240.º, n.º 1, comporta três modalidades de ação relativamente ao incitamento à discriminação: em razão da fundação, da constituição ou da participação em organizações que incitem o ódio racial; em razão do desenvolvimento ou da participação em atividades de propaganda organizada no mesmo sentido; e em razão da prestação de assistência a tais organizações, incluindo seu financiamento. O artigo 240.º, n.º 2, como observa a APAV (2018, pp. 62-64), estipula como atos puníveis, em suas alíneas a), b), c) e d), a provocação de atos de violência, a difamação ou a injúria, a ameaça e a incitação de violência ou de ódio contra pessoa ou grupo de pessoas *em razão* de raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica. Todavia, o dispositivo exige como elemento objetivo que estas condutas sejam praticadas publicamente e através de meio destinado à sua divulgação, de modo que são excluídas desta norma quaisquer condutas que, ainda que enquadradas em uma das alíneas do artigo 240.º, n.º 2, do Código Penal, ocorram em uma situação que não seja pública ou que, ainda que pública, não seja apta a ser divulgada. Por fim, é de se notar que a atual disposição do artigo 240.º acabou por não consagrar a exigência do dolo específico de intenção discriminatória – como antes dispunha (Gonçalves, 2007, p. 857) –, bem como que, nos termos em que está consagrado, o crime apenas pode ser punido quando praticado com dolo, já que por força do artigo 13.º do Código Penal, a punição a título negligente tem de estar expressamente prevista.

Merece atenção também, como nota a APAV (2018, p. 61), que a proteção contra a discriminação no sistema jurídico português não se deu sempre desta forma, tendo passado por todo

um processo até chegar ao modelo do dispositivo atual. Do histórico e das sucessivas alterações até se chegar o atual artigo 240.^{o177}, percebe-se ter havido uma série de reestruturações e alargamentos, desde o crime de discriminação como acessório ao de genocídio até a atual formulação, ficando muito claro que a proteção hoje vai muito além questões puramente étnicas ou raciais. Esta noção, como aponta a APAV, é importante não apenas para a compreensão do próprio artigo, mas também no que toca à aplicação do artigo 132.^o, n.^o 2, alínea f) e do artigo 155.^o, n.^o 1, alínea e), também do Código Penal.

O artigo 132.^o, n.^o 2, alínea f), e o artigo 145.^o, n.^o 2, do Código Penal dizem respeito respetivamente aos crimes de homicídio qualificado e de ofensa à integridade física qualificada. O artigo 145.^o, n.^o 2, faz remissão ao artigo 132.^o, n.^o 2, e ambos compartilham enorme similitude em sua redação e técnica legislativa utilizada (Gonçalves, 2007, p. 570), de modo que as observações a seguir feitas com relação ao artigo 132.^o, n.^o 2 aplicam-se ao artigo 145.^o, n.^o 2. Nota-se que o artigo 132.^o, n.^o 2, alínea f) prevê a qualificação do homicídio nos casos em que a morte for produzida em circunstâncias de “especial censurabilidade ou perversidade” em razão de ter sido determinada “por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima”. Esta disposição assume, como ressaltado pela APAV (2018, pp. 64-67), um papel de destaque em matéria de crimes de ódio, refletindo-se na aplicação de outros dispositivos em razão das remissões existentes, como também é o caso do artigo 155.^o do Código Penal. Por meio da técnica legislativa dos exemplos-padrão, é apresentado no artigo 132.^o, n.^o 2, um conjunto de situações aplicáveis para efeitos de preenchimento do conceito indeterminado de “especial censurabilidade ou perversidade” previsto no artigo 132.^o, n.^o 1. Todavia, notam a Gonçalves (2007, pp. 511, 515) e a APAV (2018, pp. 64-67), como se percebe das expressões “entre outras” e “é suscetível de revelar”, presentes no artigo 132.^o, n.^o 2 e no artigo 145.^o, n.^o 2, este rol não apenas não é taxativo, como a verificação de alguma das situações previstas no caso, por si só, não implica o enquadramento automático para efeitos de qualificação – devendo, portanto, haver uma efetiva verificação de todas as circunstâncias de acordo com o caso concreto. Por fim, no âmbito de aplicação, como a APAV salienta, há profundas divergências académicas sobre a natureza jurídica da previsão do artigo 132.^o, n.^o 2 – se

¹⁷⁷ Como nota a APAV (2018, p. 61), o crime de discriminação foi consagrado no Código Penal português de 1982, à época no artigo 189.^o, em previsão ainda associada ao crime de genocídio, como forma de dar cumprimento às obrigações assumidas por Portugal em razão pela adesão à Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD). A previsão sobre a discriminação foi alterada por ocasião da reforma do Código Penal de 1995, a partir de quando o crime de discriminação passou a ser autónomo em relação ao crime de genocídio e veio a constar do artigo 240.^o, exigindo, no entanto, dolo específico no sentido de ter “intenção de incitar discriminação [...] ou de a encorajar” em todas as situações previstas. Com as alterações trazidas pela Lei n.^o 94/2017, de 9 de agosto, este dolo específico foi convertido na alínea d) do artigo 240.^o, permitindo o alargamento das ações típicas puníveis para o crime de discriminação – que também passou a ser de aplicação menos complexa, em razão da subtração de um de seus elementos subjetivos específicos. Ainda no que diz respeito às alterações, deve-se ressaltar, como faz a APAV (2018, p. 62), que inicialmente o artigo 240.^o do Código Penal fazia menção unicamente ao ódio motivado pela raça, o que foi no sentido de alargar os preconceitos abrangidos pelo ódio referido no preceito. O artigo 240.^o foi, portanto, sucessivamente alterado pela Lei n.^o 65/98, de 2 de setembro – que acrescentou a referência à religião –, pela Lei n.^o 59/2007, de 4 de setembro – que acrescentou as referências à cor, origem étnica ou nacional e ao sexo ou à orientação sexual –, pela Lei n.^o 19/2013, de 21 de fevereiro – que acrescentou a identidade de género –, e, mais recentemente, pela Lei n.^o 94/2017, de 9 de agosto – que voltou a proceder a novo alargamento dos preconceitos determinantes de ódio, acrescentando questões relacionadas a deficiência física ou psíquica.

constituiria um tipo de culpa, um tipo de ilícito ou se, a depender da circunstância seria em alguns casos culpa e em outros ilícito – divergência que, a depender da compreensão adotada, pode ter consequências relevantes nos níveis de responsabilização de um eventual participante.

A APAV (2018, pp. 64-65) também ressalta que, da mesma forma como ocorreu com relação ao artigo 240.º do Código Penal, também o artigo 132.º, n.º 2, alínea f), e consequentemente também o artigo 145.º, n.º 2, foi objeto de diversas alterações legislativas ao longo do tempo de modo a alargar seu leque de abrangência¹⁷⁸. As causas qualificadoras não são totalmente equivalentes às ações puníveis previstas no artigo 240.º, deixando-se de fora do âmbito de proteção do artigo 132.º, n.º 2, alínea f) o ódio contra pessoas portadoras de deficiência física ou psíquica. Como o rol não é taxativo, esta ausência de previsão, por si só, não deve(ria) a limitar a aplicação do dispositivo. Por fim, Maeso (2020, p. 17) observa que a previsão de qualificação por motivo de ódio racial ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional dos 132.º, n.º 2, alínea f), e o artigo 145.º, n.º 2, do Código Penal, diz respeito apenas aos crimes de homicídio e de ofensa à integridade física, não sendo aplicáveis qualificadoras semelhantes em crimes como injúria e a difamação. Assim, como Maeso salienta, pela legislação portuguesa, o crime de injúria racial só pode ser enquadrado por aplicação do artigo 240.º, n.º 2, alínea b) – que limita tais situações, como visto antes, a situações em que o ato ocorre publicamente e por meio destinado a divulgação. Ademais, ainda no âmbito dos crimes de difamação e de injúria, há a exigência de os atos serem “ofensivos da sua honra ou consideração”, o que também é fator delimitante, porque o sistema jurídico português não considera para tais fins certos atos preconceituosos como suposto meio de evitar a institucionalização do racismo (APAV, 2018, p. 70; Gonçalves, 2007, p. 672). Assim, não se pode enquadrar nos artigos 180.º ou 181.º (difamação e injúria, respetivamente) a referência, ainda que negativa, de alguém como como homossexual, cigano ou africano.

O artigo 155.º do Código Penal diz respeito a circunstâncias agravantes com relação aos crimes contra a liberdade pessoal previstos no artigo 153.º, no artigo 154.º, no artigo 154.º-A, no artigo 154.º-B, e no artigo 154.º-C, respetivamente: ameaça, coação, perseguição, casamento forçado e os atos preparatórios para tais crimes. Como salientado pela APAV (2018, p. 67), o artigo 155.º veio a ser implementado como forma de cumprir as obrigações assumidas por Portugal face à Convenção de Istambul, por meio da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto. Embora o artigo 155.º faça remissão ao artigo 132.º, n.º 2, alínea f), a técnica legislativa utilizada para elaboração do artigo 155.º foi distinta daquela aplicada nos artigos 132.º e 145.º do Código Penal, uma vez que não fez uso de exemplos-padrão,

¹⁷⁸ Na primeira versão posterior à reforma do Código Penal de 1995, a alínea correspondente à atual alínea f) apenas fazia referência ao “ódio racial, religioso ou político”. Com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, foi incluído neste âmbito que a motivação abrangida pelo dispositivo inclui “cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”, sendo que, mais recentemente, com a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, foi consagrada a menção à “identidade de género da vítima”.

assumindo as situações previstas no artigo 132.º, n.º 2, alínea f), como seu próprio rol taxativo, fechando-se à possibilidade de atribuir relevância a outros preconceitos como geradores de ódio para além dos previstos naquela alínea. Por isso, as circunstâncias agravantes serão aplicadas apenas com relação ao ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima.

O artigo 193.º do Código Penal diz respeito ao crime de devassa por meio de informática. Sua tutela abrange de forma especialmente relevante temas da vida privada dos cidadãos, como a pertença a determinados grupos minoritários. O artigo 193.º prevê que a pena de prisão de até dois anos ou de multa de até 240 dias para “[q]uem criar, manter ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à filiação partidária ou sindical, à vida privada, ou a origem étnica”. O que não fica claro da leitura do dispositivo, como nota a APAV (2018, p. 69), é o conceito de “ficheiro automatizado” e de “dados individualmente identificáveis”. Assim como ocorreu em relação ao artigo 132.º, n.º 2, alínea f), e com relação ao artigo 240.º do Código Penal, o artigo 193.º também passou por várias alterações até chegar ao formato atual¹⁷⁹, tendo havido um alargamento de seu âmbito de aplicação ao longo dos anos, além de alterações na legislação correlata, com significativos reflexos para a aplicação do artigo 193.º. A legislação que definia o termo ‘ficheiro automatizado’ foi revogada, e o atual diploma legal que trata da matéria, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, não possui em seu texto este exato termo, aplicando-se como referência para tal a previsão de seu artigo 3.º, especialmente suas alíneas b) e c), que aborda o “tratamento de dados pessoais”¹⁸⁰. Assim, faz-se necessário socorrer de outras fontes para aplicar o dispositivo e/ou interpretar e dar a devida resposta aos casos que ensejem análise, a exemplo de decisões judiciais. Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 697) observa já ter sido decidido que não constituem dados pessoais para os efeitos desta lei quaisquer referências que se limitem a retratar aspetos da vida profissional de um cidadão não atinentes a suas convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à filiação partidária ou sindical, à vida privada ou à origem étnica.

¹⁷⁹ Tendo primeiramente, por meio do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, abarcado a proteção dos dados de caráter pessoal, especialmente no que tange a convicções políticas, religiosas, filosóficas, e questões privadas, sendo apenas em 1995, com a reforma do código penal pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que o crime de devassa por meio de informática passou a estar consagrado no artigo 193.º, com a referência à filiação partidária ou sindical, à vida privada, ou a origem étnica.

¹⁸⁰ Conforme o artigo 3.º, alínea c), ficheiro de dados pessoais é “qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios determinados, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico”. Enquanto, de acordo com o artigo 3.º, alínea b), tratamento de dados pessoais é “qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais [...] com ou sem meios automatizados [...] como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação [...] bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”. Com relação ao termo “dados individualmente identificáveis”, o mesmo, como aponta a APAV, é equivalente ao conceito de “pessoa singular identificada ou identificável” previsto no artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 67/98, que o prevê como “a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

Por fim, mas não menos importante, como ressaltam Jerónimo(2011, pp. 370-371) e a APAV (2018, pp. 70-71), nos termos do artigo 71.º, n.º 2, do Código Penal, o ódio fundado no preconceito pode ser valorado também no momento de determinação da pena pelo julgador, especialmente, mas não apenas, envolvendo “[o]s sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram” – artigo 71.º, n.º 2, alínea c) – e “[a] conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime” – artigo 71.º, n.º 2, alínea e). Embora esta possibilidade não seja especificamente voltada aos crimes de ódio, é destacado pela APAV como um mecanismo transversal a toda a aplicação do Direito Penal que permite fazer refletir nas penas uma especial preocupação com o fenómeno da discriminação e do ódio. Por certo, todavia, não se pode punir mais de uma vez a mesma conduta (mesmo em razão do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição), o que é traduzido no próprio artigo 71.º, n.º 2, segundo o qual “[n]a determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, *não fazendo parte do tipo de crime*, depuserem a favor do agente ou contra ele” (sem grifos no original). Por isso, observa Gonçalves (2007, p. 270), caso o ódio fundado no preconceito já houver sido valorado quando do enquadramento no tipo penal (como é o caso no homicídio qualificado do artigo 132.º, n.º 2, alínea f), o mesmo não pode voltar a ser considerado para fins de determinação concreta da pena.

Capítulo IV – Jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses desde a década de 1990 até 2020

1. Razão de ordem

O enquadramento da jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses que fazemos no presente trabalho diz respeito especificamente a decisões que envolvem argumentos, informações e/ou questões culturais relativas a pessoas ciganas e a negras/de origem africana. Não se trata de uma análise exaustiva, pois é relativa ao acervo disponível na base de dados da Direção-Geral dos Serviços de Informática (DGSi), disponível no endereço www.dgsi.pt, que, embora seja abrangente, não inclui decisões de tribunais de primeira instância e tem algumas limitações que afetam a busca de conteúdo potencialmente relevante para o nosso estudo – o que se verá mais à frente. De qualquer forma, o acervo e as decisões acedidas permitem a análise de um razoável número de casos, possibilitando, portanto, a verificação de alguns padrões e tendências do que se vem decidindo nas últimas três décadas, quando estão em causa questões culturais (especialmente em vista da realidade portuguesa), sejam elas trazidos pelas partes ou *ex officio*. Como pressuposto das próprias buscas e das posteriores análises das decisões, tivemos sempre presentes os conceitos-chave que abordamos no I Capítulo, o enquadramento normativo abordado ao longo do II e III Capítulos, bem como o histórico e a realidade portuguesa no que diz respeito aos grupos minoritários, dos quais nos ocupamos no Capítulo III.

A busca realizada no acervo da DGSi foi baseada no uso de palavras-chave. Iniciamos a busca com palavras mais amplas, como ‘cigano/a’, ‘roma’, ‘romani’, ‘negro/a’, ‘africano/a’, ‘raça’, ‘racismo’, ‘cor de/a pele’, ‘tradição’, ‘etnia’, ‘étnico’, ‘*cultural defense*’, ‘defesa cultural’, ‘motivo cultural’, entre outros, partindo-se posteriormente para vocábulos mais específicos, que foram úteis sobretudo no caso das pessoas negras/de origem africana, relacionados à nacionalidade, com particular atenção aos gentílicos das antigas colónias portuguesas em África (‘angolano/a’, ‘cabo-verdiano/a’, ‘guineense’, ‘moçambicano’, ‘são-tomense’ e suas variantes). Também buscou-se refinar os critérios de busca combinando algumas das palavras utilizadas, principalmente quando os resultados se mostraram muito amplos (a exemplo de ‘tradição’ ou ‘etnia’). Nota-se, desde já, que foi possível obter um volume muito maior de decisões contendo palavras-chave referentes a pessoas ciganas do que o volume obtido quando as palavras-chave diziam respeito a pessoas negras/de origem africana. Em parte, isso se deve ao facto de frequentemente a nacionalidade e/ou a cor da pele não constarem do texto das decisões. Em relação aos ciganos, por outro lado, as informações são abordadas de forma muito mais aberta e, de forma geral, estão publicamente disponíveis nas decisões.

Das buscas feitas, filtramos vinte e sete decisões cujo conteúdo se reputou relevante para o presente trabalho. Apesar de se ter analisado dados que cobriram o período desde 1990 até 2020, a mais antiga das decisões analisadas data de 1997, e a mais recente, de 2017. Das decisões filtradas,

vinte são relativas a pessoas ciganas e sete são relativas a pessoas negras/de origem africana. Em razão das próprias diferenças nas formas como os dois grupos são vistos na sociedade portuguesa, esta desproporção era, de alguma forma, esperada – e está longe de significar falta de relevância de argumentos, de informações e de questões culturais ligados às pessoas negras/de origem africana. Apesar da desproporção, não se pode deixar de lado, como assinala Vala (2021, p. 111), que “em 2019, por cada 10.000 cidadãos portugueses, 13 eram reclusos. No caso dos cidadãos dos PALOP residentes em Portugal, este valor ascendia a 109”. É sabido, pelas pesquisas que foram feitas ao longo dos anos e das quais falamos em momento anterior, que, em Portugal, as formas de racismo ou de preconceito a direcionadas às pessoas negras/de origem africana tendem a ser menos evidentes do que as formas de racismo e preconceito direcionadas às pessoas ciganas. Por isso, acreditamos que o maior número de decisões sobre ciganos diz respeito à conjugação de dois fatores: primeiro, às formas mais evidentes de racismo e preconceito voltados aos indivíduos ciganos; segundo, ao facto de que são mais fáceis de encontrar pelos mecanismos de busca através do uso de palavras-chave (como ‘cigano’, ‘roma’, *etc.*).

