

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

Orientador: Prof. Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Ciências
Jurídico-Políticas

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

Orientador: Prof. Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente: Doutora Maria José Reis Rangel de Mesquita, Professora Associada com Agregação e membro do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

- Doutora Maria d'Oliveira Martins, Professora Auxiliar Escoa de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, arguente;
- Doutor Francisco Maria Gil Fernandes Pereira Coutinho, Professor Associado com Agregação Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;
- Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;
- Doutora Maria Paula dos Reis Vaz Freire, Professora Associada Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Fernando Manuel Pereira de Loureiro Bastos, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Rui Rodrigo Firmino Guerra da Fonseca, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

A Ataide Vaz Junior,

meu porto seguro.

A Isadora,

meu horizonte.

A Iara,

águas de renovação.

– AGRADECIMENTOS –

Muito embora a elaboração de uma tese de doutoramento seja um trabalho individual, creio que ninguém o realiza sozinho. Nesse árduo e tortuoso caminho, pessoas especiais – cada uma à sua maneira – contribuíram para a concretização dessa conquista.

Início lembrando o esforço dos meus pais, Wanderlindo Sant’Anna e Círia Santana e Sant’Anna, que nunca descuidaram da formação e, sobretudo, da educação de seus filhos, firmemente alicerçada em amor e respeito. Vocês são meus exemplos de superação e honestidade! Serão eternamente meus espelhos.

Não poderia deixar de agradecer à minha irmã, Ana Luiza (para mim, simplesmente, “Zé”), que, apesar da distância física, sempre esteve presente em todos os momentos da minha vida, apoiando-me incondicionalmente. Não foi diferente em relação ao doutoramento.

Ao meu orientador, professor doutor Paulo Otero, o meu mais franco e distinto agradecimento pelo constante incentivo, pela partilha do saber e pelas valiosas contribuições para o trabalho. Acima de tudo, obrigada por vivificar em mim o interesse pelos direitos fundamentais. Não aqueles friamente escritos nos textos constitucionais, mas aqueles vivos nas pessoas que anseiam pela concretização de igual dignidade.

À minha pequena Isadora, pela alegria com que inunda os meus dias e por me fazer redescobrir, a cada instante, a importância das palavras sinceras e dos mais simples gestos. Amo-te infinitamente.

Ao meu esposo e dedicado companheiro, Ataíde Vaz Júnior, meu cúmplice nessa jornada. Com sua paciência e apoio irrestrito, você transformou cada uma dessas mais de 800 páginas de solidão em afetuosa e suave companhia.

Ao(à)s colegas e amigos(as) que contribuíram para a conclusão desta tese, estimulando-me intelectual e emocionalmente, o meu profundo e sincero agradecimento. Mesmo correndo o risco de esquecer nomes importantes, não poderia deixar de registrar a cumplicidade e colaboração dos(as) amigos(as) André de Azevedo Coelho, Laura Pereira de Mello Coelho, Luiz Ferreira de Freitas Neto, Márcia Regina Ribeiro Teixeira, Ioneide Lima Cirqueira e Marli Mateus.

Àquelas(es) que vieram antes de mim – minha ancestralidade – que, com sua luta e resistência, abriram caminhos para que sigamos construindo nossos passos livres.

“It is not our differences that divide us. It is our inability to recognize, accept, and celebrate those differences.”

Audre Lorde

RESUMO: A presente tese de doutoramento objetiva delinear os fundamentos, o conteúdo e a natureza jurídica do direito à igualdade racial. Parte-se do estudo da dignidade da pessoa humana, como fundamento do princípio igualitário, de cujas dimensões se podem extrair os feixes de prerrogativas jusfundamentais constitutivas da igualdade racial. Explorados o conteúdo jurídico e as funções da dignidade da pessoa humana, apresenta-se a noção de *mínimo dignificante* enquanto núcleo essencial estável, porém dinâmico, dos direitos fundamentais. As concepções de igualdade – como valor, como justiça, como princípio jurídico e como *jus cogens* – não impedem a sua compreensão também como direito fundamental, ou direitos de igualdade, aqui compreendido o direito à igualdade racial. Tratando mais especificamente da temática central, inicia-se por justificar a persistência da tutela jurídica da questão racial, haja vista cientificamente ter-se concluído não existirem raças humanas. Desvelando as concepções de racismo, raça e discriminação racial, a investigação dedica-se, posteriormente, a um breve histórico sobre as principais ideias políticas a respeito da igualdade racial. A partir dos pressupostos teóricos já absorvidos com o estudo da dignidade da pessoa humana e da igualdade, desvendam-se as dimensões constitutivas do direito à igualdade racial, sejam as de caráter eminentemente negativo, sejam as de caráter eminentemente positivo. Nesse sentido, serão explorados o direito à não discriminação racial; o direito à diferença racial; o direito à promoção da igualdade racial; e o direito à proteção da igualdade racial, enquanto dimensões integrantes do direito fundamental à igualdade racial no seu conteúdo ótimo. Nada obstante, o estudo não se furtará da tarefa de revelar também o conteúdo mínimo da igualdade racial, incontornável na atuação das entidades públicas e, em certa medida, das entidades privadas. Após tratar da constitucionalização da igualdade racial – nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa –, as últimas linhas do trabalho serão dedicadas ao estudo do regime jurisprudencial das dimensões da igualdade racial, no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana, igualdade, racismo, direito fundamental, igualdade racial.

ABSTRACT: The present doctoral thesis aims to outline the foundations, the content and legal nature of the right to racial equality. The thesis begins with the study of human dignity, as the foundation of the equality principle, from whose dimensions we can extract the bundles of fundamental prerogatives that constitute the racial equality. Once explored the legal content and functions of human dignity, the notion of *minimum of dignification* is presented as a stable but dynamic core of fundamental rights. The conceptions of equality - as value, as justice, as juridical principle and as *jus cogens* – do not prevent its understanding as well as fundamental right or rights of equality, here included the right to racial equality. Treating more specifically the central theme, the thesis begins by justifying the persistence of legal protection of the racial issue, since scientifically have concluded that human races do not exist. Uncovering the conceptions of racism, race and racial discrimination, the research is subsequently dedicated to a brief history of the main political ideas regarding racial equality. From the theoretical assumptions already absorbed with the study of human dignity and equality, the study reveals the constituent dimensions of the right to racial equality, whether are those of eminently negative character, or eminently positive character. In this sense, it will explore the right to non- racial discrimination; the right to racial difference; the right to the promotion of racial equality; and the right to the protection of racial equality, dimensions that are part of the fundamental right to racial equality in its great content. Nevertheless, the study does not shirk the task of revealing also the minimum content of racial equality, essential in the performance of public entities and, to some extent, private entities. After treating the constitutionalisation of racial equality – in international systems of human rights protection and in brazilian and portuguese legal systems – the last lines of the work will be devoted to the study of the judicial regime of the dimensions of equality race, in Brazil.

KEYWORDS: human dignity, equality, racism, fundamental right, racial equality.

RÉSUMÉ: Cette thèse de doctorat vise à définir les bases, le contenu et la nature juridique du droit à l'égalité raciale. Elle commence par l'étude de la dignité humaine – comme base du principe de l'égalité –, dont les dimensions permettent d'extraire les droits qui constituent l'égalité raciale. Après avoir exploré le contenu juridique et les fonctions de la dignité humaine, la thèse présente la notion de *minimum dignifiant* comme noyau essentiel stable, mais dynamique, des droits fondamentaux. Les conceptions d'égalité – vues comme valeur, justice, principe juridique et *jus cogens* – n'entravent pas sa compréhension aussi comme un droit fondamental ou *droits d'égalité*, inclus ici le droit à l'égalité raciale. En traitant plus précisément du thème central, on commence à justifier la poursuite de la protection juridique de la question raciale, étant donné que la science a conclu qu'il n'y a pas de races humaines. En découvrant les conceptions du racisme, de la race et de la discrimination raciale, la recherche est ensuite consacrée, à une brève histoire des principales idées politiques sur l'égalité raciale. Du cadre théorique déjà compris par l'étude de la dignité humaine et de l'égalité, la recherche révèle les dimensions constitutives du droit à l'égalité raciale, que ce soient celles de caractère éminemment négatif, que ce soient celles de caractère éminemment positif. En ce sens, seront explorés le droit à la non-discrimination raciale; le droit à la différence raciale; le droit de promouvoir l'égalité raciale; et le droit à la protection de l'égalité raciale, en tant que dimensions intégrantes du droit fondamental à l'égalité raciale dans son contenu *optimisé*. Néanmoins, l'étude ne nie pas la tâche de révéler aussi le contenu minimum de l'égalité raciale, et donc indispensable dans l'exercice des pouvoirs publics et, dans une certaine mesure, des entités privées. Après avoir traité de la *constitutionalisation* de l'égalité raciale - dans les systèmes internationaux pour la protection des droits de l'homme et les systèmes juridiques brésilien et portugais - les dernières lignes du travail seront consacrées à l'étude des décisions judiciaires sur les dimensions de l'égalité raciale au Brésil.

MOTS-CLÉS: dignité humaine, égalité, racisme, droit fondamental, égalité raciale.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
a.C.	antes de Cristo
ACLU	<i>American Civil Liberties Union</i>
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
ANC	<i>African National Congress</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> – Decisões do Tribunal Federal em Matéria Civil
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BPC	bifenilpoliclorado
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> – Decisões do Tribunal Constitucional
BVerwGE	<i>Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts</i> – Decisões do Tribunal Federal
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CADHP	Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CAODH	Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE	Constituição Espanhola
CE	Conselho de Estado
CE	Conselho da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CEDR	Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial
CEJIL	Centro pela Justiça e o Direito Internacional
CEPE	Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão
CERI	Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância
CESPE	Centro de Seleção e de Promoção de Eventos
CF	Constituição Federal
Cfr.	conforme/confira
CI	Constituição Italiana
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIDI	Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância
CIEDR	Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIRDRI	Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
COFENEN	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito

CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
d.C.	depois de Cristo
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DIEESE	Departamento Interestadual de Estatística e Estudos Socioeconômicos
DJ	Diário da Justiça
DNA	deoxyribonucleic acid
DR	Diário da República
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EBSERH	Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares
EC	Emenda Constitucional
EDUCAFRO	Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
EUA	Estados Unidos da América
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GEDHDIS	Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
IDHM	Índice de Desenvolvimento Humano Municipal
IARA	Instituto de Advocacia Racial e Ambiental
ILC	<i>International Law Commission</i>
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social

IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LCP	Lei das Contravenções Penais
MP	Ministério Público
MP-BA	Ministério Público do Estado da Bahia
MPS	<i>Metropolitan Police Service</i>
MPT	Ministério Público do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NLSY	<i>National Longitudinal Study of Youth</i>
OAAU	Organização da Unidade Afro-Americana
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização de Unidade Africana
PAC	<i>Pan Africanist Congress</i>
PEA	população economicamente ativa
PED	Pesquisa de Emprego e Desemprego
PGR	Procurador(ia) Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PL	Projeto de Lei
PME	Pesquisa Mensal de Emprego
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PNDH	Programa Nacional de Direitos Humanos
PNPIR	Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial
PRDC	Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão
QI	Quociente de Inteligência

SATED	Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo
SIM	Sistema de Informação sobre Mortalidade
SEPPIR	Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SMPIR	Secretaria Municipal de Promoção da Igualdade Racial
SPFW	São Paulo <i>Fashion Week</i>
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJ	Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UA	União Africana
UCC	<i>United Church of Christ</i>
UE	União Europeia
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria
UnB	Universidade de Brasília
UNEB	Universidade do Estado da Bahia

UNESCO

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

US

United States

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	8
1. Delimitação do tema e questões orientadoras	8
2. Aspectos metodológicos	15
3. Apresentação	17
PARTE I – Dignidade humana e igualdade: fundamentos da igualdade racial	20
CAPÍTULO I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE	20
1. Dos seres humanos e de outros animais: o que torna o ser humano digno?	22
2. Dignidade inata e dignidade dinâmica	28
3. De <i>dignitas</i> a dignidade da pessoa humana: principais marcos na formação da noção jurídica	31
4. Funções do princípio da dignidade da pessoa humana	36
5. Conteúdo <i>jusfundamental</i> da dignidade da pessoa humana	46
5.1. Noções preliminares	46
5.2. As dimensões da dignidade da pessoa humana	52
5.2.1. Perspectiva subjetiva ou individual	52
5.2.1.1. Dignidade como singularidade físico-psíquica	54
5.2.1.2. Dignidade como autonomia	58
5.2.2. Perspectiva intersubjetiva ou social	63
5.2.2.1. Dignidade como reconhecimento	64
5.2.2.2. Dignidade como condições materiais	71
5.3. Dignidade como igualdade: afinal, em que somos todos iguais?	76
6. O mínimo dignificante: núcleo essencial dos direitos fundamentais	82
CAPÍTULO II – APONTAMENTOS SOBRE O PENSAMENTO POLÍTICO-FILOSÓFICO OCIDENTAL ACERCA DA IGUALDADE	86
1. A igualdade na Antiguidade Clássica	87

1.1. Péricles e o elogio à democracia social	87
1.2. A <i>justiça</i> na Cidade ideal de Platão	88
1.3. A(s) justiça(s) segundo Aristóteles	92
1.4. Cícero e Séneca: a <i>natureza humana</i> dos escravos	96
2. A igualdade na Idade Média	99
2.1. A revolução cristã	99
2.2. Santo Agostinho e a igualdade absoluta na Cidade de Deus	101
2.3. São Tomás de Aquino: justiça como igualdade para o outro	102
3. A igualdade nos contratualistas	105
3.1. Hobbes e a igualdade natural entre os homens	105
3.2. A <i>igual liberdade</i> em Locke	108
3.3. Rousseau e a origem das desigualdades entre os homens	113
4. Samuel Pufendorf e a <i>igual dignidade</i> dos homens	117
5. Tocqueville e os riscos da democracia igualitária	119
6. A dialética da igualdade/liberdade na filosofia do Direito de Hegel	122
7. Marx e a crítica à igualdade burguesa	128
CAPÍTULO III – CONCEPÇÕES DE IGUALDADE	136
1. A igualdade como valor	137
2. A igualdade como justiça	140
2.1. A regra de justiça	141
2.2. Critérios de justiça	142
3. A igualdade como princípio jurídico	147
4. A igualdade como <i>jus cogens</i>	152
5. A igualdade como direito fundamental: direitos de igualdade	159
6. A determinação do conteúdo jurídico da igualdade	163
CAPÍTULO IV – A IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	167
1. A evolução da noção jurídica de igualdade	168
1.1. Igualdade formal	169
1.2. Igualdade material	172
1.2.1. Igualdade material e neutralidade estatal	175
1.3. Igualdade procedimental	179

2. Igualdade e proteção das <i>minorias</i>: reconhecimento, redistribuição e participação	182
2.1. Igualdade e (in)diferença	182
2.2. Concepção de <i>minorias</i> : especificidade, vulnerabilidade e identidade	186
2.3. A inclusão das <i>minorias</i> e os limites da tolerância	193
2.4. Igualdade para as <i>minorias</i> : reconhecimento, redistribuição e participação	200
3. Igualdade de oportunidades e critérios de justiça	206
4. Ações afirmativas e promoção da igual liberdade	210
4.1. Modalidades de ações afirmativas	215
4.2. Objetivos das ações afirmativas	220
4.3. Transitoriedade	221
4.4. Fundamentos das ações afirmativas	222
4.5. Condições das ações afirmativas	225
4.5.1. Eleição de características ou especificidades relevantes como critérios de diferenciação	226
4.5.2. Pertinência da correlação entre o fator de discriminação e a ação afirmativa	227
4.5.3. Idoneidade do mecanismo implementado, quando relacionado à finalidade da ação afirmativa	227
4.5.4. Observância da proporcionalidade no que tange à representatividade dos grupos minoritários	228
4.5.5. Combate às desigualdades verificadas no presente	228
4.5.6. Harmonia entre a ação afirmativa aplicada e os valores absorvidos pela ordem constitucional	229
5. Igualdade <i>versus</i> liberdade?	229
6. Igual liberdade e igual dignidade no Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais	232
Parte II – Da igualdade racial	238
CAPÍTULO I – A RAÇA E O DIREITO	238
1. Existem raças humanas?	241
1.1. Raça e termos correlatos	241
1.2. Da classificação racial à negação da existência de raças humanas	246
2. A persistência da raça e sua relevância jurídica	257

2.1. Concepção jurídica de raça	266
2.2. A classificação racial pelo Direito	271

CAPÍTULO II – LUTAS ANTIRRACISTAS E A EVOLUÇÃO DAS IDEIAS JURÍDICO-POLÍTICAS ACERCA DA IGUALDADE RACIAL: BREVES APONTAMENTOS

.....	280
1. A questão indígena: da doutrina da <i>humanização dos índios das Américas</i> à persistente <i>supremacia racial civilizacional</i>	282
1.1. A doutrina da <i>humanização</i> dos índios das Américas	283
1.2. A questão indígena nas Constituições da América Latina	287
1.3. Os direitos dos aborígenes do Canadá	293
1.4. Os direitos dos aborígenes da Austrália	298
1.5. A internacionalização dos direitos dos povos indígenas	303
2. A silenciada revolução haitiana pela igualdade racial	308
3. O Estado racista do III Reiche: o <i>super-homem</i> ariano contra a <i>antirraça</i>	322
4. EUA: o conflito racial no país das ações afirmativas	335
5. O regime do <i>apartheid</i> na África do Sul	358
6. Raça, sistema de castas e ações afirmativas na Índia	373
6.1. A persistência do sistema de castas indiano	373
6.2. A internacionalização da discussão sobre o sistema de castas indiano	379
6.3. Racismo e castismo: identidade ou sobreposição de opressões?	389
6.4. Ações afirmativas na Constituição indiana	391

CAPÍTULO III – IGUALDADE RACIAL: CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA

.....	395
1. A igualdade racial como devir pós-colonial	396
1.1. <i>Nós</i> e os <i>outros</i> no colonialismo moderno	396
1.2. A igualdade racial como <i>desracialização</i> do princípio igualitário	404
2. O conteúdo do direito à igualdade racial	415
2.1. Direito à não discriminação racial	420
2.1.1. Discriminação racial direta	429
2.1.2. Discriminação racial indireta	434
2.1.3. Racismo institucional	440
2.1.4. Racismo ambiental	446
2.1.5. Racismo religioso	455

2.1.6. Discursos racistas (<i>racial hate speech</i>): direito à liberdade de expressão ou violação do direito à não discriminação racial?	466
2.1.6.1. O discurso de ódio racial nos sistemas de proteção dos direitos humanos	467
2.1.6.2. O discurso de ódio racial no direito comparado	474
a) Estados Unidos	474
b) Canadá	478
c) Alemanha	482
d) Brasil	485
2.1.6.3. A regulação do discurso de ódio racial: entre a (igual) liberdade e a não discriminação	489
2.2. Direito à diferença racial	493
2.3. Direito à promoção da igualdade racial	506
2.4. Direito à proteção da igualdade racial	533
3. Natureza jurídica da igualdade racial	544
4. Conteúdo essencial do direito à igualdade racial	548
CAPÍTULO IV – A IGUALDADE RACIAL NOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	561
1. A igualdade racial nos instrumentos jurídicos internacionais	562
1.1. A igualdade racial no sistema internacional de proteção dos direitos humanos	562
1.1.1. Da Declaração das Raças à Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial	564
1.1.2. Rumo à Durban: as Décadas e Conferências de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial	577
1.1.3. A igualdade racial como <i>jus cogens</i> e a responsabilidade internacional dos Estados por violação às normas pertinentes	585
1.1.3.1. A igualdade racial na Corte Internacional de Justiça	586
1.1.3.2. A igualdade racial pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial	592
1.1.3.3. <i>International Law Commission</i> , responsabilidade internacional dos Estados e igualdade racial como <i>jus cogens</i>	606
1.2. Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos	611
1.2.1. Sistema europeu de proteção dos direitos humanos	612
1.2.2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	620
1.2.3. Sistema africano de proteção dos direitos humanos	626

CAPÍTULO V – IGUALDADE RACIAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ...	631
1. A questão racial nas Constituições brasileiras	632
2. A juridicização da raça na legislação brasileira	641
2.1. Período escravagista	641
2.2. A política de embranquecimento e a criminalização do negro	644
2.3. Evolução da legislação antirracismo	647
2.4. A promoção da igualdade racial na legislação brasileira	658
3. Desigualdade racial no Brasil: o contexto que legitima o texto	666

CAPÍTULO VI – IGUALDADE RACIAL NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	676
1. O tratamento jurídico do escravizado nas Ordenações do Reino	677
2. A questão racial nas Constituições portuguesas	680
3. O combate à discriminação racial na legislação portuguesa	686
4. Portugal e a <i>descoberta</i> do racismo	691
5. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre <i>igualdade proporcional: igualdade racial proporcional?</i>	697

PARTE III – O regime jurisprudencial do direito à igualdade racial no Brasil	718
---	------------

CAPÍTULO I – DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	718
1. Racismo institucional e o caso Simone Diniz	719
2. A vinculação dos particulares ao direito à não discriminação nas relações contratuais	731
3. A injúria racial como crime imprescritível e inafiançável	743

CAPÍTULO II – DIREITO À DIFERENÇA RACIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	753
1. Direito à diferença racial e <i>discriminação estética</i> no mercado de trabalho	753
2. Direito à diferença e racismo religioso	762

CAPÍTULO III – DIREITO À PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	770
1. A promoção da igualdade racial e as cotas raciais nas universidades brasileiras ...	770

2. Cotas raciais nos concursos públicos	796
3. A promoção da igualdade racial pelas entidades privadas: a atuação do Ministério Público do Trabalho no enfrentamento do racismo institucional no setor bancário brasileiro	808
CAPÍTULO IV – DIREITO À PROTEÇÃO DA IGUALDADE RACIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	821
1. Fiscalização do sistema de cotas raciais e direito à (dever de) proteção da promoção da igualdade racial	822
2. O direito à proteção contra a discriminação racial nas relações de trabalho	853
CONCLUSÕES	867
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	877
DOCTRINA	877
LEGISLAÇÃO	927
JURISPRUDÊNCIA	935
DOCUMENTOS INTERNACIONAIS	945

– CONSIDERAÇÕES INICIAIS –

“Ma bouche sera la bouche des malheurs qui n’ont point de bouche, ma voix, la liberté de celles qui s’affaissent au cachot du désespoir”.

Aimé Césaire

1. Delimitação do tema e questões orientadoras

A presente tese de doutoramento concentra-se na área das Ciências Jurídico-Políticas – com especial foco no ramo dos Direitos Fundamentais – e tem por objeto o estudo do direito fundamental à igualdade racial. Serão explorados os fundamentos da igualdade racial, o conteúdo dessa prerrogativa jusfundamental, nas suas diversas dimensões, sua natureza jurídica e seu tratamento nos sistemas de proteção dos direitos humanos e nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa.

A dignidade da pessoa humana, enquanto base elementar dos direitos humanos, configura-se como fundamento da igualdade de todas as pessoas e, portanto, da igual dignidade racial. Por conseguinte, a discriminação alicerçada em critérios raciais representa evidente violação, a um só turno, dos princípios dignitário e igualitário.

Nada obstante, o racismo e a discriminação racial continuam sendo dos mais complexos problemas de direitos humanos no mundo atual, adquirindo variadas e novas formas de manifestação, desde o racismo institucional, até os modos mais brutais de genocídio. Apesar de ser possível apontar progressos realizados em alguns setores, as distinções, exclusões, restrições ou preferências com base na raça continuam a reproduzir a desigualdade em desfavor de determinados grupos raciais – e, certamente, o privilégio em favor do *grupo racial dominante* – com graves reflexos no acesso a bens essenciais e no pleno exercício dos direitos fundamentais.

O assunto desperta especial interesse, principalmente quando se constata que, por meio do fenômeno da imigração, as sociedades atuais – mesmo aquelas que não possuem *originalmente* população multirracial em decorrência de processos colonizatórios – são *desafiadas a conviver* com a diferença e a diversidade também em termos raciais. No entanto, ao aumento da diversidade racial – muitas vezes associada à diversidade cultural – que se impõe, em escala mundial, aos tecidos sociais, corresponde a persistência e recrudescimento de fenômenos como a xenofobia e o racismo.

De fato, o racismo e a conseqüente irrupção de sentimentos de intolerância, ódio e rejeição têm se mostrado intensos e cada vez mais explícitos nas sociedades contemporâneas, sem olvidar a persistente desigualdade racial constatada em diversos países, o que revela a necessidade de tratamento do tema pelas ciências jurídicas. Apenas para citar alguns exemplos, mencione-se a expulsão em massa de imigrantes ciganos determinada pelo Governo francês – notadamente nos meses de agosto e setembro de 2010¹ –, a propagação de opiniões hostis em relação aos imigrantes muçulmanos na Alemanha, em agosto de 2010², o massacre de 77 pessoas na Noruega, em julho de 2011³ e os protestos no estado do Missouri, Estados Unidos, em decorrência da violência policial contra jovens negros, nos meses de agosto e outubro de

¹ Nos meses de agosto e setembro de 2010, o Governo francês determinou o retorno em massa de cidadãos europeus *Roms* (ciganos) que se encontravam em situação irregular no território nacional. As medidas adotadas suscitaram severas críticas, pelo seu suposto caráter discriminatório e xenofóbico, gerando tensões entre o poder nacional e o poder comunitário (União Europeia). O conteúdo da circular de 5 de agosto de 2010 (IOCK1017881J), do Ministério do Interior da França, foi o ponto central das polêmicas em torno dos objetivos da política migratória francesa, uma vez que dito documento referia-se expressamente aos imigrantes *Roms*, como destinatários prioritários das medidas de evacuação de acampamentos ilícitos e repatriamento de seus ocupantes.

² Em agosto de 2010, o ex-ministro das Finanças da Alemanha, Thilo Sarrazin, publicou um livro que, segundo a imprensa alemã, defende teses xenofobas dirigidas especialmente contra os imigrantes muçulmanos e judeus. A publicação do livro, que, à época, figurou entre os mais vendidos, reacendeu o debate sobre a discriminação contra minorias étnico-raciais no país. Em 8 de setembro de 2010, a chanceler alemã Ângela Merkel discursou em homenagem ao cartunista dinamarquês Kurl Westergaard, cujos cartuns do profeta Maomé – publicados pela primeira vez no jornal dinamarquês *Jyllands-Posten* em 2005 – geraram protestos violentos de comunidades muçulmanas. A homenagem ocorreu num momento de intenso debate sobre a imigração muçulmana e rendeu críticas ao governo alemão. Em 3 de outubro de 2010, durante a cerimônia que celebrou os 20 anos da reunificação da Alemanha, o presidente alemão, Christian Wulff, declarou que a integração de imigrantes muçulmanos é um dos grandes desafios da Alemanha, ressaltando a importância de mais esforços dos estrangeiros para a integração e mais tolerância por parte dos alemães. Também em outubro de 2010, um estudo divulgado pela Fundação Friedrich Ebert demonstrou que 58% dos alemães são favoráveis à limitação do direito de liberdade religiosa dos muçulmanos na Alemanha.