Nesse contexto, é de se notar que a relevante diferença numérica se relaciona ainda com o facto de a simples pertença à ‘etnia cigana’ ser fator extremamente presente nos relatórios sociais – já que é possível encontrar tais informações por meio das buscas, enquanto a nacionalidade e/ou a cor da pele nem sempre são informações presentes nas decisões a que o público tem acesso por meio dos mecanismos de pesquisa judiciais portugueses. Não queremos dizer, com isso, que as decisões relativas a pessoas negras/de origem africana que nos importariam, caso as buscas permitissem maior acesso, seriam em número maior ou igual às decisões relativas a pessoas de etnia cigana – simplesmente não temos como saber. Mas tudo indica que seriam muito mais decisões do que aquelas conseguimos filtrar. A esse respeito, salientamos, ainda, que não deixa de ser curioso que, por um lado, a nacionalidade e/ou a cor da pele não raramente deixem de constar dos acórdãos, sendo substituídos no texto por reticências, enquanto, por outro lado, a pertença à etnia cigana seja fator ao qual há grande acesso – o que vem a ocorrer paralelamente, ressalta-se, em um contexto de muita polémica sobre a possibilidade de serem incluídos nos censos questões sobre a etnia e a cor da pele.

2. Decisões envolvendo pessoas de etnia cigana

2.1. Apreciação global

Em muitos dos acórdãos relativos a pessoas ciganas fica clara a presença, mesmo que indireta, de noções negativas a seu respeito, por meio de generalizações e de preconceitos sobre o que se presume sejam seus ‘modos de vida’ – que não raro são utilizadas como argumento em prejuízo às

partes, inclusive em casos criminais. Estas generalizações e preconceitos habitualmente naturalizados, vêm a constar das decisões como factos postos (seja nos relatórios sociais, ou nos depoimentos apresentados, nos factos dados como provados ou, ainda, nos próprios textos decisórios em si). Isso ocorre mesmo quando além de a questão étnico-cultural não ter sido levantada ao longo do processo, a questão não tenha qualquer relevo para a solução da demanda – à revelia do juízo crítico que se esperaria encontrar em decisões judiciais. Ainda, percebe-se que, quando questionadas estas generalizações, nem sempre há resposta, sinalizando ainda mais fortemente para sua naturalização. Por outro lado, quando os questionamentos são respondidos, não é comum que tal ocorra simplesmente para afastar, o quanto antes, a possibilidade de aplicação de teses comprometidas por noções preconceituosas. Esta prática chama atenção em alguns dos casos filtrados.

2.2. Seleção de casos ilustrativos

2.2.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2003, proferido no processo n.º 03P148⁸¹

Este acórdão foi proferido no âmbito de um processo criminal em que duas arguidas foram condenadas pela prática, em coautoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes. Uma das arguidas foi condenada na pena de sete anos de prisão, enquanto a outra foi condenada na pena de um ano e seis meses de prisão. Nos interessa o tratamento conferido à arguida, que, ao recorrer, solicitando a suspensão da pena, alegou a desconsideração, na dosimetria da pena imposta, de todas as circunstâncias que levaram à prática do crime, inclusive das circunstâncias sociais e pessoais em que vivia. Ao analisar seu recurso, o Supremo considerou que, verificados os requisitos objetivos que autorizam a suspensão da execução da pena, tudo indicaria para sua aplicação – estando-se, *in casu*, diante de situação em que, pelo Código de Processo Penal, seria de ordenar a suspensão. Nesse sentido, o Supremo salientou que “por muito que se saiba (ou se reconheça) que o acompanhamento, pela Reinserção Social, de pessoas de etnia cigana (e esta não é um estigma mas um ‘status’) é, por vezes, difícil e problemátic[o], que isso não sirva de razão e de argumento para descartar os princípios que referimos e a legitimidade da sua aplicação, bem como da extensibilidade do seu funcionamento, a todo e qualquer cidadão, pois que eles se postulam justamente pela finalidade de corrigirem a marginalidade”. Assim, decidiu-se pela suspensão da pena da arguida.

Se por um lado, não deixa de ser controversa a formulação do Supremo – porque inicia e termina com generalizações na afirmação apresentada, pois além de qualificar seu acompanhamento

⁸¹ Disponível em <https://tinyurl.com/3a4yfb9n> [12.06.2021].

como ‘difícil e problemático’, associa os ciganos à ‘marginalidade’ sem qualquer explicação relevante ao caso concreto –, por outro lado, a ideia central da formulação parece ser (é certo, de forma confusa), evitar que a própria (e eventual) situação social dos ciganos impeça que lhes sejam aplicadas medidas que são aplicáveis a todo e qualquer cidadão, uma vez que tais medidas podem servir como ferramenta para correção de sua vulnerabilidade. Percebemos, e queremos acreditar, que a intenção, aqui, foi das melhores. Todavia, não há como ignorar as questões que são trazidas pela formulação. Para além das generalizações – informações que se ‘sabe’ ou se ‘reconhece’, o caráter ‘difícil e problemático’, e a ‘correção da marginalidade’ –, há uma implícita ideia de benevolência para com ‘os ciganos’ quando se está, na verdade, a garantir a aplicação de regra que é aplicável a ‘todo e qualquer cidadão’¹⁸².

2.2.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007, proferido no processo n.º 926/07-2⁸³

Este acórdão foi proferido no quadro de um processo de promoção e proteção de menor de etnia cigana. Em causa estava um recurso interposto pelo Ministério Público contra a decisão de aplicar a um menor de cerca de um ano e meio de idade a medida de promoção e proteção de apoio junto dos pais, acompanhada de ajuda económica, durante um ano. O Ministério Público, que havia requerido a fixação da medida de acolhimento do menor em instituição, argumentara, no recurso perante o Tribunal da Relação, que a alegação de diferença cultural oriunda da etnia dos progenitores não legitimava que os mesmos dispensassem menor cuidado à criança ou à perda, pela criança, de iguais oportunidades se comparado aos demais menores não pertencentes àquela etnia. Dentre os factos dados como provados, estavam questões relativas às condições de habitação, saúde, higiene e segurança em que o menor vivia. Nesse ponto, o Ministério Público ressaltou: a situação de moradia precária, cuja dimensão e infraestruturas não eram adequadas, não contando com equipamentos eletrodomésticos básicos e sendo negligenciada quanto à higiene e organização; o facto de já terem, antes disso, ocupado automóvel

¹⁸² Em outro caso, também relacionado à suspensão da pena, em um caso criminal envolvendo crimes de roubo, resistência e coação sobre funcionário, além de detenção de arma proibida, em que os arguidos eram dois indivíduos ciganos. Na decisão de primeira instância, foi considerado que, para determinação da pena, especialmente a aplicação de pena substitutiva, foram essenciais fatores como o valor substancial subtraído mediante ameaça de arma de fogo, bem como a personalidade dos arguidos. Nesse sentido, fora negada a pena substitutiva, considerando-se que os arguidos “mostra[va]m ter personalidade já orientada para a prática de crimes, o que se em parte pode ser explicado pela sua origem e condição cultural, social e económica muito desfavorecida”, sendo “intolerável que [não] só desprezassem formas de apoio que a sociedade vinha lhes proporcionando, como seguissem a desafiar os valores e instituições”. Apresentado recurso ao Tribunal da Relação relativamente à pena substitutiva, o mesmo considerou que, em razão da culpa elevada, sua pena deveria traduzir-se em patamar visivelmente superior ao inferior, confirmando a negativa de suspensão da execução da pena. No caso, além de chamar atenção o uso de noções generalizadoras ao longo da decisão de primeira instância, o que, todavia, não foi abordado em segundo grau, também chamou atenção que a etnia dos arguidos, abordada sobretudo no relatório social e na análise dos atos para ponderação da pena, foi assunto extensamente tratado no relatório social (que, pelo que se pôde notar, também continha uma série de generalizações). Nota-se que, novamente aqui, as visões generalizadoras não são explicadas ou fundamentadas em estudos ou em situações fáticas, são meras presunções tidas por factos postos relativamente ao caráter e/ou à natureza das pessoas ciganas. Tal abordagem chama atenção por servir como parte do argumento para não permitir a suspensão da pena dos arguidos, contrariando, portanto, princípios básicos de individualização da pena – no caso, algo mais grave ainda, pois se está a falar em pena privativa de liberdade. Ver Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de maio de 2008, proferido no processo n.º 0842155, disponível em <https://tinyurl.com/7tkpratk> [12.06.2021].

¹⁸³ Disponível em <https://tinyurl.com/9ku23y42> [12.06.2021].

para fins de moradia; a falta do cumprimento de deveres como o da vacinação obrigatória, o que resultou na cessação do benefício do rendimento de inserção para a progenitora e consequente falta de pagamento das rendas do imóvel em que residiam; e, por fim, a situação de desemprego dos progenitores e situação de institucionalização de outros cinco filhos da progenitora.

O Tribunal da Relação avaliou as razões de recurso, partindo de considerações sobre a dignidade da pessoa humana, a DUDH, a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como os preceitos constitucionais relativos à proteção das crianças e da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro. Ainda, abordou a situação dos povos ciganos em Europa, trazendo, inclusive, ‘noções’ sobre o que entendia sobre os ciganos, e recomendações do Parlamento Europeu e Resolução do Conselho e dos Ministros da Educação a respeito dos povos ciganos. Depois, ao avaliar o caso concreto, o Tribunal referiu que “[a] preocupação com a não destruição das especificidades características das minorias étnic[as], ainda para mais se padecendo de consabidas dificuldades de inserção sócio-económico e cultural, não pode conduzir-nos à lassidão perante a colocação de seres tão indefesos (como as crianças e os jovens) em risco iminente de lesões irreparáveis na sua formação humana; é que a manutenção de párias sociais (pairando nas margens da criminalidade e dos mínimos escalões económicos), ainda que sob o pretexto de que essoutros recusam aproximar-se do razoavelmente exigível, ao nível dos padrões sócio-educativos, não pode legitimar-se leviana e interminavelmente”. Na sequência, o Tribunal ainda referiu que “o salutar respeito pelas idiossincrasias diferenciadoras (mesmo que dentro dos clans) há-de impor que os valores estruturantes desta sociedade democrática e multicultural não sejam postergados, ainda que se trate de residentes ocasionais ou nómadas; em se tratando das crianças, não hão-de erigir-se os padrões de vida escolhidos, mais ou menos conscientemente, pelos respectivos progenitores em rolos compressores do dever-ser, em matrizes da aferição da legalidade”. Diante disso tudo, julgou procedente o recurso e decretou a substituição da medida de promoção e apoio junto dos pais e da segurança familiar, com a consequente retirada do menor do agregado familiar e colocação numa instituição, considerando que, apesar de tal medida ser excepcional, o tribunal *a quo*, ao decidir pela “salvaguarda de especificidades sócio-culturais com matriz no direito à diferença e à individualidade [relativa] à etnia cigana[, incorrera em] desconsideração das obrigações dos progenitores e, sobretudo, dos direitos a acautelar às crianças”.

Independentemente se concordar ou não com o resultado das ponderações do Tribunal da Relação, este acórdão é relevante por envolver uma significativa apreciação sobre os argumentos culturais apresentados. Ao fazê-lo, nota Jerónimo (2020b), o Tribunal veio a abordar neste acórdão diretamente a questão da relevância da cultura e da diferença cultural para o gozo de direitos – algo que,

ressalta, ainda vai sendo relativamente raro no panorama português. A autora nota salienta a presença de imprecisões terminológicas e noções no mínimo discutíveis, além de generalizações – ao falar do nomadismo, dos próprios hábitos ciganos, sobre as ditas ‘idiosincrasias diferenciadoras’, *etc.*, mas também ressalta, com o que concordamos, que, apesar de o texto que fundamenta a decisão não ser particularmente claro, o Tribunal parece ter procurado um equilíbrio entre o respeito pelas diferenças étnico-culturais e a total igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos. Ainda que isso seja verdade, Jerónimo ressalta que o Tribunal da Relação pendeu claramente para a total igualdade de direitos, ressaltando que a lei comum europeia não poderá conter ou tolerar qualquer tipo de diferenciações e que o princípio fundamental da legitimidade do direito à diferença não deve originar inaceitáveis diferenças do direito. Por fim, é importante destacar que neste caso houve uma efetiva análise do argumento cultural, o que é feito, como ressalta Jerónimo, inclusivamente mediante recomendações de organismos da União Europeia e do Conselho da Europa – algo que não é comum, como se verá adiante¹⁸⁴.

2.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de outubro de 2009, proferido no processo n.º 109/09.JACBR-A.C1¹⁸⁵

Este acórdão foi proferido no quadro de processo de tráfico de estupefacientes contra pessoa cigana que veio a recorrer de despacho que determinava a aplicação de medida de prisão preventiva. O arguido sustentou que no caso concreto não se justificaria a medida de prisão preventiva, sendo plenamente aplicáveis outras medidas de coação não-prisionais. Entre as razões da decisão recorrida, para que não lhe fosse aplicada outra medida, o tribunal *a quo* considerou: “o perigo de fuga, bem como de continuação da actividade criminosa idêntica”. Especificamente quanto ao perigo de fuga, fora ressaltado na decisão recorrida, que tal se verificaria pela “reconhecida [extrema] mobilidade das populações ou grupos de indivíduos de etnia cigana e emergindo para o arguido [o] perigo de condenação

¹⁸⁴ Em outro acórdão em sentido semelhante, envolvendo promoção e proteção de menor de etnia cigana, na qual havia sido aplicada medida de acolhimento institucional posteriormente revisada para permitir a adoção do menor, decisão esta que era contestada pela progenitora sob o principal argumento de que as questões que levaram à retirada de seu filho do ambiente familiar envolviam parâmetros culturais dominantes – e, sendo ela cigana, seus hábitos de higiene e suas condições de habitabilidade eram outros, de modo que a falta de água canalizada, eletricidade e gás, ou de divisões para cada membro da família não justificavam a medida de adoção. Além disso, a genitora alegou que a carência de económica e social de que padecia poderia ser minorada pela continuidade da institucionalização do menor sem a confiança para a adoção e sem a inibição da ligação da criança com sua família natural ou biológica, porque a privação do contacto com os pais poderia prejudicar mais ainda sua formação pessoal e, mesmo, cultural. Ao apreciar o recurso, o Tribunal da Relação salientou que o que estava em causa não eram os parâmetros pelos quais era abordada a questão da higiene, pois não estava a ser valorado apenas o facto concreto de que o menor encontrava-se habitualmente sujo, mas o que isso representaria: a insegurança, a marginalização e a falta de autoestima que isso criaria. Em consequência, o Tribunal considerou não ter relevância, nesse contexto, a etnia cigana, mas o facto de que o menor cheirava mal, não comia em condições, não frequentava normalmente a escola, sem que a progenitora se interessasse em colaborar para que isto melhorasse e, posteriormente, cada vez mais a reduzir suas visitas à instituição onde o mesmo estava. Diante disso tudo, o Tribunal da Relação decidiu manter a decisão de confiança para adoção, reiterando que, caso decidisse de forma diferente (sem dar-lhe a possibilidade de ter outra família, mantendo-lhe em instituição até a maioridade, como a genitora propôs, com base nos argumentos culturais), estaria, aí sim, a agir em tratamento prejudicial do menor. Ver Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1º de março de 2012, proferido no processo n.º 290/09.3TMFAR.E1, disponível em <https://tinyurl.com/399sutds> [15.06.2021].

¹⁸⁵ Disponível em <https://tinyurl.com/3n5e23cw> [14.06.2021].

em pena de prisão pelos factos aqui em causa, resulta evidente o perigo de subtração à acção da justiça”. Entre outros objetos de recurso, o arguido contestou esta linha de argumentação, que é o que de facto nos interessa, alegando tratar-se, “antes de mais, [de] considerações genéricas, nada concretizadas, estereotipadas e preconceituosas que reconhecem em todos os indivíduos de etnia cigana pessoas incapazes de se integrar em qualquer comunidade e por conseguinte com predisposição para se subtraírem à acção da justiça”. Nesse sentido, o arguido salientou que, o tribunal *a quo*, ao adotar esta formulação, teria ignorado que o arguido vivia há cerca de quarenta anos na mesma localidade, tendo dez filhos, seis dos quais ainda em idade escolar e sob sua responsabilidade, e que mantinha, entre outras atividades mais esporádicas, a atividade de venda ambulante junto de sua esposa.

O Tribunal da Relação de Coimbra evitou abordar este ponto do recurso diretamente, preferindo reforçar as razões relativas ao perigo de fuga e de continuação das atividades criminosas, de modo a justificar a aplicação excecional da prisão preventiva *in casu*, com forte na autorização constitucional relativa aos indícios de crime doloso a que corresponda pena de prisão de limite máximo superior a cinco anos, além dos requisitos previstos no Código de Processo Penal. Quanto ao perigo de fuga, o Tribunal da Relação limitou-se a afirmar que tal perigo não estaria relacionado diretamente à sua já longa residência no local, ou à responsabilidade com os seus filhos, mas à ameaça da pena aplicável e aos antecedentes do arguido pelo mesmo tipo de crime. Ao dotar esta fórmula para decidir, o Tribunal acabou por nem confirmar, nem rechaçar expressamente a linha argumentativa (ou a abordagem) trazida pelo tribunal *a quo* e questionada pelo arguido. Apesar disso, o tribunal *ad quem* considerou improcedentes os fundamentos do recurso do arguido, de modo a confirmar o despacho que estabeleceu sua prisão preventiva (e ao menos tacitamente aceitar a linha argumentativa do primeira instância). Independentemente da decisão a que se chegou, chama atenção a ausência de manifestação do Tribunal da Relação sobre a alegação do tribunal *a quo*. Em nosso juízo, o tribunal *ad quem* perdeu a chance de afastar tal linha argumentativa, porque generalizadora e baseadas em ideias genéricas e preconceituosas que habitualmente se tem dos ciganos enquanto grupo étnico, e não em factos concretos, importantes ao caso e individualmente relacionados ao arguido, como deve ocorrer em casos envolvendo medidas de privação de liberdade¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Em outro caso semelhante, fora igualmente determinada a aplicação da medida de coação de prisão preventiva a indivíduo cigano, alegadamente porque “o modo de vida do arguido [seria] pouco estável, atenta a mobilidade que caracteriza a etnia cigana e do receio de aplicação de uma pena elevada”. Em recurso, o arguido contestou a aplicação da medida baseada na dita “mobilidade cigana”, fundamento que considerou inaceitável do ponto de vista jurídico sob pena de inconstitucionalidade face o princípio da igualdade previsto na Constituição Portuguesa. Negado provimento ao recurso pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o arguido interpôs novo recurso, agora ao Tribunal Constitucional, cujo entendimento foi de que a decisão recorrida não havia se baseado na pertença à etnia cigana – entendendo ter sido relevante para a decisão, tanto a atividade profissional e modo de vida do arguido que o leva a viajar ou a deslocar-se frequentemente, como o receio de perturbação do inquérito, situações que não teriam relação com a origem étnica do arguido. Diante disso, o arguido apresentou reclamação para conferência, sem ter, contudo, segundo o Tribunal Constitucional, apresentado fundamentos para tanto, motivo pelo qual o Tribunal Constitucional confirmou a decisão reclamada, renovando os argumentos no sentido de que a não houvera qualquer violação no entendimento

2.2.4. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 252/09.OPBBGC.S1¹⁸⁷

Este acórdão foi proferido num processo-crime por abuso sexual de criança, envolvendo pessoas de etnia cigana (o arguido, de vinte e um anos, e a ofendida, de onze anos). Em primeira instância, o arguido havia sido condenado na pena de seis anos e no pagamento de uma indenização à ofendida. Perante o Supremo, o arguido pedia apenas a redução da medida concreta da pena, invocando, para tal, entre outros argumentos: que não mantinha há muito relações com pessoas de sua etnia, as quais possuem um estilo de vida e uma forma de estar diferente da sua (o que foi confirmado pelo relatório social); o facto de as pessoas de etnia cigana iniciarem a sua vida sexual ainda muito jovens, como confirmado pela própria mãe do arguido, que havia sido mãe aos treze anos de idade (com marido de mais de quarenta anos); e, relacionado com este ponto, o facto de que a decisão recorrida não levara em conta na determinação da pena a circunstância de que tanto ele como a ofendida eram de origem cigana, com valores e costumes diferentes da cultura dominante. O Supremo rejeitou liminarmente o argumento de que a vida sexual se inicia mais cedo entre pessoas de etnia cigana. Para tanto, ressaltou que “[a] lei é de aplicação geral e abstracta[,] para todo o país, merecendo a tutela inscrita no art.º 171.º[,] do CP todas as crianças até aos 14 anos não exceptuando as de qualquer raça ,o que conduziria a um tratamento diferenciado [em] flagrante oposição com princípios constitucionais estruturantes do Estado de direito[,] particularmente o da igualdade com tradução no art.º 13.º[,] da CRP”. Além disso, o Tribunal considerou não ter estado demonstrado que a ‘etnia cigana’ tolerasse ou desculpabilizasse quem abusa sexualmente de crianças (o que seria demonstrado pelo pedido de indenização pelos genitores da ofendida) e que o argumento de que se dissociara da ‘etnia cigana’ seria irreconciliável com eventual benefício do que denominou ‘suposto amolecimento étnico e ético’ do abuso sexual de crianças. Ao fim, o Supremo concedeu parcial provimento ao recurso, tendo reduzido a pena de prisão de seis para cinco anos, pela circunstância de ter sido da menor que partira a iniciativa de enviar ao arguido mensagem propondo-lhe encontrarem-se no meio da noite às escondidas.

Neste caso, interessa-nos a utilização e o efetivo enfrentamento dos argumentos culturais a envolver tradições e costumes ciganos – os quais, pela fórmula adotada para resolução, embora não tenham sido objeto de uma apreciação muito extensa, foram analisados diretamente sob o princípio da igualdade. Ainda assim, como notou Jerónimo (2020c) em sua análise do caso, o Supremo pareceu

recorrido, nem expressamente, nem implicitamente. Também neste outro caso, portanto, não foi enfrentada a questão da generalização trazida em decisão do primeira instância e contestada diretamente pelo recorrente. Ver Acórdão do Tribunal Constitucional, de 14 de abril de 2004, proferida no processo n.º 243/04, disponível em <https://tinyurl.com/y97ajr4> [12.06.2021].

¹⁸⁷ Disponível em <https://tinyurl.com/6yknu7cc> [14.06.2021].

incorrer de partida em equívoco ao basear-se na lógica da igualdade racial entre as vítimas de abusos sexuais para rejeitar os argumentos de cariz cultural. Todavia, como Jerónimo bem observou, o Supremo sequer precisava ter adotado a via da igualdade para rejeitar o argumento cultural, pois o próprio arguido se afirmara afastado das pessoas da sua etnia e do seu modo de vida¹⁸⁸. Ressaltamos, também, que o Supremo tenha, ao fim, quando tratou da redução da condenação do arguido de seis para cinco anos, considerado relevante a circunstância de ter sido da menor de quem partiram mensagens propondo o(s) encontro(s). Ao valorar esta situação para o fim de reduzir a pena, o Supremo agiu a nosso ver contraditoriamente, tanto pela irrelevância de eventual consentimento da vítima em casos como o em análise, como pelo próprio argumento cultural de suposta iniciação precoce da vida sexual pelos ciganos, do qual tanto buscou desviar-se ao longo da decisão¹⁸⁹.

2.2.5. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 666/06.8TABGC-K.S1¹⁹⁰

Este acórdão foi proferido no quadro de processo criminal relativo a tráfico de estupefacientes imputado a pessoa cigana. A arguida foi condenada, efetuado o cúmulo das penas aplicadas no processo, na pena única de treze anos de prisão. Inconformada com a decisão, a arguida recorreu, sustentando, em suma, que para a pena que lhe fora aplicada teria sido utilizado “um critério puramente matemático, fixando a pena máxima” de suas duas condenações. Arguiu, ainda que, pelo princípio da igualdade previsto constitucionalmente, não poderia ser prejudicada por sua raça ou condição social, mas “é de etnia cigana, sendo de humilde condição social e com baixa escolaridade”, o que não fora sopesado no acórdão, que “não teve em consideração, que de facto os elementos de raça cigana pensam e agem de

¹⁸⁸ De modo que, como Jerónimo (2016, pp. 326-328) nota, fosse aplicado nesta situação o triplo teste feito por Renteln, facilmente se afastaria a *cultural defense* do caso concreto, não estando preenchido o primeiro requisito, de pertença, do indivíduo ao grupo cuja tradição é invocada. Jerónimo salienta, ainda, que, nesse caso, o argumento cultural seria rejeitado mesmo que admitíssemos estar preenchido o segundo requisito, a existência da tradição invocada – apesar de que, pelos dados disponíveis no acórdão, parece que sequer aventada a possibilidade de chamar a juízo um perito que elucidasse o tribunal sobre a existência de uma tal tradição envolvendo o casamento de menores de 14 anos.

¹⁸⁹ Em sentido semelhante, há outro caso, relativo a processo-crime por rapto e abuso sexual de criança, envolvendo um grupo de arguidos em coautoria, igualmente contra ofendida de 11 anos – todos, arguidos e ofendida, de etnia cigana. Neste segundo caso, a situação envolvia o rapto da menor para o fim de realização de casamento nas tradições ciganas, motivo pelo qual nem todos arguidos (eram cinco) foram condenados por abuso sexual. No processo, de forma geral, mas especialmente nos factos dados como provados, há uma série de referências sobre a pertença à etnia cigana, suas tradições e hábitos, inclusivamente sobre o exame de virgindade realizado na ofendida antes do evento do casamento praticado. No recurso do arguido que foi analisado pelo Tribunal da Relação, alegava-se não ter havido rapto da menor, mas sim sua fuga, por livre vontade, para casar-se com o outro arguido. O Tribunal considerou que a versão era fantasiosa e que se contrariava totalmente as declarações da menor, que negava ser da sua vontade o casamento e confirmara a descrição dos factos da acusação. Assim, foi mantida a condenação do arguido. Neste outro caso, chamou atenção terem sido elaborados relatórios sociais, sendo que, entre os factos dados como provados, fora estabelecido, que “[t]odos os arguidos [eram] de etnia cigana e, vivendo norteados pelos costumes ancestrais dessa etnia, revela[va]m ausência de consciência crítica perante a gravidade dos factos[.], designadamente, perante a sujeição da menor [ao] ritual referido, que reputam de normal no quadro das tradições e costumes de tal etnia”. Apesar da afirmação, nota-se não haver menção específica sobre a atuação de peritos/estudiosos ou de pessoas do mesmo grupo étnico-cultural para confirmar ou negar as questões trazidas ao caso – o que especificamente não chega a ser problemático, porque as provas presentes e a própria idade da ofendida permitiram uma tal solução sem que fosse necessária uma análise mais profunda das questões culturais presentes. Não fosse esta a situação, o enfrentamento a fundo dos argumentos culturais poderia ser imprescindível para chegar a uma solução. Ver Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de setembro de 2010, proferido no processo n.º 557/09.0JAPRT.C1, disponível em <https://tinyurl.com/4bxcj3> [15.06.2021].

¹⁹⁰ Disponível em <https://tinyurl.com/25wh6kn2> [14.06.2021].

modo diferente dos restantes indivíduos, e a arguida foi condenada com maior austeridade”. Pelo todo, a arguida pugnavia a redução do tempo de prisão.

O Supremo enfrentou estes argumentos, lembrando que o critério de determinação da medida da pena conjunta do concurso se dá em função da culpa do agente e das exigências da prevenção, inexistindo, pois, qualquer critério aritmético ou matemático na determinação da medida concreta da pena. Nesse sentido, o Supremo ressaltou que a arguida foi julgada e condenada anteriormente por autoria de um crime de tráfico de estupefacientes na pena de oito anos de prisão, quando já havia sido condenada por vários outros crimes. O Supremo, assim, rejeitou o argumento de violação do princípio da igualdade perante a lei, ressaltando terem sido, pelo contrário, cumpridos os ditames constitucionais na administração da justiça – e salientando que o princípio da igualdade seria, sim, violado se, em qualquer instância, viesse a considerar que “de facto os elementos de raça cigana pensam e agem de modo diferente dos restantes indivíduos”, pois significaria discriminar negativamente em razão da etnia. Ainda assim, o Supremo entendeu, após ponderação conjunta dos factos e da personalidade da arguida, ser justa e adequada a redução da pena para onze anos de prisão em vez dos treze a que houvera sido condenada anteriormente.

Embora o argumento cultural apresentado envolvesse raciocínio extremamente problemático, considerando o contexto em que foi apresentado, o acórdão mostra-se relevante porque o Supremo efetivamente veio a enfrentar a matéria, tratando, não apenas do argumento cultural como da importante questão da discriminação negativa, ainda que não o tenha feito de forma muito elaborada. Não é surpresa, por isso tudo, que o Supremo, embora tenha enfrentado e elucidado a questão, não tenha adentrado muito no argumento, vindo apenas a negar que um tal raciocínio fosse aceitável, inclusive constitucionalmente. Para além destas questões, o acórdão também é relevante porque, pela pesquisa realizada, não é incomum que sejam ignorados argumentos semelhantes, em situações que, ao contrário desta, os argumentos trazidos seriam de facto razoáveis e poderiam levar a importantes debates.

2.2.6. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de março de 2012, proferido no processo n.º 783/11.2TBBRR.L1-1¹⁹¹

Este acórdão foi proferido no quadro de um processo de promoção e proteção de menor de etnia cigana de 14 anos de idade que se encontrava em situação de abandono escolar. O processo foi instaurado pelo Ministério Público, que considerou que a menor estava em situação de perigo quanto a sua formação escolar e social. Não houve acordo com os pais sobre medida de apoio, porque os mesmos

¹⁹¹ Disponível em <https://tinyurl.com/ua5ucd4k> [15.06.2021].

acreditavam que, de acordo com os costumes ciganos, após a menarca, ela ‘estaria obrigada a deixar a escola para preservar a sua pureza’. Em primeira instância, determinou-se o arquivamento. Considerou-se que a menor não se encontrava em situação de perigo, porque integrava de forma adequada um agregado familiar de etnia cigana, com regras e princípios culturais próprios, tendo sido determinado, naquela instância que, com base na diferença cultural, a recusa da inserção escolar não configuraria desproteção ou incapacidade dos genitores e não justificaria a excecional intervenção do Estado.

O Ministério Público recorreu da decisão ao Tribunal da Relação de Lisboa, alegando que deveriam ser tomadas medidas para assegurar que a menor continuasse a frequentar o ensino obrigatório, independentemente da pertença a etnia cigana, como forma de proteger seu desenvolvimento integral contra formas de abandono, discriminação e opressão contra o exercício abusivo da autoridade familiar e institucional. A família da menor contrapôs o recurso, argumentando que a menor era muito ligada às tradições ciganas e não estava em perigo – mas que a medida de intervenção, por outro lado, poderia significar perigo para sua saúde emocional. O Tribunal da Relação de Lisboa revogou a decisão recorrida, fazendo uso das mesmas razões que tiveram sido apresentadas pelo tribunal *a quo*, mas chegando a conclusão diversa. Para o Tribunal da Relação, as razões culturais aduzidas, sobretudo a da preservação da pureza da menor, não se sobrepunham ao imperativo constitucional que obriga os jovens nacionais a frequentar a escolaridade obrigatória. Ao rejeitar os argumentos culturais – e, mesmo, repudiando claramente o argumento-chave de cariz cultural assentado na pureza da menor – para determinar que o abandono escolar fosse justificado, o Tribunal não ignorou as questões culturais trazidas. O Tribunal da Relação ponderou que o respeito aos direitos culturais e, mesmo, à pureza da menor, não excluiria o respeito à escolaridade obrigatória, cujo objetivo é justamente a maior proteção das crianças e jovens. Ainda assim, a medida de apoio acolhida não foi a de que a menor frequentasse a escola e concluísse a escolaridade, mas de que fosse feito um trabalho pedagógico para que os genitores compreendessem a necessidade da conclusão da escolaridade obrigatória.

Este caso é relevante porque foram apresentados argumentos culturais e, tanto em primeiro, como em segundo grau, os mesmos foram, de facto, objeto de apreciação – de forma relativamente extensa. Como notou Jerónimo (2020d), ao analisar o caso, chama atenção que os mesmos argumentos levaram a resultados diferentes em uma em outra instância. Apesar da informação cultural trazida a juízo por meio do relatório social e das declarações prestadas pelos genitores, nada no texto do acórdão sugeriu que qualquer dos tribunais tenha ouvido peritos ou consultado outras fontes para apurar a veracidade dos argumentos culturais avançados relativamente às tradições envolvendo o abandono escolar por ocasião da menarca. Nas duas instâncias, foram dadas como assentes as questões culturais

apresentadas relativamente aos costumes ciganos, de modo que o carácter distintivo da etnia cigana como comunidade/povo fora assumido por ambos os tribunais – sendo relevante, apesar disso, que o Tribunal da Relação tenha referido que as realidades sociológicas não são estáticas e que é possível fazer um trabalho pedagógico junto das pessoas de etnia cigana para que se mude a perceção relativa à escolaridade obrigatória¹⁹².

2.2.7. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de maio de 2017, proferido no processo n.º 135/14.2GAVFR.P1¹⁹³

Este acórdão foi proferido no quadro de processo criminal envolvendo o crime de burla, de roubo e detenção de arma proibida atribuídos a seis coarguidos de etnia cigana. Condenados, cada um dos arguidos, de acordo com sua participação, apresentaram recurso, focando, em síntese, na impugnação, por insuficiência, da matéria de facto quanto à determinação da autoria dos crimes, inclusivamente em violação ao princípio *in dubio pro reo*. Ao recurso dos arguidos, seguiu-se recurso do Ministério Público, que buscava a condenação de determinados arguidos também por burla qualificada, bem como a condenação dos que haviam sido absolvidos e a majoração ou agravamento das penas dos arguidos condenados, tendo o Ministério Público argumentado, para este efeito, que “o alarme social é especialmente elevado quando se trata de crimes praticados por elementos de minorias étnicas, que são vistos pela generalidade das pessoas como vivendo à margem da sociedade e obedecendo a códigos próprios, gerando maiores sentimentos de insegurança”. O Tribunal da Relação negou provimento aos recursos, ressaltando que não havia qualquer dúvida sobre a autoria do crime – mas afastando-se, de qualquer forma, da argumentação trazida pelo Ministério Público. Nesse sentido, o Tribunal veio a ressaltar que “[o] facto de os arguidos serem ciganos é totalmente irrelevante como factor de agravamento da insegurança social, em comparação com o que resultaria da prática dos mesmos crimes nas mesmas circunstâncias, por grupos de pessoas [que] pertencessem a qualquer outro grupo ou comunidade”. O Tribunal ainda asseverou: “o que está em causa na nossa avaliação [de] prevenção

¹⁹² Em outro caso muito semelhante, buscava-se a medida de protecção relativamente a menor de dezasseis anos cigana que abandonara a escola, segundo as tradições ciganas e que havia sido emancipada pelo casamento¹⁹². Por conta de sua emancipação, todavia, não foi considerado possível aplicar-lhe a medida de protecção, o que foi objeto de recurso pelo Ministério Público, que buscava a adoção da medida independente disso. A questão do casamento pela menor ou da tradição cigana em si não foi tratada na decisão propriamente, embora tenha sido levantada pelo Ministério Público, que equiparara a própria situação de a menor ter-se casado (o ‘casamento precoce’) a um fator de risco ou potenciador de perigo, comparando a situação do caso com a de uma menor que vivesse em união de facto – já que a segunda continuaria a ser detentora de protecção por parte do Estado, enquanto a primeira não, e que esta diferença de tratamento seria resultado apenas da natureza jurídica (e respetivos efeitos) de cada uma das uniões. Em razão de terem utilizado a via dos efeitos da emancipação por via do casamento para solucionar o caso, deixou-se de adentrar na questão da alegada tradição cigana segundo a qual, diante do casamento, se deixaria de frequentar a escola. É certo que a via escolhida bastou para encerrar o assunto e confirmar a decisão do tribunal *a quo* e que o foco do acórdão não estava no casamento em si. Ainda assim, não deixa de surpreender o facto de que, por meio do casamento, a menor, à época com 16 anos, tenha deixado de contar com protecção do Estado, protecção esta que teria como objetivo a protecção justamente a pessoas que, pela idade, são mais vulneráveis – e, no caso, salienta-se: duplamente vulnerável, uma vez que a adolescente pertencia a uma minoria étnica. Ver Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de maio de 2017, proferido no processo n.º 1341/17.3T8MTS.P1, disponível em <https://tinyurl.com/npxpd754> [17.06.2021].