³ Em 22 de julho de 2011, o norueguês Anders Behring Breivik realizou dois ataques coordenados em Oslo, capital norueguesa, resultando na morte de 77 pessoas. No primeiro ataque, a explosão de um carro-bomba atingiu a sede do governo, matando 8 pessoas. Pouco tempo depois, na mesma data, o autor invadiu um acampamento da juventude social-democrata, na ilha de Utoya, matando 69 pessoas com disparos de armas de fogo. Levado a julgamento, o norueguês confessou a prática do crime, alegando ter praticado o massacre para libertar a Noruega da *invasão muçulmana*.

2014⁴. Em 17 de junho de 2015, um jovem branco, de 22 anos, foi autor do evento que ficou conhecido como o massacre da igreja de Charleston, na Carolina do Sul (EUA), ocasião em que – declaradamente motivado por ódio racial – atirou contra dezenas de pessoas negras na *Emanuel African Methodist Episcopal Church*, matando nove pessoas⁵. Em Charlottesville (EUA), em agosto de 2017, durante um protesto contra supremacistas brancos que intentavam impedir a remoção da estátua do confederado Robert E. Lee⁶, um jovem supremacista avançou com seu veículo contra os manifestantes, ferindo diversas pessoas e matando a ativista Heather Heyer⁷.

As imagens do assassinato de George Floyd, em 25 de maio de 2020, em Powderhorn, Minneapolis, Minnesota, Estados Unidos, pelo policial branco Derek Chauvin – que, ajoelhado sobre seu pescoço, asfixiou-o por mais de oito minutos, enquanto a vítima, completamente imobilizada, dizia “*I Can’t Breathe!*” (“*Não consigo respirar*”) – parecem ter, ao menos por algum tempo, gerado indignação em escala mundial.⁸

Meses depois – exatamente na véspera do Dia da Consciência Negra –, em 19 de novembro de 2020, João Alberto Silveira Freitas, homem negro de 40 anos, enquanto fazia compras no supermercado *Carrefour* em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, foi espancado até a morte por dois seguranças brancos da empresa Vector Segurança, prestadora de serviços ao supermercado, gerando grande repercussão nacional em diversas esferas.⁹

Mais recentemente, no dia 24 de janeiro de 2022, Moïse Mugenyi Kabagambe, um imigrante congolês de 24 anos, foi assassinado a pauladas, no quiosque Tropicália, na praia da

⁴ Em 9 de agosto de 2014, na cidade de Ferguson, Missouri, o jovem negro Michael Brown, de 18 anos, que estava desarmado, foi confundido com um assaltante e morto com seis tiros por um policial branco. O fato gerou uma onda de protestos que se espalharam pelo país.

⁵ Em 10 de janeiro de 2017, o autor do crime, Dylan S. Roof, foi considerado culpado pelas 33 acusações de homicídio e sentenciado à pena de morte.

⁶ Robert Lee ficou conhecido por ter comandado o Exército da Virgínia do Norte durante a Guerra Civil dos Estados Unidos. Em fevereiro de 2017 – por considerar que o monumento fomenta a divisão racial –, a Câmara local aprovou a remoção da estátua do general Robert Lee da praça de mesmo nome, gerando manifestações de supremacistas brancos contra a decisão. Os atos deflagraram confrontos violentos entre supremacistas de extrema direita e ativistas de direitos civis. Nos últimos anos, tem se discutido nos Estados Unidos sobre a remoção ou permanência das centenas de monumentos em homenagem a confederados em praças públicas de todo o país.

⁷ Em 7 de dezembro de 2018, James Alex Fiels Jr. foi considerado culpado pelo assassinato em primeiro grau de Heather Heyer, pela justiça dos Estados Unidos da América.

⁸ O assassinato de George Floyd foi gravado por uma testemunha e exibido ao vivo pelo Facebook, desencadeando uma série de protestos antirracistas que se espalharam pelos EUA e pelo mundo, expondo o racismo sistêmico do sistema de justiça criminal e de segurança pública daquele país. Em maio de 2020 o policial Derek Chauvin foi demitido e, em junho de 2021 – mesmo se declarando inocente, pois segundo ele, seguiu corretamente seu treinamento policial –, foi condenado a 22 anos de prisão.

⁹ Seis pessoas envolvidas no assassinato foram denunciadas pelo Ministério Público por homicídio triplamente qualificado, com dolo eventual (motivo torpe – tendo o racismo como fundamento –, meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima). Os dois seguranças estão presos, e quatro funcionários do supermercado aguardam o julgamento em liberdade.

Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, Brasil, onde trabalhou como atendente, após cobrar uma dívida trabalhista de R\$ 200,00.

Tudo isso sem contar com os inúmeros e habituais episódios de racismo contra jogadores de futebol e com as, cada vez mais frequentes, manifestações de ódio racial propagadas pela internet¹⁰. Nos últimos anos, a ascensão de governos de extrema direita ao redor do mundo tem revelado abertamente tendências xenofóbicas e de inferiorização de grupos étnico-raciais vulnerabilizados^{11 12}. Ademais – e conforme será visto mais adiante –, em países como Brasil e Estados Unidos da América, dados estatísticos têm demonstrado que o fator raça é determinante das desigualdades e condicionante do acesso a direitos fundamentais.

Defrontar-se com o *outro* implica a descoberta de diferenças – reais ou imaginárias – e, conseqüentemente, o inevitável estabelecimento de diferenciações, fenômeno inerente à concepção de pertença¹³. A identificação do *eu* pressupõe a existência do *outro* e a necessidade de estabelecer critérios de reconhecimento e diferenciação. A relação *eu/outro* não resulta, necessariamente, no reconhecimento de um *alter ego*, ou na compreensão do *diverso* como um espelho de si mesmo¹⁴. Pelo contrário, a história parece coincidir, em muita medida, com a da intolerância, com um comportamento narcísico e egocêntrico, tido como próprio da natureza humana¹⁵.

¹⁰ No Brasil, após o segundo turno das eleições presidenciais de 2010, diversas mensagens racistas foram postadas nas redes sociais, inclusive incitando a violência contra nordestinos, em virtude do elevado número de votos obtidos pela então candidata à Presidência da República, Dilma Rousseff, na Região Nordeste do País. Uma estudante de Direito – que, na ocasião, teria postado no *Twitter* a mensagem “Nordestino não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado!” – foi condenada pela 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo pela prática de racismo. As ofensas se repetiram no primeiro turno das eleições presidenciais de 2014 e geraram procedimentos investigatórios perante as autoridades competentes. Em 2015, uma jornalista – Maria Júlia Coutinho – e três atrizes negras brasileiras – Taís Araújo, Sheron Menezes e Cris Vianna – foram alvo de ofensas racistas nas redes sociais, o que, além da relevante repercussão na imprensa, gerou investigações e processos criminais.

¹¹ O último pleito presidencial no Brasil, ocorrido em outubro de 2018, resultou na eleição do candidato Jair Bolsonaro, que, durante a campanha eleitoral, apresentou discurso de inferiorização e retirada de direitos de grupos minoritários como quilombolas e indígenas.

¹² Observe-se que, ao longo do texto, utiliza-se a expressão *grupos vulnerabilizados* ou o termo *vulneração* (ato de vulnerar), em consonância com o entendimento de que não se trata um estado de *vulnerabilidade natural* ou imputável a tais grupos, mas sim de situações ativamente construídas pela sociedade e pelo Estado e impostas social, política, histórica e economicamente, por meio das mais diversas formas de opressão.

¹³ Cfr. Rosa Cabecinhas, *Preto e Branco – A naturalização da discriminação racial*, p. 20.

¹⁴ Segundo José Bada, *La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia*, p. 34, “la percepción de los otros como diferentes es inseparable de la percepción del nosotros como grupo de semejantes: somos *nosotros frente a los otros*”. (grifos do autor).

¹⁵ Nesse sentido, A. G. Mesquitela Lima, *O mito da inferioridade das raças*, p. 13, entende ser uma realidade científica a afirmação de que todos os sistemas vivos – incluindo o *homo sapiens* – são egoístas desde o nascimento e tornam-se altruístas pela necessidade de viver em sociedade. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 656, afirma que, enquanto a tolerância configura-se como um elemento cultural, a intolerância é um fenômeno próprio da natureza humana. Nas palavras do autor “não será exagero afirmar que (...) o Homem é por natureza, um ser intolerante, e o combate à intolerância é uma questão educacional”. Em sentido semelhante, Bjarne Melkevik, *Tolérance et Modernité Juridique*, p. 16, entende que as sociedades modernas não podem ser propriamente designadas como tolerantes, especialmente quando se leva em consideração a exclusão,

A desigualdade – assim como a diferença – é uma condição natural da vida em sociedade. Não obstante as semelhanças que unem os seres humanos enquanto membros de uma única espécie, as diferenças entre os indivíduos e as desigualdades que delas se originam são iminentes – e não necessariamente nocivas – à organização das sociedades. Nesse sentido, a busca pela igualdade poderia ser considerada como um ideal, uma meta, um afã que enfrenta uma corrente natural, o que exige uma luta constante contra a dinâmica inerente às estruturas sociais¹⁶.

A inevitável ausência de neutralidade nos processos de identificação e diferenciação sempre alicerçou o estabelecimento de relações de poder fundadas nas distinções entre as pessoas. Teorias racistas propagaram, durante muitos anos, a ideologia de estratificação rracica da humanidade, instituindo níveis hierárquicos baseados nas supostas diferenças entre as *raças humanas*. Embora cientificamente ultrapassadas, essas correntes doutrinárias impregnaram-se no ideário das sociedades modernas, dando ensejo à construção de desigualdades sociais, e por vezes, também jurídicas, com arrimo na pertença étnico-racial. As relações raciais, então, acabam por alicerçar desigualdades¹⁷ fáticas que se reproduzem, com maior ou menor intensidade, no campo jurídico, mormente no acesso aos direitos fundamentais, perpetuando um sistema de distribuição iníqua de *status*, recursos e de oportunidades, que se concentram em favor dos grupos hegemônicos.

No âmbito da ciência do Direito, o tema revela-se atual e de importância ímpar, em especial quando se considera a atenção que os ordenamentos jurídicos internos e a ordem internacional têm dedicado ao problema da não discriminação racial¹⁸. Nessa esfera meramente proibitiva, os sistemas jurídicos coíbem condutas discriminatórias, impondo a seus autores sanções de natureza penal, civil e/ou administrativa. Embora não se possa negar a relevância dessa dimensão de cunho eminentemente negativo ou defensivo, a busca pela efetiva e plena igualdade racial não pode se circunscrever apenas a ela, que se caracteriza como primeira etapa no processo de concretização da igual dignidade de todas as raças.

Efetivamente, a mera proibição normativa não tem o condão de afastar a segregação fundada no fator rracico, se o Estado não toma para si também a promoção da igualdade racial,

o racismo e os crimes de ódio. Primo Mazzolari, *Sobre a tolerância e outros ensaios*, p. 31, observa que o homem não nasce tolerante, sendo, pelo contrário, impulsionado por um instinto violento e avassalador.

¹⁶ Cfr. Santiago Sánchez González, *En torno de la igualdad y a la desigualdad*, p. 15.

¹⁷ Sobre a distinção entre diferença e desigualdade, José d'Assunção Barros, *Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções*, p. 345-346, leciona que, enquanto a diferença diz respeito a fatores essenciais inerentes às pessoas ou às coisas, o termo desigualdade está associado à forma de tratamento. Assim, embora a *diferença* possa servir de base estruturante para a *desigualdade*, elas não são noções necessariamente interdependentes.

¹⁸ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 361 e ss.

com o propósito de conferir igualdade de oportunidades aos grupos raciais vulnerabilizados. A assunção pelos entes estatais de conduta ativa diante de tais desigualdades pressupõe, do mesmo modo, o reconhecimento e a *valorização* das diferenças, condições *sine qua non* para a adoção de medidas de promoção da igualdade racial. Por fim, indispensável, ainda, a proteção da igualdade racial, de maneira a colmatar os elementos apontados, que se configuram como dimensões constituintes da prerrogativa jusfundamental estudada. São, portanto, essas quatro vertentes – direito à não discriminação racial, direito à diferença racial, direito à promoção da igualdade racial e direito à proteção da igualdade racial – que serão teorizadas e desenvolvidas de forma a delinear o conteúdo do direito fundamental à igualdade racial.

Como dito, a igualdade racial tem sido abordada de maneira restritiva no meio jurídico, que, muitas vezes, concentra-se na sua dimensão negativa, que impõe um não agir, uma obrigação de não discriminação com base em fatores racionais. Mais recentemente, numerosos estudos têm se dedicado a abordar a consagração na seara jurídica das medidas de ação afirmativa, enquanto mecanismos de promoção da igualdade racial¹⁹. Entretanto, não se vislumbra nas referências bibliográficas consultadas um esforço teórico no sentido de apresentar uma concepção de igualdade racial que atente para as várias facetas que compõem tal valor juridicizado. Em geral, as investigações sobre o tema adotam o termo igualdade racial como premissa, como realidade pré-concebida, sem perquirir sobre a sua natureza jurídica e, sobretudo, sobre a relevância jurídica da própria raça. Atentando para tais omissões e para a imprescindibilidade de se firmar o conteúdo jusfundamental da igualdade racial é que se desenvolveu a proposta do presente estudo.

¹⁹ Apenas para mencionar alguns, cfr. Penelope E. Andrews, *Affirmative Action in South Africa: Transformation or Tokenism?*; James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*; Thomas E. Weisskopf, *Affirmative Action in the United States and India - A comparative perspective*; Colm O’Cinnéide, *Positive action and the limits of existing law*; Deirdre M. Bowen, *Meeting Across the River: Why Affirmative Action Needs Race & Class Diversity*; Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*; *Idem*, *Ações afirmativas: aspectos jurídicos*; Sidney Madruga, *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*; Renata Malta Vilas-Bôas, *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*; Vera Lúcia Carapeto Raposo, *O Poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva*; María Angeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*; *Idem*, *Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Union Europea*; María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*; Luis López Guerra, *Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978*; Xiomara E. Lazo Fuentes, *Las acciones positivas en Latinoamérica: el caso Costarricense*; Gwénaële Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités*; Anne Levade, *Discrimination positive et principe d’égalité en droit français*; François Stasse, *Pour la discrimination positives*; Alain-Gérard Slama, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*; Laura Calafà, *Nuovi modelli di azioni positive nell’attuazione delle politiche di antidiscriminazione razziale ed étnica*; M. Ainis, *Azioni positive e principio di eguaglianza*; M. V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*; F. Borgogelli, *La tipologia delle azioni positive*; Daniela Ikawa, *Ações Afirmativas em universidades*; Michael J. Sandel, *A ação afirmativa em questão*.

Tanto no âmbito sociológico quanto no âmbito jurídico, as diferenças – étnicas, raciais, culturais, de origem, gênero, sexo, idade, orientação sexual etc. – sempre existirão, já que os seres humanos são naturalmente diferentes. O que se deve garantir – e, nesse sentido, admite-se (por vezes se impõe) uma atuação positiva do Estado – é que tais diferenças não deem azo à marginalização social de determinadas *minorias*. Desse modo, o ideal de justiça – ou de *igualdade justa* –, no qual o Direito deve centrar-se, está, no que se refere ao foco do presente trabalho, vinculado à crescente e efetiva minimização das desigualdades fundadas na raça²⁰.

De certo que a ciência jurídica não é a única esfera de atuação envolvida na complexa questão da igualdade racial. No entanto – e nesse ponto centram-se os esforços deste estudo –, o Direito, notadamente a teoria dos direitos fundamentais, é parte importante na composição dos crescentes conflitos sociais que emergem das desigualdades raciais, agregando-se a outros setores do conhecimento em busca de respeito à igual dignidade humana, tanto no domínio público quanto no privado. A efetiva inclusão dos grupos vulnerabilizados e o respeito às diferenças reclamam a proteção jurídica da igualdade racial, em seus variados níveis, focada não apenas nas relações indivíduo-Estado, mas também nas relações entre particulares, tradicionalmente consideradas como *impenetráveis* pelos poderes públicos, em virtude do *escudo intransponível* constituído pela supervalorização dos princípios da liberdade e da autonomia da vontade.

Expostas essas considerações preliminares, convém relacionar as questões orientadoras inicialmente estabelecidas para direcionar o desenvolvimento do tema proposto, sem prejuízo de outras questões decorrentes da evolução da própria investigação:

1. Qual a correlação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade?
2. Qual(is) a(s) concepção(ões) de igualdade que deve(m) ser assumida(s) num Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais?
3. Diante da inexistência, em termos biológicos, de raças humanas, qual a relevância jurídica da questão racial?
4. Qual a natureza jurídica da igualdade racial?

²⁰ No entendimento de José d'Assunção Barros, *Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções*, p. 346-347, “de um modo ou de outro, pode-se prever que sempre existirão homens e mulheres, diversificadas variações étnicas, indivíduos de várias faixas etárias, bem como profissões as mais diversas. Mas se pode sonhar que um dia essas diferenças serão tratadas socialmente com menos desigualdade. Por isso, as lutas sociais não se orientam em geral para abolir as diferenças, mas sim para abolir ou minimizar as desigualdades”.

5. Admitindo-se a existência de um direito fundamental à igualdade racial, como se delinea o seu conteúdo? Quais são as dimensões constituintes dessa prerrogativa jusfundamental? Qual o conteúdo essencial do direito à igualdade racial?
6. Como o direito fundamental à igualdade racial tem sido tratado nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa?
7. Qual o regime jurisprudencial das dimensões da igualdade racial no Brasil?

2. Aspectos metodológicos

Inicialmente, cumpre pontuar a adoção, na presente tese, de uma abordagem metodológica de caráter analítico que, sem prejuízo do suporte dogmático, terá como foco, a princípio, a análise de conceitos elementares e das relações entre estes estabelecidas. Nessa senda, parte-se das concepções de dignidade da pessoa humana e de igualdade – enquanto fundamentos do objeto central da investigação – e de suas conexões para, então, adentrar-se no estudo da igualdade racial propriamente dita.

A dogmática jurídica assumirá maior relevo quando da análise do tratamento da igualdade racial no sistema de proteção internacional dos direitos humanos e nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa.

Também se dará destaque à perspectiva empírica, sobretudo a partir do exame de jurisprudência e de casos concretos, permitindo-se o aprofundamento da compreensão e a análise da aplicação prática dos conceitos explorados e propostos. Essa aproximação empírica será concentrada especialmente na terceira parte do trabalho, sem prejuízo de sua utilização pontual nas demais etapas do estudo.

Elucidados esses pontos iniciais, importa frisar que – com esteio nas proposições que se pretende desafiar – o estudo assumirá a índole de uma *teoria do direito fundamental à igualdade racial*, revelando, nesse ponto, também sua vertente filosófico-jurídica²¹, sem embargo da absorção *pari passu*, de elementos histórico-jurídicos.

A tese toca relevantes matérias, não apenas do Direito Público – como o princípio da dignidade da pessoa humana, a natureza e complexidade do valor igualitário, o conteúdo do direito fundamental à igualdade racial –, mas também do Direito Privado, particularmente no

²¹ Para Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 32, teorias filosófico-jurídicas “se ocupam, entre outras coisas, das estruturas possíveis e necessárias dos direitos fundamentais, isto é, de uma teoria geral sobre sua forma”.

que se refere ao mais festejado dos seus princípios constitutivos, a liberdade. Ademais, o assunto nuclear a ser abordado reivindica sejam assinaladas concepções basilares relacionadas a tópicos como raça, discriminação, ações afirmativas, neutralidade estatal, tolerância etc. Observar-se-á que, com o fito de examinar problemáticas tão intrinsecamente associadas à complexa estrutura das sociedades, a investigação não permanecerá alheia à imprescindível interdisciplinaridade²². Nutrir-se-á, então, de elementos de outros ramos das ciências humanas – notadamente, da sociologia, da antropologia, da filosofia, da ciência política e da história –, como fontes demarcatórias de certas premissas indispensáveis para a compreensão das discussões jurídicas levadas a efeito.

Decerto que, por vezes – em nome de suposta qualidade da investigação jurídica e da autonomia do Direito, enquanto ciência dogmática e positiva –, menospreza-se o valor da pesquisa histórica e sociológica, em prejuízo do necessário diálogo com outros saberes. Impõe-se salientar, desse modo, que a opção metodológica desta pesquisa é pela adoção de uma concepção da ciência jurídica como esfera interdisciplinar do conhecimento, rompendo com o isolamento epistemológico do Direito.²³ A problemática da igualdade racial será, portanto, enfrentada enquanto fenômeno jurídico, sem olvidar do seu tratamento enquanto fato histórico-social, e, ainda, enquanto questão filosófica e política.

Deve-se alertar que, embora o tema proposto envolva questões atinentes à eficácia jurídica das normas constitucionais e da própria igualdade – o que pode abranger problemas de matriz material e processual –, a tese centrar-se-á na abordagem dos aspectos substanciais envolvidos, sem, no entanto, isentar-se completamente de observar certos fatores de ordem processual, que serão pontual e oportunamente tratados. Nessa mesma linha de aproximação, em obediência aos fins estabelecidos neste estudo, não serão examinados de maneira aprofundada os meios de tutela jurídica da igualdade racial, o que implicaria a necessidade de exposição dos diferentes mecanismos existentes em determinado ordenamento jurídico, além dos métodos de controle no plano internacional.

Sublinhe-se também que se pretende estudar o conteúdo do direito à igualdade racial a partir de uma perspectiva eminentemente analítica, sem prejuízo de eventuais referências ou análises legislativas e jurisprudenciais. A opção por uma abordagem metodológica dessa

²² Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, p. 14, nega a autossuficiência dos saberes jurídicos, afirmando que estes não podem prescindir das investigações *zetéticas*, que envolvem o direito no âmbito de outras ciências. Segundo o autor, o estudo interdisciplinar do fenômeno jurídico não é inconciliável com o rigor metodológico próprio de um tratamento científico do Direito.

²³ Para Lívia Sant'Anna Vaz e Chiara Ramos, *A Justiça é uma mulher negra*, p. 264, o isolamento epistêmico do Direito faz com o este seja “incapaz de estabelecer um diálogo de saberes” e permaneça “encastelado nas mesmas velhas formas de pensamento colonial”.

natureza se justifica pela intenção de estudar os institutos jurídicos e metajurídicos pertinentes em sua própria essência, e não necessariamente do modo como positivados por esse ou aquele sistema jurídico vigente.

Saliente-se que muitos dos tópicos desenvolvidos nesta tese mereceriam análise mais aprofundada do que a ora realizada. Porém, a necessidade de manter o foco para alcançar os objetivos estabelecidos obriga a se fazerem escolhas, deixando-se de parte as questões que não contribuem diretamente para a abordagem e exame do tema principal da investigação.

Enfim, deve-se enfatizar que as conclusões decorrentes da investigação empreendida não se pretendem definitivas, mas, sobretudo, almejam contribuir para o aprofundamento do debate sobre a igualdade racial e a importância da sua concretização por meio do Direito.

3. Apresentação

A pesquisa desenvolvida resultou na redação de uma tese em três partes, ordenadas e subdivididas de maneira a possibilitar o gradativo aprofundamento investigativo das temáticas pertinentes.

A primeira parte do estudo dedica-se a desvendar a relação entre a igualdade e a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamentos da própria igualdade racial.

Com foco nesse objetivo, no primeiro capítulo, são abordadas as concepções de dignidade humana, para, em seguida, evidenciar-se a absorção do princípio correspondente no âmbito da Ciência do Direito, delineando-se o seu conteúdo jurídico, traduzido em diferentes dimensões das quais se podem extrair a essência dos direitos materialmente fundamentais. Ainda nessa etapa inaugural, introduz-se a noção de *mínimo dignificante*, enquanto núcleo essencial das prerrogativas jusfundamentais.

O segundo capítulo é voltado para o estudo do pensamento político-filosófico ocidental acerca da igualdade, a partir de apontamentos de alguns dos mais difundidos autores que se ocuparam da temática.

O terceiro capítulo busca uma ampla compreensão da igualdade, analisando sua concepção como valor, como justiça, como princípio jurídico, como *jus cogens* e como direito fundamental.

O quarto e último capítulo da primeira parte tem como propósito o debate sobre *o lugar da igualdade* no Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais, dedicando-se,

para tanto, a explorar temáticas cruciais, como a evolução da noção jurídica de igualdade, a proteção das minorias e as ações afirmativas como mecanismo de promoção da *igual liberdade*.

Levadas a efeito, na primeira parte, importantes premissas, avança-se, na segunda etapa, para o aprofundamento do tema nuclear da pesquisa, qual seja: a igualdade racial. Como ponto de partida, já no primeiro capítulo, fez-se necessário o estudo da raça, perquirindo-se sobre sua relevância jurídica.

Também nessa fase do estudo são apresentados, de modo sucinto, apontamentos sobre as lutas antirracistas e a evolução das ideias jurídico-políticas acerca da igualdade racial, partindo-se da questão indígena e da revolução haitiana, para, em seguida, tratar do Estado racista do III Reiche, do conflito racial nos Estados Unidos da América, do regime do *apartheid* na África do Sul e do sistema de castas na Índia.

No terceiro capítulo dessa parte se concentra o grande desafio e, portanto, o âmago da investigação levada a cabo: a determinação do conteúdo – tanto ótimo quanto mínimo – do direito à igualdade racial, definindo-se, ainda, a sua natureza jurídica. Nessa senda, analisam-se quatro dimensões constitutivas dessa prerrogativa jusfundamental, quais sejam: a) o direito à não discriminação racial; b) o direito à diferença racial; c) o direito à promoção da igualdade racial; e d) o direito à proteção da igualdade racial. Outrossim, reserva-se espaço para a discussão acerca do conteúdo essencial do direito à igualdade racial, considerando-se a noção proposta de *mínimo dignificante*.

Os últimos dois capítulos da Parte II ocupam-se do que se pode denominar *estado da coisa*, apresentando o tratamento da igualdade racial – nos moldes do conteúdo proposto nesta tese – nos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos, bem como nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa.