¹⁹³ Disponível em <https://tinyurl.com/3p7mmwx> [17.06.2021].

geral tem menos a ver com o sentimento social face a estes crimes, que avaliamos num patamar de normalidade, do que com a necessidade de fazer sentir no seu meio comunitário, nas pessoas com quem planearam e praticaram os crimes, nas pessoas que com eles convivem, que estas acções têm repercussões graves e que as normas protectoras de valores fundamentais são para respeitar. E isto é válido para qualquer comunidade de pessoas, independentemente da sua origem ou pertença social”.

Neste acórdão, chama atenção a linha de argumentação que o Ministério Público defendeu no sentido de relacionar a pertença à etnia cigana com o fator de agravamento da insegurança social – o que, que, arguiu, deveria refletir em maior severidade da pena. Ao expor tal tese, o Ministério Público partiu de uma grave generalização que envolve não apenas os ciganos, mas as minorias como um todo. É interessante observar que, mesmo ao decidir contrariamente aos recursos dos arguidos, o Tribunal tratou de afastar, de modo muito direto e explícito, o argumento apresentado pelo Ministério Público, desabonando-o por completo. É igualmente interessante, ainda que não tenha maiores reflexos sobre o desfecho do caso, que, ao rechaçar o argumento do Ministério Público, o Tribunal da Relação adotou uma abordagem mais alinhada com noções da igualdade de tratamento do que com a da proteção das minorias – o que de qualquer forma não chega a ser uma surpresa, dado que, pelo visto, é esta mesmo a fórmula que vem sendo adotada em casos semelhantes.

2.2.8. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2017, proferido no processo n.º 355/15.2T9VFR.P1.S1¹⁹⁴

Este acórdão foi proferido no quadro de processo criminal em caso envolvendo, entre outras práticas, o crime de tráfico de pessoas, o crime de violência doméstica e múltiplos crimes de violação. Os arguidos, casados conforme os costumes ciganos, e a ofendida, eram ciganos. Os arguidos foram condenados, em coautoria, pela prática do crime de escravidão, na pena de sete anos e seis meses de prisão cada um, além de terem sido condenados ao pagamento de indenização à vítima. O marido também foi condenado pelo crime de falsas declarações. Na sequência do recurso interposto pelo Ministério Público, o Tribunal da Relação do Porto agravou a pena a ambos os arguidos pela prática do crime de escravidão para nove anos e seis meses de prisão. Em recurso ao Supremo, a única questão suscitada pelos recorrentes dizia respeito à medida de pena aplicada pela prática do crime de escravidão, para a qual pugnavam fosse aplicada a pena da decisão anterior.

Foram estabelecidos como factos provados que os arguidos transportaram do exterior uma menor de 12 anos para Portugal e a mantiveram, em seu domicílio, sem seu consentimento e contra

¹⁹⁴ Disponível em <https://tinyurl.com/axfhf4y> [17.06.2021].

sua vontade, por meio de graves ameaças contra sua integridade física e de violência de facto, além da retenção de seus documentos de identificação, obrigando-a a mendigar, a praticar furtos (com intenção lucrativa) e a se ocupar de todas as atividades da casa, inclusive lavar as roupas e cozinhar para o agregado familiar, além de cuidar, a todo tempo, de cinco crianças, e de ter sido continuamente obrigada a ter relações sexuais e contactos de natureza íntima com indivíduo(s) daquele agregado. Como consequência das relações sexuais a que fora obrigada, a menor engravidou e teve uma filha, ocasião em que foi levada até um hospital onde a fizeram passar pela arguida (porque a ofendida encontrava-se, à sua revelia, em situação irregular em Portugal). Na sequência, os arguidos obrigaram que a ofendida abandonasse a criança, tendo-lhe sido ainda exigido que aceitasse a colocação de implante anticoncepcional.

Para fins de decidir a questão da pena, o Supremo avaliou os factos dados como provados, bem como a personalidade dos arguidos, sublinhando para tal uma alegação dos mesmos, que não fora renovada no recurso para o Supremo Tribunal, no sentido de que “muitas das coisas [relatadas] em relação à ofendida [se] processariam de acordo com as ‘leis ciganas’” ao que o Tribunal da Relação respondera que “face à importância do bem jurídico [protegido], não há qualquer justificação para que se limite a protecção da infância e a liberdade de autodeterminação sexual das crianças em face de direitos culturais, em nome da dignidade da pessoa humana, pelo que devem prevalecer os direitos da criança, em detrimento dos eventuais hábitos culturais da raça cigana, invocados pelos arguidos para justificar o seu comportamento”. O Supremo corroborou tal entendimento, salientando a gravidade dos atos perpetrados pelos arguidos contra a ofendida, “submetendo-a a um tratamento desrespeitoso da sua dignidade enquanto ser humano, da sua personalidade e auto-estima e reduzindo-a à condição de escrava”. Na sequência, o Supremo considerou “[o] grau de ilicitude do comportamento dos arguidos [como] elevado, sendo merecedor de um forte juízo de censura”. Ainda, o Supremo considerou que, apesar de indiscutível que a pertença dos arguidos à etnia cigana não poder ser utilizada para justificar seus atos, a mesma pertença não pode ser ignorada – ou o facto de que a própria mãe da menor, também cigana, a entregou duas vezes a terceiros – quadro que o Supremo considerou “revela[r] uma situação pautada por alguma degradação moral geradora de alguma displicência, lassidão ou afrouxamento na observância dos valores sociais, éticos e normativos vigentes”. Considerando este todo, o tribunal *ad quem* reputou que, como os arguidos não tinham antecedentes criminais em Portugal e encontravam-se, antes de presos, razoavelmente inseridos socialmente, seria adequado reduzir suas penas para oito anos aplicáveis a cada um em vez dos nove anos e seis meses que havia sido estipulado.

Neste acórdão, embora não tenham sido trazidos para o Supremo os argumentos culturais, os mesmos foram levados em consideração para fins de decisão, especificamente para avaliar e definir a pena dos arguidos, justamente o objeto do recurso. Embora o Supremo tenha reprovado a anterior tentativa dos arguidos de justificar os atos praticados como parte da cultura e da ‘lei cigana’, ao ponderar a gravidade do todo praticado, o Supremo afirmou que a pertença à etnia ou à cultura cigana não poderia ser ignorada – ao que tudo indica, relacionando tal pertença à “degradação moral geradora de alguma displicência, lassidão ou afrouxamento na observância dos valores sociais, éticos e normativos vigentes”. Causa confusão e grande surpresa que o Supremo tenha proferido decisão que, de um lado rechaça o argumento cultural em prol do princípio de proteção universalista contra a escravidão (ainda que corroborando entendimento do Tribunal da Relação em que foi feito uso do termo ‘raça cigana’), mas que de outro lado contém teor abertamente generalizador e preconceituoso, uma vez que relaciona os factos praticados à suposta ‘degradação moral’ de que ciganos padeceriam. Esta última linha argumentativa, além de ser problemática, também causa estranheza dentro da lógica da decisão, uma vez que a pena acabou por ser, de facto, reduzida.

3. Decisões envolvendo pessoas negras/de origem africana

3.1. Apreciação global

O mais evidente nos acórdãos analisados foi a visão das pessoas negras/de origem africana como um ‘outro’ que, apesar de estar presente, causa estranhamento, situação que pode ser ilustrada pela generalização de sua fisionomia (oriunda ou não de uma falta de familiaridade), que inclui a identificação criminal de indivíduos, por parte autoridade policial ou pela comunidade, com base justamente nesta visão generalizadora (talvez decorrente desta falta de familiaridade, talvez não). Em sentido semelhante, outra situação que se destacou foi a presença de noções confusas sobre preconceito e racismo, especialmente no que diz respeito a suas nuances e formas. Relativamente ao racismo na forma flagrante contra esse grupo, no caso que pudemos analisar (que ficou conhecido pelo homicídio de Alcindo Monteiro), não foi possível verificar confusões semelhantes, tendo-se abordado o racismo de forma bastante direta, embora sem muitas elaborações. No mesmo sentido, também foi possível verificar, em ao menos um acórdão, a presença de preconceito contra pessoa negra/de origem africana vinculado a uma noção do ‘outro’ como perigoso, no caso, por conta de sua origem imigrante (apesar de ser, à altura, residente há mais de vinte anos no país) e, supostamente, por possuir parentes e amigos a viver em outros países em diversos continentes.

3.2. Seleção de casos ilustrativos

3.2.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 1997, proferido no processo n.º 97P1203⁹⁵

Este acórdão foi proferido no âmbito do emblemático processo criminal que veio a abranger o homicídio de Alcindo Monteiro, por *skinheads*, em 1995, além de outras várias agressões, desferidas pelos mesmos arguidos a uma série de vítimas unicamente pelo facto de serem pessoas negras. Os dezanove arguidos foram acusados, em coautoria material e concurso real, na forma consumada de um crime de genocídio, dez crimes de ofensas corporais e um crime de homicídio qualificado. Em primeira instância, foi considerada a acusação improcedente na parte que imputava a prática de crime de genocídio, condenando os arguidos, de acordo com sua participação, aos crimes de ofensas corporais e de homicídio qualificado. Nota-se, da leitura do acórdão, que as penas de cada um dos condenados variaram entre os dois anos e seis meses e os dezoito anos de prisão, a depender de sua conduta comprovada, entre outros factos relevantes (como a situação de, na maioria dos casos, não terem esboçado arrependimento). Entre os factos dados como provados, é particularmente relevante: que os arguidos, à exceção de dois deles, acordaram em atacar com violência física todos os negros por quem passassem nas ruas que fossem percorrendo no dia em que durante o Estado Novo comemorava-se o ‘Dia da Raça’ e que, como resultado disso, pelo menos uma dezena de vítimas foi agredida e espancada, sendo uma delas até a morte; que se tratava de um grupo de pessoas que tinha em comum a simpatia e o culto pelo nacionalismo e pelo racismo, exaltando o fascismo e o nazismo e apontando Salazar e seu regime como modelo a ser seguido; que os indivíduos acreditavam na superioridade da ‘raça branca’ e na inferioridade da ‘raça negra’ e, nesse contexto, não admitiam a ‘mistura de raças’; que eram contra a imigração em Portugal relativamente a indivíduos negros, especialmente os oriundos das ex-colónias e, para este fim, defendiam a expulsão de todos os indivíduos negros de Portugal; que os arguidos tinham em sua posse “diversa literatura, manuscritos, autocolantes e outros apontamentos alusivos aos ideais que todos os arguidos perfilha[va]m e destinados à difusão das suas ideias xenófobas e incitamento a actuações de violência colectiva”, com dizeres como: “A nossa religião é a nossa raça - Orgulho Branco”, “Poder Branco”, “Imigração não, obrigado”, “Poder Branco” e “Portugal Livre de Pretos”.

Os arguidos recorreram, a depender da participação de cada um, por diferentes razões. Destacamos, para os fins que nos interessam, as seguintes: nulidades, insuficiência da matéria de facto para a decisão, existência de erro notório na apreciação da prova, ausência de dolo por não se prever ou por não se buscar o resultado de morte, violações à liberdade de expressão e informação e à liberdade

⁹⁵ Disponível em <https://tinyurl.com/3yfd3yzd> [18.06.2021].

de consciência, de religião ou de culto, além de pedidos relacionados à atenuação de penas ou, ainda à negação da prática dos crimes e/ou à sua reclassificação para o crime de rixa.

O Supremo considerou que os recorrentes confundiam, em seus recursos, a motivação probatória com a qualificação jurídica dos factos, além de verem ausências de motivação das conclusões de facto onde não havia, pois presentes no acórdão as devidas indicações das fontes probatórias, inclusivamente com relação a cada uma das testemunhas. O Supremo também esclareceu também não ter havido qualquer caso de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, ou, ainda, contradição insanável da fundamentação ou erro notório na apreciação da prova. Com relação ao argumento dos recorrentes de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada por falta de descrição concreta das ações (autor, modo e efeitos) de cada agente em cada uma das agressões, o Supremo considerou que os agressores concorreram para a realização das ofensas físicas, motivo por que todos e cada um responderiam pelas ações, não sendo necessária a descrição de cada conduta até o ínfimo pormenor – ainda assim, o Supremo notou que o acórdão recorrido incluía descrições de todos os factos definidores da comparticipação dos arguidos nos crimes em que foram condenados sem quaisquer contradições ou confusões relativas às causas apresentadas. Além disso, o Supremo definiu que o dolo direto dos arguidos foi especialmente verificado, pois “sua resolução criminosa começou a formar-se antes dos acontecimentos”. O Supremo salientou que eventual violação do princípio *in dubio pro reo* apenas poderia ser verificada se houvesse dúvida irremovível sobre determinado facto, o que não ocorrera no acórdão recorrido. Quanto à alegação de violações aos direitos, liberdades e garantias pessoais relativos ao direito de expressão, de informação e a liberdade de consciência, de religião e de culto, em razão de “vários juízos de censura a propósito das ideias dos arguidos, suas preferências literárias e políticas, bem como, inclusive, relativamente à forma de vestir ou de calçar”, o Supremo estabeleceu que o acórdão recorrido limitou-se a narrar os factos provados com relevo para a definição dos factos ilícitos típicos e suas circunstâncias atenuantes e agravantes (para as quais suas ideias literárias e políticas, bem como suas vestimentas tiveram papel essencial), como impõe o Código de Processo Penal. O Supremo ainda salientou que em nenhum momento o acórdão aludiu à religião e ao culto dos arguidos ou à sua liberdade de consciência. Nesse sentido, o tribunal ad quem repisou ser “dever dos tribunais condenar os ideais racistas, pois eles administram a justiça em nome do povo e a nossa sociedade é multirracial[.] Se a Lei Fundamental condena o racismo, todos devemos condenar o racismo, porque, em democracia, a Constituição é a expressão da vontade popular”. Com relação à reclassificação para o crime de rixa, o Supremo considerou que os arguidos agiram em comunhão de esforços em locais e momentos diferentes para agredir vários indivíduos que sequer tiveram a chance

de responder às agressões, de modo que apenas houve agredidos e um homicídio de um lado e agressores bem identificados de outro, sem que se pudesse sequer cogitar situação de rixa. O Supremo considerou serem muito elevados os graus de ilicitude dos factos e da culpa dos arguidos e que o tribunal *a quo* valorara corretamente as circunstâncias, negando provimento aos recursos dos arguidos, mas reduzindo suas penas. Assim, a pena mais leve passou, dos dois anos e seis meses, para um ano e quatro meses; e a pena mais severa, dos dezoito anos, para os dezassete anos e seis meses de prisão.

Este acórdão é relevante para o presente estudo em razão não apenas da enorme repercussão deste caso e de sua importância simbólica, considerando-se os debates sobre racismo em Portugal, mas principalmente por ser um dos primeiros casos a tratar do tema do racismo de forma aberta e em termos mais atuais. Nota-se que as penas anunciadas na decisão de primeira instância haviam sido consideradas duras para os padrões portugueses e que este caso foi acompanhado nacionalmente e internacionalmente, dada a brutalidade dos factos (Almeida, 2015, p. 112). Para além dos comentários do Supremo sobre o racismo e sobre seu necessário combate, tanto pela sociedade, como pelas leis, chama atenção neste acórdão o facto de os arguidos terem buscado, considerando o todo, alegar violações a seus direitos, liberdades e garantias pessoais relativos ao direito de livre expressão, informação e consciência, religião e culto por conta de supostos juízos de censura sobre suas ideias, preferências literárias e políticas e sua forma de vestir. Estas alegações foram prontamente afastadas pelo Supremo, que considerou que na verdade estes elementos, em conjunto com os factos apurados, serviram para reforçar o ânimo dos arguidos relativamente às agressões perpetradas. Não é incomum que tal argumento seja explorado em situações envolvendo a difusão de ódio racial¹⁹⁶. Todavia, neste caso, a presença do argumento é especialmente interessante por parecer estar completamente deslocada, diante do grave contexto de homicídio e de agressões físicas em que foi abordado. Ainda, é relevante ter em conta, sobre o enquadramento inicial do crime na figura do genocídio, o que ocorreu *in casu*, por ser, à época, a forma pela qual a legislação permitia a punição em relação a crimes de homicídio em que a discriminação fosse fator determinante – porque o crime de discriminação racial era previsto em conjunto com o de genocídio no artigo 189.º do Código Penal então vigente, o que só viria a ser mudado por efeito da reforma do Código Penal de 1995, quando o crime de genocídio foi autonomizado do crime de discriminação, constando hoje do artigo 8.º da lei penal, relativa ao Direito internacional humanitário (APAV, 2018, p. 59).