A terceira e última parte da tese trata *do regime do direito à igualdade racial* na jurisprudência brasileira, de modo a contribuir para a compreensão mais concreta do conteúdo da prerrogativa jusfundamental estudada e da eficácia que lhe tem sido atribuída pelo sistema de justiça no Brasil. Dito de outro modo, a Parte III do trabalho é etapa imprescindível para a efetiva compreensão de cada uma das dimensões do direito à igualdade racial, ao desvendar também os deveres que lhe são correlatos. Para tanto, recorrer-se-á à apresentação de casos concretos e decisões jurisprudenciais, no intuito de evidenciar a aplicação prática dos conceitos estudados. Com esse desiderato, cada um dos quatro capítulos irá abordar o regime jurisprudencial de uma dimensão do direito à igualdade racial, o que permitirá lançar luz sobre sua força vinculativa na realidade jurídico-política e no contexto das relações raciais brasileiras.

Finalmente, em sede de considerações finais, serão retomadas as principais conclusões resultantes da pesquisa realizada.

PARTE I – Dignidade humana e igualdade: fundamentos da igualdade racial

– CAPÍTULO I –

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE

“A simples proclamação da igualdade natural entre todos os homens e da fraternidade que os deve unir, sem distinção de raças ou culturas, tem qualquer coisa de enganador para o espírito, porque negligencia uma diversidade de facto, que se impõe à observação e em relação da qual não basta dizer que não vai ao fundo do problema para que sejamos teórica e praticamente autorizados a actuar como se este não existisse.”

Claude Lévi-Strauss

O princípio da dignidade da pessoa humana vem assumindo, nas últimas décadas, fundamental importância, não apenas no debate jurídico, mas também no domínio político, socioeconômico e, até mesmo, científico, consolidando-se como ponto de referência nas reflexões que envolvem conflitos de valores²⁴.

Na esfera política, apesar de convertida em meta, de modo especial a partir da segunda metade do século XX, a dignidade humana, em muitas de suas dimensões, ainda figura como mera promessa. A onda revolucionária, conhecida como Primavera Árabe – que atingiu, desde fins do ano de 2010, diversos países do Oriente Médio e do norte da África –, ao tempo em que demonstrou crescente anseio pela democratização, revelou às escâncaras o lugar periférico destinado à pessoa humana nos regimes políticos ditatoriais. O Estado como fim em

²⁴ Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 185, refere-se a decisões recentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, nas quais a dignidade humana é invocada na solução de conflitos de naturezas diversas, envolvendo a liberdade de expressão, o direito ao armamento sob a égide da Segunda Emenda Constitucional, as regras de financiamento de campanha eleitoral e a pena de morte. A autora observa, p. 196, ainda, que, mesmo em países cujas Constituições não se referem expressamente à dignidade humana, os Tribunais Constitucionais não hesitam em empregá-la como parâmetro de decisão nas hipóteses de confronto entre interesses jusfundamentais.

si mesmo, ou como instrumento para os fins de muito poucos, representa degradante realidade, não apenas no âmbito dos governos totalitários, mas também no seio dos regimes formalmente democráticos, aviltados pela trivialidade dos atos de corrupção.

No campo socioeconômico, a persistente concentração de renda, a atroz exploração da mão de obra²⁵, a inversão de papéis (indivíduo-máquina) imposta pela evolução tecnológica e a seletiva vitimização pela fome e por certas doenças, fazem crer que a igual dignidade de todas as pessoas não passa de simples retórica, banalizada por discursos falaciosos.

Particularmente no âmbito da biomedicina, diante das múltiplas inovações científicas que envolvem toda sorte de *manipulação do corpo humano*, a dignidade humana também vem sendo constantemente invocada como referencial nas discussões bioéticas.

Por seu turno, o ódio religioso e a discriminação racial ainda permeiam intensamente as relações humanas, impondo a marginalização dos *indesejados*, conveniente e perversamente *não dignificados*.

O que se vê é que – seja em virtude das condicionantes impostas pelo poder econômico, seja pela persistência do racismo (até mesmo religioso), ou, ainda, pela violação ou ausência de promoção dos direitos fundamentais dos grupos vulnerabilizados – reina uma espécie de *indignidade seletiva* no seio das sociedades contemporâneas. Os indivíduos – ou melhor, certos indivíduos – não são reconhecidos e, muitas vezes, não se reconhecem como *igualmente dignos* de conviver numa sociedade que os repudia e os anula. Não enxergam no outro um espelho de si mesmos. Revoltam-se contra um Estado que os ignora e assume, não raras vezes, a posição de inimigo de seus direitos fundamentais. Em poucas palavras, o que se constata no *mundo real* – adaptando-se a célebre frase de George Orwell²⁶ – é que, embora todas as pessoas sejam dignas, algumas são *mais dignas*, ou, melhor, *mais dignificadas*, do que outras.

Em síntese, se, de um lado, assiste-se à insistente *coisificação das pessoas* – em nome do poder político e econômico, de crenças religiosas, da discriminação racial –, de outro,

²⁵ A mão de obra barata e a extensa jornada de trabalho continuam atraindo indústrias de todo o mundo para países asiáticos, como China, Índia e Camboja, nos quais os trabalhadores são expostos a condições subumanas de trabalho. Apesar dos diversos instrumentos internacionais sobre o tema – a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (artigo 4º); da Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura, de 1926; da Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, de 1956; da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 29, sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 1930; e da Convenção da OIT nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, de 1957 –, o trabalho escravo ainda persiste na sociedade contemporânea, podendo-se destacar a realidade encontrada no Brasil, onde a incidência de submissão de trabalhadores a situação análoga à de escravos concentra-se, principalmente, na indústria têxtil, na construção civil e na mão de obra agrícola.

²⁶ George Orwell, *A Revolução dos Bichos: um conto de fadas*, p. 112.

testemunha-se a luta pela sua *dignificação*, pelo reconhecimento e promoção da sua dignidade na esfera deontológica. É que a existência da dignidade humana enquanto valor inerente a cada ser humano não impede que ela seja, na prática, violada ou até mesmo desconsiderada, exigindo-se, por conseguinte, a atribuição de força jurídica ao princípio correspondente, com vista a minimizar os atentados contra ela perpetrados, quer pelos poderes públicos, quer pelos próprios indivíduos.

Nesse contexto, como etapa necessária para o delineamento do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana e de sua correlação com a igualdade, imprescindível o esboço de uma concepção de dignidade humana, cuja essência – fundamento do valor igualitário e, nomeadamente, da igualdade racial – pretende-se tutelar juridicamente.

1. Dos seres humanos e de outros animais: o que torna o ser humano digno?

A adoção de uma concepção de dignidade humana impõe determinados questionamentos acerca da própria natureza humana. Assim, interroga-se: quais são os elementos ou características inerentes ao ser humano que o tornam especial, quando em comparação com os demais animais? Ou, indagando-se de outro modo, o que torna o ser humano digno?

Embora não seja esse o espaço adequado para o reexame de certos dogmas científicos, religiosos e filosóficos, algumas reflexões revelam-se de suma importância para se delinear uma noção de dignidade humana enquanto fundamento do valor igualitário.

Além da razão e da consciência que lhe são inerentes – mas cuja exclusividade chega a ser questionada²⁷ –, o ser humano caracteriza-se notadamente pela sua peculiar racionalidade e inventividade, decorrentes da evolução de seu córtex cerebral, mais

²⁷ Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p. 60-61, por exemplo, não afasta a possibilidade de animais serem dotados de individualidade e autoconsciência, embora em grau inferior ao do ser humano. Antonio Junqueira de Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 92, referindo-se ao caráter antropocêntrico e subjetivamente fechado da concepção insular ou europeia de dignidade da pessoa humana, entende que a especificidade do homem não se restringe à autoconsciência – que, para o autor, é comum “pelo menos ao homem e ao chimpanzé” –, mas envolve também a decisão fundamental de amar. Amparado em estudos nas áreas da biologia, etologia e das ciências cognitivas, o autor, p. 93-94, defende que, embora com diferença de grau, tanto os homens quanto os animais possuem vontade (capacidade interna de decisão) e liberdade (liberdade natural – possibilidade de decidir e agir segundo a própria natureza). A especificidade humana estaria, então, na liberdade moral, na capacidade de amar, na decisão fundamental de praticar os atos “por amor, com amor ou sem amor”. John Gray, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, p. 75, por sua vez, afirma que sensação e percepção – que independem de consciência e autoconsciência – existem por todo o reino animal e também vegetal. O autor explica, p. 77-78, que a percepção e o pensar acontecem normalmente sem atenção consciente, por meio da chamada percepção subliminar. Para outras citações de estudos científicos acerca da consciência animal, ver Peter Singer, *Libertação animal*, p. 11.

desenvolvido do que o de outros animais. Dessa evolução resultam diversas capacidades especialmente humanas, dentre as quais: a comunicação por meio da linguagem (oral e escrita²⁸), o pensamento abstrato e a disposição ou propensão de relacionar-se com seus semelhantes impulsionado não apenas pelo instinto e necessidade de preservação da espécie, mas também guiado por sentimentos e por valores morais e éticos. Nenhum outro animal é dotado – no nível de complexidade alcançado pelo ser humano – de autoconsciência, de capacidade de compreensão de si mesmo, e de poder de abstração.

Em sua obra *The descent of man*, publicada em 1871, Charles Darwin conclui que o *Homo sapiens* descende de outros animais. O naturalista britânico parte da consideração de que o ser humano possui estrutura corporal do mesmo tipo ou modelo de outros animais vertebrados (em especial, os símios) – desde a estrutura óssea e muscular, passando pelos tecidos e sangue, até o sistema nervoso central²⁹ –, para concluir que ambos possuem descendência comum³⁰. Baseado em experiências científicas e em estudos de outros pesquisadores, Darwin afirma que seres humanos e *animais superiores*, notadamente os primatas, possuem os mesmos sentidos, intuições e sensações; expressam admiração e curiosidade; gozam das faculdades de imitação, atenção, memória, imaginação e razão; porém, em níveis bastante diferentes. Nesses aspectos, portanto, tratar-se-ia de uma diferença de grau e não de essência.

O autor procura desmistificar determinadas competências atribuídas exclusivamente ao ser humano – como o uso e a confecção de instrumentos e a própria linguagem –, demonstrando que certos animais também possuem tais capacidades³¹. Dentre as diferenças verificadas, a mais relevante, para Darwin, é o que ele denomina de *senso ou consciência moral*, que seria o mais nobre dos atributos humanos, uma de suas mais elevadas faculdades psíquicas³².

Apesar das similitudes apontadas, pode-se afirmar que apenas o ser humano é capaz de empregar a linguagem em ações complexas de comunicação. E é justamente o elevado uso da linguagem que permite ao ser humano o desenvolvimento de outras elevadas habilidades mentais, como a autoconsciência, a individualidade, a abstração e as ideias gerais³³. Como

²⁸ A linguagem oral e, notadamente, a linguagem escrita, conferem ao homem o poder de disseminar seus conhecimentos e experiências, aspecto que o distingue de maneira significativa dos demais animais.

²⁹ Cfr. Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p. 10 e ss.

³⁰ Cfr. Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p. 31.

³¹ Cfr. Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p.49 e ss.

³² Cfr. Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p. 67-68.

³³ Cfr. Charles Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, p. 60.

consequência, somente o *Homo sapiens* é capaz de desenvolver, por exemplo, a crença religiosa e os sentidos ético, moral e de justiça.

Nessa senda, a racionalidade conjugada à autoconsciência e à autonomia moral são elementos que vocacionam o ser humano à livre e consciente autodeterminação de sua personalidade enquanto indivíduo, sem prejuízo da capacidade de reconhecimento recíproco, impulsionadora de convivência participativa e colaborativa com seus semelhantes. A evolução da racionalidade permitiu-lhe tomar consciência de sua dimensão enquanto ser livre, com ampla – porém não absoluta – capacidade de autodeterminação.

A caracterização do *humanus* enquanto ser plenamente autodeterminante merece cautela e encontra obstáculos não apenas na Natureza circundante, mas, sobretudo, em condicionantes de ordem física, social, cultural e econômica. O poder de decisão do indivíduo sobre os rumos de sua vida encontra limites – por vezes intransponíveis – nas condições concretas existentes na sociedade em que está inserido.

Embora o crescente conhecimento eleve cada vez mais o poder de autonomia do ser humano, o controle absoluto do destino da *humanidade* – e do mundo que habita – e o alcance de plena liberdade são anseios inalcançáveis para o *animal humano*, que não pode transcender sua condição natural³⁴. Por conseguinte, assim como outros animais, o ser humano não é capaz de afastar por completo os limites impostos pelo ambiente que o sustenta, o que resulta numa mitigação da própria noção de livre-arbítrio enquanto principal elemento diferenciador da espécie humana, quando em comparação com as demais espécies do reino animal³⁵.

Em outras palavras, a liberdade do ser humano não lhe permite transformar a sua própria essência, muito embora torne a sua personalidade e o seu caráter mutáveis, dinâmicos, concretizados no tempo e no espaço, a partir das escolhas individuais de cada pessoa e nos limites da natureza humana em sua correlação com o mundo. Enfim, os seres humanos não são plenamente autodeterminantes, assim como não são inteiramente determinados pelas condicionantes naturais, sociais, culturais e econômicas. Se, por um lado, não representam

³⁴ Cfr. John Gray, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, p. 20.

³⁵ Nas palavras de John Gray, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, p. 54, “Os outros animais nascem, se acasalam, procuram comida e morrem. Isso é tudo. Mas nós, humanos – assim pensamos –, somos diferentes. Somos *pessoas* cujas ações são o resultado de nossas *escolhas*. Os outros animais passam suas vidas desatentos, mas nós somos *conscientes*. Nossa imagem de nós mesmos é formada a partir de uma crença enraizada em que *consciência, noção de si e livre-arbítrio* são o que nos define como seres humanos e nos elevam acima de todas as outras criaturas. Em nossos momentos de maior desapego, admitimos que essa idéia de nós mesmos é falha. Nossas vidas são mais como sonhos fragmentados do que desempenhos de um *self* consciente. Controlamos muito pouco daquilo que mais prezamos, muitas de nossas decisões mais importantes são tomadas sem nosso conhecimento.”

meras *encarnações da Vontade universal*³⁶, por outro, não podem ser vistos como camaleões imperiosos, artífices absolutos de si mesmos, de natureza indefinida, cuja delimitação depende única e exclusivamente de sua própria escolha³⁷.

Embora a fascinante discussão acerca dos *direitos dos animais*³⁸ extrapole os limites e objetivos deste estudo, importa afirmar que a noção de dignidade humana, enquanto valor intrínseco reconhecido singularmente em cada pessoa, não afasta necessariamente a ideia de que outros seres vivos possuam também uma dignidade que lhes é peculiar³⁹. Dito de outro modo, o reconhecimento da dignidade humana não é absolutamente incompatível com o entendimento que atribui dignidade própria – certamente diversa da dignidade humana, exclusividade de uma particular espécie de animal⁴⁰ – a outros animais que seriam, ao menos, *dignos* de proteção⁴¹. Com efeito, a especial condição humana não pode servir de fundamento para um exacerbado antropocentrismo, que permita a degradação deliberada dos recursos naturais e das outras formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que a

³⁶ Cfr. John Gray, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, p. 57.

³⁷ Para Giovanni Pico della Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem*, p. 57-58, o homem possui tamanha riqueza ontológica que sua natureza é indefinida. Sendo a imagem do Criador, o homem teria em si todas as sementes dos seres criados e, não sendo constrangido por nenhuma limitação, poderia escolher entre degenerar-se ao nível dos outros animais ou regenerar-se até os anjos. Assim, para o autor, é a ação do homem que determina a sua natureza, como forma de preenchimento dessa indefinição ôntica. Nada obstante, Pico defende a responsabilidade moral e ética do homem, que deve cumprir o seu dever de elevar-se até Deus, escolhendo sempre o caminho da regeneração.

³⁸ Sobre os direitos dos animais, dentre outros, ver Cass R. Sustein, *The Rights of Animals: A Very Short Primer*; Tiago Fensterseifer, *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de Direito*; Fernando Araújo, *A hora dos direitos dos animais*; Heron José de Santana Gordilho, *Abolicionismo animal*. O filósofo Peter Singer, *Libertação animal*, p. 4 e ss., defende a extensão do princípio básico da igualdade a animais não humanos, afirmando que tal defesa não implica tratamento igual ou concessão de direitos iguais àqueles reconhecidos aos seres humanos, mas sim igual consideração e respeito. Para o autor, p. 10-11, deve prevalecer o princípio da igual consideração de interesses como um preceito moral básico, “estendido a todos os seres, negros ou brancos, do sexo masculino ou feminino, humanos ou não humanos”. A capacidade de sofrer e de sentir prazer, segundo o filósofo, p. 12 e ss., é pré-requisito necessário e suficiente para que se possa garantir que um ser é dotado de interesses, no mínimo, o interesse de não sofrer. Assim, esses interesses devem ser respeitados, partindo-se da defesa do princípio da minimização do sofrimento.

³⁹ Cfr. Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, p. 36.

⁴⁰ Para Claude Lévi-Strauss, *Antropologie structurale*, p. 53, que, nesse aspecto, nutre uma visão pessimista do homem, a dignidade é um mito, sendo necessário suprimir-se a ideia de superioridade dos homens em relação aos demais animais.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 44, entende que a dignidade humana deve ser compreendida como conceito inclusivo, do qual “resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.” Para José Oliveira Ascensão, *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*, p. 280, sendo o direito uma realidade cultural, apenas o homem pode ter direitos, sendo que afirmar a existência de direitos dos animais – que merecem apenas proteção – corresponde a “degradar gravemente o homem”.

necessidade de equilíbrio ambiental é decorrente da própria dignidade humana, e não de valor intrínseco à própria natureza⁴².

Convém recordar, nesse ponto, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais da *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization* (UNESCO), datada de 27 de janeiro de 1978, a qual considera que todo animal possui direitos e que o reconhecimento do direito à existência de outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das espécies no mundo. Proclamando a igualdade de todos os animais diante da vida, a Declaração reconhece uma série de direitos aos animais não humanos, dentre os quais o direito à existência e ao respeito, à consideração, à cura e à proteção, o direito de viver livre em seu ambiente natural e de se reproduzir. Em seu artigo 10, o documento refere-se à *dignidade do animal*, ao passo que, no artigo 14, reza que os *direitos dos animais* devem ser defendidos por leis, assim como os direitos humanos.

Outro ponto que se deve considerar – resultado da própria autonomia moral do ser humano – é o desvio de caráter que lhe parece ser comum. O progresso científico e tecnológico, pelo jeito, não foi acompanhado, na mesma proporção, por uma evolução moral das pessoas, que aliam sua vocação para o bem a uma peculiar tendência à destruição, que vitima não apenas seus semelhantes, mas o meio em que vivem⁴³. A *incontrolável disseminação* do conhecimento serve não apenas ao bem-estar humano, mas também à prática de crimes contra a humanidade, à fabricação de armas de destruição em massa, à eliminação *selvagem* do *outro*.

Dessa maneira, os seres humanos se distinguem dos demais animais não apenas a partir de suas *virtudes*, mas particularmente pelas suas *desvirtudes*, ou desvios de caráter, que os faz, por exemplo, ceifar a vida de seus semelhantes sem qualquer motivo relacionado à necessidade de sobrevivência ou à preservação da espécie. Sob essa ótica, o *homem* parece mesmo ser *lobo do próprio homem*⁴⁴. Dentre as diversas espécies do reino animal, é, de fato, a mais dominadora e predadora – a que maior interferência impõe ao mundo circundante –, fazendo uso do seu poder de dominação nem sempre em prol do bem e da preservação da

⁴² Para Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 43, a dignidade humana, embora própria e diferenciada, não é “necessariamente superior e muito menos excludente de outras dignidades”.

⁴³ Como bem observa John Gray, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, p. 23, “ao longo de toda história e pré-história, o avanço humano coincidiu com a devastação ecológica.” Numa visão pessimista do ser humano, o autor, p. 31, entende que o progresso técnico deixa transparecer um problema insolúvel: a fraqueza moral da natureza humana.

⁴⁴ Com o uso da expressão lobo, extraída da célebre expressão de Thomas Hobbes – “o homem é lobo do homem” –, não se pretende afirmar que o homem seja quer naturalmente mal, quer naturalmente bom, mas apenas reforçar o fato de que o homem se destaca dos outros animais também por seus comportamentos – não necessariamente prevalentes – destrutivos da própria espécie.

humanidade e da Natureza. A história – traduzida, aqui, em fenômenos como o imperialismo, o colonialismo, a globalização e o racismo – reflete a gana do ser humano pela dominação do *outro*, cujas diferenças são sobrelevadas e distorcidas para justificar o controle dos *subalternizados* e a *superiorização* do *homem hegemônico*. É nesse sentido que o reconhecimento, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana – inclusive e especialmente na esfera jurídica – é imprescindível como forma de salvaguardar o ser humano – em particular determinados grupos – das mazelas que lhe são infligidas por ele mesmo.

Abstraídas as questões morais, é importante fixar que o genoma humano carrega em si a configuração de um ser pensante, dotado de sentimentos, criativo e com alto poder de interferência no mundo circundante, conferindo à pessoa humana lugar destacado no universo e dotando-a de especial dignidade. Todo ser humano, seja mulher ou homem, negro ou branco, homossexual ou heterossexual, acumula em si tais características intrínsecas que, por si sós, lhe conferem dignidade humana.

A posse da razão, no patamar alcançado, tem como uma de suas dimensões a caracterização do ser humano como animal dotado não apenas de capacidades, mas também de necessidades especiais. Tais necessidades – que criam vínculos, restrições, relações de dependência e de interdependência – devem ser consideradas para delimitação de tal dignidade⁴⁵. Todos esses fatores em conjunto constituem a natureza humana e, estando presentes em cada ser humano, tornam todos os *membros da humanidade* dotados de particular dignidade.

Os recursos humanos são complexos e imensuráveis, não sendo possível identificar um único fator que precisamente constitua ou justifique a dignidade humana. O que confere dignidade ao ser humano é justamente a miríade de qualidades que lhe são intrínsecas, que não pode ser reduzida à racionalidade, moralidade, sociabilidade, autoconsciência ou outra característica tida como predominante no *humanus*⁴⁶. Tais características, ao mesmo tempo em que diferenciam a espécie humana das demais, estabelecem, nesse aspecto, a igualdade entre os seres humanos, conferindo-lhes dignidade, enquanto atributo ou *dote*⁴⁷ imanente e incondicional, que, no entanto, não revela incompatibilidade com uma noção dinâmica de dignidade humana.

⁴⁵ Cfr. Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, p. 8.

⁴⁶ Francis Fukuyama, *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*, p. 177, afirma sobre a dignidade humana: “(...) cannot be reduced to the possession of moral choice, or reason, or language, or sociability, or sentience, or emotions, or consciousness, or any other quality that has been put forth as a ground for human dignity. It is all of these qualities coming together in a human whole that make up Factor X”.

⁴⁷ Cfr. Marco Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, p. 135.

2. Dignidade inata e dignidade dinâmica

No debate filosófico contemporâneo, podem-se identificar, em linhas gerais, duas correntes doutrinárias acerca da concepção de dignidade humana: a primeira defendendo sua raiz ontológica; a segunda, ao contrário, reunindo teorias que defendem uma perspectiva prestacional da dignidade.

De acordo com as concepções de matriz ontológica – conhecidas sob as nomenclaturas de teorias da dádiva, da dotação ou do dote –, a dignidade humana é característica originária e essencial de todo ser humano, seja decorrente de dádiva divina⁴⁸, seja resultante do direito natural, ou mesmo de concessão da própria natureza. Desse modo, não há existência humana sem dignidade, disso resultando a defesa de caráter puramente constatativo da dignidade, sem intervenção, nesse aspecto, de critérios de discriminação entre as pessoas⁴⁹.

Já para as concepções de matriz não ontológica, chamadas de teorias da prestação, da reciprocidade ou da intersubjetividade, a dignidade humana relaciona-se mais diretamente com a capacidade de autonomia e autodeterminação, sendo resultado do *agir* – e não puro reflexo do *ser* – humano. Nessa linha de entendimento, a dignidade deve ser conquistada ou adquirida pelo sujeito, como decorrência do desenvolvimento de sua própria identidade individual.

Ícone da teoria da prestação, Niklas Luhmann associa a dignidade humana ao reconhecimento social da pessoa, conceituando-a como *prestação a ser realizada*, como *produto da ação* de sujeitos autônomos e responsáveis. A dignidade seria, pois, uma aspiração, estando condicionada à conduta concreta e autodeterminada de cada indivíduo; a uma exitosa autorrepresentação. Dependente da atuação prestacional do indivíduo, por essa perspectiva, a dignidade seria garantida pelo agir humano⁵⁰ e não pela atuação do Estado⁵¹, não cabendo também aos direitos fundamentais a função de protegê-la.

⁴⁸ Sob a ótica do Cristianismo, o fundamento da dignidade do homem está na sua condição de filho de Deus. Sendo todos os homens igualmente filhos de Deus, criados à sua imagem e semelhança, são também iguais em dignidade. Não se adota aqui – tampouco se questiona nesse espaço – o fundamento teológico da dignidade humana. Todavia, entende-se que a corrente de matriz puramente teológica restringe o potencial universalizante da dignidade humana – e do princípio jurídico que lhe é correlato –, já que fundada exclusivamente na fé em determinada doutrina religiosa.

⁴⁹ Cfr. Francesco Viola, *I volti della dignità umana*, p. 103.

⁵⁰ Cfr. Niklas Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, p. 112.

⁵¹ Cfr. Christian Starck, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 206.

A dignidade vincular-se-ia não mais a uma capacidade potencial do ser humano, mas à sua oscilante efetivação pela ação comunicativa⁵². Tratar-se-ia, assim como a liberdade, de um bem jurídico pré-estatal, não estando a sua garantia no âmbito de poder do Estado, que deve pressupor que o sujeito possui inteligência e experiência suficientes para gerir corretamente a sua própria personalidade⁵³. Daí a conclusão de que a dignidade é responsabilidade do indivíduo que deve, em primeiro lugar, responder pessoalmente por ela⁵⁴.

Para Luhmann, a abordagem da dignidade como um dote que o ser humano porta em si é demasiado estreita e estática, levando a crer que, enquanto qualidade inata, existe sempre e, como consequência, exige apenas respeito, o que não afasta a possibilidade de que o Estado venha a conduzir o indivíduo à autodegradação. Apenas a dignidade como prestação, na condição de conceito dinâmico e plenamente marcado pela transitoriedade, poderia fornecer elementos para uma técnica jurídica de prevenção realística de tal problema.

Como visto, em linhas gerais, as correntes de matriz não ontológica vinculam, inexoravelmente, a constituição da dignidade ao valor ou ao desvalor da conduta humana, caracterizando-a como qualidade a ser *meritocraticamente* alcançada pelo sujeito. Sob essa ótica, ficariam *imunizadas* e desprovidas de dignidade as pessoas incapazes de exprimir sua própria vontade – e, portanto, impedidas de direcionar suas condutas e de se autodeterminarem rumo à conquista da dignidade – como, por exemplo, o nascituro, o portador de enfermidades mentais graves, os doentes terminais, dentre outros. Logo, tal entendimento afastaria o espectro protetivo da dignidade da pessoa humana justamente nos casos de maior vulnerabilidade e que, por isso, merecem especial tutela jurídica⁵⁵.