¹⁹⁶ Nesse sentido, ver processo n.º 48/12.2YREVR (disponível em <https://tinyurl.com/25yx7zr7> [18.06.2021]), processo n.º 48/12.2YREVR.S1 (disponível em <https://tinyurl.com/ym8rmyj9> [18.06.2021]) e processo n.º 5759/07.1TDLSB.L1-3 (disponível em <https://tinyurl.com/cx5kpw4a> [18.06.2021]), alguns dos quais nos deparamos ao longo da pesquisa e vêm a abordar a questão do ódio racial e da discriminação, que se busca justificar pela liberdade de expressão, mas sem envolver indivíduos específicos e, a nosso ver, sem conter propriamente os argumentos de cariz cultural objetos do presente estudo.

3.2.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 2003, proferido no processo n.º 03P3201¹⁹⁷

Este acórdão foi proferido no quadro de um processo criminal relativo a abuso sexual de criança imputado a indivíduo de origem africana. O arguido foi condenado por abuso sexual de criança (sua filha, à época do início dos atos, com nove anos) agravado, na forma continuada, na pena de dez anos de prisão. Inconformado, o arguido recorreu, buscando: o desconto na pena do período em que esteve em prisão preventiva; a nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público; a redução da pena que lhe fora imposta, entendendo que deveria ser condenado a pena de prisão muito próxima do limite mínimo, sob o argumento de que teriam sido desconsiderados três fatores relevantes para a determinação da pena, que explicariam seu comportamento – primeiro, a própria vítima ter dito que não queria ver o pai na cadeia, segundo, o contexto vivencial do arguido e sua família, de origem cabo-verdiana, que vivia em uma barraca de ‘bairro de lata’, e, terceiro, a sua cultura africana. Com relação ao desconto da prisão preventiva, o Supremo deu razão ao então ao recorrente.

Por sua vez, o tribunal considerou que, *in casu*, não haveria falar em nulidade, muito menos nulidade insanável. Quanto à medida da pena em si, âmbito em que foram apresentados argumentos culturais pelo arguido, o Supremo Tribunal ressaltou a gravidade dos factos, considerando que, quando dos primeiros atos, a ofendida tinha apenas nove anos e que a reiteração dos abusos traduziam maior grau de ilicitude. O tribunal *ad quem* ainda salientou que, de favorável ao recorrente, apenas se podia registar o facto de ser uma pessoa trabalhadora, mas que as demais circunstâncias invocadas por ele, relativas às circunstâncias em que vivia e, ainda, à sua cultura, não encontravam apoio no elenco dos factos provados – mesmo porque “[a] circunstância de o recorrente ser cabo-verdiano não envolve qualquer diminuição da culpa, pois os deveres dos adultos em relação às crianças, designadamente por parte dos pais, no que concerne ao respeito e protecção de que carecem face à sua situação de fragilidade e limitações decorrentes da sua pouca idade, são assumidos por todos os povos, independentemente das especificidades das suas culturas”. Por fim, o Supremo considerou que não obstante a gravidade do crime, a fixação da pena teria ido para além do que resulta dos critérios legais, sobretudo pelo insignificante relevo dos antecedentes criminais do recorrente. Assim, foi dado parcial provimento a seu recurso, apenas para o efeito de reduzir-lhe a pena para sete anos de prisão.

Este acórdão nos é relevante por conter argumentos culturais utilizados pelo arguido para explicar sua conduta, tendo o Supremo Tribunal devidamente abordado o argumento, abordando-o para fins de avaliação do caso – mesmo que para dizer que não assistia razão ao recorrente. Chama atenção

¹⁹⁷ Disponível em <https://tinyurl.com/4upwy5n9> [19.06.2021].

que a tentativa de justificação dos abusos envolva os modos de vida do arguido e de sua família, suas condições precárias de habitação e a cultura africana, inclusivamente o facto de serem cabo-verdianos, porque este contexto geral poderia estar muito mais relacionado a uma questão sócio-económica do que com a alegada questão cultural que fora brevemente alegada pelo arguido. O argumento não foi objeto de maiores desenvolvimentos ou explicações por parte do próprio interessado, não surpreendendo, portanto, que não tenha sido também elaborado de forma extensiva pelo tribunal. Ainda assim, trata-se de um dos não muitos casos em que o argumento cultural é trazido e não deixa de ser apreciado pelo tribunal – e sem demonstrar preconceitos ou noções generalizadoras –, o que por si só é relevante.

3.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de julho de 2005, proferido no processo n.º 7662/2005-9⁹⁸

Este acórdão foi proferido em um processo criminal, no âmbito de um pedido de recusa do magistrado por alegadas demonstrações de imparcialidade que foram atribuídas pelo arguido a preconceito racial. O autor do pedido, nacional português nascido em solo africano que à época era território português, inconformado com as acusações pelas quais foi pronunciado, apresentou como defesa o facto de ter sofrido injúria racial por parte de um dos assistentes. O requerente alegou prejuízos a seu direito de defesa causados por aquele juízo em razão de: uma série de atrasos em suas audiências (entre uma e duas horas); da suspensão das audiências em duas ocasiões (o que fora justificado, essencialmente, por necessidades horárias do tribunal); e da interrupção do advogado do então arguido na segunda suspensão, quando o advogado estava em meio às suas alegações sob a justificativa de estar tarde, tendo sido ordenada continuação do ato quase um mês depois, sem que lhe fosse possibilitado protesto em ata naquele momento. Em conjunto com tal situação, o autor do pedido de recusa alegou ter se sentido, ao longo do processo, ofendido em sua honra por um conjunto de atitudes que reputava, no contexto, terem cariz racial e que poderiam significar um juízo de pré-condenação e de parcialidade. Ressaltou, nesse sentido, a ocasião de lhe ter sido solicitado que se colocasse ao lado do assistente para suposta comparação de porte físico, a exigência de prova documental da sua nacionalidade – ocasião em que lhe fora reiterada a obrigatoriedade de responder com a verdade –, uma diferença de tratamento para com sua testemunha, em comparação ao tratamento dispensado à testemunha dos assistentes – de novo, sobre a obrigatoriedade de responder com a verdade¹⁹⁹, além de outras situações mais subtis, relacionadas a “jeitos e trejeitos, tons de voz, veemências e não veemências

⁹⁸ Disponível em <https://tinyurl.com/3cann32n> [19.06.2021].

¹⁹⁹ O autor do pedido alegou que a testemunha dos assistentes que não estava presente no momento dos factos e apresentou declarações em desconformidade com outras provas presentes nos autos, sem que nada lhe fosse dito, enquanto que para a testemunha que depunha a seu favor e presenciara o ocorrido, teria havido advertências no sentido de que falsas declarações determinariam instauração de processos criminais.

no discurso”. As alegações de preconceito racial do recorrente foram finalizadas com uma indagação (“sensibilidade eventualmente excessiva?”) que, apesar de confusa no contexto, entendemos ser uma pergunta retórica e que, como se verá adiante, é relevante para a análise da decisão.

O magistrado recusado apresentou resposta ao pedido de recusa, enfrentando cada um dos pontos trazidos pelo requerente. Reputou os atrasos e adiamentos das audiências como normais à época, em razão de diligências e de outras questões, bem como por conta do alto número de processos que teria sob sua responsabilidade, de modo que não se trataria de uma particularidade do caso em pauta. Especificamente sobre o segundo adiamento de audiência, o magistrado alegou que o advogado do requerente teria primeiro “interrompendo, ele próprio, as suas alegações”, quando o magistrado questionara a Funcionária sobre o horário e que, depois disso, quando retomara as alegações para falar da parte civil do caso, de facto fora interrompido por despacho em que se invocou o adiantado da hora e a necessidade de elaboração de outras sentenças, o que não reputava equivocado ou estranho a outros casos, não tendo sido admitido o protesto em ata porque, quando do pedido, a sessão já estaria encerrada, e que nada obstaría que o advogado do requerente solicitasse pedido de prorrogação em momento posterior, dentro das condicionantes legais, caso considerasse haver prejuízos decorrentes do limite temporal das alegações ainda a produzir. Além disso, o magistrado salientou que acolheu o pedido do Ministério Público para comparar a estatura do requerente com a do assistente por considerar de relevância para a prova a fazer – não sendo o caso de ter-lhes comparado as respectivas cores de pele, tendo sido dito pelo magistrado que, se compreendido desta forma por alguém, seria o caso de padecer de “sensibilidade exacerbada às questões ráticas”. Reiterou não ter sido feito pré-juízo sobre a condenação, que a solicitação do bilhete de identidade ao requerente fora feita para verificar outros dados e não para confirmar sua nacionalidade e que a advertência da obrigatoriedade da resposta com verdade às perguntas foi feita em conformidade com o disposto em lei – e que não fazê-lo relativamente a todas as testemunhas não prejudicaria sua imparcialidade. Salientou, a este respeito, que a inquirição das testemunhas fora procedida com absoluta isenção e imparcialidade. Também rechaçou alegações relativas a veemência, tom de voz, jeitos ou trejeitos. Para além de responder a cada um dos pontos trazidos pelo autor do pedido, negando a ocorrência de cada um deles, o magistrado fez um comentário geral que chamou atenção. Alegou que não se poderia insinuar atitudes racistas por parte do Tribunal quando o próprio magistrado “habita[va] em união de facto com companheira neta de pessoa de etnia africana (angolana), ter sintonizado no rádio do seu automóvel no n.º 4, a Rádio África, ter vários CD’s de música africana dos quais é ouvinte habitual, ter residido em Angola e na Guiné Bissau ainda enquanto Portugal, ter nascido na Madeira, que considera[va] como geograficamente África[,] embora [fosse]

juridicamente Europa[,] e ser frequentador uma vez por mês ou uma vez de dois em dois meses de discotecas onde são passados ritmos africanos, como o B'leza, o En'clave, o Jamaica, a Kalua na Costa da Caparica ou o Nell's no Campo Grande, tendo mesmo sido dos primeiros frequentadores de etnia europeia a frequentar o extinto 'X', no CC Dallas, no Porto, onde aí foi apresentado e introduzido por sobrinho do então Presidente da Guiné Bissau[,] aqui se escusando de citar todos os conhecimentos e amizades que tem com pessoas de etnia africana”.

Ao decidir o caso, o Tribunal da Relação ponderou “[n]ão basta[r] um puro convencimento subjectivo por parte de um dos sujeitos processuais para que tenhamos por verificada a suspeição. E também não basta a constatação de qualquer motivo gerador de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz[,] sendo necessário que o motivo seja grave e sério”. A pretensão do autor do pedido de recusa foi considerada “clara e manifestamente infundada, abusiva, até, não só porque não apresenta factos indiciadores, sequer, de a conduta do recusado poder ser considerada suspeita, como aqueles que são apresentados não têm qualquer suporte probatório, tudo se alicerçando em puros subjectivismos. Aliás, é o próprio requerente quem admite a sua hipersensibilidade ante atitudes que considera de expressão racial”. O tribunal *ad quem* ressaltou, ainda, que o simples receio ou temor de que o juiz, em seu subconsciente, já tenha formulado juízo sobre a matéria em apreço não poderia servir como fundamento para sua recusa, sendo essencial a demonstração e a prova de elementos concretos que constituíssem motivo de especial gravidade – pois, de outro modo, “estava facilmente encontrado o meio de contornar o princípio do ju[i]z natural, afastando-o dos autos por qualquer motivo fútil, alicerçado, quantas vezes, em puras fantasias, caprichos, ou menor afeição pela pessoa do julgador”.

Este acórdão nos é relevante sobretudo por conta da argumentação de não-racismo trazida pelo magistrado em sua resposta, mas também pela completa desconsideração da mera hipótese de ter havido, *in casu*, alguma forma de racismo subtil. Independentemente da aparente falta de elementos para de se confirmar a situação de imparcialidade do magistrado por preconceito de cariz racial, parece-nos que os argumentos apresentados pelo magistrado em sua resposta demonstram uma grande falta de familiaridade com as questões relacionadas ao racismo. Percebe-se que a linha argumentativa adotada pelo magistrado (e, depois, também pelo Tribunal da Relação) é aquela que ignora o racismo subtil e o racismo estrutural, deixando de lado, ademais, a possibilidade de sua prática não-intencional. Vindo de operadores do Direito, isso chama atenção, ainda mais considerando que estas formas de racismo são, talvez, as mais presentes nas sociedades atuais. Alegar que se tem apreço por determinada cultura e etnia, que inclusive se tem amigos e namorada daquela etnia, por certo não escusa de atos de racismo. Não é dizer que o magistrado deveria ser recusado no caso concreto, mesmo porque, apesar

dos aborrecimentos pessoais e contratempos processuais que o arguido alegou ter sofrido, os elementos probatórios que, pelo que se percebe do acórdão, estavam presentes no processo, de facto não parecem justificar conclusão no sentido de ter ocorrido imparcialidade de cariz racial por parte do magistrado. Ainda assim, a análise do argumento cultural pelo tribunal *ad quem*, ao qual caberia análise profunda, técnica e imparcial das questões, mostrou-se singela e pouco familiarizada com o tema, inclusivamente ao afirmar que as alegações fundavam-se em puros subjetivismos – quando, embora pudesse de facto não haver outros indicativos de atitudes de preconceito racial, é sabido que boa parte dos elementos do racismo são, hoje, extremamente subtis, e, portanto, marcados justamente pelo subjetivismo.

3.2.4. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de novembro de 2011, proferido no processo n.º 464/10.4PEAMD.L1-5⁰⁰

Este acórdão foi proferido no quadro de um processo criminal em que era imputado em coautoria o crime de roubo a pessoa de origem africana. Inconformado com a condenação na pena de três anos e seis meses de prisão, o arguido apresentou recurso. Alegou, em síntese, que: a testemunha e ofendida houvera referido várias vezes que só havia visto uma parte do rosto do arguido (nariz e olhos) e que não o diferenciava pelo cabelo, como constava no auto de reconhecimento que levou à visualização de fotografias na Polícia Judiciária; que a testemunha e ofendida teve dúvidas quando da identificação, pois não parecia ser a mesma pessoa, mas que os agentes da Polícia Judiciária lhe disseram que era natural haver diferenças, mas que não tinham dúvidas de que se tratava do indivíduo em questão. Assim, o arguido ressaltou não haver qualquer elemento de prova além de uma identificação questionável contra si e que, ademais, ele próprio negava a prática dos factos, não havendo provas suficientes para sua condenação. Aqui, ponderou que “[o] facto de o autor do ilícito ser uma pessoa de cor, e de quem está a ser julgado ser também pessoa de cor, não pode, por si só, levar à condenação desse mesmo agente”. Pelo todo, o arguido pugnou que, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, fossem anulados o acórdão e, consequentemente, sua condenação.

O Tribunal da Relação deu início à apreciação da matéria do recurso chamando atenção ao facto de que “a testemunha, confrontada com a fotografia do arguido, não o reconheceu de imediato como sendo um dos co-autores do crime de que tinha sido vítima, mas [as] autoridades policiais se encarregaram de transmitir-lhe a ideia de que não tinham dúvidas ou de que, como testemunhou mais adiante no decurso da audiência, ‘era muito provável ser este senhor’” – tendo em seguida afirmado que “[m]erece censura este tipo de actuação, pois sendo a prova por reconhecimento muito delicada, é

⁰⁰ Disponível em <https://tinyurl.com/43tykjbk> [19.06.2021].

necessário garantir e preservar a neutralidade psíquica da pessoa que deve proceder à identificação, evitando-se resultados influenciados e pré-constituídos”. Para além disso, o Tribunal da Relação notou que, mesmo diante da insistência da magistrada do tribunal *a quo* na explicação da testemunha sobre como e com base em quais características havia reconhecido o arguido, a testemunha não fora capaz de dar informações congruentes, ora afirmando que o autor dos factos usava boné, ora mencionando ‘carrapitos’ – tendo enfim respondido que fator determinante para o reconhecimento “foi principalmente o rosto”, sem que, ao longo do seu depoimento, tenha logrado especificar, minimamente, quais as notas distintivas do rosto do arguido que permitiram o seu reconhecimento. Por tudo isso, o Tribunal da Relação considerou que se justificava a formulação de “sérias dúvidas sobre a fidedignidade do reconhecimento efectuado na fase de inquérito”. Assim, e tendo em vista que inexistiam outras provas e que o arguido negava a prática dos factos a ele imputados, o Tribunal da Relação considerou, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, que “o tribunal recorrido, que não manifestou dúvidas, forçosamente as deveria ter, em face da fragilidade da prova produzida, assente num reconhecimento com os contornos *supra* enunciados[, motivo por que] entendemos dar como não provada a matéria de facto no que ao arguido respeita e, conseqüentemente, no provimento do recurso, absolver o recorrente”.

Este caso é relevante porque, nele, um arguido é condenado com base em sua etnia e no facto de sua fotografia constar em base de dados da polícia, uma vez que o próprio negara participação no crime que lhe fora imputado e que ausentes quaisquer outros indícios, além do reconhecimento, em seu desfavor. Nota-se que o reconhecimento fora possibilitado basicamente por uma atuação questionável por parte da polícia, refletindo justamente a realidade de que se falou anteriormente relativa ao racismo estrutural e às generalizações que se fazem presentes mesmo institucionalmente. A forma de atuar da polícia, somada à atitude da ofendida apontam, justamente, para a generalização do ‘outro’, a quem se direciona algum nível de estranhamento relativo à fisionomia, de modo que, não raramente, acaba-se por ver este ‘outro’ de forma extremamente homogénea (como se fossem todos iguais). Isso se reflete também nos reconhecimentos em casos policiais que depois chegam ao judiciário – situação que parece reforçar a necessidade de atenção à atuação e ao treinamento policial²⁰¹.