A partir de uma leitura crítica das teorias apresentadas, adota-se aqui a posição segundo a qual a dignidade humana deve ser compreendida, precipuamente, numa perspectiva ontológica, o que resulta na sua configuração como predicado indissociável da própria condição humana⁵⁶. Antes de qualquer qualificação social ou jurídica que se possa atribuir a um indivíduo – homem, mulher, nacional, estrangeiro, cidadão, branco, negro – vem a sua qualidade de pessoa e, apenas por isso, dotada de dignidade. Não se trata, pois, de atributo constituído (seja pelo Estado, pela Constituição ou pela sociedade) e outorgado ao ser humano, mas de uma

⁵² Para Niklas Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, p. 117-118, “l’uomo rischia la sua dignità ad ogni comunicazione.”

⁵³ Cfr. Niklas Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, p. 124.

⁵⁴ Cfr. Niklas Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, p. 125.

⁵⁵ Cfr. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 187.

⁵⁶ Cfr. Marco Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, p. 136; Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 376. Defendendo que o embrião, porquanto *coisa digna* de indubitável natureza humana, merece tutela por meio do princípio da dignidade humana, cfr. Thibault Lahalle, *Clonages et dignité humaine*.

característica que lhe é ínsita e opera como razão de ser do próprio Direito. Estando, pois, a dignidade na própria essência do ser humano, não há *prestação* ou pré-requisito necessários à sua constituição. Em outras palavras, a pessoa humana é digna; e para sê-lo não precisa conquistar, de forma determinante, a sua *dignidade inata*.

De outro modo, o aperfeiçoamento ou plenitude da dignidade humana não prescinde de atuação individual proativa, pautada na *reciprocidade* e na *intersubjetividade*, que figuram mesmo como vocações genuinamente humanas. À guisa de consequência, a dignidade humana também não deve ser compreendida exclusivamente sob a ótica da *teoria da dádiva*, com total desconsideração de sua dimensão como tarefa, missão, incumbência ou promessa, que se realiza pelo compromisso recíproco do ser humano com os seus semelhantes e consigo mesmo. Ou seja, a dignidade humana não deve ser vista como pura qualificação ontológica de *caráter passivo e estático*. Tal radicalismo representaria, em última instância, e paradoxalmente, uma espécie de sabotagem ao próprio valor igualitário, desprezando a importância do legado da diferença, da contribuição de todos e de cada um para a construção da identidade do outro, e olvidando a responsabilidade do indivíduo pelo aproveitamento e desenvolvimento máximo de sua personalidade e, portanto, de sua dignidade⁵⁷.

Assim, a dignidade humana, ontologicamente concebida, consiste numa *qualidade* de todo ser humano – pela sua própria condição natural – cuja titularidade inata resulta no direito de acessar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para além dessa dimensão enquanto *patrimônio de partida*, admite-se a existência de uma *dignidade conquistada, de resultado* – de caráter dinâmico – e que distingue os indivíduos pelo mérito ou demérito das ações praticadas no seu livre exercício de autodeterminação e autorrealização (liberdade positiva). A *dignidade comportamental*, no entanto, não interfere na dignidade inata do indivíduo, que permanece intacta e insuscetível de ser condicionada em virtude da atuação individual de cada um. Dito de outro modo, pode-se afirmar que o comportamento do indivíduo não se configura como condição para a aquisição de sua dignidade, mas pode afetar a sua plena realização⁵⁸, em especial no campo deontológico.

⁵⁷ Conjugando aspectos das teorias do *dote* e da *prestação*, Marco Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, p. 136, afirma que “ciascuno, in quanto titolare della dignità ‘innata’, ha diritto di essere messo nelle condizioni di sviluppare la sua personalità, nella misura più ampia possibile, ma poi lo sfruttamento della *chance* riconosciuta dipende dalle sue azioni, delle quali è personalmente responsabile.” Também entendendo que as duas teorias não são de todo incompatíveis, Francesco Viola, *I volti della dignità umana*, p. 105 e ss., defende uma *teoria integrada da dignidade humana*.

⁵⁸ Para Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 138, “a dignidade necessita não apenas, e principalmente, de uma realização pelos atos verdadeiramente humanos, mas também das condições externas que lhe permitirão essa atuação, circunstâncias afetivas, sociais, econômicas, estatais etc.”

Nesse sentido, assim como ao subverter a ordem moral, religiosa ou jurídica, o indivíduo não perde a sua condição humana, também não é privado dela por corromper a dignidade (sua ou de outrem), ou por adotar comportamentos *indignos*. Por mais vil ou reprovável (social, moral ou juridicamente) que seja seu ato, este não tem como consequência a desconsideração do sujeito enquanto pessoa humana; não resulta na sua *expulsão* ou *exclusão* da humanidade; não tem como efeito a *bestialização do homem* – como propugna a concepção lockeana – que, ainda que viole a lei, não abre mão de sua especial natureza humana, de sua razão, enfim, de seus fatores de diferenciação em relação aos demais animais.

Sem embargo, e em consonância com a ideia de *dignidade responsável*, a sua compreensão, nessa perspectiva ontológica, não afasta a possibilidade de limitação de direitos do indivíduo na proporção da gravidade e da reprovabilidade de seus atos⁵⁹. Desse modo, se, por um lado, o ser humano possui uma dignidade que compõe o seu patrimônio ou dote natural; por outro – e uma vez que se garanta a todos igual possibilidade de desenvolvimento –, assume, por mérito ou demérito próprio, a responsabilidade por aperfeiçoá-la ou estagná-la (dignidade dinâmica), por meio do efetivo gozo ou restrição dos seus direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, então, que dignidade inata e dignidade dinâmica são dimensões conciliáveis, sendo a primeira pressuposto da segunda, guardando, no entanto, seu caráter autônomo. Não há de se falar, então, em plena realização ou promoção da *dignidade humana atuada*, sem considerar a dignidade inata que lhe é condição prévia e que, portanto, não pode ser negada sob o pretexto de garantir a liberdade positiva⁶⁰ de cada indivíduo. Sob essa perspectiva, se, de um lado, o Estado não tem o condão de conferir ao sujeito a dignidade que lhe é inerente, de outro, pode exercer papel fundamental na *dignificação* ou *aperfeiçoamento dignitário* das pessoas, garantindo-lhes os meios e direitos, em condições de igualdade, para exercerem plenamente sua autonomia.

3. De *dignitas* a dignidade da pessoa humana: principais marcos na formação da noção jurídica

A consolidação da dignidade humana enquanto valor primordial nas sociedades contemporâneas e o delineamento de seu conteúdo decorreram da própria evolução do pensamento humano. Não se quer, com isso, dizer que, ontologicamente, o ser humano fosse

⁵⁹ Cfr. Marco Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, p. 137-138.

⁶⁰ Sobre a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva, ver Isaiah Berlin, *Two concepts of liberty*.

desprovido de dignidade antes da teorização do tema. Uma coisa é a dignidade inata, ínsita em cada pessoa; outra, é o reconhecimento da existência dessa dignidade e, a partir dele, a extração de consequências no âmbito comportamental – seja social, ético, jurídico ou político.

A raiz etimológica do vocábulo dignidade⁶¹ vem do latim *dignitas* que, em linhas gerais, significa qualidade daquilo que é digno, indicando excelência, distinção, superioridade.

Desde a Roma Antiga⁶² até o surgimento do Estado liberal, o termo dignidade estava associado ao *status* pessoal, designando a posição de destaque social ou político de determinados indivíduos e a sua correspondente valorização por parte da comunidade. Havia, então, pessoas mais dignas que outras, ou mesmo pessoas desprovidas de qualquer dignidade. Não se tratava, pois, em seu emprego incipiente, de qualidade inalienável, podendo tanto ser conferida a alguém, como retirada⁶³.

Assim, no período pré-moderno, o sentido da dignidade estava vinculado a uma estrutura hierarquizada da sociedade, na qual os indivíduos eram categorizados a partir de seu *mérito social*, segundo o qual lhes eram atribuídos privilégios e direitos exclusivos. Operava-se uma espécie de discriminação, por meio da valorização hierárquica dos *dignitários* de acordo com certos critérios estabelecidos, como origem étnica e familiar, sexo, idade ou cargo⁶⁴.

Apesar do peculiar emprego do termo, já na Antiguidade Clássica – ainda que com as particularidades próprias das relações sociais e políticas do período –, começam a se delinear pensamentos voltados para a *dignificação* do ser humano, importando mencionar a relevante contribuição de Cícero, para quem o homem ocupava posição superior no cosmos, em virtude de sua especial natureza humana. Para o político e filósofo romano, estando todos os homens sujeitos às mesmas leis da natureza, uns não deviam prejudicar os outros, antes cabendo a cada um considerar os interesses dos demais⁶⁵, entendimento que remete ao dever de igual respeito e consideração.

Contemporaneamente, a dignidade humana pressupõe a ideia de valor intrínseco de todo ser humano, não guardando relação de linearidade histórica com o uso do vocábulo *dignitas*. De *status* designativo de uma função ou posição eminente, passou a ser compreendida como atributo por excelência da pessoa humana; de toda pessoa humana.

⁶¹ Sobre as origens da expressão dignidade, dentre outros, Marco Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, p. 123 e ss.

⁶² Para maior aprofundamento do emprego do termo *dignitas* na Roma antiga, ver Michel Pauliat, *De la Dignitas à la Dignité*.

⁶³ Cfr. Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 122.

⁶⁴ Na Roma antiga, a *dignitas* era atribuída somente aos cidadãos romanos, excluindo-se, portanto, os estrangeiros, os escravos, as mulheres e as crianças. Cfr. Michel Pauliat, *De la Dignitas à la Dignité*, p. 30.

⁶⁵ Cfr. Cícero, *Dos Deveres (De Officiis)*, p. 137 (VI, 27).

As origens da noção de dignidade humana, como hoje entendida, não residem na ciência jurídica, mas sim em pensamentos desenvolvidos no âmbito religioso, filosófico e político, decorrendo de um longo processo histórico de reconhecimento e concretização⁶⁶. Nessa perspectiva, podem-se pontuar, como marcos teológico, filosófico e político, respectivamente, a chamada Revolução Cristã, o Iluminismo e o período posterior à Segunda Guerra Mundial, todos eles com repercussões – em menor ou maior grau – na seara jurídica.

De acordo com os preceitos do Cristianismo, o fundamento da dignidade humana reside na *criação do homem* à imagem e semelhança de Deus, referência encontrada tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, e que funda a ideia de que todo ser humano, e não apenas os cristãos, são dotados de valor intrínseco. A doutrina cristã envolve, pois, a crença no amor universal entre as pessoas, a partir do reconhecimento da essencial igualdade de todos os seres humanos⁶⁷. O universalismo evangélico de Paulo de Tarso – ao afirmar a filiação divina de todos, indistintamente – representa importante ponto de ruptura entre o cristianismo e o judaísmo, afastando, ao menos teoricamente⁶⁸, o dogma do privilégio de um povo escolhido por Deus. A capacidade única do ser humano de estabelecer relação com Deus justificaria o domínio e centralidade da *criatura divina* no universo. No entanto, é importante pontuar que a igualdade universal dos filhos de Deus, no catolicismo, tinha efetiva validade apenas no plano sobrenatural⁶⁹, sendo que a Igreja Católica admitiu, durante séculos, a escravidão, a inferiorização das mulheres e dos povos americanos, sem falar em outras formas de discriminação e nas práticas cruéis e degradantes associadas à Inquisição.

⁶⁶ Para uma sistematização dos aspectos históricos relacionados ao surgimento da noção de dignidade humana, dentre outros, cfr. José de Melo Alexandrino, *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, p. 489 e ss.; Luis Recaséns-Siches, *Dignity, liberty and equality*, p. 3-4; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 33 e ss.; Luís Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 13 e ss.; Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 1 e ss.

⁶⁷ Sobre a contribuição da Doutrina Social da Igreja para a solidificação das noções de pessoa e dignidade humanas. Cfr. Cleber Francisco Alves, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*; Giorgio Filibeck, *Direitos do Homem de João XXIII a João Paulo II*, p. 99-115. Sobre a postura crítica da Igreja Católica perante a ideologia liberalista, cfr. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 290 e ss.

⁶⁸ Com efeito, a doutrina igualitária e universalista do Cristianismo em muitos de seus aspectos, não foi – e, em alguns casos, continua não sendo, embora se deva reconhecer a mudança de postura assumida pelo atual Papa Francisco – posta em prática pela Igreja Católica, mesmo no que se refere ao igual respeito e consideração para com as pessoas que optam por modos de vida que divergem dos dogmas cristãos. Vale mencionar o interessante trecho da obra de William Shakespeare, *Merchant of Venice*, p. 67, 3, I, 52-59, quando o personagem Shylock, em seu discurso aos venezianos, defende a igualdade entre judeus e cristãos, fundando-se em certas características gerais da natureza humana. “I am a Jew. Hath not a Jew eyes? Hath not a Jew hands, organs, dimensions, senses, affections, passions? Fed with the same food, hurt with the same weapons, subject to the same diseases, healed by the same means, warmed and cooled by the same winter and summer, as a Christian is? If you prick us, do we not bleed? If you tickle us, do we not laugh? If you poison us, do we not die?”.

⁶⁹ Cfr. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 18.

No contexto do humanismo renascentista, entre os séculos XVI e XVII, deve-se destacar a obra *De hominis dignitate oratio*, de Giovanni Pico della Mirandola que, procurando conjugar a filosofia-moral e a religião, associava a dignidade humana ao livre-arbítrio do indivíduo. Este, possuindo natureza indefinida, poderia, por meio de suas escolhas morais, mudar a si mesmo, rebaixando-se ao nível dos animais ou ascendendo à digna condição angélica. No âmbito da filosofia humanista de Pico, o ser humano tem o poder de outorgar a si próprio a sua posição no mundo, sendo, como um camaleão, capaz de contínua mutação. Essa seria a especial característica que distinguiria o ser humano dos demais animais⁷⁰.

Com o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, inicia-se um processo de secularização e racionalização dos direitos e da própria concepção de dignidade da pessoa humana, com a consolidação da ideia de igual dignidade, embora sob outras fontes de argumentação (não teológicas). Nesse contexto, é com o Iluminismo – principal marco filosófico no desenvolvimento do conceito de dignidade humana – que se firma a substituição da religiosidade pela humanidade na base do sistema de pensamento. O humanismo iluminista do século XVIII vincula a noção de dignidade humana à posse da razão pelo indivíduo, propondo que o ser humano e sua dignidade passassem a ser o fundamento central de todas as ciências. Não se pode deixar de frisar, nesse ponto, que esta primeira parte do trabalho não irá se ocupar, ainda, em cotejar o pensamento iluminista com as questões raciais, tarefa a que se dedicará mais aprofundadamente a segunda parte deste estudo. Por ora, afirme-se apenas que o *protótipo* de *homem dotado* de razão e, portanto, de dignidade, era restrito e, desse modo, não refletia a ideia que hoje se tem de *universalização* dos direitos humanos.

Apesar da importância do pensamento de Pufendorf – jurista que agregou à ideia de dignidade a premissa da *igualdade de todos os homens*⁷¹ –, foi a partir da obra de Kant que se observou uma sistematização filosófica do valor dignitário, que contribuiu para a absorção do correspondente princípio pelo Direito⁷². Para Kant, a dignidade configura-se como valor intrínseco da pessoa; como *status* que qualifica cada ser humano, em contraposição ao valor relativo atribuído às coisas. Estas possuem valor sempre condicional, nunca absoluto, já que servem justamente como meios para o alcance de certos fins. Às coisas são atribuíveis preços, do que decorre que podem ser substituídas por outras que possuam valor equivalente. O ser

⁷⁰ Cfr. Giovanni Pico della Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem*, p. 57 e ss.

⁷¹ Cfr. Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão – de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 157 e ss.

⁷² Embora a ideia de dignidade humana não tenha seu nascedouro no pensamento kantiano – já que se podem encontrar remissões a tal noção desde a Antiguidade Clássica, devendo-se pontuar, também, o contributo da chamada Revolução Cristã –, é na obra de Kant que se observa uma sistematização filosófica do princípio da dignidade humana.

humano, ao contrário, como ser dotado de razão e de vontade, está *acima de todo preço* e contém em si um valor íntimo de tal forma especial que não admite equivalente. Não tem, portanto, preço, mas dignidade⁷³.

A concepção kantiana de dignidade humana está ligada ao reconhecimento de que *o homem possui um fim em si mesmo* e para si mesmo, não podendo, por isso, ser considerado mero instrumento para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade⁷⁴. Significa dizer que cada ser humano possui seus próprios fins, não podendo ser reduzido à condição de objeto para o alcance de fins diversos daqueles que, livremente, estabeleceu para si. Na obra de Kant, a dignidade humana encontra fundamento na autodeterminação racional e na autonomia moral – atributos exclusivos dos seres humanos, evidenciados pela sua capacidade de ditar suas próprias leis.

A noção de dignidade humana – até então desenvolvida, sobretudo no âmbito teológico-filosófico – adquiriu, ao longo do tempo, *status* normativo, com sua paulatina transposição para a ciência jurídica, em especial a partir do início do século XX, inicialmente com a Constituição da República de Weimar, de 1919⁷⁵.

Convém, no entanto, ressaltar que, mesmo nos textos jurídicos, a palavra dignidade foi, nos primórdios, empregada para indicar distinção social, relacionando-se com certos títulos, cargos, ou empregos públicos – no que se associava ao sentido de *dignitas*, próprio da Antiguidade Clássica, a exemplo do disposto no artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁷⁶.

No que tange ao marco político, os acontecimentos históricos que marcaram o total desprezo pela dignidade humana – com a barbárie promovida durante a hegemonia nacional-socialista – representaram, em contrapartida, um ponto de referência para a sua consagração. Efetivamente, no período posterior ao da Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana começa a ser incorporada ao discurso político internacional, tornando-se uma espécie de meta a ser alcançada.

⁷³ Cfr. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

⁷⁴ Cfr. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

⁷⁵ Em seu artigo 151, inciso I, a Constituição alemã, de 1919, assegurava a liberdade econômica dos indivíduos, nos limites necessários para assegurar uma existência humana digna para todos. Cfr. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 176.

⁷⁶ “La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à *toutes dignités*, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.” (grifos nossos).

No plano jurídico, a Carta das Nações Unidas, de 1945, no seu preâmbulo⁷⁷, já fazia referência à dignidade da pessoa humana, tendência seguida pelo texto preambular⁷⁸ e reafirmada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Desde então, o princípio da dignidade humana encontrou terreno fecundo nos mais importantes instrumentos jurídicos internacionais⁷⁹, disseminando-se também pelos textos constitucionais de diversos países⁸⁰, com destaque para a Constituição de 1949, da Alemanha (artigo 1º), berço dos acontecimentos que impulsionaram a sua juridicização.

4. Funções do princípio da dignidade da pessoa humana

Da variedade de sentidos atribuídos à expressão dignidade, aquele associado à condição humana é o que, na atualidade, encontra respaldo nos sistemas jurídicos pela normatização do princípio dignitário. Assim, em que pese a relevância de sua matriz ético-filosófica – fonte na qual, sem dúvida abeberou-se o Direito –, com a incorporação da dignidade humana ao direito positivo, esta passa a ser também uma realidade jurídico-normativa, um

⁷⁷ “We the peoples of the United Nation determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, *in the dignity and worth of the human person*, in the equal rights of men and women and of nations large and small (...).” (grifos nossos).

⁷⁸ “Whereas recognition of the *inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family* is the foundation of freedom, justice and peace in the world (...).” (grifos nossos).

⁷⁹ Importa mencionar, dentre outros, os seguintes: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 (preâmbulo); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (preâmbulo); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1968 (preâmbulo); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (preâmbulo); a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (preâmbulo; arts. 5º e 19); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (preâmbulo); a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (preâmbulo; arts. 23, 1; 28, 2; 37, c; 39; e 40, 1); a Convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 1997 (preâmbulo e artigo 1º); a Carta Asiática de Direitos Humanos (preâmbulo; 2.2, 2.4, 3.2, 6.2, 15.4a); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (preâmbulo, arts. 1º e 31, 1); a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 2004 (preâmbulo e artigo 1º); a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006 (preâmbulo; arts. 1º; 3º; 8º, 1, a; 16, 4; 24, 1, a; e 25, d).

⁸⁰ O princípio da dignidade da pessoa humana está amplamente reconhecido em diversas constituições do pós Segunda Guerra, dentre muitas outras, a Constituição da Alemanha, de 1949 (artigo 1º); a Constituição da Bolívia, de 1967 (artigo 1º); a Constituição da República Portuguesa, de 1976 (artigo 1º); a Constituição da Espanha, de 1978 (artigo 10, nº 1); a Constituição da República Islâmica do Irã, de 1979 (preâmbulo e artigo 22); a Constituição do Chile, de 1980 (artigo 1º); a Constituição da República Popular da China, de 1982 (artigo 38); a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (artigo 1º, inciso III); a Constituição Política da Colômbia, de 1991 (artigo 1º); a Constituição Peruana, de 1993 (artigo 10); a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999 (artigo 3º) etc. Para mais referências, cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – tomo I*, p. 51. Ver também Giorgio Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, p. 16. Para referências no âmbito do direito constitucional latino-americano, cfr. Humberto Nogueira Alcalá, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, p. 1. Sobre a dignidade humana nas constituições e jurisprudência de diversos países, ver Luís Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 19 e ss.

dever-ser direcionado à proteção da sua vertente ontológica (*ser*), atrelada à *conditio humanus* de cada indivíduo singularmente considerado.

Dito isso, cumpre explicar que, diante do não reconhecimento expresso da dignidade humana na ordem constitucional de determinado Estado, não se presume automaticamente a sua inexistência, enquanto princípio jurídico, ainda que na forma de norma jurídica implícita. Efetivamente, países que não possuem a dignidade humana formalmente positivada em suas Constituições⁸¹ têm reconhecido a sua natureza jurídica na condição de norma jusfundamental. Pode-se mesmo afirmar que, na atual conjuntura histórica, todo sistema jurídico legitimamente estruturado – ainda que não haja expressa previsão no direito positivo –, tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídico-constitucional e dos direitos fundamentais nela assegurados⁸². Nada obstante, não se pode negar que a positivação da dignidade da pessoa humana – embora não se afigure, nesse sentido, imprescindível – antecipa um compromisso dos poderes instituídos no sentido de garantir sua efetiva força jurídica e seu maior grau de proteção e concretização.

O princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana atua como *mandado de otimização* que ordena o respeito, a proteção e a promoção da especial dignidade do indivíduo *singularmente considerado e socialmente situado*, na máxima medida possível, o que implica direitos e deveres fundamentais tendentes à realização do *comando dignitário*. Desse modo, a dignidade da pessoa humana – a partir de seu conteúdo jurídico plúrimo –, na sua condição de princípio-chave da ordem jurídico-constitucional, pode conter (como de fato contém) em si mais de uma norma, figurando, não raras vezes, como fundamento de posições jurídico-subjetivas que nem sempre estão previstas expressamente em dispositivos normativos autônomos. Do princípio da dignidade da pessoa humana podem, então, ser extraídas normas que conferem tanto direitos fundamentais de cunho eminentemente negativo – no sentido de barrar a sua violação –, quanto direitos a prestações capazes de protegê-la e promovê-la.

Nesse passo, assume relevo a configuração do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico-normativo e como fonte ética dos direitos fundamentais –,

⁸¹ As Constituições da França, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos e Canadá não fazem referência expressa à dignidade humana. Merece ressalva, ainda, o artigo 3º da Constituição da Itália, de 1948, que, embora não mencione expressamente a dignidade da pessoa humana, reconhece igual dignidade social a todos os cidadãos.

⁸² Cfr. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 76. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 30. Para Paulo Otero, *Pessoa humana e Direito: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 367, “(...) uma Constituição só é constitucional se estiver ao serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais”.

capaz de conferir-lhes unidade de sentido e de valor⁸³ – identificando-se, nessa linha de entendimento, uma de suas funções primordiais (*função unificadora*), no âmbito de uma ordem jurídica.

Sendo a dignidade da pessoa humana a fonte nuclear dos direitos fundamentais, as prerrogativas individuais de caráter materialmente fundamental têm por fim último a defesa e a promoção da dignidade do ser humano. Tal afirmativa não resulta numa automática vinculação de qualquer direito fundamental ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a decisão legislativa de positivação de determinado direito, classificando-o como fundamental, garante apenas a sua fundamentalidade formal, mas não material⁸⁴. O que confere fundamentalidade substancial a um direito é justamente a sua derivação – seja direta ou indireta – da especial dignidade humana. De outro modo, também poderá haver direitos não previstos no catálogo constitucional – e sim na legislação infraconstitucional e em instrumentos jurídicos internacionais –, mas que, pela sua natureza, são revestidos de fundamentalidade, sendo, pois, decisivo o critério material para tal determinação⁸⁵.

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui critério unificador dos direitos fundamentais, haja vista permitir sua identificação a partir de um conteúdo comum, associado à concretização do valor dignitário. Revela-se, portanto, como ponto de convergência que une o conjunto dos direitos fundamentais essenciais, atribuindo sentido e coerência a cada uma dessas prerrogativas em relação à *conditio humanus*. Assim, cada direito materialmente

⁸³ Cfr. Jorge Miranda, *A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana*, p. 131. Cfr. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 101. De modo similar, Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 52-53, reconhecendo que “a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido explicativo ao sistema constitucional de direitos fundamentais”, embora nem todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição apresentem o mesmo grau de proximidade e incindibilidade a tal núcleo inspirador.

⁸⁴ Cfr. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*, p. 19, “(...) a tendência atual é de se passar a delimitar o campo da fundamentalidade com base em argumentos materiais, e não meramente teórico-formais ou positivos. É o que se verifica, p. ex., com a atribuição de fundamentalidade material a determinados direitos sociais através de critérios decorrentes do conceito de mínimo existencial. Note-se que esta tendência específica, de se deslocar o debate do âmbito formal para o material, é somente uma das manifestações que se incluem em um cenário contemporâneo mais amplo de ressurgimento do discurso sobre a fundamentação filosófica dos direitos fundamentais. (...) Nessa linha, pode-se afirmar, p. ex., que as normas incluídas no âmbito do conceito de direitos fundamentais serão efetivadas já não só porque gozam de determinado tipo de positividade, mas também porque representam verdadeiros critérios de legitimação do próprio poder criador de positividade.”

⁸⁵ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 77. Para a discussão sobre se a esses direitos materialmente fundamentais, previstos em normas legais e internacionais, aplica-se o regime constitucionalmente previsto, ver *Idem, Ibidem*, p. 78 e ss.

fundamental guarda conexões, de maior ou menor intensidade e amplitude⁸⁶, com o princípio da dignidade humana, que atua como *força protetiva pluridimensional*⁸⁷.

Embora não haja exclusividade absoluta – em razão da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, além de outros que, pela natureza de seus titulares (pessoas jurídicas, por exemplo), não podem ser sempre e diretamente reconduzidos à noção dignitória⁸⁸ –, a dignidade da pessoa humana figura, decerto, como *critério vetor*⁸⁹ na construção de um conceito material de direitos fundamentais. De outro modo, admitir a ausência de *eixo de significação* a tais prerrogativas reforça um temerário processo de *debilitação* ou *adulteração* da fundamentalidade dos direitos fundamentais⁹⁰, submetendo sua essencialidade ao alvitre do Estado. Este poderá, então, criar verdadeiros contra-direitos – até mesmo sob titularidade estatal –, a gerar ilegítima *concorrência limitativa* com aqueles que, por possuírem a dignidade da pessoa humana como força motriz, são dotados de verdadeira fundamentalidade.

A noção de direitos fundamentais substanciais – pelo menos como aqui esposada – guarda conexão com os direitos humanos, de tendência universalizante, por estarem associados mais nitidamente ao conteúdo elementar da dignidade humana⁹¹. Nada obstante, a decisão política de *fundamentalizar* certos direitos – por meio de sua positivação no ordenamento jurídico constitucional – deve ser levada em consideração, aplicando-se a tais prerrogativas o regime próprio destinado aos direitos materialmente fundamentais, pois o poder constituinte tem a missão de contextualização (histórica, política, econômica, social e cultural) dos direitos

⁸⁶ No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 101, sendo os direitos fundamentais explicitações da dignidade humana, em princípio, “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.” Para José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 102, “alguns direitos constituem explicitação de primeiro grau da ideia de dignidade humana, que modela todo o conteúdo deles (...). Outros direitos decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos (...) ou então complementam-nos como explicitações de segundo grau, mediadas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas (...)”. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa – vol. II (A construção dogmática)*, p. 327, entende que, se a ligação entre direitos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana nem sempre é direta, há “outros elementos materiais de permeio, entre os quais provavelmente as ideias de liberdade, de igualdade, de solidariedade ou fraternidade”.

⁸⁷ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 81.

⁸⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 407, critica a associação dos direitos fundamentais à ideia-princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que “o resultado a que se chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”.

⁸⁹ Cfr. Dirley da Cunha Junior, *Curso de Direito Constitucional*, p. 442.

⁹⁰ Cf. Paulo Otero, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, p.154-155.

⁹¹ Marcolino Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do Sistema Africano*, p. 52-53, observa que a positivação dos direitos humanos se iniciou em instrumentos de natureza estadual, nos quais aparecem como direitos fundamentais do homem, em suas diferentes gerações. Arremata afirmando que, sob o ponto de vista material, direitos humanos e direitos e liberdades fundamentais do homem são idênticos.

fundamentais. Assim, muito embora certos direitos formalmente fundamentalizados não estejam em linha de relação direta com as demandas essenciais da pessoa humana, sua positivação com essa qualificação tem relevância no âmbito daquela realidade juridicizada, não devendo ser, portanto, desconsiderada.

O sistema de direitos fundamentais substancialmente considerado constitui-se de desdobramentos e exigências de concretização da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, não subsistiria sem o espectro protetivo e promocional das prerrogativas jusfundamentais, redundando, então, numa *função fundante* do princípio dignitário. Daí a imbricada relação existente entre o princípio dignitário e os comandos dele emanados – dos quais podem resultar verdadeiras posições jurídico-subjetivas – para sua plena realização.

Sem prejuízo de seu caráter ontologicamente fundacional, a dignidade humana pode ser entendida, no sentido jurídico-normativo, como estatuto do ser humano que compreende um conjunto de direitos, poderes e deveres ligados à ideia subjacente de sua excepcionalidade e centralidade no universo. A preliminar concepção ético-filosófica da dignidade humana como fundamento de igual respeito e consideração entre todas as pessoas é assimilada pelo Direito, transpondo-se como noção deontológica da dignidade – enquanto valor e princípio –, como fonte dos direitos fundamentais. A afirmação de que os direitos fundamentais derivam da dignidade da pessoa humana é mais bem compreendida sob o ponto de vista jurídico-filosófico do que no seu sentido histórico⁹². Com efeito, historicamente, o reconhecimento e a absorção da dignidade da pessoa humana pelo Direito são posteriores à *constitucionalização* de prerrogativas jusfundamentais. Os direitos humanos não se estabeleceram a partir de um discurso pré-existente sobre dignidade humana, de forma que não reside nesta a explicação da origem histórica daqueles⁹³. É nessa linha de entendimento que Jorge Miranda afirma não haver, em termos históricos, uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, sendo que tal ligação jurídico-positiva inicia-se apenas com o Estado Social de Direito, mais precisamente com as Constituições e os textos jurídicos internacionais subsequentes à Segunda Guerra Mundial⁹⁴.

Ressalte-se que a defesa de tal função fundante não significa que inexistem outros valores e princípios – em especial aqueles atinentes à igualdade, à liberdade e à solidariedade – dos quais derivem direitos fundamentais, ideia que não conflita com a qualificação da dignidade

⁹² Cfr. Oscar Schachter, *Human dignity as a normative concept*, p. 853.

⁹³ Cfr. Jeremy Waldron, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, p. 12-13.

⁹⁴ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 194-195.

da pessoa humana como elo axiológico-normativo entre aqueles, até porque, em certa medida, o próprio princípio dignitário possui em seu conteúdo dimensões relacionadas a tais princípios.

Para além de sua função unificadora e fundacional do sistema jusfundamental, o princípio da dignidade humana correlaciona-se com os demais princípios jurídicos, conformando os direitos e deveres das pessoas e garantindo sua posição perante o Estado e a comunidade, razão pela qual pode ser considerado um *metaprincípio*⁹⁵. Talvez justamente esse seu caráter *metaprincipiológico* resulte no fato de que a violação do princípio da dignidade da pessoa humana reconduz, simultaneamente, à violação de outros princípios do Estado de Direito – a exemplo do princípio da igualdade, de que ora se ocupa – e de direitos fundamentais⁹⁶, gerando um *efeito de consunção*⁹⁷, que, no entanto, não afasta a sua (ainda que relativa) autonomia.

A constitucionalização da dignidade humana reforça a posição nuclear da pessoa (de todas as pessoas e de cada pessoa) como fundamento e fim da sociedade⁹⁸ e do Estado⁹⁹; como epicentro da Constituição e do próprio Direito¹⁰⁰, resultando no fortalecimento da legitimidade substancial do sistema jurídico-constitucional e também da ordem política. Trata-se da sua *função legitimadora*, de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como fonte de *legitimação ética da Constituição*¹⁰¹. A inserção da dignidade da pessoa humana na seara do Direito ocorre como uma espécie de tradução jurídica de sua concepção moral e filosófica, afastando – a partir do seu entendimento enquanto fonte axiológico-normativa (além de ética) dos direitos fundamentais – o condicionamento dos direitos essenciais ao mero consentimento estatal. Não tendo como origem a outorga do Estado, não podem por ele ser cassados; ao menos não legitimamente. A relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais pode, então, ser compreendida no sentido de que reside naquela a fonte de legitimação destes últimos¹⁰², que, dada a sua essencialidade, têm o papel de

⁹⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 200.

⁹⁶ Cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 63.

⁹⁷ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, vol. II – a construção dogmática*, p. 320.

⁹⁸ Cfr. Luis Recaséns-Siches, *Dignity, liberty and equality*, p. 8.

⁹⁹ Cfr. Jorge Miranda, *A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana*, p. 131.

¹⁰⁰ Para Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 352, “o paradigma da Constituição não pode ser o Estado ou o Poder, antes radica no ser humano e na sua dignidade inviolável”.

¹⁰¹ Não no sentido formalista que associa a legitimidade à legalidade, mas a partir de seu conceito substancial, atrelado ao referencial dos direitos humanos. Cfr. Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 70.

¹⁰² Em sentido semelhante entendeu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, afirmando a inviolabilidade da dignidade humana, situando-a como “base de todos os direitos fundamentais”. (BVerfGE 30, 173 (1971)).

proteger a especial dignidade inerente à condição humana. Logo, os direitos fundamentais têm a dignidade como premissa, ao mesmo tempo em que atuam a seu serviço.

Ademais, não se deve perder de vista que a compreensão da noção de pessoa e, conseqüentemente, de dignidade humana – apesar de seu potencial universalizante¹⁰³ – não ocorre de maneira uniforme, enfrentando condicionantes de ordem histórica, cultural e sociopolítica, que afetam o seu reconhecimento, proteção e promoção pelo Direito. Por conseguinte, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana funda-se no reconhecimento da peculiar natureza do ser humano e nas necessidades e capacidades especiais que dela decorrem, devendo, pois, refletir, juridicamente, as essenciais condições naturais, individuais e sociais para o florescimento da vida humana, sem olvidar a evidente influência das circunstâncias de tempo e lugar.

Identifica-se ainda a relevante *função hermenêutica* – de natureza instrumental – do princípio dignitário, que atua como fator balizador da atividade de interpretação e integração da ordem jurídica, especialmente do sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais. Com efeito, a dignidade da pessoa humana pode ocupar papel crucial enquanto critério material na hierarquização¹⁰⁴ e composição de direitos e valores em conflito, atividade típica do processo hermenêutico.

Considerando-se a dignidade da pessoa humana em seu dúplice caráter, negativo e positivo, podem-se indicar, ainda, outras relevantes funções por ela exercidas por meio do sistema de direitos fundamentais. Primeiramente, o princípio dignitário possui importante *função restritiva* da atuação dos poderes públicos e, em certa medida, também dos particulares, no sentido de barrar a interferência violadora da dignidade humana, nas suas diversas dimensões. Ao mesmo tempo, a plenitude da dignidade humana não prescinde de um *facere* estatal, no sentido de promovê-la. Há dimensões da dignidade que não se satisfazem com mera abstenção, exigindo, para sua concretização, prestações estatais positivas que removam obstáculos e promovam condições para o desenvolvimento de uma vida humana digna, revelando-se, então, a *função promotora*. Ainda no âmbito do conjunto de prerrogativas jusfundamentais, as dimensões negativas e positivas do princípio dignitário – donde brotam respectiva e prevalentemente as funções restritiva e promotora – não estão a salvo sem mecanismos de proteção. Emerge, nessa perspectiva, uma *função protetiva* da dignidade da

¹⁰³ Oscar Schachter, *Human dignity as a normative concept*, p. 849, afirma que nenhum outro ideal parece ser tão aceito como um bem social universal.

¹⁰⁴ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 95.

pessoa humana que envolve não apenas a prevenção de ofensas, mas também a cessação e o sancionamento de condutas violadoras, inclusive por meio da reparação de eventual dano. Ao contrário do que se possa à primeira vista pensar, essa tarefa de proteção não se restringe à dimensão negativa da dignidade humana, mas alcança, do mesmo modo, a sua vertente positiva. É que também a promoção da dignidade de cada pessoa singularmente considerada – por prestações estatais positivas – necessita de meios de proteção contra omissões do dever de promovê-la, conduta igualmente violadora da dignidade humana. Ainda quanto à função protetiva, sob o ponto de vista da reciprocidade e da solidariedade que irrompem da dignidade da pessoa humana, tem se defendido que também as entidades privadas e os particulares encontram-se vinculados diretamente ao princípio dignitário, sujeitando-se a certos deveres de proteção e respeito, no âmbito das relações jurídico-privadas¹⁰⁵.

Merece destaque, ainda, a *função de abertura* desempenhada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto critério de *fundamentalização* de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional, ou dito de outro modo, como critério de reconhecimento de novos direitos fundamentais materiais. O caráter fundamental de um direito relaciona-se com o bem jurídico que almeja proteger ou garantir. Tratando-se de direito voltado para a proteção ou garantia de bens jurídicos essenciais da pessoa humana, deve ser admitida a sua fundamentalidade material. Daí o caráter aberto da própria fundamentalidade¹⁰⁶ – e, portanto, do catálogo – dos direitos fundamentais. Nessa linha de entendimento, o princípio dignitário constitui verdadeiro critério para *integração da ordem constitucional*, e serve de base para o reconhecimento de direitos fundamentais atípicos ou implícitos, que, afigurando-se como essenciais para a vida humana, devem ter sua fundamentalidade afirmada, ainda que não se encontrem previstos expressamente em enunciados normativos da Constituição¹⁰⁷. Desse modo, reafirme-se que a qualificação de um direito como fundamental está associada à sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, em última análise, o critério de jusfundamentalidade corresponder à máxima da igual dignidade de todas as pessoas¹⁰⁸.

A necessária atualização do catálogo de direitos fundamentais é estabelecida em algumas ordens constitucionais¹⁰⁹ por meio do instituto da cláusula aberta, que formaliza no

¹⁰⁵ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 133-135.

¹⁰⁶ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*. Para o autor, p. 292, “se ‘nada do que é humano pode ser estranho ao direito’, também se compreende que o *processo de constitucionalização da pessoa* possa alargar ou refundar o leque da fundamentalidade dos direitos”.

¹⁰⁷ Cfr. Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 73.

¹⁰⁸ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, p. 54.

¹⁰⁹ Muito embora a cláusula aberta demonstre uma predisposição do Poder Constituinte para uma flexibilidade ordenada do elenco de direitos fundamentais – a adaptabilidade do sistema jusfundamental não resta prejudicada

texto constitucional o caráter exemplificativo do elenco de prerrogativas jusfundamentais, indicando as fontes de alimentação do sistema¹¹⁰. É dizer, constatada a fundamentalidade de determinado direito – proveniente das fontes determinadas –, a cláusula aberta ou da não taxatividade atua como um ímã, atraindo-o para a Constituição material e irradiando os seus efeitos para todo o sistema constitucional vigente.

Assim, além dos direitos fundamentais formalmente consagrados, a Constituição abre-se para outros direitos, ainda que estes sejam previstos fora do próprio texto constitucional, sendo, no entanto, imprescindível que estejam revestidos da necessária relevância jurídica dos direitos materialmente fundamentais. Nessa esteira, por exemplo, têm sido reconhecidos pelos tribunais brasileiros como direitos decorrentes diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade pessoal – envolvendo o direito ao nome e à perfilhação –, o direito à identidade genética, o direito à identidade sexual ou livre orientação sexual, além do próprio direito ao mínimo existencial.

Nada obstante, seja por meio da cláusula aberta positivada, seja pela atividade hermenêutica, nem sempre os tribunais se posicionam no sentido de *criação ou reconhecimento de novos direitos* a serem agregados ao inventário jusfundamental constitucionalizado. A Corte Constitucional italiana enfrentou a questão por ocasião da sentença nº 161, de 23 de maio de 1985¹¹¹, quando se manifestou sobre a existência de um direito autônomo à identidade sexual,

nas ordens constitucionais desprovidas de tais dispositivos de abertura. É que o mesmo resultado pode ser obtido a partir da própria atividade hermenêutica que garante a estabilidade da Constituição, sem prejuízo da sua constante renovação coordenada pelas exigências sociais. Tal constatação denota que a norma jurídica – e, portanto, também a norma constitucional – deve ser interpretada não de maneira estanque e segregada da realidade circundante, mas sim, e necessariamente, levando em consideração a interconexão entre os fenômenos jurídico e social. Abordando a conexão dinâmica entre os fatores que compõem a experiência jurídica, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 111, observa que “se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o vover dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra” (grifos do autor). Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, p. 35, defende que uma efetiva análise e compreensão do conceito de Constituição envolve a consideração dos seus elementos jurídico e sociológico, como partes de um todo. Segundo Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, p. 14, a ordenação jurídica e a realidade devem ser consideradas em sua relação e no seu condicionamento recíproco.

¹¹⁰ No caso da Constituição Brasileira, de 1988, a cláusula aberta, disciplinada no § 2º do artigo 5º, não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, ou ainda dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Desse modo, há previsão de abertura para direitos fundamentais implícitos, que possam ser extraídos da própria Constituição, especialmente de seu regime e de seus princípios, bem como dos tratados internacionais, sem que haja expressa previsão para jusfundamentalização de direitos previstos em legislação infraconstitucional. Já a cláusula de abertura da Constituição Portuguesa, de 1976, parece ser – ao menos textualmente – mais *generosa* (para repetir adjetivo utilizado por José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, p. 48), pois prevê como *fonte de atualização* do catálogo de direitos fundamentais, além das regras aplicáveis de direito internacional, as leis.

¹¹¹ Cfr. Pierre Bon e Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, p. 103 e ss.

ao analisar a constitucionalidade da Lei nº 164, de 1982. Apesar do entendimento de parte da doutrina – que considera o artigo 2º da Constituição italiana¹¹² como *fórmula branca* que permite a importação de direitos para o sistema constitucional –, o Tribunal aderiu a uma interpretação mais restritiva do rol de direitos constitucionalmente fundamentais. Assim, a expressão *direitos invioláveis*, contida no artigo 2º, restringir-se-ia aos direitos explicitamente previstos nos pertinentes artigos da Constituição. Sem embargo, a Corte considerou constitucional a lei que permitia aos transexuais a correção do sexo e, conseqüentemente, do nome, nos seus registros civis, mas não com base num direito autônomo à identidade sexual¹¹³, e sim com fundamento principalmente num conceito amplo do direito à saúde – previsto no artigo 32 da Constituição –, que compreende, segundo a decisão, elementos de cunho físico e psicológico.

Sob a ótica intersubjetiva da dignidade humana, é fácil vislumbrar que a *criação de novos direitos* – ou a revelação de direitos ou interesses implícitos extraídos de outros direitos autônomos – pode representar restrições a outras prerrogativas já consagradas no catálogo constitucional¹¹⁴. Deve-se ter em mente, então, que eventual restrição deve ser proporcional, respeitando, tanto quanto possível, o núcleo essencial do direito restringido. Portanto, apesar da não taxatividade dos direitos fundamentais, a abertura a novos direitos, ou ampliação de prerrogativas já existentes, deve estar afinada com os valores e princípios norteadores do sistema constitucional, em especial a igual dignidade humana. Nessa linha de entendimento, uma norma legal ou uma interpretação¹¹⁵ que crie, extinga, restrinja ou amplie um direito de forma contrária ou subversiva de valores consagrados no texto constitucional deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, haja vista sua latente inconstitucionalidade. Por essa característica de parâmetro de controle de restrições a direitos fundamentais, poder-se-ia identificar mais uma função própria do princípio da dignidade da pessoa humana: a *função de preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Com efeito, conforme será mais bem explicado linhas adiante, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, consubstanciado

¹¹² “Artigo 2 - La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

¹¹³ Como havia considerado a instância de primeiro grau, não para sustentar, mas para contestar o direito à identidade sexual, em razão das conseqüências sociais decorrentes de uma *alteração artificial do sexo*.

¹¹⁴ Sobre restrições a direitos fundamentais, dentre outros, ver Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*; Luiz Fernando Calil de Freitas, *Direitos Fundamentais – limites e restrições*.

¹¹⁵ Aqui entendida não apenas como interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais, mas por todos os poderes públicos, cada um deles responsável por interpretar e concretizar a Constituição e os direitos fundamentais, no âmbito de suas respectivas competências.

na noção de mínimo dignificante, serve de baliza na seara dos limites aos limites às prerrogativas jusfundamentais.

Convém registrar, nesse ponto, que a abertura dinâmica do *organismo jusfundamental* não pode justificar uma *panjusfundamentalização* desordenada que, prezando mais pela *quantidade* do que pela *qualidade*¹¹⁶, acaba por esvaziar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que dela emanam. De fato, a descomedida invocação – tanto na seara jurisprudencial como na doutrinária – do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo direito pode resultar na sua *banalização*¹¹⁷, tornando-a uma espécie de *slogan* de uso meramente retórico, o que certamente gera um efeito reverso de esvaziamento do seu sentido. O emprego conveniente da dignidade humana como tábula rasa para toda espécie de decisão envolvendo direitos fundamentais, a converte num valor oco e amorfo – facilmente adaptável à contingência de cada circunstância –, transgredindo a sua própria natureza de princípio jurídico. Nesse diapasão, despiciendo recorrer-se autonomamente ao princípio em comento quando os direitos e princípios envolvidos – embora possuam fundação dignitária – encontram-se consolidados de maneira incontroversa no sistema constitucional¹¹⁸. Isso porque além de se evitarem contorcionismos desnecessários¹¹⁹, acima de tudo, reduz-se a margem de arbítrio do intérprete, nos casos em que o Poder Constituinte já decidiu pela existência de conteúdo dignitário naquele outro direito ou princípio consagrado¹²⁰.

5. Conteúdo *jusfundamental* da dignidade da pessoa humana

5.1. Noções preliminares

Se há certo consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à importância da dignidade da pessoa humana na sua relação com os direitos fundamentais, ele não ocorre no que concerne ao conteúdo jurídico do princípio. É considerado, por isso, como conceito jurídico

¹¹⁶ Cfr. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, p. 87-88.

¹¹⁷ Entendendo que o incremento da aplicação da dignidade da pessoa humana chegou a atingir a *fronteira da banalização*, cfr. José de Melo Alexandrino, *Perfil constitucional da dignidade humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, p. 481-482. No mesmo sentido, Giorgio Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, p. 19-21.

¹¹⁸ Não se quer dizer, com isso, que seja despicienda a digressão à dignidade da pessoa humana em trabalhos acadêmicos, no sentido de fundamentar a origem de determinados direitos, etapa, aliás, necessária para uma compreensão analítica de determinados temas, como o que é objeto principal do presente estudo. .

¹¹⁹ Para alguns exemplos de decisões que pecam pelo recurso desnecessário à dignidade humana, ver Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p.193 e ss.

¹²⁰ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 124.

indeterminado¹²¹, caracterizado por sua *ambiguidade e porosidade*¹²², tendo, ainda, quem conteste a sua natureza jurídica¹²³.

A dificuldade em delinear o conteúdo do princípio dignitário é fruto, dentre outros fatores, da própria complexidade e heterogeneidade inerentes às manifestações da personalidade humana, o que exige *constante concretização e delimitação*¹²⁴ de seu conteúdo jurídico. Trata-se, por conseguinte, de uma *categoria axiológica aberta*¹²⁵, em permanente processo de construção e desenvolvimento¹²⁶, adaptável ao pluralismo inerente à vida em sociedade. Nessa linha de raciocínio, a busca por um conceito definitivo e pormenorizado de dignidade da pessoa humana resultaria no engessamento do princípio que deve ter seu conteúdo e alcance determinados e atualizados, a partir da busca de equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo no caso concreto¹²⁷.

Sendo o próprio ser humano um *contínuo devir*¹²⁸, cuja essência é evolutiva e necessariamente incompleta e inacabada, a tradução, em termos jurídicos, da dignidade – enquanto fundamento ético da existência humana – não deve ser inteira e definitivamente concluída¹²⁹.

Sob esse ponto de vista, teorias demasiadamente unilaterais ou estáticas, ao revés de trazer soluções estáveis, tendem a enfraquecer e limitar a aplicação do princípio da dignidade humana, que não revela de forma imediata e lógica, como numa fórmula matemática, o minucioso conteúdo dignitário de cada pessoa humana. Nessa esteira, pode-se mesmo falar numa espécie de mutabilidade da cláusula da dignidade, que sofre constante atualização do seu conteúdo, com vista a barrar novos riscos e ameaças, amoldando-se, assim, às variações das necessidades humanas. Daí porque se deve aceitar “uma noção de dignidade humana aberta,

¹²¹ Cfr. Antonio Junqueira de Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 91.

¹²² Cfr. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 73.

¹²³ Cfr. Claire Neirinck, *La dignité de la personne ou le mauvais usage d'une notion philosophique*.

¹²⁴ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, p. 7. Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet, *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 18, tais atributos não são exclusivos da noção de dignidade da pessoa. É patente o dinamismo inerente ao próprio Direito, o que permite a regular mutação dos institutos jurídicos em conformidade com a incessante evolução do indivíduo e da sociedade, em seus mais diversos aspectos.

¹²⁵ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 27.

¹²⁶ Cfr. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 73.

¹²⁷ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 57.

¹²⁸ Cfr. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 29.

¹²⁹ Cfr. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 37.

plástica e plural”¹³⁰. Justamente por isso, embora proclamada em inúmeros textos jurídicos, a dignidade humana não é formalmente definida¹³¹.

É importante ter em mente que, diante das múltiplas acepções e da pluridimensionalidade da dignidade da pessoa humana, é imperativo que o jurista estabeleça qual ou quais concepções está adotando em cada caso concreto, até porque, a depender da dimensão priorizada, as violações vislumbradas ou atuações exigidas não serão idênticas. Tal constatação resulta numa perseverante concretização e delimitação da dignidade da pessoa humana enquanto conceito jurídico-normativo, incumbência precípua dos operadores do direito, da qual também não escapam os demais poderes públicos.

Mas a determinação do sentido da dignidade humana nas decisões judiciais – admitindo-se que a delimitação de seus contornos conceituais não é algo apriorístico – não significa seja irrelevante a busca de uma definição (“necessariamente aberta, mas minimamente objetiva”¹³²) que a legitime e sirva de referencial doutrinário, sob pena de se permitir a sua aplicação arbitrária de acordo com as conveniências do caso concreto. Com efeito, não raras vezes é possível identificar decisões judiciais que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte de qualquer direito, dispensando a necessária fundamentação, o que, sem dúvida, provoca o efeito reverso de enfraquecimento do caráter normativo do valor dignitário.

Outro ponto que merece ressalva diz respeito à proclamada incondicionalidade da dignidade inata, que não resulta, no entanto, na sua concreta inviolabilidade¹³³. Trata-se de valor intrínseco, incondicional, porém violável, o que justifica e impõe a sua proteção pela ordem jurídica. Não se quer, com isso, afirmar que tal dignidade ontológica possa ser renunciada,

¹³⁰ Cfr. Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 72. Para Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 120-121, importa buscar uma definição de dignidade que, mesmo permanecendo aberta, alcance certa objetividade, sob pena de o seu conceito “justificar tudo e, ao mesmo tempo, o seu contrário”.

¹³¹ Cfr. Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 121.