²⁰¹ No mesmo sentido deste acórdão, filtramos outro muito semelhante em que o arguido, negro, igualmente fora condenado em primeira instância apenas com base no reconhecimento e nada mais, mas cujo reconhecimento baseou-se sobretudo em boatos e em comentários de terceiros, e não na atuação da polícia. Neste segundo caso chamou muita atenção o facto de a ofendida, branca, residente há muitos anos em local de Lisboa conhecido pela presença de pessoas negras/de origem africana, dizer lhe ‘fazer confusão’ a identificação de pessoas daquela minoria. Disponível em <https://tinyurl.com/k9n2wydj> [20.06.2021].

3.2.5. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de maio de 2013, proferido no processo n.º 203/10.OJELSB-A.C1²⁰²

Este acórdão foi proferido no quadro de processo criminal em que eram imputados os crimes de tráfico de estupefacientes e de falsificação a pessoa de origem africana. O arguido foi condenado pelos dois crimes (no crime de tráfico de estupefacientes como reincidente), na pena única de seis anos e nove meses de prisão. Por ocasião da leitura do acórdão, aplicou-se-lhe a medida de coação de prisão preventiva, o que se reputou aplicável em razão “da pena em que veio a ser condenado o arguido, do tipo de ilícito praticado, do facto de reconhecidamente ter ligações familiares a outros países e de ser um consumidor assumido de estupefacientes sem que lhe seja conhecida atividade profissional que lhe permita rendimentos regulares”. Inconformado com a medida aplicada, o arguido recorreu, em suma alegando que: além de não possuir antecedentes criminais e de ter deixado seus hábitos de consumo, estaria a trabalhar e a perceber remuneração suficiente para sua subsistência; que não houve, nos dois anos desde o comportamento ilícito pelo qual fora condenado, continuidade à prática criminosa; que sempre fora cooperante com as autoridades e com o tribunal; que inexistiam, também, tentativas de fuga por sua parte; que o facto de que possuir familiares no estrangeiro nunca foi usado para tentar evasão; e que sua vida era bem estabelecida em Portugal, onde, entre outros compromissos e questões, mantinha relacionamento estável com namorada, passava por intervenções médicas constantes em razão de problema sério e crónico de saúde; e que não estariam presentes quaisquer das situações por lei válidas para aplicar a medida de prisão preventiva – uma vez que o despacho não fundamentava tais pressupostos –, tendo o arguido sempre respondido em liberdade com postura inatacável, sendo a aplicação da medida mais gravosa de coação injusta. Pugnou, então, por sua libertação, para que respondesse em liberdade ou, no pior dos casos, que fosse revogado o despacho e substituído por medida relativa à obrigação de permanência na habitação.

Ao analisar o recurso, o Tribunal da Relação salientou não poder ser aplicável agravamento do estatuto coativo caso não tenham sobrevivido circunstâncias específicas (ausentes no caso concreto) capazes de justificar o endurecimento. Nesse sentido, o tribunal *a quo* considerou que “[o] arguido não tem antecedentes criminais, é cidadão estrangeiro mas residindo em Portugal há cerca de 20 anos e admitiu ser consumidor de estupefacientes[.] Dos autos não resulta, em termos concretos, a verificação de nenhum dos perigos que justifiquem a medida de prisão provisória”. Isso porque, após a condenação do arguido, os mesmos factos (familiares próximos e amigos residentes no exterior e más condições financeiras) vieram a ser valorados de forma diversa para justificar o suposto perigo de fuga e o suposto

²⁰² Disponível em <https://tinyurl.com/ymt5exmk> [20.06.2021].

perigo de continuação da atividade criminosa. O Tribunal da Relação salientou ser apenas possível identificar como facto novo a própria condenação proferida nos autos da decisão condenatória, e que “o tribunal recorrido não cuidou de fundamentar a alteração provocada em sede de medidas de coacção em qualquer modificação de circunstâncias, respeitante aos factos e/ou ao surgimento de novos perigos – que não os já considerados – e/ou à agravação do nível destes em consequência de aspectos, entretanto, apurados, capazes de justificar o reforço das exigências cautelares, o que, em nosso juízo, não podia ter acontecido”. Por isso, o Tribunal da Relação considerou que, em harmonia com o princípio da presunção de inocência, deveria ser imposta a revogação do despacho recorrido, ordenando fosse restituído o arguido à liberdade até o transito em julgado do acórdão condenatório.

Para além da utilização de motivos que já haviam sido apreciados para justificar agravamento de medida (o que por si só não poderia ter ocorrido, como determinou o tribunal ao apreciar o recurso), este acórdão é relevante pelos argumentos utilizados para a aplicação da medida de prisão provisória. O Tribunal da Relação não entrou neste tema, porque não foi necessário, bastando para a resolução do caso não haver factos novos para justificar a medida mais gravosa. O arguido, cidadão nascido em Angola, mas à época residente há mais de vinte anos em Portugal, teve contra si imputado o risco de fuga, por ter nascido no estrangeiro e por ter amigos e familiares em diversos outros países, como se qualquer das duas situações fossem agravantes de seu risco de fuga após sua condenação – ainda que os mesmos factos tivessem sido anteriormente desconsiderados para fins de aplicação da mesma medida. Ao ler o acórdão estes factos chamam atenção sobretudo por nos encontrarmos em uma sociedade em que, dado grau de globalização, dificilmente não se terá amigos ou familiares a viver em outros países, de modo que estes factos, isoladamente e descontextualizados, poderiam ser utilizados para aferir risco de fuga, virtualmente, a todo e qualquer cidadão. Somado a isso parece estar presente de forma talvez inconsciente, de desconfiança com o imigrante, já que há associação (mesmo que, *in casu*, esteja a viver há duas décadas no país) ao risco de fuga simplesmente por tratar-se de imigrante. O mero facto de estes dois critérios terem sido utilizados pelo tribunal *a quo* como parte do argumento para prover a medida de prisão provisória, dado o todo contexto do caso concreto (ainda mais em reapreciação de factos antes não considerados relevantes), indica que desconfiança relativa ao ‘outro’, presente na sociedade, reflete-se também na prática dos tribunais.

3.2.6. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015, proferido no processo n.º 735/14.0PLSNT-3²⁰³

Este acórdão foi proferido no âmbito de processo criminal relativo à prática de violência doméstica imputada a indivíduo de origem africana. O arguido fora condenado na pena de três anos e seis meses de prisão, e, ainda, na pena acessória de proibição de contactos com a vítima, pelo período de dois anos. Inconformado, o arguido interpôs recurso, sustentando, em síntese: que todos os pontos de facto julgados provados e haviam sido incorretamente julgados e que os mesmos colidiriam com o testemunho do pai da queixosa e com a personalidade elogiosa que a própria queixosa atribuíra ao arguido ao longo das mais de duas décadas de relacionamento, período durante o qual nunca houvera sido apresentada qualquer queixa sobre agressões ou ofensas verbais de sua parte; que sua anterior condenação por tráfico de droga deu-se em circunstâncias com a PSP que “nunca levariam um branco a ser denunciado, com a condenação por ter danificado o carro da PSP [e que o] arguido[,] como qualquer negro[,] tem problemas com a polícia[, sendo isso] fatal como o destino”; e que, para a apreciação da prova, “[a]s regras de experiência e da razoabilidade t[ê]m outra vertente, a vertente étnica, porque a queixosa e o arguido têm cultura africana, que a senhora Ju[iz]a não conhece, não perceberá, não poderá ter como parâmetro de aferição”. Especificamente com relação à medida da pena, o arguido sustentou que, por nunca ter sido condenado por crime de violência doméstica, sua condenação deveria ser em uma pena muito inferior do que a aplicada, no máximo seis meses de prisão em execução suspensa. Por fim, alegou que deveria ser absolvido do crime, devendo-se considerar apenas a prática de ofensas corporais.

Ao avaliar o recurso, o Tribunal da Relação ponderou, em relação à matéria de facto, que a decisão recorrida obedeceu a todos os requisitos previstos no Código de Processo Penal, considerando que o tribunal *a quo* justificara, numa análise crítica das versões divergentes, a atribuição de credibilidade à versão da ofendida em detrimento da versão do arguido. O tribunal *ad quem* não se ocupou diretamente do argumento cultural de que as regras da experiência comum seriam diferentes, *in casu*, por conta da cultura africana do arguido e da ofendida, tendo simplesmente estabelecido sobre a questão das regras da experiência comum que: “contrariamente ao alegado pelo recorrente, que o tribunal tenha julgado contra regras de experiência comum[,] o facto de o pai da ofendida considerar o arguido ‘uma excelente pessoa’ e afirmar que a filha nunca lhe contou das agressões anteriores, tal não exclui que elas não tivessem ocorrido”. Em consequência, o Tribunal da Relação considerou que não se vislumbrava qualquer razão para colocar em causa a convicção a que chegou o tribunal recorrido. Com relação ao

²⁰³ Disponível em <https://tinyurl.com/8fr84ms4> [20.06.2021].

enquadramento jurídico dos factos, o tribunal *ad quem* considerou não haver dúvidas de se tratar de violência doméstica. Por fim, pelo todo, a sentença recorrida não foi objeto de qualquer reparação.

Este caso é de nosso interesse por terem sido trazidos pelo arguido/recorrente os argumentos culturais de que “[a]s regras de experiência e da razoabilidade t[ê]m outra vertente, a vertente étnica, porque a queixosa e o arguido têm cultura africana” – ou, ainda, sobre o racismo do qual indiretamente, sustenta, resultariam suas ‘questões’ com a PSP e, ainda, condenação(ões) anterior(es). Nota-se que os argumentos não foram muito desenvolvidos, mas faziam claramente parte das razões de recurso e nada foi disposto diretamente sobre os mesmos. Da mesma forma, embora aparentemente tenha sido feito relatório social, estas questões étnico-culturais tampouco são referidas ao longo do acórdão. Não diríamos que discutir o alegado racismo de condenações anteriores seja adequado no processo em questão, nem que a cultura africana seria apta a justificar e isentar o arguido de qualquer responsabilidade relativa ao crime a que foi condenado, mas parece-nos que os argumentos étnico-culturais apresentados, pela relevância de sua natureza, mereciam ao menos uma resposta – de modo a não minimizar ou anular, pela falta de qualquer menção, a importância da questão cultural trazida (ainda que a discussão não beneficiasse nem prejudicasse o recorrente).

4. Síntese comparativa

Por todo o visto, é de notar, em primeiro lugar, que há diferenças essenciais entre a abordagem dos argumentos culturais relativos aos ciganos e abordagem dos argumentos culturais relativos às pessoas negras/de origem africana. Esta diferença parece refletir as formas também diferentes como os dois principais grupos minoritários de Portugal são percebidos pela maior parte da sociedade portuguesa. Com relação às pessoas ciganas, como visto em momento anterior, é aceite a ideia de que sofram mais ataques flagrantes, para além do racismo nas formas subtil e estrutural, enquanto, com relação às pessoas negras/de origem africana, os ataques tendam a relacionar-se menos com o racismo flagrante e mais com o racismo nas formas subtil e estrutural. Nas decisões, estas questões são verificadas seja pelo facto de termos conseguido detetar e aceder muito menos decisões relativas a pessoas de origem africana com argumentos e questões étnico-culturais, seja pelo facto de que, quando tratam diretamente ou indiretamente da etnicidade cigana – e dos modos de vida atribuídos de forma genérica aos ciganos –, *como regra*, as decisões não transparecem qualquer sensibilidade com suas especificidades ou costumes – pelo contrário, transparecem, na maioria das vezes, juízos de valor bastante negativos. Nos acórdãos relativos a pessoas negras/de origem africana, não foram verificadas tamanhas generalizações e preconceitos, sobretudo não com relação a seus ‘modos de vida’, mas verificou-se uma visão das pessoas negras/de origem africana como um ‘outro’ que causa estranhamento, com generalizações

sobre seu comportamento e sobre suas características físicas, que acaba por ter influência na identificação de arguidos em casos criminais.

Apesar destas diferenças, os juízos de valor feitos com relação às pessoas negras/de origem africana são igualmente graves e capazes de ter reflexos irreversíveis para alguns indivíduos, ainda mais considerando-se a questão da identificação na seara penal. Ainda assim, nessas decisões encontramos menos preconceitos e generalizações flagrantes do que nos acórdãos relativos a indivíduos ciganos. No que se refere aos acórdãos relativos a pessoas negras/de origem africana, foi mais raro perceber críticas contra os negros ou contra os africanos enquanto grupo, sendo-lhes, pelas decisões analisadas, aplicada uma abordagem mais individualizada nesse sentido. Apesar disso, é bem verdade que, quando verificado entre as decisões, o ódio racial dirigido às pessoas negras/de origem africana demonstrou-se gravíssimo, a exemplo do caso que ficou conhecido pela morte de Alcindo Monteiro. Contra os ciganos, por outro lado, embora não tenhamos acesso a acórdãos ou decisões comparáveis, sabemos que linchamentos e ataques afins tiveram lugar contra este outro grupo em meados dos anos 1990. Ainda assim, no que se refere às *decisões* relativas a indivíduos ciganos que pudemos analisar, que é o que de facto nos importa neste ponto do trabalho, não raro foram percebidas nas argumentações decisórias constantes e sucessivas críticas, diretas e bastante contundentes contra o grupo como um todo.

Em segundo lugar, nota-se que em muitos os casos em que foram apresentados argumentos culturais, os tribunais evitaram sua apreciação. Nesses casos, há três situações verificadas: a busca outras vias para a solução das questões²⁰⁴, em vez do enfrentamento efetivo e direto dos argumentos de cariz cultural; a completa desconsideração dos argumentos culturais apresentados²⁰⁵; ou, ainda, um enfrentamento raso ou singelo²⁰⁶. O que fica claro dos casos em que argumentos culturais estão presentes nas decisões é que, como regra, os mesmos não são objeto de uma análise pormenorizada. Nesse sentido, chamou atenção a ausência de utilização de recomendações (a exceção de um caso), de doutrina ou da participação de membros da comunidade em questão ou de peritos para lidar com argumentos culturais que fossem trazidos (ressalte-se, fosse para confirmá-los, ou, mesmo, para rechaçá-los). Percebe-se também que a abordagem dos argumentos culturais não é feita por meio de critérios padronizados, dando-se no caso a caso e de acordo com as noções que cada um dos operadores

²⁰⁴ Ver o caso *supra* mencionado e analisado – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de setembro de 2010 (processo n.º 557/09.OJAPRT.C1).

²⁰⁵ Ver os casos *supra* mencionados e analisados – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 2003 (processo n.º 03P3201), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2017 (processo n.º 355/15.2T9VFR.P1.S1), Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de janeiro de 2015 (processo n.º 1172/13.OGBAGD.P1), Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de junho de 2013 (processo n.º 26/12.1PEGMR.G1), e Acórdão do Tribunal Constitucional, de 14 de abril de 2004 (processo n.º 243/04).

²⁰⁶ Ver os casos *supra* mencionados e analisados – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de março de 2012 (processo n.º 783/11.2TBRR.L1-1), Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1º de março de 2012 (processo n.º 290/09.3TMFAR.E1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010 (processo n.º 666/06.8TABGC-K.S1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010 (processo n.º 252/09.OPBGC.S1), e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007 (processo n.º 926/07-2).

de Direito considerar mais adequadas. Não verificou-se nas decisões filtradas e analisadas quaisquer menções à '*cultural defense*' (ou simplesmente, à 'defesa cultural') e seus correlatos termos, ou, ainda, a presença de doutrina sobre a matéria quando da fundamentação de decisões que envolviam argumentos de cariz cultural. Disso se retira que as decisões, nesse campo, podem ser, para além do que já foi dito (quando e se analisados os argumentos culturais) muito variadas em termos de *como* estes argumentos são apreciados.

Nesta linha, chama atenção o caso *supra* analisado em que buscava-se a suspeição de magistrado com base em alegado preconceito racial contra o arguido, no qual o magistrado expôs extensamente diversos aspetos de sua vida pessoal na tentativa de se distanciar de qualquer alegação de racismo por si praticado. Esta reação por parte do magistrado destacou-se pelos mais variados motivos. Primeiro, como já dito, pela argumentação em si, que ao mesmo tempo em que demonstra uma grande reprovação do magistrado quanto ao racismo, sinaliza alguma confusão acerca do que seria, de facto, o preconceito racial. Depois, porque em todos os acórdãos analisados em que constava argumentos relativos a pessoas ciganas, não foi verificada uma única situação próxima desta, em que se buscasse rechaçar por completo qualquer forma de preconceito contra ciganos. Isso, note-se, ainda que sejam apresentados muitos argumentos a envolver questionamentos sobre preconceito contra os ciganos e que, em termos numéricos, os casos a que se teve acesso relativos a indivíduos ciganos sejam muito superiores aos casos envolvendo pessoas negras/de origem africana. Em sentido semelhante, chamamos atenção a decisão do próprio Supremo, também *supra* analisada²⁰⁷, em que foram apresentadas generalizações preconceituosas sobre o grupo em questão relativamente à Reinserção Social – referindo-se ao desempenho do *grupo* nesta seara como sendo, por vezes, difícil e problemático, e relacionando, novamente, o *grupo* à marginalidade e criminalidade. Em que pese o argumento tenha sido utilizado, na prática, para favorecer a parte recorrente, não há como deixar de lado que, neste caso, para além das generalizações, há uma implícita e confusa ideia de benevolência para com 'os ciganos' no deferimento de aplicação de medida mais branda do que a privação de liberdade. Todavia, estava-se, na verdade, apenas a aplicar ao caso regra da qual 'todo e qualquer cidadão' estaria apto a beneficiar-se. Estas situações não são raras quando o assunto são os argumentos de cariz cultural, não sendo incomum verificar nas decisões sobre a matéria falta de clareza e imprecisões terminológicas, além da já mencionada ausência de menções a recomendações ou a doutrina ou, ainda, da participação de membros da comunidade em questão ou peritos quando da análise das situações²⁰⁸.