¹³² Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 70. Na tentativa de esboçar uma concepção multidimensional da dignidade da pessoa humana, o autor, p. 73, a define como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

¹³³ Nesse sentido, Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 194, defende que a assertiva impressa no primeiro artigo da Lei Fundamental alemã de que “a dignidade humana é inviolável”, deve ser compreendida como um *dever ser*, no sentido de que ela não deverá ser violada. Na mesma linha de entendimento, Christian Starck, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 219.

revogada, ou perdida, mas apenas que está passível de ofensa, seja por atos de outros particulares, seja pela atuação dos poderes públicos, ou até mesmo pelo próprio indivíduo. Trata-se, portanto, de *inviolabilidade deôntica* que prescreve que a dignidade da pessoa humana não *deve ser* violada. Desse comando decorre um dever de proteção estatal, incumbindo ao Estado transpor normativamente o princípio dignitário “como uma ordem de proibição e de sanção que pode ser caracterizada penalmente, civilmente ou administrativamente”¹³⁴.

Noutra senda, embora seja comum a defesa da dignidade como valor absoluto de cada ser humano, tal caracterização deve ser efetivamente compreendida a partir de uma abordagem crítica, que conceba a sua relativização enquanto princípio jurídico¹³⁵, sob pena de se transgredir a igual dignidade de todos os seres humanos. De fato, especialmente no âmbito dos denominados *hard cases*, os conflitos entre os direitos fundamentais envolvidos – ligados direta ou indiretamente, com maior ou menor intensidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana – seriam juridicamente insolúveis se adotada uma *absolutização cega* da dignidade. Mesmo porque, em muitas circunstâncias, estão envolvidos *sujeitos de direito* diversos, todos titulares de igual dignidade. Em outras tantas hipóteses, busca-se solução jurídica para o que se pode denominar de conflito interno, no âmbito da dignidade humana de um mesmo indivíduo. Embora em muitas situações o princípio da dignidade da pessoa humana possa, casuisticamente, assumir posição de precedência ou prevalência em relação a outros princípios, tal não significa que se configure como absoluto ou imponderável, especialmente diante das complexas situações concretas que desafiam o Direito e os próprios juristas.

O *valor absoluto* da dignidade, então, diz respeito ao seu aspecto ontológico, de substrato humano, de qualidade natural e incondicional de cada indivíduo, que, nesse âmbito interno, não admite graus ou lacunas. Na mais degradante das situações; em condições sociais e econômicas tidas como *desumanas*; por mais sofrimento físico ou psicológico que seja impingido ao sujeito, este permanece dotado de dignidade inata. É, pois, completa, inteira em todo ser humano, o que não resulta na imponderabilidade do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana¹³⁶.

¹³⁴ Cfr. Christian Starck, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 224.

¹³⁵ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 21.

¹³⁶ Sobre o tema, Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 57, afirma que “irradiações da dignidade humana sobre os demais direitos fundamentais não devem impedir que as fronteiras dos direitos fundamentais sejam determinadas mediante uma ponderação voltada ao caso concreto, a ser obtida por meio de um cuidadoso ‘equilíbrio recíproco’ (Peter Lerche) no sentido de se atingir uma ‘concordância prática’ (Konrad Hesse)”.

Ainda no domínio da aclamada irrestringibilidade da dignidade da pessoa humana, são dignas de nota algumas observações acerca da fórmula-objeto de Günther Dürig, que confere certa objetividade hermenêutica na aplicação do princípio dignitário¹³⁷, ao menos como de ponto de partida. Trata-se de critério – de evidente derivação filosófica – segundo o qual a dignidade humana é atingida nas hipóteses em que o indivíduo é instrumentalizado, convertido em objeto, em mero meio. A partir desse relevante preceito, no entanto, não se pode deduzir a vedação de toda forma de instrumentalização do indivíduo. Não se trata de impedir de forma absoluta toda situação de desvantagem de uma pessoa em relação a outras, ou de proibir que um indivíduo esteja, espontaneamente, a serviço de outro. Nessa linha de entendimento, a pessoa humana é, não raramente, posta na condição de meio, seja nas relações sociais, seja nas relações jurídicas, quando pode ser compelida em detrimento de seus interesses. Disso não resulta, necessariamente, uma dedução de violação automática da dignidade humana¹³⁸. A efetiva violação da dignidade humana deve ser verificada no caso concreto, servindo a formulação geral de Dürig apenas como indicativo da direção a ser tomada para constatação da ofensa.

Dessa maneira, para que se confirme efetiva transgressão à dignidade da pessoa humana – no seu sentido puramente defensivo traduzido pela fórmula-objeto –, é imperiosa a verificação da degradação do indivíduo, com desconsideração de sua condição natural de sujeito de direitos. Em outras palavras, o objetivo da conduta violadora deve ser a reificação do indivíduo, por meio de sua utilização arbitrária e egoística para a consecução de fins alheios. Fora das hipóteses de manifesto ultraje à dignidade humana, o simples critério da instrumentalização não é capaz de balizar decisões difíceis, podendo mesmo subverter o próprio princípio dignitário, ao desconsiderar – de forma desproporcional – o direito à autodeterminação do indivíduo, em especial nas suas relações jurídico-privadas.

Assim, apesar de sua importância pragmática para resolução de casos concretos, a fórmula-objeto limita-se a uma compreensão negativa da dignidade humana¹³⁹, em circunstâncias de mais evidente violação, sem trazer, contudo, grandes contributos para o estabelecimento de parâmetros para a promoção de uma vida digna (dignidade positiva). Para a compreensão mais aprofundada do princípio em questão, não se pode perder de vista que, paralelamente à sua dimensão negativa ou defensiva, a dignidade da pessoa humana reclama

¹³⁷ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 72-73.

¹³⁸ BverfGE 30, 1 (15/12/1970). Cfr. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 179 e ss.

¹³⁹ Cfr. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 180-181.

atuação estatal no sentido de protegê-la e promovê-la, tarefas impostas a todos os entes públicos, que devem criar, na medida de suas atribuições, condições para a sua efetiva fruição e aperfeiçoamento (dignidade dinâmica) por todos os indivíduos. Mas essa vertente positiva ou prestacional da dignidade vincula-se mais intensamente com sua perspectiva comunitária – que não guarda relação com a defesa de uma concepção utilitarista, no sentido de fomentar o sacrifício da dignidade pessoal em prol da comunidade ou do bem-comum –, sem a qual também seria apenas parcial a compreensão do seu conteúdo jurídico.

Não se pode perder de vista, por fim, que o referencial genuíno da dignidade da pessoa humana é o indivíduo¹⁴⁰. Não o indivíduo abstrato e isolado, mas o indivíduo concreto e social¹⁴¹, que agrega em si valores, concepções de vida, capacidades e interesses que o tornam único, irrepetível e em constante evolução¹⁴². Centrar o ordenamento jurídico e a própria Constituição na dignidade da pessoa humana não significa, no entanto, empreender a defesa cega de um personalismo individualista e egocêntrico. A adoção de uma concepção personalista¹⁴³ não impede a consideração da pessoa-indivíduo como membro da coletividade, caso contrário tratar-se-ia de mera abstração, e não do ser humano concreto e socialmente situado. Por conseguinte, a individualidade humana apenas pode ser compreendida no âmbito das relações que o indivíduo estabelece com os demais e que se configuram como elemento integrativo do *eu* de cada um.

Feitas tais observações, o que se pretende, nas próximas linhas, é delinear, em sua essencialidade, o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do princípio geral da igualdade e, em termos mais específicos, do direito à

¹⁴⁰ Para Jorge Miranda, *A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana*, p. 133, há diferença entre as expressões dignidade humana e dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, a primeira expressão abre-se para uma concepção transpersonalista de dignidade de todos os homens, do conjunto de pessoas, como uma espécie de ente coletivo. Já a segunda foca no indivíduo, na pessoa humana concreta. Em sentido contrário, cfr. Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 375 e ss. Para o autor, a diferenciação conceitual não se justifica. Apontando a equivocada associação da noção de pessoa humana com a concepção jurídico-civil de personalidade singular, adjacente à expressão “dignidade da pessoa humana”, o autor defende que a expressão dignidade humana não tem necessariamente conotação transpersonalista.

¹⁴¹ Cfr. Jorge Miranda, *A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana*, p. 133. Assim como Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 353-354.

¹⁴² E, sendo a pessoa-indivíduo o centro do Direito, este deve acompanhar esse constante e incessante processo de evolução, em busca de ideais que, embora sejam inalcançáveis, devem ser a força motriz do fenômeno jurídico. As palavras de Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 354, são elucidativas, quando afirma que o Direito Constitucional alcança resultados sempre insatisfatórios “face à grandeza dos fins que norteiam o seu propósito: o ser humano é muito grande nos fins que envolve e demasiado pequeno para os concretizar de forma perfeita no tempo e no espaço”.

¹⁴³ Para compreensão das concepções inerentes ao personalismo em comparação com o republicanismo, cfr. Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 355 e ss.

igualdade racial. Diante desse propósito, não se pretende formalizar uma definição, tampouco estabelecer um elenco exaustivo de direitos ou violações associados à noção de dignidade humana, mas sim identificar os elementos basilares de sua concepção, dos quais podem ser extraídas importantes consequências jurídicas em termos de direitos e deveres dela decorrentes.

Nessa senda, serão abordadas as dimensões da dignidade humana, nas suas perspectivas subjetiva e intersubjetiva – que levam em consideração o indivíduo sem olvidar a sua condição de ser social. Tais dimensões não são dissociadas e incompatíveis, antes se complementam e se inter-relacionam, gerando compreensão operacional e abrangente do conteúdo jurídico-normativo da dignidade humana. Nada obstante, convém antecipar que, embora não haja incompatibilidade ou exclusão recíproca entre as diferentes dimensões dignitárias, os direitos que delas decorrem podem, não raro, entrar em conflito, impondo a análise da proporcionalidade de eventuais intervenções.

5.2. As dimensões da dignidade da pessoa humana

5.2.1. Perspectiva subjetiva ou individual

A dignidade da pessoa humana será analisada, inicialmente, sob o ponto de vista subjetivo ou individual, ou seja, numa perspectiva que leva em consideração o seu aspecto interno, as características inerentes a cada ser humano.

Cada pessoa humana, em sua individualidade, é dotada de um conjunto único, irrepetível e dinâmico de capacidades, aspirações e predisposições que a habilitam a se desenvolver e realizar seus próprios fins. Assim, o indivíduo possui – sem prejuízo da sua irrefutável integração e interdependência comunitária – um núcleo de condições internas que formam a sua personalidade e garantem a sua originalidade.

Essa singularidade é o que constitui o complexo e particular modo de ser – tanto físico quanto moral – de cada sujeito, refletindo-se num rol de bens elementares aptos a satisfazer as necessidades inerentes à pessoa humana, cujos direitos essenciais são protegidos juridicamente também na forma de direitos gerais de personalidade¹⁴⁴. Essas propriedades de

¹⁴⁴ Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, p. 93, conceitua o direito geral de personalidade como “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (...)”. Para Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 29, os direitos da personalidade qualificam-se pelo seu objeto, que possui dupla característica: “1) encontra-se em um nexos estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico”.

caráter subjetivo se relacionam de maneira intensa com os chamados direitos de liberdade, revelando o *status negativus* da dignidade da pessoa humana, que prioriza a não intervenção dos órgãos estatais e de terceiros na esfera pessoal dos indivíduos. É dizer: a conservação dos bens essenciais necessários ao desenvolvimento físico-psíquico e da personalidade humana exige, *a priori* – mas não exclusivamente –, um *non facere* por parte do Estado e de terceiros, impondo um comportamento prevalentemente passivo.

A dignidade, sob esse ponto de vista, engloba a noção liberal de liberdade negativa, de preservação de um espaço para a escolha individual. Nessa linha de entendimento, a liberdade negativa é pluralista, pois não *escolhe* entre os modos de vida, deixando a cargo dos indivíduos a busca do seu próprio bem, ainda que não haja coincidência em relação aos valores adotados e perseguidos pelos demais (ou pela maioria dos) membros da sociedade.

Essa dimensão negativa da dignidade humana, embora prevalente em sede de direitos de liberdade, não prescinde da atuação estatal protetiva – constitutiva do dever de tutela do Estado –, no sentido de impedir eventuais violações¹⁴⁵. As obrigações dos poderes públicos diante da dignidade humana, também no seu âmbito individual, devem ser cumpridas tanto na forma clássica (*jurídico-defensivamente*), como também *jurídico-prestacionalmente*¹⁴⁶. Além da vertente protetora necessária para o exercício dos direitos ditos de defesa, não há dúvidas de que certas formas mínimas de bem-estar são imprescindíveis para garantir seu pleno gozo, o que corrobora a ideia de complementaridade e interdependência das dimensões dignitárias e dos próprios direitos fundamentais. Assim, embora as condições materiais para o florescimento de uma vida digna não alterem a origem interna dos elementos dignitários subjetivos, na prática, elas são fundamentais para o efetivo exercício dos direitos que deles decorrem¹⁴⁷, constatação que ficará evidenciada com o desdobramento dos tópicos subsequentes.

¹⁴⁵ Interessante pontuar o entendimento restritivo adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que mantém uma concepção limitada do dever de proteção do Estado, como esposado no caso *DeShaney v. Winnebago Cnty. Dep't. of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189, 195 (1989): “Nothing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors. The Clause is phrased as a limitation on the State’s power to act, not as a guarantee of certain minimal levels of safety and security. It forbids the State itself to deprive individuals of life, liberty, or property without “due process of law,” but its language cannot fairly be extended to impose an affirmative obligation on the State to ensure that those interests do not come to harm through other means.”

¹⁴⁶ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 89.

¹⁴⁷ Para Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 206, as considerações sobre os direitos sociais e econômicos dizem respeito ao bem-estar dos indivíduos e se relacionam com as condições para serem capazes de exercer seus propósitos e liberdades. Para a autora, os propósitos humanos podem ser mais bem cumpridos em certas circunstâncias, mas a eficácia das circunstâncias não muda a dignidade intrínseca. Ainda nessa linha de entendimento, Neomi Rao defende que as questões práticas de como somos capazes de exercer nosso arbítrio e cumprir a nossa dignidade são intrinsecamente políticas e culturalmente contingentes, sendo que não mudam o fato de a nossa dignidade ser inerente.

Posto isso, identificaram-se, sob a perspectiva subjetiva ou individual, duas principais dimensões dignitárias: a) a dignidade como singularidade físico-psíquica; e b) a dignidade como autonomia.

5.2.1.1. Dignidade como singularidade físico-psíquica

Trata-se, nesse ponto, de considerar cada ser humano a partir de aspectos interiores/exteriores que definem a sua personalidade e que, absorvidos na seara do direito, conferem ao indivíduo um estatuto jurídico, concebido como conjunto de direitos essenciais, protetivo de seus *bens internos e sua exterioridade*, nomeadamente a vida, a integridade física e psíquica e a identidade. Essa dimensão da dignidade humana independe de qualquer requisito a ser cumprido; ela está presente em todos os indivíduos e é constituída por determinados aspectos intrinsecamente valiosos e presentes em cada ser humano de forma necessária e não contingente.

Desse estatuto jusfundamental elementar da pessoa é inferida uma série de direitos e deveres correlatos. Do direito à vida podem decorrer, por exemplo, as limitações ou proibições do aborto, da eutanásia, do suicídio assistido e da pena de morte. O direito à integridade física dá origem à proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante, de penas cruéis e do trabalho forçado. A partir da integridade psíquica e moral são protegidos interesses coligados aos direitos à imagem, à honra, ao nome¹⁴⁸, à intimidade e à privacidade, contra ingerências de terceiros e do próprio Estado.

Com vista à elucidação da dimensão dignitária ora estudada, pode-se afirmar que poucos comportamentos são tão ofensivos à dignidade humana como o tratamento que avilta e humilha o indivíduo, vilipendiando-o em virtude de suas crenças, seu modo de vida, sua imagem ou sua pertença a determinado grupo. Trata-se de uma forma de violência que, dentre outras consequências, pode reduzir o senso de autorrespeito da vítima, importante alicerce de sua integridade moral e psicológica. É visando à tutela dos bens jurídicos associados à integridade psíquica ou moral da pessoa humana – em conflito com a liberdade de expressão – que diversos ordenamentos jurídicos proíbem ou estabelecem restrições ao chamado *discurso do ódio* ou *hate speech*. A dimensão dignitária sob análise associa-se também à compreensão da *dignidade humana como reconhecimento* para justificar sanções aos crimes contra a honra,

¹⁴⁸ Registre-se que o direito ao nome – enquanto sinal verbal atribuído pela lei e pelo qual se realiza o bem identidade – vem sendo mais recentemente consagrado como elemento distintivo da individualidade de cada pessoa. Sobre o direito ao nome ver, Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 179 e ss.

assim como a proibição ou limitação do discurso do ódio. Esse tipo de discurso prejudica a igual dignidade de todos, porque reforça a exclusão social de certos grupos – em razão de suas peculiaridades – e exprime a ideia de que estes não são dignos de igual respeito e cidadania¹⁴⁹. Com efeito, além de afetar o direito à honra, manifestações dessa natureza violam a *dignidade como reconhecimento* e atingem o sentimento de pertença de grupos e indivíduos – normalmente já vulnerabilizados socialmente. O tema será aprofundado na segunda parte do trabalho, em tópico específico sobre discursos racistas e o direito à não discriminação racial.

Especialmente na seara da bioética, a dignidade da pessoa humana vem sendo, com frequência, invocada, sobretudo nos casos em que suas dimensões se antagonizam, a exemplo dos debates envolvendo a eutanásia, o suicídio assistido, o aborto e as pesquisas com células-tronco. Nessas decisões, direitos inferidos da dignidade como singularidade podem entrar em conflito entre si ou com direitos provenientes da dignidade como autonomia.

Não se procederá, no âmbito desse estudo, a uma análise aprofundada da relação entre a vida e a dignidade da pessoa humana. Deve-se, no entanto, ao menos, ressaltar que não se trata de elementos desconexos, sendo que se pode extrair do princípio dignitário o direito a uma vida digna¹⁵⁰. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já afirmou que a vida humana é um valor supremo no âmbito da ordem constitucional, representando a “base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais”¹⁵¹. Em sentido semelhante, a Corte Constitucional da Hungria anulou, com fundamento na inconstitucionalidade, os dispositivos da Lei nº IV, de 1978, sobre o Código Penal, os quais previam a pena de morte. Com efeito, na decisão nº 23, de 1990, o Tribunal considerou que “o direito à vida e à dignidade humana são direitos fundamentais que constituem uma unidade indivisível”¹⁵².

No que se refere ao conflito entre os direitos que decorrem da dimensão dignitária ora em comento e aqueles que têm sua fonte na dignidade como autonomia, tema intrincado e que tem suscitado acirrados debates é o suicídio assistido, que consistiria, para parte da

¹⁴⁹ Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 251.

¹⁵⁰ Nada obstante, apenas para pontuar a existência de controvérsia doutrinária em torno do assunto, ressalte-se que há correntes que defendem uma hierarquia entre os mencionados valores, com prevalência do bem vida sobre qualquer outro, haja vista que nenhum bem pode conceber-se separado dele. Em sentido contrário, outra vertente da doutrina entende que tais valores constitucionais são intrinsecamente conectados, sem que haja hierarquia ou prevalência entre eles. Para maior aprofundamento da temática, ver Rogério Magnus Varela Gonçalves, *A dignidade da pessoa humana e o direito à vida*.

¹⁵¹ BverfGE 39, 1 (1975). Cfr. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 269.

¹⁵² Decisão nº 23/1990, X. 31, AB, Recurso ABH 1990, 88. Cfr. Pierre Bon e Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, p. 220.

doutrina, num verdadeiro direito à morte com dignidade¹⁵³. Estariam na balança, de um lado, o direito à vida; do outro, o direito à autodeterminação, numa relação conflituosa que, na maioria das ordens jurídicas contemporâneas, tem pendido para a primazia do direito à vida.

Em *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*¹⁵⁴, a Suprema Corte do Canadá julgou improcedente a apelação de uma mulher portadora de enfermidade degenerativa irreversível e negou-lhe o direito, por ela invocado, de eleger o modo e o momento de sua própria morte, afastando a possibilidade de suicídio assistido, proibido pela legislação e pela Constituição canadenses. Na decisão, o Tribunal – invocando precedentes e modelos de democracia ocidental – sobreleva o princípio da santidade da vida, na qualidade de princípio geral sujeito a raras exceções.

Nada obstante, é crescente o número de Estados que, gradativamente e atendidos alguns parâmetros, passam a autorizar o suicídio assistido, mediante assistência médica, em casos de pessoas portadoras de doenças terminais. O assunto ganhou novamente repercussão internacional a partir do caso da estadunidense Brittany Mayard que, diagnosticada com um câncer terminal, em abril de 2014, e diante da proibição legal na Califórnia, mudou-se para o Estado Americano do Oregon¹⁵⁵, para realizar suicídio assistido.

Ainda no âmbito do direito à vida, merece referência a prática da pena de morte que, embora abolida na quase totalidade das democracias modernas, nos Estados Unidos da América ainda persiste em boa parte dos estados, sendo considerada constitucional pela Suprema Corte daquele país. Na decisão do caso *Campbel v. Wood*¹⁵⁶ (1994), discutiu-se que – diante da livre escolha do condenado de outros meios disponíveis, como injeção letal – a execução por enforcamento constituiria violação da Oitava Emenda à Constituição, por configurar pena cruel e desumana. Embora pareça reputar a pena de morte compatível com a dignidade da pessoa humana, a Corte tem entendido, como na mencionada decisão, que os meios utilizados pelo Estado não podem infligir sofrimento desnecessário ao condenado. Em outra oportunidade – *Atkins v. Virginia* (2002)¹⁵⁷ –, a Suprema Corte enfrentou a questão sobre se a pena de morte imputada a indivíduos com deficiência mental seria cruel e desumana. Considerou-se, dentre outros argumentos, que a aplicação da pena de morte a deficientes

¹⁵³ Discutindo sobre a existência – ao lado do direito à vida digna – de um direito à morte digna, ver Luis Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel, *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*.

¹⁵⁴ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* - [1993] 3 SCR 519 – Case number: 23476.

¹⁵⁵ Oregon foi o primeiro Estado dos EUA a permitir o suicídio assistido.

¹⁵⁶ US (1994) 18 F. 3d 662.

¹⁵⁷ Cfr. Gary Hartman *et al.*, *Landmark Supreme Court Cases – the Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, p. 479 e ss.

mentais não era apropriada, em especial diante da incapacidade de tais condenados colaborarem com seus advogados na elaboração de suas defesas. Os juízes decidiram pela incompatibilidade da pena de morte infligida a deficientes mentais com a Oitava Emenda da Constituição, e concluiu que indivíduos presos e condenados por homicídio poderiam evitar a pena capital, desde que demonstrassem possuir *retardo mental*.

A interrupção voluntária da gravidez também é tema intrincado e que gera inúmeras controvérsias tanto no plano moral, quanto no plano jurídico¹⁵⁸, a começar pela discussão preliminar sobre em que momento se inicia a vida humana e a sua proteção jurídica¹⁵⁹, questão que não será explorada neste trabalho. No plano da dignidade como singularidade físiopsíquica – e considerando-se, como em muitos ordenamentos jurídicos, o aborto como violação ao direito à vida do feto –, ocorreria colisão entre essa prerrogativa basilar, de um lado, e os direitos à integridade física e psíquica da gestante, de outro. Se se ampliar o espectro dignitário, pode-se acrescentar, ainda, à tensão jusfundamental em análise – sem prejuízo de outros – o direito à autodeterminação (dignidade como autonomia) da mulher sobre o seu próprio corpo e também o seu direito à saúde (dignidade como condições materiais e sociais).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na *BverfGE* 39, 1¹⁶⁰ (25/02/ 1975), entendeu que a vida intrauterina em desenvolvimento se encontra sob a proteção da Constituição como bem jurídico independente, cabendo ao Estado, no seu dever de tutela, dar-lhe proteção inclusive em face da própria mãe. Para o Tribunal, a proteção da vida do nascituro tem, durante toda a gravidez, prevalência sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por prazo determinado. A decisão declarou nulo o dispositivo legal que alterou a regulamentação do aborto e permitiu sua prática, em determinadas hipóteses, dentro do prazo de doze semanas contadas a partir da concepção. A Corte reafirmou seu posicionamento por ocasião do julgamento da *BverfGE* 88, 203 (28/05/1993)¹⁶¹, quando declarou a nulidade parcial de novas regras sobre o aborto, também no que diz respeito à

¹⁵⁸ Sobre a criminalização do aborto em diversos países, ver Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, p. 99 e ss.

¹⁵⁹ Sobre a *personalidade humana pré-natal*, ver Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, p. 156 e ss., que também discute a questão da *personalidade humana post-mortem*, p. 188 e ss. Observa o autor, p. 189, que, embora a personalidade jurídica cesse com a morte, há “bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos.” Tratando do direito sobre o cadáver, ver também, Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 98 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 286 e ss.

¹⁶¹ Cfr. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 275. Ver também Pierre Bon e Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, p. 199 e ss.

estipulação de prazo para permissão da interrupção da gravidez, chegando a afirmar que a dignidade humana cabe já ao nascituro.

No Brasil, para além das duas hipóteses legais autorizativas da interrupção da gravidez¹⁶², a doutrina e a jurisprudência, nos últimos anos, estabeleceram-se no sentido de afastar a tipicidade da conduta em casos de inviabilidade da vida extrauterina, diante de anomalias graves detectadas no feto, em especial nos diagnósticos de anencefalia fetal. Por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ocorrido em 12 de abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Na ocasião, o Min. Marco Aurélio, relator do processo – ao sustentar a descriminalização da prática –, defendeu que “a incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”. Para o jurista, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe.

5.2.1.2. Dignidade como autonomia

Enfoca-se, nesse tópico, a autonomia ínsita em cada ser humano, enquanto elemento interno de cada indivíduo, daí porque essa dimensão dignitária está sendo abordada, didaticamente, numa perspectiva eminentemente subjetiva.

Com todas as controvérsias e imprecisões que circundam a acepção jurídica da dignidade, é certo afirmar que o seu conteúdo não se restringe aos aspectos físico-psíquicos da pessoa humana, mas alcança também as dimensões ético-filosóficas e morais. A autonomia, enquanto fundamento do livre-arbítrio e da capacidade de autodeterminação dos indivíduos, configura-se como o elemento ético da dignidade da pessoa humana¹⁶³. Corresponde ao núcleo essencial da liberdade humana, conferindo à pessoa o poder de se autogovernar e de atuar conforme o seu *eu interior*.

¹⁶² Os chamados aborto terapêutico ou necessário (quando envolve riscos à saúde da gestante) e aborto sentimental (quando a gravidez é resultado de estupro e o aborto é consentido pela gestante ou seu representante legal) são previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro como hipóteses de exclusão da ilicitude.

¹⁶³ Cfr. Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, p. 81.

Na dimensão autonômica da dignidade dá-se especial ênfase à vontade e ao consentimento do indivíduo, mitigando-se ingerências do Estado na imposição de convicções ou atitudes, sobretudo no contexto essencialmente privado ou familiar. Desse ponto de vista, a contenção ou remoção da interferência estatal maximiza a dignidade, porque deixa a pessoa livre para exercer sua autonomia conforme seus próprios objetivos e crenças.

Dentre os diversos direitos decorrentes da dignidade como autonomia – numa perspectiva que engloba a liberdade na sua dúplici acepção (negativa e positiva) – podem-se mencionar os direitos à liberdade – de ir e vir, de expressão, de associação, religiosa, dentre outros –, além dos direitos políticos e de nacionalidade – ainda que de forma reflexa ou indireta.

Com efeito, os direitos políticos não podem ser dissociados da noção de dignidade humana, uma vez que compõe o espectro da liberdade pessoal, permitindo ao indivíduo participação concreta na formação da vontade geral e na organização político-social do Estado. As restrições aos direitos políticos, quando dirigidas a indivíduos em virtude de sua pertença a certos grupos, configuram violação do princípio dignitário, não apenas na sua dimensão autonômica, mas também da dignidade como reconhecimento.

O mesmo se diga em relação ao direito à nacionalidade que simboliza a integração jurídico-política da pessoa humana a certa dada ordem estatal, garantindo-se-lhe o efetivo gozo e tutela dos direitos fundamentais delineados no ordenamento jurídico correspondente e concretizando a sua liberdade de participação na *nação* que o reconhece. Nessa linha de entendimento, não se podem negar as relevantes consequências jurídicas, políticas e sociais atinentes à atribuição de nacionalidade ao indivíduo. Entretanto, é importante reforçar que, apesar de o direito à nacionalidade e os direitos políticos serem imprescindíveis para a garantia da plena capacidade de autodeterminação das pessoas numa determinada ordem estatal, também mantêm imbricada relação com a dignidade como reconhecimento, uma vez que dizem respeito à inserção e aceitação do indivíduo numa determinada comunidade.

O elemento autonômico da dignidade humana reflete o direito de cada pessoa de possuir, livre de coerção física ou psicológica, suas próprias crenças, ideias, atitudes e sentimentos, sem que, com isso, sejam afastadas eventuais responsabilidades provenientes de suas condutas. Isso porque incutido na noção de respeito pelas escolhas particulares está o reconhecimento da capacidade de decisão de cada pessoa, e, portanto, da consequente responsabilidade do indivíduo. Por óbvio que o preceito da responsabilidade do indivíduo por seus atos deve ser aplicado conforme sua efetiva capacidade de decisão, sendo afastado ou mitigado nas hipóteses em que o sujeito não pode exprimir sua vontade livre, seja por doença

(deficientes mentais, enfermos em estado vegetativo), por idade (recém-nascido) ou por estado de necessidade.

É certo que todo ser humano tem, pelo menos em algum momento de sua existência, sua capacidade de autodeterminação limitada ou reduzida. Nos primeiros anos após o nascimento, em estado de senilidade, ou em decorrência de certas patologias (transitórias ou permanentes), não se pode afirmar que o indivíduo se encontra em pleno gozo de sua razão, ficando, portanto, comprometida a sua autonomia. Estaria, nessas hipóteses, a pessoa desprovida de qualquer dignidade, coisificada e, por conseguinte, carente de proteção jurídica? Definitivamente, não. As pessoas relativa ou absolutamente incapazes possuem exatamente a mesma e imensurável dignidade inata que qualquer outro ser humano em pleno gozo de suas capacidades físicas e mentais.

Importa, então, ter em mente que a autonomia do indivíduo – enquanto uma das dimensões essenciais da dignidade humana – deve ser tratada em abstrato, dizendo respeito à potencial capacidade de racionalização e de autodeterminação do ser humano¹⁶⁴. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a ausência de dignidade – e, portanto, de proteção jurídica da igual dignidade – justamente daqueles indivíduos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, por serem incapazes (temporária ou definitivamente) de se autodeterminar e de exprimir sua vontade livre e consciente. Embora, nessas condições especiais, o indivíduo não deixe de possuir a mesma dignidade ínsita a todos os outros seres humanos, não há dúvidas de que o exercício dos direitos e deveres extraídos da dimensão autonômica do princípio dignitário pode sofrer condicionamentos de acordo com a capacidade de autodeterminação do sujeito. Dito de outro modo, o aperfeiçoamento ou plena concretização da dignidade (dinâmica) poderá ficar comprometido.

Tal assertiva pode ser extraída da decisão *Indiana v. Edwards*¹⁶⁵, ocasião em que a Suprema Corte dos EUA restringiu o direito de autorrepresentação – garantido na Sexta Emenda à Constituição – do réu, em virtude de sua reduzida capacidade de autodeterminação, decorrente de sua alegada incapacidade mental. A decisão, no entanto, foi alvo de críticas por não fundamentar com precisão por que Edwards foi considerado apto e, portanto, capaz para ser julgado criminalmente, ao passo que, em contrapartida, sua incapacidade mental resultou na recusa de sua autorrepresentação perante o Tribunal.

¹⁶⁴ Nesse sentido, dentre outros, Ingo Wolfgang Sarlet, *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 23. Com o mesmo entendimento, Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 187, afirmando que a dignidade inerente concentra-se no potencial humano e não no exercício desse potencial.

¹⁶⁵ 554 U.S. 164 (2008).

Apesar de sua indiscutível essencialidade para o florescimento da individualidade humana, a *dignidade como autonomia* não se configura como valor absoluto, podendo colidir com os direitos autonômicos de outro titular, ou, ainda com outras dimensões dignitárias, em especial a *dignidade como singularidade físico-psíquica* e a *dignidade como reconhecimento*.

Em *Lawrence v. Texas*¹⁶⁶, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a lei criminal de sodomia do Texas¹⁶⁷, invocando diversas concepções de dignidade humana, com destaque para o direito de os indivíduos fazerem escolhas referentes à sua sexualidade, sem interferência estatal, como forma de respeito à *dignidade individual*. Na ocasião, o Tribunal se recusou a emitir juízos sobre a moralidade de práticas sexuais privadas e, além disso, proibiu a comunidade de expressar tal desaprovação por meio da legislação vigente. Ressaltou-se na decisão que o Estado não deve aviltar a existência do indivíduo ou controlar o seu destino, pela criminalização de práticas sexuais privadas. Tal ingerência resultaria numa estigmatização dos homossexuais, encorajando a discriminação e exclusão social, tanto no setor público quanto na esfera particular. A legislação texana, ao restringir a autonomia e liberdade sexual dos homossexuais, expressava a censura a um modo de vida por meio da proibição legal da sodomia, violando também o *dever de respeito e reconhecimento* devido pelo Estado e pela própria comunidade¹⁶⁸.

Argumentos semelhantes fundamentaram decisões judiciais envolvendo a proibição/permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 1993, a Suprema Corte do Havaí considerou que a proibição legal do casamento homoafetivo constituía uma forma de discriminação de ordem sexual¹⁶⁹. Desde então, diversos países têm legalizado as uniões homoafetivas – a exemplo do Brasil, Argentina, Uruguai, Canadá, África do Sul, Portugal, Holanda, Bélgica, Dinamarca e Espanha. A questão do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo impõe a análise de diversos valores e direitos conectados às dimensões dignitárias. Primeiramente, têm sido consideradas implicações no direito à igualdade, pois negar reconhecimento ao casamento homoafetivo significaria limitar as consequências jurídicas e sociais dele decorrentes, representando uma forma de discriminação com fulcro na orientação

¹⁶⁶ 539 U.S. 558 (2003).

¹⁶⁷ Cumpre recordar que a Corte norte americana, em 1986, em posição diametralmente oposta, decidiu pela constitucionalidade das leis estaduais que criminalizavam a conduta íntima entre pessoas do mesmo sexo. Ver *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁶⁸ De certo que, no caso em comento, também está em questão a dignidade enquanto reconhecimento, violada diante da rejeição de indivíduos pela comunidade, inclusive pela estrutura jurídica, em virtude do não enquadramento de suas escolhas sexuais na moldura socialmente predominante. O reconhecimento como dimensão dignitária será abordado nas próximas linhas.

¹⁶⁹ *Baehr v. Lewin* 74 Haw. 852 P2D 44 (Hawaii 1993).

sexual dos indivíduos, que pode afetar a dignidade como singularidade físico-psíquica, e a dignidade como reconhecimento. Tem-se argumentado também que a união em matrimônio de pessoas adultas e capazes, sem qualquer espécie de coerção ou manipulação, envolve fundamentalmente a autonomia e o direito à livre escolha dos indivíduos, no âmbito de sua sexualidade, não se vislumbrando prejuízos a terceiros ou às próprias partes.

Os direitos de liberdade que florescem da dignidade como autonomia representam uma das mais caras exigências da dignidade da pessoa humana. Entretanto, uma concepção individualista da autonomia pode restringir o conteúdo da dignidade da pessoa humana, especialmente quando consideradas as suas outras dimensões constituintes, que, em última instância, revelam que a liberdade negativa, por si só, é insuficiente para o florescimento humano. A autonomia não pode ser interpretada de forma egocêntrica, gerando tantas noções de dignidade quantos forem os seus titulares, desconsiderando as dimensões intersubjetivas do valor dignitário. Caso contrário, pode-se incorrer numa espécie de presunçoso regime totalitário do indivíduo contra si próprio e na sua relação com a comunidade¹⁷⁰.

Importa considerar, ainda, que, embora nenhuma das dimensões da dignidade humana seja absoluta ou tenha, de partida, garantia de prevalência sobre as demais, circunstâncias que envolvem restrições ao pleno exercício da autonomia do indivíduo, devem ser exaustivamente justificadas¹⁷¹ no caso concreto, sob pena de utilização do sistema jurídico e da coerção estatal em prol da imposição de uma particular visão moralizante da maioria, em contraposição ao princípio da igual liberdade de todos os membros da sociedade¹⁷².

¹⁷⁰ Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 221, observa que a tradição jurídica estadunidense perpetuou uma concepção de dignidade centrada na autonomia do indivíduo, enquanto que outros regimes constitucionais modernos, especialmente os europeus, refletem uma visão mais comunitária da dignidade. Para Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 128, “a valorização extrema do indivíduo (...) é certamente a maior ameaça atual para a dignidade da pessoa humana no Ocidente”. Para a autora, “a recusa de qualquer análise objetiva em nome do reinado do relativismo, longe de levar à tolerância, pode levar ao totalitarismo do indivíduo sobre ele próprio e sobre os outros”. Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 72, afirma que “o princípio da dignidade da pessoa humana também atua no âmbito das relações privadas de conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial. (...) modela e limita a autonomia privada, condicionando-a ao respeito aos valores substanciais ligados à pessoa humana”.

¹⁷¹ Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 95, aponta três elementos que devem ser levados em consideração na fundamentação de tais decisões: “a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e c) o grau de consenso social sobre a matéria”.

¹⁷² É comum a invocação da *dignidade como reconhecimento* para imunizar a pretensão particular de escolhas distintas daquelas manifestadas pelas maiorias culturais. Cfr. Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, p. 27.

5.2.2. Perspectiva intersubjetiva ou social

Apesar da indiscutível importância da individualidade de cada pessoa, uma abordagem meramente subjetiva do princípio dignitário seria lacunosa por desconsiderar a intersubjetividade indissociável da vida humana. Com efeito, o conteúdo subjetivo da dignidade, ligado aos elementos de índole interna (e sua exteriorização) de cada indivíduo, não exclui a dimensão comunitária ou social do princípio em comento.

A ideia de dignidade humana reflete, pois, os fluxos e refluxos existentes – em suas interações e condicionamentos recíprocos, que, por vezes, revelam uma relação de complementaridade, por outras, de conflitualidade – entre a essência original e pessoal de cada indivíduo e a intersubjetividade inerente à convivência comunitária.

Nesse contexto, a dignidade é também um valor invocado para manter o sujeito e a comunidade numa comunhão de valores sociais¹⁷³, que respaldam restrições legítimas à autonomia pessoal, pautadas na igual liberdade e dignidade de todas as pessoas, revelando conexões intersubjetivas no âmbito dos próprios direitos fundamentais¹⁷⁴. Essa dúplice relação de complementaridade e contraditoriedade entre indivíduo e sociedade conforma e delimita a concepção de dignidade da pessoa humana, sem, no entanto, resultar numa *subordinabilidade essencial dos indivíduos*¹⁷⁵.

As dimensões negativa e positiva da dignidade humana conectam-se e complementam-se de maneira que delas decorrem, ao mesmo tempo, imposições de limites (dignidade negativa) e de tarefas (dignidade prestacional) aos poderes públicos e, em certa medida, também aos particulares. Isso porque, como visto, a dignidade como autonomia não pode prevalecer de forma absoluta, sendo que o próprio princípio dignitário impõe limitações aos direitos de liberdade do indivíduo, como pressuposto do pluralismo necessário à convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes e que redundam, muitas vezes, em colisão de direitos fundamentais¹⁷⁶. Sob essa ótica, a dignidade da pessoa humana deve ser também compreendida a partir de seu cunho heteronômico, do qual provêm certas vinculações

¹⁷³ Nas palavras de Béatrice Maurer, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, p. 129, uma definição social de dignidade expressa certo consenso social, refletindo os costumes e as concepções mais amplamente compartilhadas, que, por sua vez, tornam a noção dignitária sempre evolutiva e relativa.

¹⁷⁴ É nesse sentido que Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 91, afirma que “as conexões intersubjetivas dos direitos fundamentais individualmente tomados constituem parcela da dignidade humana”.

¹⁷⁵ Cfr. Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, p. 186.

¹⁷⁶ Cfr. Luis Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel, *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*, p. 255.

que não estão necessariamente associadas à espontânea adesão de cada sujeito de direito, mas, ao contrário, advêm de valores externos.

Nessa senda, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já se manifestou no sentido de que do princípio da dignidade da pessoa humana – quando erigido a valor nuclear do sistema constitucional – emanam também obrigações para particulares, como resultado de um *dever de proteção intersubjetivo*¹⁷⁷. Decerto, o reconhecimento da igual dignidade do outro é pressuposto da dimensão intersubjetiva da dignidade humana. Assim, a obrigação de respeito e proteção da dignidade humana alcança não apenas o Estado, mas também – embora em proporção diversa – os membros da sociedade, consolidando sua eficácia e vinculabilidade nas relações entre particulares¹⁷⁸. Outrossim, o princípio da solidariedade, intrinsecamente vinculado à perspectiva social da dignidade, não se impõe apenas no trato entre sujeitos. Revela-se também de fundamental importância nas conexões do indivíduo com o meio social e, ainda, no compromisso da geração atual com as gerações futuras, que envolve um dever de solidariedade voltado para a perpetuação e prosperidade da comunidade.

As dimensões intersubjetivas – enquanto parcelas constituintes da dignidade humana – demandam a análise de fatores externos ao indivíduo, que garantem pluralidade e versatilidade ao próprio valor dignitário. Nesse sentido, são mais fortemente marcadas pelo caráter dinâmico da mutualidade intrínseca à condição humana. Destarte, sob a perspectiva intersubjetiva, serão abordadas as seguintes dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana: a) a dignidade como reconhecimento; e b) a dignidade como condições materiais e sociais.

5.2.2.1. Dignidade como reconhecimento

Enquanto qualidade inerente ao ser humano, a dignidade da pessoa humana contém em si uma dimensão relacionada ao reconhecimento de todo indivíduo como membro de uma comunidade. Importa ratificar, nesse ponto, que não se adota aqui a visão restritiva das teorias da dignidade como reconhecimento – defendidas na doutrina alemã, notadamente por Hasso Hofmann e Jürgen Habermas – que entendem a dignidade humana não como uma qualidade inerente ao ser humano, mas como resultado de uma efetiva ação comunicativa¹⁷⁹.

¹⁷⁷ BVerfGE 24, 119 (144). Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 55.

¹⁷⁸ Nesse sentido, Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 82.

¹⁷⁹ Cfr. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 187. Para Christian Starck, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 206, Hofmann

Nada obstante, não se pode desconsiderar, juridicamente, a existência de uma dimensão dignitária associada ao reconhecimento que é devido a cada indivíduo – pelos demais particulares e pelo Estado – de igual dignidade e respeito, com aceitação e validação de suas limitações, escolhas e especiais necessidades, possibilitando a todos a realização de suas capacidades e objetivos de vida¹⁸⁰. Efetivamente, não há como negar que a dignidade, enquanto princípio normativo, expressa reivindicação de reconhecimento, sob pena de frustrar-se, de partida, a consideração de que cada ser humano é dotado de igual dignidade e, portanto, juridicamente, merece, de forma incondicional, a posição de sujeito de direito, e não de mero objeto de direito¹⁸¹.

A autoconcepção identitária da pessoa humana depende de sua relação com o entorno social, enfatizando a ideia de que os indivíduos constituem e, ao mesmo tempo, são constituídos pelas comunidades. É na troca com outros sujeitos (vertente interpessoal) e consigo próprio (vertente intrapessoal) que se processa a internalização de conhecimentos e de funções sociais, permitindo-se a formação da consciência e identidade de cada um.

Inerente a essa percepção de dignidade é a ideia de que o respeito e o reconhecimento público são necessários para se levar uma vida privada completa. Escolhas particulares ganham significado e validação, em parte, pelo reconhecimento advindo da comunidade social e política. Sob esse ponto de vista, a liberdade para tomar decisões pessoais também deve incluir a aceitação pública dessas escolhas, sem o que a própria vida privada não alcança sua plenitude, sobretudo quando se considera o atual estágio das relações humanas, ancoradas, em grande medida, pelas redes sociais e pela rápida publicização (voluntária, ou não) de comportamentos antes considerados exclusivamente particulares.

Essa vertente da noção de dignidade pressupõe, então, respeito diante das diferentes identidades – ainda que antagônicas –, envolvendo não apenas direitos, mas também *deveres interindividuais* ou *deveres fundamentais recíprocos*¹⁸². Trata-se de uma conduta do *eu* para

“torna a validade da dignidade dependente de condições jurídicas e fáticas, deixando de reconhecer o significado jurídico-principiológico da dignidade humana”.

¹⁸⁰ No entendimento de Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, p. 30-31, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como fundamento da concepção de direitos como trunfos, “porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções ou planos de vida que têm (...), independentemente da maior ou menor adesão social que concitem”.

¹⁸¹ Cfr. Stephan Kirste, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 194, para quem “o direito que a dignidade humana proporciona é o da reivindicação do reconhecimento da capacidade jurídica de cada ser humano”.

¹⁸² José Oliveira Ascensão, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, p. 294-295, afirma que os deveres interindividuais e para com a comunidade são manifestação normal da interdependência das pessoas na sua autorrealização. Na lição de José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 83, o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, é titular de

com o *tu* – e, enfim, para com o *nós* – pautada na reciprocidade, na igualdade, na solidariedade, na justiça, no respeito e na confiança. Cada um deve reconhecer o outro, com todas as suas diferenças, como um espelho de si mesmo – um *alter ego* que, em termos de dignidade, representa a sua própria *imagem e semelhança* encarnada –, confiando que igual reconhecimento também lhe será atribuído pelo outro, ainda que assim não o seja.

Essa reciprocidade exige mais do que uma tolerante compreensão das limitações e incapacidades dos outros. Estabelece, por vezes, a absorção e compensação de certas diferenças e vulnerabilidades, numa base de cooperação solidária que transcende a mera expectativa de vantagem comutativa¹⁸³. Com efeito, o compromisso de mutualidade entre os indivíduos numa sociedade deve considerar que as pessoas apresentam variadas necessidades e capacidades e que também essas particularidades merecem consideração, ainda que para a manutenção do *pacto social* seja necessário abdicar da absoluta equalização de esforços¹⁸⁴. A todas as pessoas – por serem igualmente dignas – devem ser dadas as oportunidades para, no âmbito de suas concretas condições físicas, psíquicas, autonômicas e socioeconômicas, desenvolverem plenamente as suas capacidades em todos os níveis. Assim, o desenvolvimento da identidade humana requer intermediação equilibrada entre as necessidades do indivíduo e as pretensões e estruturas da comunidade, resultando numa liberdade de autodeterminação ordenada da pessoa.

O efetivo reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito autônomo tem como consequência a sua participação na configuração e densificação do conteúdo de sua própria dignidade, que não pode ser completamente definido de forma estanque e unilateral pelo Estado ou pela maioria, salvo no que diz respeito à *garantia de reciprocidade* no respeito pela igual dignidade de todos¹⁸⁵. Dessa maneira, uma concepção de dignidade da pessoa humana que conceda relevância ao poder de autoconformação do indivíduo não deve desconsiderar, de

liberdade limitada, tendo também “deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos”.

¹⁸³ Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, p. 35, observa que as teorias contratualistas têm como base uma hipótese imaginária de associação entre indivíduos plenamente capazes, regidos por um contrato social voltado para a mútua vantagem das partes contraentes. Tal hipótese não pode se aplicar às teorias da justiça, sem consideração às particularidades dos indivíduos que, em razão de suas vulnerabilidades, não são capazes de contribuir plenamente para a consecução do contrato social. Essas vulnerabilidades não podem ser fonte de desvantagens sociais, em prejuízo ao ideal de igual dignidade de todos os seres humanos.

¹⁸⁴ Recorde-se que o ciclo usual da vida humana apresenta situações de extrema dependência que atingem todas as pessoas invariavelmente, ao menos no período logo após o nascimento.

¹⁸⁵ Cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 58.

forma absoluta, o seu consentimento como importante elemento na determinação do conteúdo da dignidade pessoal, sem olvidar da fórmula-objeto como limite intransponível¹⁸⁶.

Por conseguinte, a relação de condicionamento recíproco entre indivíduo/sociedade reflete uma vinculação comunitária da pessoa, sem que se perca de vista o valor individual indisponível de cada um. A perda desse equilíbrio pode, por vezes, levar o Estado a invocar a dignidade humana de forma *moralista*, coagindo o indivíduo a aderir – em contraposição aos seus interesses, necessidades e vocação – a um modo de vida considerado digno apenas do ponto de vista da comunidade social e política¹⁸⁷, inclusive sob o pretexto de proteção do próprio indivíduo. Não se quer com isso dizer que a estrutura coercitiva do Direito não esteja razoável e legitimamente impregnada por valores morais. A delimitação casuística dessas fronteiras, no entanto, é crucial para evitar que a liberdade do indivíduo seja sufocada pelo *autoritarismo moral da maioria*.

É nessa linha de entendimento que célebres decisões judiciais – que invocam o dever estatal de proteção da dignidade humana do indivíduo contra seu próprio comportamento – têm sido alvo de severas críticas.

Na França, o Conselho de Estado (CE) reestabeleceu o ato do prefeito de Morsang-sur Orge que proibia uma atração, nas casas noturnas locais, conhecida como *lancer de nain*, que consistia no arremesso de anões, pelos fregueses dos estabelecimentos, como forma de entretenimento. A proibição, que havia sido anulada pela Corte Administrativa, foi restaurada pelo CE, sob o argumento de que, sendo o respeito à dignidade humana um dos elementos constituintes da ordem pública, o prefeito, investido do poder de polícia, pode proibir uma atração que ofenda a dignidade do ser humano¹⁸⁸. Decidiu-se, em outras palavras, que o Sr. Wackenheim (o anão) deveria ter sua liberdade restringida como forma de preservar a sua própria dignidade, afetada pela profissão por ele livremente desempenhada. O julgamento sustentou-se na necessidade de preservar a ordem pública, protegendo os indivíduos de suas escolhas equivocadas. Restringiram-se as escolhas individuais, impedindo, a um só tempo, os anões de ganharem seu sustento por meio da prática proibida, e o público de pagar para assistir a espetáculos dessa natureza. A decisão tem sido criticada pela doutrina, em razão de ter desprezado a vontade do anão na constituição da sua própria dignidade¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, vol. II – a construção dogmática*, p. 321; Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 62.

¹⁸⁷ Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 188.

¹⁸⁸ *Conseil d'État*. Decisão nº 136727, de 27 de outubro de 1985.

¹⁸⁹ Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 226-227; Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, p.66-68.

Trata-se de exemplo paradigmático de tensão entre a concepção comunitária de dignidade e a autonomia do indivíduo para buscar sua autorrealização econômica e pessoal pelos meios livremente escolhidos¹⁹⁰. Decisões como essa podem abrir espaço para arriscados precedentes na seara da liberdade profissional e econômica dos indivíduos, notadamente quando se leva em consideração que tantas outras ocupações servem ao entretenimento alheio, fazendo uso do corpo do indivíduo como *instrumento*¹⁹¹. A busca do equilíbrio, nessas hipóteses, passa pela ponderação dos demais valores envolvidos – por meio da regra da proporcionalidade – e da importante consideração da eventual hipossuficiência da suposta vítima, que afetaria, *prima facie*, a sua efetiva capacidade de autodeterminação.

Também invocando a dignidade humana no contexto da proteção dos indivíduos contra seus próprios comportamentos, a Suprema Corte do Canadá, em um caso envolvendo prostituição¹⁹², entendeu que a atividade era degradante para a dignidade individual da prostituta, servindo como veículo de exploração da situação de desvantagem das mulheres¹⁹³. O mesmo Tribunal se manifestou de forma semelhante em caso envolvendo a regulação de obscenidade e pornografia, desconsiderando – como na análise da prostituição – o consentimento dos envolvidos¹⁹⁴.

Assumindo posicionamento semelhante ao da Corte Canadense, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha confirmou a negativa de licença para uma atração conhecida como *peep show*, na qual, mediante o pagamento, uma dançarina de *strip-tease* ficaria visível para um cliente, numa cabine individual, sem que aquela, em contrapartida, pudesse visualizá-lo. O Tribunal decidiu que o consentimento da mulher – tratada de forma degradante e reduzida à condição de objeto – não afastaria a violação de sua dignidade, que, por ser valor objetivo e indisponível, não poderia ser validamente renunciado pelo indivíduo¹⁹⁵.

Tais decisões propugnam que para preservar a dignidade humana, o consentimento

¹⁹⁰ O próprio anão manifestou-se contrariamente às restrições que lhe foram impostas, argumentando, inclusive perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que o Estado francês havia violado seus direitos à não discriminação, à liberdade, ao emprego, à privacidade e a um padrão de vida adequado. Apesar dos argumentos apresentados pelo Sr. Wackenheim, a Comissão decidiu que a proibição não era abusiva, sendo, ao contrário, necessária para preservar a ordem pública e a dignidade humana. Ver *Wackenheim v. France*, CCPR/C/75/D/854/1999, 15 jul. 2002.

¹⁹¹ Muitos artistas de circo, por exemplo, disponibilizam seu corpo para atuações voltadas exclusivamente para o entretenimento do público, sendo que muitas dessas atrações envolvem riscos até mesmo à integridade física.