²⁰⁷ Ver o caso *supra* mencionado e analisado – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2003 (processo n.º 03P148).

²⁰⁸ Ver Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1º de março de 2012 (processo n.º 290/09.3TMFAR.E1), Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de maio de 2017 (processo n.º 135/14.2GAVFR.P1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2017 (processo n.º 355/15.2T9VFR.P1.S1) e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007 (processo n.º 926/07-2).

Por fim, nota-se que, tanto relativamente a pessoas ciganas, como relativamente indivíduos negros/de origem africana²⁰⁹, esteve presente de forma marcante em ao menos um caso, o argumento cultural de que o parâmetro utilizado para avaliar suas respectivas situações e comportamentos, porque baseado nos padrões culturais dominantes daquela sociedade, não seriam aptos para avaliar as circunstâncias específicas de seus casos. Apesar de nos dois casos analisados este argumento não tenha sido muito explorado ou, mesmo, aplicado, trata-se de um dos pontos, a nosso ver, mais interessantes e potencialmente úteis quando o assunto são os argumentos culturais e a própria convivência na multiculturalidade. Embora tratar deste tipo específico de argumento cultural de forma adequada signifique entrar em terreno sensível e vasto, a discussão sobre o parâmetro cultural utilizado pode ser muito bem aproveitada, desde que (assim como qualquer outro argumento cultural) seja operada por meio de noções e critérios verdadeiramente embasados, de modo a colaborar para um melhor desenvolvimento da apreciação das questões culturais em juízo – em verdadeiro respeito aos variados direitos de quem invoca tais argumentos, independente de a decisão ser favorável ou contrária à aplicação do argumento em si.

²⁰⁹ Ver o caso *supra* mencionado e analisado – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015 (processo n.º 735/14.OPLSNT-3).

Considerações finais

Ao partirmos dos conceitos-chave sobre igualdade, discriminação e diferença cultural, trouxemos termos e noções que, embora muitas vezes façam parte de nosso dia-a-dia também possuem significado relevante nas mais diversas áreas de estudo e aplicação, destacando-se, nesse sentido, as áreas da Antropologia, da Sociologia e do Direito – mesmo que nem sempre haja conciliação entre os significados para cada um destes campos. Uma vez que estes termos e noções se fazem presentes tanto nos quadros normativos nacional, internacional e europeu, como nas próprias decisões (aqui, também em âmbito internacional e nacional, como se viu), ao Direito acaba por ser de extrema relevância não apenas ter definições claras sobre seus conteúdos, como manter tais definições presentes. Igualmente relevante é ter presente que sua interpretação, no que couber, deve ocorrer de forma evolutiva, evitando engessar as noções, de modo a efetivamente garantir tanto a segurança jurídica, como a proteção de direitos, uma vez que não é incomum que os conceitos-chave apresentados sejam dinâmicos, a exemplo do vocábulo ‘cultura’, ou de todo o contexto histórico e uso dos termos ‘raça’ e ‘racismo’. Tendo isto em mente, no lugar de aplicar literalmente dos vocábulos, é relevante que os operadores do Direito envidem esforços no sentido de dar efetiva aplicação a seus significados.

Da análise do quadro normativo de Direito internacional dos direitos humanos, foi possível evidenciar justamente este caráter evolutivo, tanto dos direitos como da própria jurisprudência relativa à proteção da igualdade, da não-discriminação e das minorias, que vêm se desenvolvendo ao longo das décadas, ainda que não necessariamente de forma linear, de modo a responder às questões que acompanham a realidade multicultural. Não se pretende, com isso, dizer que os desenvolvimentos havidos especialmente no último século em termos de reconhecimento de direitos – ou, ainda que os padrões internacionais de proteção neste âmbito – encontrem-se absolutamente blindados contra retrocessos. Apesar das limitações e, mesmo, da relutância (que parece ser, de forma geral, entrave comum à redação ou à adoção destes instrumentos) na adoção de certos termos e/ou formas de proteção, percebe-se, que, quando viabilizada por meios que permitam algum nível de controle (por sistemas de implementação e monitoramento ou pela via da jurisdição), vêm sendo adotados posicionamentos relevantes na proteção das minorias. Com as devidas proporções, isso se aplica também ao PIDCP e à CERD, sendo, todavia, especialmente relevante quanto ao TEDH – em razão da força vinculativa de suas decisões. Ao se pronunciar sobre as matérias de proteção às minorias, o TEDH vem demonstrando longa preocupação com a adoção de padrões decisórios (os quais, todavia, não são livres de críticas) que permitam, ao mesmo tempo, a proteção das minorias e de suas especificidades e o respeito à margem de apreciação dos Estados.

No âmbito da multiculturalidade no contexto de Portugal, mostrou-se essencial não perder de vista os contextos históricos que contribuíram e, ainda contribuem, para, de um lado, a marginalização e a perceção dos ciganos e dos negros/pessoas de origem africana enquanto ‘outros’, e, de outro, a tendência de negação do racismo português, com base em uma suposta vocação histórica para a tolerância. Durante o Estado Novo, como forma de tentar justificar e, mesmo, manter as colónias, foi amplamente difundido o mito da homogeneidade étnica portuguesa, que, acompanhado por uma glorificação da união de vários povos num mesmo império multicontinental, teve grande impacto na autoimagem dos portugueses de forma geral. Com a derrocada do Estado Novo, o 25 de abril e, não muito depois, com a descolonização, a sociedade portuguesa passou por uma grande transformação. O processo de descolonização foi um momento de viragem relevante, a partir do qual se verificou a entrada de milhares de novos residentes (portugueses e, posteriormente, estrangeiros) no país. Mas foi apenas a partir dos anos 1990 que Portugal passaria a ser, de facto, marcado pela diferença cultural, quando indivíduos vindos do leste europeu passaram a estar também significativamente presentes. Com alguma pressão internacional em razão do aumento da imigração, o interesse relativamente ao tema do respeito à diversidade cultural passou a ser objeto de estudo. A partir daí verificou-se, todavia, que os maiores alvos de sentimentos negativos em Portugal, eram, na verdade, em sua maioria os próprios portugueses: pessoas ciganos, para com quem o racismo mostrava-se sobretudo flagrante, e pessoas negras/de origem africana, para com quem o racismo era sobretudo subtil. Em que pese a maior multiculturalidade verificada em Portugal especialmente nos últimos anos, com a chegada crescente de imigrantes ao país, tal realidade não mudou.

Ainda no contexto português, agora normativo, mostraram-se essenciais à proteção ao direito da igualdade e da não-discriminação a Lei Fundamental (artigo 13.º, artigo 1.º, 16.º, n.º 1, artigo 8.º, 26.º, n.º 1,), a Lei n.º 93/2017, e o Código Penal [artigo 240.º, artigo 132.º, n.º 2, f), 145º, 193.º, 71.º, n.º 2, 180º, 181º]. Essenciais à compreensão das formas de proteção às minorias, e, conseqüentemente, à análise das decisões judiciais dos tribunais superiores portugueses, este quadro normativo apresenta formas aptas para lidar principalmente com as violações relativas ao princípio constitucional da igualdade. Cabe dizer que neste contexto a proteção, embora não seja específica (porque não precisa o ser), é bastante ampla, acomodando nos preceitos constitucionais, sobretudo nos artigos 13.º e 16.º, n. 1.º, uma grande parte das questões que, se imagina, poderiam surgir nas discussões sobre argumentos culturais. A Lei n.º 93/2017, por sua vez, é relativamente nova e, embora criticada em razão de as formas de punições ocorrerem por meio do regime contraordenacional, suas disposições significaram avanços, quando comparadas às da legislação anterior, sobretudo pela

ampliação do rol de proteção e pela unificação dos procedimentos de investigação. Quanto ao Código Penal, observa-se que uma de suas disposições mais relevantes à proteção contra a discriminação, o artigo 240.º, n.º 2, nos termos em que está consagrada, vem a ser limitada em sua aplicação. Primeiro porque exige, como elemento objetivo, que as condutas sejam praticadas publicamente e através de meio destinado à sua divulgação. Depois, porque apenas poderá haver punição quando verificado dolo.

Por fim, quanto à análise da jurisprudência multicultural dos tribunais superiores portugueses desde a década de 1990 até 2020, ressalta-se que, apesar das dificuldades relativas às próprias buscas – e, também, ao acesso e análise de mais decisões – esta própria dificuldade, em conjunto com as demais informações, indicam que o uso de argumentos culturais e sua apreciação é tema ainda em desenvolvimento no quadro decisório português. Nesse sentido, chamou ainda atenção, ao longo das buscas realizadas, a disparidade entre os números de decisões encontradas relativamente a pessoas negras/de origem africana e relativamente a pessoas ciganas. Ao mesmo tempo, verificou-se (especialmente por meio dos relatórios sociais, mas não só) que os dados relativos à cultura/etnia cigana são frequentemente disponibilizados de forma facilitada ao público, enquanto, de forma geral, no mesmo contexto, informações sobre nacionalidade frequentemente não são disponibilizadas nas decisões a que o público tem acesso por meio dos mecanismos de pesquisa judiciais em Portugal. Assim, apesar da disparidade entre os números de decisões encontradas para cada uma das minorias, não temos meios de saber, ao certo, em que medida esta disparidade de facto refletiu uma menor abordagem de argumentos culturais em casos envolvendo pessoas negras/de origem africana. Apenas poderíamos aferir esta relação caso os dados, para os dois grupos, fossem disponibilizados e apresentados nos mesmos moldes.

No conjunto de casos selecionados dos tribunais superiores portugueses em que se pôde aferir a presença de argumentos culturais, chamou atenção, da mesma forma, a multiplicidade de abordagens – relativamente, agora, à sua apresentação *ex officio* destes argumentos ou à análise mediante sua apresentação pelas partes nos processos (ou, ainda, ausência de qualquer análise). Não foi incomum verificar que os argumentos culturais apresentados pelas partes fossem evitados, desviados ou ignorados e que, mesmo quando analisados, sua análise não tenha sido pormenorizada. É dizer: não é porque o argumento de cariz cultural foi objeto de análise e consta entre os casos ilustrativos aqui apresentados que a análise terá corrido, necessariamente, de acordo com os princípios que norteiam a defesa da proteção das minorias e diversidade cultural *por meio* do judiciário. Embora tenhamos também casos ilustrativos de argumentos culturais que foram de facto analisados de forma clara e sem incorrer nas questões que vamos trazer a seguir, é verdade que estes casos não são a regra. A presença de

generalizações e preconceitos, bem como o uso de termos questionáveis foi uma realidade verificada nas decisões de forma direta (presentes nos factos dados como provados, nas razões de decidir, *etc.*) ou de forma indireta (constando nas decisões por meio de transcrições de depoimentos ou de relatórios sociais reproduzidos em seu texto, *etc.*). Independente da forma pela qual isto ocorre, quem define quais são as informações pertinentes a constar ou não na decisão, bem como a linguagem a ser utilizada, é o próprio magistrado. Assim, é razoável esperar que, mesmo quando apresentadas de forma preconceituosa ou generalizadora, quando este preconceito ou generalização não forem relevantes para a solução do caso, essas informações sejam filtradas e apresentadas de modo a não transmitir os preconceitos e generalizações em causa, ao menos não no texto da decisão, podendo – e devendo, por claro – ser mantidos seus registos no processo. Todavia, não foi isto o que verificamos. Deparamo-nos com decisões diferentes para situações muito semelhantes, além de pouca familiaridade ou sensibilidade para com os argumentos culturais e a diversidade. Estes fatores podem ter como efeitos uma reduzida confiança relativa não apenas à jurisprudência multicultural enquanto corpo de decisões a ser seguido (mesmo que sem efeito vinculativo), mas também no que diz respeito à aceitação dos argumentos culturais como um todo, inclusivamente pelos próprios operadores do Direito.

Referências

ACM – Alto Comissariado para Migrações (2015), *Plano Estratégico para as Migrações*, Lisboa, disponível em <https://tinyurl.com/d8tr35hz> [15.03.2019].

Adler, Marina A. (2008), “Xenophobia”, in Richard T. Schaefer (ed.), *Encyclopedia of Race, Ethnicity and Society*, Thousand Oaks, Sage Publications, pp. 1419-1420.

Alfredsson, Gudmundur (2015), “Minority Rights and the United Nations”, in Ugo Caruso e Rainer Hofmann (eds.), *The United Nations Declaration on Minorities: An Academic Account on the Occasion of its 20th Anniversary (1992-2012)*, Studies in International Minority and Group Rights, vol. 9, Boston, Brill, pp. 19-45.

Almeida, Miguel Vale de (2007), “Da diferença e da desigualdade: lições da experiência etnográfica”, in AAVV, *O Estado do Mundo: A Urgência da Teoria* (Ciclo), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

Almeida, Silvío Luiz de (2019), *Racismo estrutural*, São Paulo, Pólen Livros.

Ansell, Amy E. (2013), *Race and Ethnicity: The Key Concepts*, New York, Routledge.

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (2018), *Ódio Nunca Mais – Apoio a Vítimas de Crimes de Ódio*, Lisboa, disponível em: <https://tinyurl.com/fyv43hs> [28.08.2020]

Araújo, Marta (2008), “*racismo.pt*”, in Teresa Cunha e Sandra Silvestre (orgs.), *Somos Diferentes, Somos Iguais: Diversidade, Cidadania e Educação*, Santa Maria da Feira, Acção para a Justiça e Paz, pp. 25-49.

Barros, José d’Assunção (2005), “Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções”, in *Análise Social*, 209, XL, 175, pp. 345-366, disponível em <https://tinyurl.com/aursmm3k> [09.05.2019].

Barten, Ulrike (2015), “Article 27 ICCPR: a first point of reference”, in Ugo Caruso e Rainer Hofmann (eds.), *The United Nations Declaration on Minorities: An Academic Account on the Occasion of its 20th Anniversary (1992-2012)*, Studies in International Minority and Group Rights, vol. 9, Boston, Brill, pp. 46-65.

Bexiga, Maria de La Salette (2016), “SOS Racismo”, in Mónica Catarino Ribeiro (coord.), *Racismo e discriminação: a lei da impunidade*, Lisboa, SOS Racismo, pp. 53-63.

Bobbio, Norberto (2004), *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier.

Cabecinhas, Rosa (2010), “Expressões de racismo: mudanças e continuidades”, in Ana Cristina de Souza Mandarinio e Estélio Gomber (orgs.), *Racismos: olhares plurais*, Salvador, Editora da Universidade Federal da Bahia, pp. 11-43;

_____ (2007), *Preto e branco: a naturalização da discriminação racial*, Porto, Campo das Letras.

Cabecinhas, Rosa, e Amâncio, Lígia (2004), “Dominação e exclusão: representações sociais sobre minorias raciais e étnicas”, in AAVV, *Actas do V Congresso Português de Sociologia: Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção*, Braga, Universidade do Minho;

_____ (2003), “A naturalização da diferença: representações sobre raça e grupo étnico”, Comunicação apresentada à III Jornada Internacional sobre Representações Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Maison des Sciences Del ‘Homme, Rio de Janeiro, 2-5 de setembro de 2003, disponível em <https://tinyurl.com/dprfd7dd> [30.07.2021].

Cabecinhas, Rosa, e Macedo, Isabel (2019), “(Anti)racismo, ciência e educação: teorias, políticas e práticas”, *Mediações – Revista OnLine da Escola Superior de Educação do Instituto Politécnico de Setúbal*, vol. 7, n.º 2.

Calainho, Daniela Buono (2004), “Africanos penitenciados pela Inquisição portuguesa”, *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*, ano III, n.º 5/6, pp. 47-63.

Canotilho, J.J. Gomes, e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.

Carvalho Ramos, André de (2020), “Apresentação”, in André de Carvalho Ramos e Davi Quintanilha Failde de Azevedo (coords.), *Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU – Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial*, Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Cashdan, Elizabeth (2001), “Ethnocentrism and Xenophobia: A Cross-Cultural Study”, *Current Anthropology*, vol. 42, n.º 5, pp. 760–765.

Castro, Alexandra (2013), *Na luta pelos bons lugares: ciganos, visibilidade social e controvérsias espaciais*, Lisboa, ACM, disponível em <https://tinyurl.com/4ct7rscx> [04.07.2020]

Castro, Ingrid E. (2008), "Implicit Racism", in John H. Moore (ed.), *Encyclopedia of Race and Racism*, vol. 2, Detroit, Macmillan/Thomson Gale, pp. 156-157.

Cátedra, Maria (2007), “Minorías”, in Ascensión Barañano, José Luís García, Maria Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 47-52.

Cattani, Antônio David (2007), “Desigualdades Socioeconômicas: conceitos e problemas de pesquisa”, *Sociologias*, ano 9, n.º 18, pp. 74-99.

Chang, Ha-Joon (2014), *Economia: Modo de Usar* (e-book), São Paulo, Portfolio-Penguin.

Costa-Lopes, Rui *et al.* (2008), “A Construção Social das Diferenças nas Relações entre Grupos Sociais”, in Manuel Villaverde, Karin Wall, Sofia Aboim e Filipe Carreira da Silva (eds.), *Itinerários: A Investigação nos 25 Anos do ICS*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, pp. 769-790.

Craith, Máiréad Nic (2003), “Facilitating or Generating Linguistic Diversity: The European Charter for Regional or Minority Languages”, in Gabrielle Hogan-Brun e Stefan Wolff (eds), *Minority Languages in Europe*. Londres, Palgrave Macmillan, pp. 56-72.

Cunha, Manuela P. da (2016), *Cultura, diversidade, diferenciação: um guia elementar*, Braga, Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais da Universidade do Minho, disponível em <https://tinyurl.com/33c4z7nh> [06.09.2018];

_____ (2015), “As duas faces da cultura: usos e sentidos de uma noção”, in Humberto Martins e Jean-Yves Durand (orgs.), *Olhares e ofícios de antropólogos em Espanha e Portugal*, Bragança, Frauga, pp. 269-289;

_____ (2013), “Género, Cultura e Justiça: a propósito dos cortes genitais femininos”, *Análise Social*, 209, XLVIII, 4.º, pp. 834-856;

_____ (2000), “A natureza da ‘raça’”, *Cadernos do Noroeste, Sociedade e Cultura*, vol. 13, n.º 2, pp. 191-203, disponível em <https://tinyurl.com/hz2xk7bn> [05.05.2019]

Cunha, Manuela P. da, e Durand, Jean-Yves (2016), “Vocabulário elementar da diferença e desigualdade: conceitos e problemas nas ciências sociais”, in Patrícia Jerónimo (coord.), *Temas de investigação em direitos humanos para o século XXI*, Braga, DH-CII, pp. 179-195.

Cunha, Manuela P. da, e Jerónimo, Patrícia (2015), “Da lei, dos tribunais e das diferenças culturais”, in Manuela P. da Cunha (org.), *Do crime e do castigo: temas e debates contemporâneos*, Lisboa, Mundos Sociais, pp. 3-21.

Eide, Asbjørn (2015), "An overview of the UN Declaration and major issues involved", in Ugo Caruso e Rainer Hofmann (eds.), *The United Nations Declaration on Minorities: an academic account on the occasion of its 20th anniversary (1992-2012)*, Brill Nijhoff, pp. 66-86.

Eriksen, Thomas Hylland (2006), "Diversity versus Difference: Neo-liberalism in The Minority Debate", in Richard Rottenburg, Burkhard Schnepel e Shingo Shimada (eds.), *The Making and Unmaking of Difference*, Bielefeld, Transaction, pp. 13–36.

Essed, Philomena (2008), "Everyday Racism", in John H. Moore (ed.), *Encyclopedia of Race and Racism*, vol. 1, Detroit, Macmillan/Thomson Gale, pp. 447-449.

Falcão, José (2016), "Lei contra a Discriminação Racial", in Mónica Catarino Ribeiro (coord.), *Racismo e Discriminação: a Lei da Impunidade*, Lisboa, SOS Racismo, pp. 13-27.

Farinha, Inês (2019), "Do Movimento de Securitização ao respeito pelo Princípio da não Discriminação – uma aproximação aos meios de tutela nacionais", *Galileu*, vol. XX, pp. 99-121, disponível em <https://tinyurl.com/2tvu6xff> [10.05.2020]

Foblets, Marie-Claire, e Renteln, Alison Dundes (2009), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford e Portland, Hart Publishing.

Fontes, Paulo (2019), "Igreja Católica, sociedade e Estado em Portugal no Século XX", in Maria Inácia Rezola e Leandro Pereira Gonçalves (coords.), *Igrejas e Ditaduras no Mundo Lusófono*, Lisboa, ICS, pp. 159-202.

García, José Luís (2007), "Cultura", in Ascensión Barañano, José Luís García, Maria Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 47-52.

_____ (2007), "Interculturalidad", in Ascensión Barañano, José Luís García, Maria Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 205-207.

Ghani, Navid (2008), "Racism", in Richard T. Schaefer (ed.), *Encyclopedia of Race, Ethnicity and Society*, Thousand Oaks, Sage Publications, pp. 113-115.

Gil, Ana Rita (2017), *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa, Petrony.

Gonçalves, Manuel Lopes Maia (2007), *Código Penal Português Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina.

Güler, Deman (2017), “The Protection of Minorities in The Council of Europe: Possibilities to use the European Convention on Human Rights for Minority Issues”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Dokuz Eylül*, vol. 19, pp. 2451-2506.

Hammond, Ross A., e Axelrod, Robert (2006), “The Evolution of Ethnocentrism”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, n.º 6, pp. 926–936.

Henriques, Isabel Castro (2019), *A presença africana em Portugal, uma história secular: preconceito, integração, reconhecimento (séculos XV-XX)*, Lisboa, ACM.

Henrard, Kristin (2001), “The Interrelationship between Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination and Its Importance for the Adequate Protection of Linguistic Minorities”, *The Global Review of Ethnopolitics*, vol. 1, n.º 1, pp. 41-61.

_____ (2016), “The European Court of Human Rights, Ethnic and Religious Minorities and the Two Dimensions of the Right to Equal Treatment: Jurisprudence at Different Speeds?”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 34, n.º 3, pp. 157-177.

Hofmann, Rainer (2001), “Protecting the Rights of National Minorities in Europe. First Experiences with the Council of European Framework Convention for the Protection of National Minorities”, *German Yearbook of International Law*, vol. 44, pp. 237- 269.

Jerónimo, Patrícia (2020a), “O efeito multiplicador da COVID-19 para as desigualdades sociais e a discriminação contra minorias”, *Newsletter OBCIG*, pp. 4-6;

_____ (2020b), “[Anotação do acórdão do] Tribunal da Relação de Guimarães, proc. 926/07-2, 12.06.2007”, disponível em <https://tinyurl.com/594ydvdj> [30.07.2021];

_____ (2020c), “[Anotação do acórdão do] Supremo Tribunal de Justiça, proc. 252/09.OPBBGC.S1, 23.06.2010, disponível em <https://tinyurl.com/3fdmk2jk> [30.07.2021-1];

_____ (2020d), “[Anotação do acórdão do] Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 783/11.2TBRR.L1-1, 20.03.2012”, disponível em <https://tinyurl.com/yjksvj6t> [30.07.2021];

_____ (2019a), “Dos tratados filosóficos aos tratados internacionais: Uma breve história dos direitos humanos”, in Carlos Serra (dir.), *O que são Direitos Humanos?*, Lisboa, Escolar Editora;

_____ (2019b), "Nós e os Outros: Diversidade cultural e religiosa nos marcos das fronteiras", *in* Anabela Costa Leão *et al.* (coords.), *Nós e os Outros, Alteridade, Políticas Públicas e Direito, Actas do Seminário*, Porto, Universidade do Porto, pp. 41-54;

_____ (2019c), *Report on Citizenship Law: Angola*, RSCAS/GLOBALCIT;

_____ (2019d), *Report on Citizenship Law: Mozambique*, RSCAS/GLOBALCIT-C;

_____ (2016), "Direitos Humanos e Diferença Cultural na Prática dos Tribunais", *in* Patrícia Jerónimo (coord.), *Temas de investigação em Direitos Humanos para o século XXI*, Braga, DH-CII, pp. 303-328;

_____ (2015), "Interculturalidade e pluralismo jurídico: a emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais", *in* Gonçalo Mayos Solsona *et al.* (orgs.), *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, pp. 334-355;

_____ (2013), "Minorias", *in* Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coords.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, pp. 247-248;

_____ (2012), "O princípio da diversidade e o Direito da União: Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, pp. 245-282;

_____ (2011), "Direito público e ciências sociais – o contributo da antropologia para uma densificação 'culturalista' dos direitos fundamentais", *Scientia Iuridica*, tomo LX, n.º 326, pp. 344-383;

_____ (2010), "Aprender o respeito pela diferença: o elogio da diversidade académica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Norte-Americano", *in* Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.), *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, pp. 411-443;

_____ (2007), "Direitos das minorias", *in* Jorge Bacelar Gouveia (coord.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, Coimbra Editora, pp. 372-391;

_____ (2004), "Notas sobre a discriminação racial e o seu lugar entre os crimes contra a humanidade", *in* António Cândido de Oliveira (coord.), *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, pp. 783-810.

Jerónimo, Patrícia, e Granja, Inês (2019), “O estatuto das minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, *InclusiveCourts Working Paper Series*, 1/2019, disponível em <https://tinyurl.com/889m5am6> [30.07.2021].

Jerónimo, Patrícia, e Vink, Maarten Peter (2013), “Os múltiplos de cidadania e os seus direitos”, in Maria Costa Lobo (coord.), *Portugal e a Europa: Novas Cidadanias*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, pp. 21-50.

Lopes, Dulce (2011), “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação”, *Julgar*, n.º 14, pp. 47-75.

Lourenço, Eduardo (1982), “Fascismo e cultura no antigo regime”, *Análise Social*, vol. 18, n.º 72/74, pp. 1431-1436.

Kymlicka, Will (2007), “The internationalization of minority rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n.º 1, pp. 1-32.

Machado, Miguel Pedrosa (2016), “‘Contraordenações’ de racismo?”, in Mónica Catarino Ribeiro (coord.), *Racismo e discriminação: a lei da impunidade*, Lisboa, SOS Racismo, pp. 29-41.

Maeso, Sílvia Rodríguez (coord.) (2020), *Direito, Estado e Sociedade: uma análise da legislação de combate ao racismo em Portugal, Caderno de apresentação de resultados do projeto COMBAT*, Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra.

Magano, Olga, e Mendes, Maria Manuela (2014), “Ciganos e políticas sociais em Portugal”, *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Número temático – Ciganos na Península Ibérica e Brasil: estudos e políticas sociais, pp. 15-35.

Marques, João Filipe (2013), “O racismo contra as coletividades ciganas em Portugal: sequelas de uma modernização”, in Maria Manuela Mendes e Olga Magano (orgs.), *Ciganos portugueses: olhares plurais e novos desafios numa sociedade em transição*, Lisboa, Mundos Sociais, pp. 111-121.

_____ (2007), *Do “não racismo” português aos dois racismos dos portugueses*, Lisboa, ACIDI.

Marques, Rui (2005), *Uma mesa com lugar para todos*, Lisboa, Instituto Padre António Vieira.

Mata, Inocência (2014), “Estranhos em permanência: a negociação da identidade portuguesa na pós-colonialidade”, *Crítica e Sociedade: revista de cultura política*, vol. 4, n.º 1, pp. 5-34.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira (2011), *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

McDermott, Philip (2016), “Language rights and the Council of Europe: a failed response to a multilingual continent?”, *Ethnicities*, vol. 17, n.º 5, pp. 603–626.

Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra.

Meer, Nasar, e Modood, Tariq (2012), “How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?”, *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n.º 2, pp. 175-196.

Mendes, Maria Manuela (2013), “Discriminação percebida e sentida pelos ciganos da área metropolitana de Lisboa”, in Maria Manuela Mendes e Olga Magano (orgs.), *Ciganos portugueses: olhares plurais e novos desafios numa sociedade em transição*, Lisboa, Mundos Sociais, pp. 133-163.

Oliveira, Catarina Reis de (coord.) (2020), *Indicadores de integração de imigrantes: relatório estatístico anual*, ACM, Lisboa, disponível em: <https://tinyurl.com/6zpw6ryp> [28.07.2021]

Oliveira, Catarina Reis de, e Gomes, Natália (2016), *Indicadores de integração de imigrantes: relatório estatístico anual*, ACM, Lisboa, disponível em: <https://tinyurl.com/s6r3v27m> [14.03.2020].

_____ (2019), *Indicadores de integração de imigrantes: relatório estatístico anual*, ACM, Lisboa, disponível em: <https://tinyurl.com/3mhpt6pb> [14.03.2020]

Patterson, Orlando (2014), “Making Sense of Culture”, *Annual Review of Sociology*, vol. 40, pp. 1-30, disponível em <https://tinyurl.com/krtcpawn> [23.09.2019]

Paul, Anju Mary (2008), “Ethnocentrism”, in Richard T. Schaefer (ed.), *Encyclopedia of Race, Ethnicity and Society*, Thousand Oaks, Sage Publications, pp. 465-467.

Peixe, Bruno, *et al.* (2008), “O racismo e xenofobia em Portugal (2001-2007)”, in Bruno Peixe *et al.* (orgs.), *Relatório Númena-Amnistia Internacional*, disponível em <https://tinyurl.com/4epb8v78> [10.08.2018].

Peralta, Elsa (2019), “A integração dos ‘retornados’ na sociedade portuguesa”, *Análise Social*, vol. 54, n.º 231(2), pp. 310-337

Phillips, Anne (2015), *The Politics of the Human*, Cambridge, University Printing House.

_____ (2006), “What is ‘culture?’” in Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon e Avigail Eisenberg (eds.), *Sexual justice/cultural justice*, Londres, Routledge, pp. 1-17, disponível em <https://tinyurl.com/cnj3kmpv> [05.10.2019]

Pimenta, Fernando Tavares (2013), “A ideologia do Estado Novo, a guerra colonial e a descolonização em África”, in João Paulo Avelãs Nunes e Américo Freire (coords.), *Historiografias portuguesa e brasileira no século XX: olhares cruzados*, Coimbra, IUC, pp. 183-201.

Pina Almeida, José Carlos (2006), “A Escola e a Diversidade Cultural Algumas Notas sobre a Educação multicultural em Portugal”, *Education Policy Analysis Archives*, vol. 14, pp. 1-18, disponível em <https://tinyurl.com/2en9tc52> [08.01.2020]

Piovesan, Flávia (2013), *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Editora Saraiva.

Preece, J. Jackson (2008), “Minority/Majority”, in Richard T. Schaefer (ed.), *Encyclopedia of Race, Ethnicity and Society*, Thousand Oaks, Sage Publications, pp. 905-907.

Pritz, Constanze, e Graça, Pedro Quartin (2004), *A protecção contra a discriminação na legislação austríaca e portuguesa*, disponível em <https://tinyurl.com/un28vsza>, [30.07.2021].

RCM (2018), *Relatório de Monitorização da Sociedade civil sobre a Implementação das Estratégias Nacionais de Integração das Comunidades Ciganas Em Portugal*, disponível em <https://tinyurl.com/rxnh2n4e> [30.07.2021].

Reginaldo, Lucilene (2009), “‘África em Portugal’: devoções, irmandades e escravidão no Reino de Portugal, século XVIII”, *História*, vol. 28, n.º 1, pp. 289-319.

Renteln, Alison Dundes (2004), *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press.

Renteln, Alison Dundes (2010), “Making Room for Culture in the Court”, *Judges' Journal*, vol. 49, n.º 2, pp. 7-15.

Renteln, Alison Dundes, e Foblets, Marie Claire (2009), “The use and abuse of the cultural defense”, in Alison Dundes Renteln e Marie Claire Foblets (eds.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford e Portland, Hart Publishing, pp. 61-82.

Renteln, Alison Dundes, e Valladares, Rene (2009), "The Importance of Culture for the Justice System", *Judicature*, vol. 92, n.º 5, pp. 194-201.

Ribeiro, Filipa Perdigão (2018), "A construção discursiva de narrativas coletivas da identidade nacional portuguesa: homogeneidade ou diversidade?", *Comunicação e Sociedade*, vol. 34, pp. 305-3232.

Rosas, João Cardoso (2007), "Sociedade multicultural: conceitos e modelos", *Relações Internacionais*, n.º 14, pp. 47-56.

Rosário, Edite, Santos, Tiago, e Lima, Sílvia (2011), "Discursos do racismo em Portugal: essencialismo e inferiorização nas trocas coloquiais sobre categorias minoritárias", *Estudos do Observatório da Imigração*, n.º 44, disponível em <https://tinyurl.com/4cpj3jks> [10.08.2018].

Ruggiu, Ilenia, e Daw, Jeremy (2019), *Culture and the Judiciary: The Anthropologist Judge*, Londres/Nova Iorque, Routledge/Taylor & Francis.

SEF/GEPF (2020), "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2019", Oeiras, SEF, disponível em: <https://tinyurl.com/rvzba2k3> [10.03.2020]

Santos, Rui (2008), "O realojamento da comunidade cigana de Santo Tirso: dos principais desafios às novas oportunidades de vida", in AAVV, *Atas do Seminário Internacional Ciganos, Território e Habitat*, Lisboa, ISCTE, pp. 169-182, disponível em <https://tinyurl.com/5y96keh2> [20.02.2020]

Sekulić, Duško (2008), "Ethnic Group", in Richard T. Schaefer (ed.), *Encyclopedia of Race, Ethnicity and Society*, Thousand Oaks, Sage Publications, pp. 456-459.

Silva, Manuel Carlos (2014), *Sina social cigana: história, comunidades, representações e instituições*, Lisboa, Colibri.

Shahabuddin, Mohammad (2019), "Ethnicity", in Jean d'Aspremont e Sahib Singh (eds.), *Concepts for International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 279-293.

Spielberger, Charles Donald (2004), *Encyclopedia of Applied Psychology*, Oxford, Elsevier Academic Press.

Stiglitz, Joseph E. (2012), *El precio de la desigualdad: El 1 % de la población tiene lo que el 99 % necesita* (e-book), Madrid, Taurus.

Thornberry, Patrick (2016), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: a commentary*, Nova Iorque, Oxford.

Torgal, Luís Reis (2009), *Estados novos, estado novo: ensaios de história política e cultural*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra.

Turner, Terence (1997), "Human Rights, Human Difference: Anthropology's Contribution to an Emancipatory Cultural Politics", *Journal of Anthropological Research*, vol. 53, n.º 3, pp. 273-291.

Turner, Caroline Sotello Viernes, e Louis, Karen Seashore (1996), "Society's Response to Differences: a Sociological Perspective", *Remedial and Special Education*, vol. 17, n.º 3, pp. 134-141.

UN (2010), *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, Nova Iorque e Genebra, Office of the High Commissioner.

Vala, Jorge (2021), *Racismo, hoje: Portugal em Contexto Europeu*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Vala, Jorge, Brito, Rodrigo e Lopes, Diniz (2015), "Expressões dos racismos em Portugal", *Estudos e Investigações*, n.º 11, disponível em <https://tinyurl.com/se9yztvs> [10.08.2018].

Valdés, María (2007a), "Etnocentrismo y relativismo cultural", in Ascensión Barañano, José Luís García, María Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 132-136.

_____ (2007b), "Racismo y neorracismo", in Ascensión Barañano, José Luís García, María Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 307-311.

_____ (2007c), "Xenofilia y xenofobia", in Ascensión Barañano, José Luís García, María Cátedra e Marie Devillard (coords.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, pp. 369-371.