¹⁹² Para outros casos emblemáticos, envolvendo o tratamento jurídico da prostituição, ver Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 92-93.

¹⁹³ *The Constitutional Questions Act, [1990] 1 S.C.R. 1123* – Case Number: 20581 (Can.).

¹⁹⁴ *R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452* – Case number: 22191 (Can.).

¹⁹⁵ BVerwGE 274 (1981). Cfr. Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Legal Theory Today – Consent in the Law*, p. 16-17.

do ofendido não seria suficiente no desenvolvimento de atividades econômicas consideradas pelo Estado como sendo degradantes¹⁹⁶, com reflexos na validade dos contratos firmados entre particulares.

Saliente-se, ainda, que a dignidade como reconhecimento incide sobre os ideais de autorrealização, alcançando os direitos de solidariedade, que exigem o respeito a terceiros pelas suas escolhas individuais, além de criarem uma demanda para que os poderes públicos considerem as diferenças entre as pessoas. O que importa aqui não é apenas ter um espaço de não interferência na inerente dignidade do indivíduo, ou viver conforme seus ideais de vida digna particularmente compreendidos, mas também a atitude adotada pela sociedade e pelo Estado, perante seus membros, incidindo sobre os sentimentos subjetivos de autoestima e igual respeito de cada sujeito e grupo. A dignidade como reconhecimento reflete, pois, uma nova exigência política, que reclama – para além de uma postura protetiva e promotora da liberdade e de um padrão mínimo de condições materiais – a adoção de políticas públicas que expressem o igual valor de todos os indivíduos e o respeito pelas suas escolhas de vida.

Traçando uma linha de comparação com as demais dimensões dignitárias, é de salientar que tanto a dignidade como autonomia quanto a dignidade como reconhecimento incidem sobre o indivíduo, enfatizando, porém, aspectos distintos da personalidade. Enquanto a dignidade autonômica enfoca o atributo da autodeterminação do sujeito, como agente humano capaz de escolher e dirigir sua própria vida, a dignidade como reconhecimento considera que a dignidade de uma pessoa não se restringe a fazer escolhas livremente, mas abrange a validação e aceitação dessas escolhas pelo Estado e por outros membros da comunidade. Essas dimensões dignitárias podem entrar em conflito quando, por exemplo, o direito ao igual respeito exige restrições à liberdade de expressão, ou mesmo quando o tratamento diferenciado de um *grupo minoritário* afeta interesses de outros grupos. Neste último aspecto, a restrição de acesso a certos bens essenciais pode resultar, na prática, na desvalorização do indivíduo como credor de igual respeito e consideração, impondo especial proteção legal, e mesmo constitucional, dos indivíduos e grupos marginalizados.

Nesse contexto, a noção moderna de identidade tem dado origem ao chamado *direito à diferença*, com base no reconhecimento das demandas específicas de determinados grupos (étnicos, raciais, religiosos, culturais etc.) e dos indivíduos que a eles pertencem¹⁹⁷. Sob

¹⁹⁶ Para Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 229, exemplos como esses demonstram uma concepção dignitária pautada numa visão moral particular do que deve ser exigido pela dignidade humana.

¹⁹⁷ Nancy Fraser, *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*, p. 9, reconhece a necessidade de adoção de políticas de diferença, a partir do reconhecimento da identidade dos

essa perspectiva, cabe aos poderes públicos impor o respeito interpessoal entre os cidadãos, sem embargo da adoção de políticas que, não se limitando à igualdade formal, concebam tratamento diferenciado com base em certas disparidades detectadas.

As políticas da diferença podem fundamentar a imposição de deveres – negativos e afirmativos – aos atores não estatais, com vista a proteger a dignidade humana, por meio do incentivo ao desenvolvimento de sujeitos pertencentes a grupos minoritários, vulnerabilizados por variadas formas de opressão¹⁹⁸. Da dignidade da pessoa humana como reconhecimento pode resultar, portanto, especial proteção e promoção dos direitos das minorias, considerando-se a autocompreensão pessoal do indivíduo no âmbito das relações sociais historicamente atualizadas¹⁹⁹.

Em *I v. United Kingdom*²⁰⁰, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu, por unanimidade, que o Reino Unido violou o direito à vida privada e ao matrimônio (artigos 8º e 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), por não permitir que o requerente, um transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual, alterasse sua certidão de nascimento para registrar seu novo gênero. Enfatizou-se que, quando as formalidades legais não correspondem à realidade social, pode haver grave interferência estatal na vida privada do indivíduo, por meio do não reconhecimento jurídico de sua livre escolha, o que, no caso concreto, é essencial para a total inserção dos transexuais na comunidade social e legal. Concluiu-se não ter sido demonstrada a probabilidade de prejuízo substancial ao interesse público em decorrência da alteração do estatuto civil do transexual, motivo pelo qual se considerou razoável que a sociedade *tolere certo inconveniente* para permitir que os indivíduos

grupos. Para a autora, o respeito aos grupos minoritários requer um fator complementar ainda pouco destacado: o reconhecimento.

¹⁹⁸ Iris Marion Young, *Justice and the politics of difference*, p. 40, desenvolve o conceito de opressão às minorias, estratificando-a em cinco categorias: a) exploração; b) marginalização; c) falta de poder; d) imperialismo cultural; e) violência.

¹⁹⁹ Na Alemanha, o Judiciário (BGHZ 75, 160 (163), já se posicionou no sentido de considerar que os judeus, em decorrência dos fatos históricos, devem ter assegurada, como elemento constituinte de sua dignidade, uma especial responsabilidade moral por parte dos demais particulares, levando em consideração o respeito à sua autocompreensão. Transcreve-se, pela sua importância, trecho citado por Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 65, “o próprio fato histórico de que os homens deveriam ser apartados com base em critérios de origem/ascendência (Abstammungskriterien), estabelecidos pelas pretensas Leis de Nuremberg, e que fossem submetidos a privações com o objetivo de extermínio de sua individualidade, assegura aos judeus que vivem na República Federal da Alemanha uma relação especialmente pessoal com os seus concidadãos; nessa relação, os acontecimentos históricos seguem atuais. É natural, neste contexto, que em virtude dessa auto-compreensão pessoal lhes seja assegurada uma especial responsabilidade moral por parte de todos os outros, que constitui parte de sua dignidade, no sentido de serem considerados um grupo de pessoas distinto alcançado e destacado pelo destino. O respeito a essa auto-compreensão é para cada um dos integrantes do grupo uma das garantias diretas contra a repetição de discriminações desse tipo e uma condição fundamental para suas vidas na República Federal”.

²⁰⁰ *I v. United Kingdom*, nº 25680/94 (2002).

vivessem com dignidade, de acordo com a *identidade sexual* por eles *escolhida*.

Em caso semelhante, o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu que a dignidade humana e o direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade demandam que o estado civil da pessoa seja regido pelo sexo com que a mesma se identifica física e psicologicamente²⁰¹. Entendeu-se que a autoconcepção do indivíduo é parte do direito à autodeterminação de sua personalidade, impondo que a sociedade e o Estado validem e apoiem as diferenças.

Decisões dessa natureza corroboram a ideia de que o conceito expansivo de dignidade humana possui, de fato, uma dimensão de reconhecimento, exigindo não apenas a mera tolerância e a concessão de benefícios iguais, mas envolvendo verdadeiro *direito à diferença*, capaz de ratificar o sentimento de pertença do indivíduo.

5.2.2.2. Dignidade como condições materiais

A dignidade humana está, do mesmo modo, umbilicalmente ligada às condições materiais e ao ideal de justiça distributiva, que impulsionam a satisfação das necessidades essenciais de cada indivíduo, enquanto ser social. Também aqui se trata de uma dimensão dignitária que não é extraída unicamente do indivíduo, carecendo da análise de fatores externos para sua compreensão. Com efeito, há nítida conexão entre tal esfera dignitária e padrões externos – variáveis no tempo e no espaço²⁰² –, que influem sobre a noção de bens materiais necessários para uma vida digna.

Em linhas gerais, os direitos sociais perseguem uma função precípua associada à matriz histórica de universalização do acesso aos bens básicos, a partir do paradigma do Estado Social de Direito, que propugna o princípio da igualdade material. A socialização dos direitos liga-se a um ideal de justiça social distributiva, enquanto apanágio da construção de uma

²⁰¹ BVerfGE 286 (1979). Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in consitutional law*, p. 261-262.

²⁰² A qualidade e quantidade de tais bens são variáveis e *negociáveis* no processo político, diferindo de sociedade para sociedade, levando-se em consideração, entre outros aspectos, o desenvolvimento econômico de cada Estado.

sociedade mais justa e solidária²⁰³. Trata-se, pois, de prerrogativas tendentes a promover a *igualização de situações sociais desiguais*²⁰⁴.

A busca por uma repartição mais equânime dos bens jurídicos entre os grupos e os indivíduos exige que os entes estatais estejam focados no propósito de garantir o direito à igual dignidade²⁰⁵. Em outras palavras, a justiça social, enquanto valor jurídico, corresponde ao ideal de justa distribuição dos bens – em especial daqueles mais escassos –, de forma a garantir o gozo dos direitos fundamentais, norteados pela noção de que todos os seres humanos são igualmente dignos, independentemente de suas diferenças.

A concepção positiva de dignidade humana está, pois, fortemente associada aos direitos de bem-estar social – como moradia, saúde e educação – e à consequente tarefa estatal de fornecimento das condições materiais e sociais básicas para o desenvolvimento de uma vida digna, de acordo com os padrões de dignidade social e juridicamente definidos. Sendo cada indivíduo merecedor de igual respeito e consideração, a atuação prestacional do Estado deve buscar a máxima equalização das condições materiais e sociais dos sujeitos de direito, garantindo a todos ao menos um mínimo de condições para viver dignamente.

Desse modo, a dignidade como condição material está intrinsecamente ligada à ideia de igualdade substancial e de liberdade positiva, e a uma atuação estatal *predominantemente* prestacional, o que não afasta a necessidade de um *non facere* por parte dos poderes públicos, notadamente em tempos de crise econômica²⁰⁶. Efetivamente, em

²⁰³ Para José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285-286, os direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais “(...) são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição compatível com o exercício efetivo da liberdade”. No entendimento de Antonio E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 183, os direitos econômicos, sociais e culturais “se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad (...)” e “(...) tienen como principal objeto asegurar la participación en la vida política, económica cultural y social de las personas individuales, así como de los grupos en los que se integran”. Em síntese, para o autor, p. 184, numa perspectiva objetiva, as normas de direitos sociais revelam a função do Estado de equiparação das desigualdades sociais. José Ramon Cossío Diaz, *Estado Social y derechos de prestación*, p. 183, considera que o critério de solução mais razoável para distinguir os direitos de caráter prestacional está associado à finalidade do direito. Beatriz González Moreno, *El Estado Social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 394, aponta como função dos direitos sociais o alcance do “pleno y efectivo ejercicio de las libertades civiles y políticas y eliminar las desigualdades sociales en las condiciones básicas de la existencia”.

²⁰⁴ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285.

²⁰⁵ Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, p.132.

²⁰⁶ É justamente no decorrer de fases de vigorosa instabilidade econômico-financeira que reflexões sobre temas como *mínimo dignificante*, reserva do possível, aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais ganham ainda mais relevo. O desemprego em massa gera ausência de meios de subsistência próprios e, por conseguinte, aumento excessivo da demanda por atividades prestacionais do Estado. De outro modo, a escassez de recursos públicos agrava-se, dando origem a um desequilíbrio na oferta de serviços públicos e de assistência social. Deveras, em períodos de crise financeira, acentua-se a *crise dos próprios direitos sociais*.

períodos de acentuada crise econômica, os Estados têm adotado as chamadas *medidas de austeridade*, que afetam sobremaneira os direitos de natureza socioeconômica. Nessas hipóteses, pode-se mesmo concluir que esses direitos acabam por assumir – ao menos no que tange à demanda pela sua manutenção e pela continuidade das prestações estatais – vestes eminentemente defensivas, passando o cidadão a clamar pela não interferência estatal nas prerrogativas já asseguradas.

Já se estabeleceu em meio à doutrina e à jurisprudência o conceito de mínimo existencial – enquanto conjunto elementar de condições materiais necessárias para o provimento de uma existência com dignidade –, a partir do qual se firmaram as bases para o reconhecimento, em determinadas ordens jurídicas, de um *direito ao mínimo existencial*²⁰⁷. De fato, o provimento das necessidades mínimas para uma existência digna é fator inafastável da noção de dignidade da pessoa humana. Quanto mais intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, também na qualidade de valor-alicerce do ordenamento jurídico, mais próximo estará o direito à prestação da condição de direito subjetivo²⁰⁸, tendo em vista sua conseqüente conexão com o padrão mínimo de existência digna. A dignidade humana é entendida, por conseguinte, como o ponto de delimitação entre os direitos sociais à prestação ditos subjetivos definitivos, e aqueles subjetivos *prima facie*^{209 210}.

Dessa maneira, as Cortes Constitucionais de diversos países têm reconhecido o direito a um mínimo de condições materiais para a manutenção de uma existência condigna,

²⁰⁷ Sobre a noção de mínimo existencial e sua relação com a questão da reserva do possível, cfr. Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*; Ricardo Lobo Torres, *A Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*; Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*; David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights – The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, p. 178 e ss.; e Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 277 e ss., elenca quatro direitos básicos ligados ao mínimo existencial: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Cumpre ressaltar, no entanto, que o conteúdo do mínimo existencial não deve ser determinado de modo estanque, estando, em certa medida, condicionado à conjuntura social, econômica e histórica vivenciada.

²⁰⁸ Argumentando que a justiciabilidade dos direitos prestacionais, embora inafastável da esfera do *standard* mínimo para uma vida digna, não se limita a esta extensão, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 353.

²⁰⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 354.

²¹⁰ Nesse contexto, mostra-se particularmente relevante tecer breve comentário acerca do *quantum* necessário para a satisfação das condições mínimas existenciais. É certo que os valores axiológicos inerentes ao princípio da dignidade humana não são quantificáveis economicamente. Nada obstante, é possível estabelecer a quantia da prestação assistencial necessária para suprir as condições de existência digna, de acordo com o contexto socioeconômico em vigor. Dito isso, o valor atribuído à prestação assistencial torna-se reajustável, para mais ou para menos, conforme a conjuntura socioeconômica. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 440 e ss., entende que apenas é possível reconhecer um direito subjetivo a determinada prestação social quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais for prioritária, sem sacrifício desproporcional de outros direitos ou bens jurídicos.

indicando direitos, como moradia, nutrição adequada, saúde, segurança social, como prerrogativas componentes da noção de *mínimo existencial*.

Na Índia, o único dispositivo da Constituição de 1949 que se refere expressamente à dignidade é o seu preâmbulo²¹¹. Tal circunstância não impediu uma interpretação garantista do direito à vida (artigo 21), por parte da Suprema Corte Indiana, entendendo-o como direito a viver com dignidade, a exemplo da decisão emanada no caso *Mullin v. Adm 'r*²¹². Desde então, a Suprema Corte vem mantendo uma visão substantiva da *vida digna*, sugerindo que o respeito à dignidade requer certos fins materiais – designadamente, nutrição adequada, vestuário, moradia e subsistência decente –, reconhecidos como direitos exigíveis judicialmente²¹³.

Na África do Sul, o Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento do caso *Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*²¹⁴, discutiu a questão da aplicabilidade dos direitos sociais e económicos, mais especificamente o direito à moradia, como condição essencial para o desenvolvimento de uma vida digna. Na oportunidade, foram abordadas as obrigações do Estado ao abrigo da secção 26 da Constituição, que confere a todos o direito de acesso a uma habitação condigna, e do artigo 28 (1) (c), que proporciona às crianças o direito à moradia. *Mrs. Grootboom* fazia parte de um grupo – de 510 crianças e 390 adultos – que foi expulso de terras privadas, tendo a Corte considerado a medida prematura e desumana, uma espécie de reminiscência dos despejos próprios do período do *apartheid*. O grupo buscava, então, uma ordem judicial que obrigasse o governo a lhes fornecer abrigo temporário adequado. O Tribunal evidenciou que as proteções constitucionais da dignidade e das condições de vida adequada estavam conectadas, ao reconhecer que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade são valores negados àqueles que não têm acesso a alimentos, roupas e abrigo. Embora não tenha garantido habitação imediata para os demandantes, a decisão estabeleceu que o Estado deve elaborar e implementar, dentro de seus recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado para realização progressiva do direito de acesso a uma moradia adequada²¹⁵.

Também o Tribunal Constitucional Português já reconheceu, no Acórdão nº 509,

²¹¹ “We, the people of India, having solemnly resolved to constitute India into a sovereign socialist secular democratic Republic and to secure to all its citizens: justice, social, economic and political; liberty of thought, expression, belief, faith and worship; equality of status and of opportunity; and to promote among them all fraternity assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the Nation; (...)”

²¹² Union Territory of Delhi, (1981) 2 S.C.R. 516, 518 (Índia).

²¹³ Cfr. Rehan Abeyratne, *Socioeconomic rights in the Indian Constitution: toward a broader conception of legitimacy*, p. 2.

²¹⁴ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others* - 2001 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.).

²¹⁵ Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in consitutional law*, p. 237-238.

de 2002, haver um direito fundamental implícito ao mínimo de existência condigna, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição Portuguesa²¹⁶. Nada obstante, o Tribunal considerou que, diante da diversidade de meios possíveis para se atingir tal fim, para cumprir o dever de assegurar o mínimo indispensável, o legislador goza de larga margem de liberdade conformadora, tendo poder de decisão quanto aos instrumentos a serem utilizados e o *quantum* do auxílio a ser pago²¹⁷.

É importante enfatizar que certo nível de bem-estar pode se configurar como condição para a efetivação dos direitos inferidos das demais dimensões dignitárias, uma vez que a privação de bens essenciais pode, por exemplo, causar danos à integridade física do indivíduo ou mesmo reduzir a sua capacidade de autodeterminação. Nesse sentido, a falta de nutrição adequada, e, de maneira semelhante, a falta de acesso à educação, são fatores que podem obstaculizar o exercício prático da razão, comprometendo a liberdade de escolha, minando o desenvolvimento das potencialidades da pessoa e, conseqüentemente, sua *dignidade dinâmica*.

O não fornecimento de determinados bens, julgados fundamentais para os padrões comunitários em vigor, além de resultar numa ofensa à dignidade na vertente ora em estudo, pode igualmente afetar o sentimento de pertença do indivíduo, sujeitando-o à marginalização social e à perda da autoestima, em flagrante desrespeito à *dignidade como reconhecimento*. Dito de outro modo, as diferenças de condições de vida – marcadas pela desigualdade de oportunidades – representam uma forma de humilhação²¹⁸ para a pessoa que vive em situação de privação prolongada, refletindo no seu juízo acerca de seu próprio valor enquanto membro da comunidade que a rejeita.

Nesse contexto, proporcionando bem-estar social e proteção ao indivíduo, o Estado o reconhece como digno, confirmando sua participação plena na comunidade política e social.

²¹⁶ Na decisão, considerou-se que “o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o *direito à segurança social* e comete ao sistema de segurança social a *protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*, implica o reconhecimento do *direito* ou da *garantia* a um *mínimo de subsistência condigna*.” Processo nº 768, de 2002. Relator Cons. Luís Nunes de Almeida.

²¹⁷ “Significa isto que, nesta perspectiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os *instrumentos adequados* para garantir o *direito a um mínimo de existência condigna*, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. (...) Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de *eficácia jurídica*, a garantia do direito a um *mínimo de existência condigna*, para todos os casos.”

²¹⁸ Sobre a relação entre pobreza, humilhação e dignidade humana, ver Berma Klein Goldewijk, *Poverty, dignity and humiliation – On poverty as a violation of human rights and access to justice*, p. 7. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e a exigência de um padrão mínimo de salvaguarda dos mesmos como forma de combate à pobreza, ver David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights – The justification and enforcement of socio-economic rights*. Sobre a proteção dos direitos socioeconômicos nos instrumentos internacionais de direitos humanos, ver Ellie Palmer, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*.

Além disso, a partir dessa perspectiva, se os poderes públicos ignoram diferenças relevantes, como pobreza, deficiência, gênero ou raça na prestação de bens materiais, a dignidade pode ser afetada pela desconsideração das necessidades específicas de determinados grupos.

5.3. Dignidade como igualdade: afinal, em que somos todos iguais?

Por toda trajetória até aqui traçada para trazer à baila o conteúdo jurídico – ao mesmo tempo aberto e minimamente objetivo – do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se, sem grandes esforços, a imbricada relação entre este e o valor igualitário. Com efeito, é possível vislumbrar a máxima da igualdade, desde a noção ontológica da dignidade humana – enquanto fundamento do princípio jurídico correspondente –, sem prejuízo de sua infiltração em todas as dimensões da dignidade enquanto *dever-ser*. Daí porque se optou por tratar em tópico autônomo a dimensão da *dignidade como igualdade*²¹⁹. Ver-se-á que, a partir das dimensões dignitárias identificadas, em conjunto com as funções inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, será possível densificar o sentido e as consequências jurídicas também da igualdade racial.

Como dito, primeiramente, o valor igualitário encontra sede no elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, tendo como correspondente jurídico direto o princípio geral da igualdade. Ora, se todo ser humano é, por natureza, provido da mesma dignidade, nesse aspecto – e apenas nele – todos são absolutamente iguais. Ou seja, no que tange à sua condição natural, cada pessoa é igualmente digna em relação às demais, o que fundamenta igual respeito, consideração e dignificação, independentemente das diferenças que – afastando-se do elemento puramente genuíno – predominam entre os indivíduos. Mas, para se alcançar igual respeito a todos – mandamento medular da dignidade humana – é necessário lançar mão do princípio da igualdade, em suas diversas e complexas dimensões, sob pena de *aprisioná-lo* na concepção igualitária puramente ontológica ou de partida.

A partir dos termos utilizados pelo primeiro instrumento jurídico internacional consagrador da dignidade humana, pode-se empreender uma análise da importância de sua raiz ontológica e ético-filosófica, bem como dos seus desdobramentos na seara do Direito. Como

²¹⁹ Apesar do posicionamento da temática em item autônomo, é preciso elucidar que, de acordo com a proposta de delineamento do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana em dimensões, a dignidade como igualdade situa-se mais adequadamente na perspectiva intersubjetiva do princípio dignitário. Isso porque, conforme será explorado no próximo capítulo, a igualdade é um valor que apenas pode ser considerado numa relação de comparação entre dois entes, o que situa o tema na seara das relações do indivíduo com o seu entorno (fatores externos), e não apenas no âmbito dos elementos internos da pessoa humana.

que numa espécie de síntese de diversas concepções humanistas, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU proclama que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Abstraido o compreensível apelo simbólico das expressões utilizadas, uma análise interpretativa do mencionado dispositivo poderá servir de ponto de partida para a determinação de alguns fundamentos e pressupostos para o desenvolvimento do estudo sobre a igualdade.

Os seres humanos são, ao mesmo tempo e em inúmeros aspectos, semelhantes e diferentes, iguais e desiguais. Do ponto de vista puramente empírico, pode-se afirmar que todas as pessoas são iguais apenas enquanto pertencentes a uma mesma espécie. Assim, de modo geral, os seres humanos assemelham-se justamente naquilo que os torna únicos quando em comparação com outras espécies de animais. Afora tal constatação, cada indivíduo é irrepetível e insubstituível²²⁰, nunca podendo ser equivalente a outro ser humano, ao menos, não em todos os seus atributos.

A complexidade da individualidade humana envolve não apenas aspectos de caráter biológico, mas também de ordem ético-axiológica²²¹. A singularidade biológica de cada indivíduo remonta à sua concepção, à sua formação genética exclusiva. Sob essa ótica, *os seres humanos não nascem iguais*, nem se tornam iguais. Cada indivíduo é geneticamente concebido como diferente de todos os demais, sendo certo, ainda, que o meio em que se desenvolve cada pessoa contribui para a maior diversificação dos atributos físicos e psíquicos de cada *exemplar humano*.

A noção de dignidade humana, como mencionado, não se restringe apenas a aspectos físicos ou biológicos, mas também envolve o ser humano em sua plenitude, alcançando todas as dimensões existenciais próprias de sua *humanidade individual*. Para além da dimensão meramente biológica, na esfera ético-axiológica pode-se afirmar que *cada ser humano é um mundo*, ou, dito de outra forma, cada ser humano cria um mundo particular, cujo centro é a sua consciência, cuja realização de valores apenas pode encontrar sentido absoluto na sua própria vida²²².

²²⁰ Na lição de Hannah Arendt, *A condição humana*, p. 16, “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.

²²¹ Cfr. Paulo Otero, *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*, p. 363-364.

²²² Cfr. Luis Recaséns-Siches, *Dignity, liberty and equality*, p. 5-6.

Nessa linha de entendimento, entre os seres humanos há muito mais diferenças do que semelhanças, especialmente quando se leva em consideração a unicidade e singularidade de cada sujeito no que diz respeito às suas relações privadas e sociais, suas características e capacidades físicas e intelectuais, seus anseios e projetos de vida, seus valores e crenças.

Admitindo-se, desse modo, que a diferença, e não a igualdade, é o elemento preponderante quando se comparam os indivíduos que compartilham da espécie humana, em que sentido deve ser compreendido o enunciado do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos?

Note-se preliminarmente que, nada obstante atribua, indistintamente, a todos os seres humanos razão e consciência, a Declaração não proclama uma espécie de igualdade absoluta, antes afirma a igualdade entre as pessoas *em dignidade e em direitos*.

A igualdade em direitos não significa que cada direito deve ser atribuído de forma idêntica para todos os indivíduos. A afirmação de que os seres humanos são iguais em direitos, significa que, quando os indivíduos se encontram em condições similares, devem ser tratados da mesma forma e submetidos às mesmas regras²²³. Os indivíduos – seja pela sua própria conduta, seja em razão de suas qualificações, capacidades ou condições pessoais – nem sempre serão titulares de iguais direitos, sem que tal desigualdade implique violação ao princípio igualitário. Aquele que pratica um crime previsto em lei, não terá igual direito à liberdade que os demais cidadãos. A mulher, pela sua própria condição biológica, goza de certos direitos trabalhistas não atribuídos a pessoas do sexo masculino. A declaração de igualdade em direitos associa-se, portanto, ao princípio da igualdade formal e à regra de justiça, segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Conclui-se, dessa maneira que não se pode afirmar genericamente que todos os seres humanos são iguais em direitos. Numa análise mais profunda, há de se perquirir primeiramente acerca dos critérios e parâmetros de igualdade – quem são os iguais e em que são iguais – para que se possa falar em direitos iguais.

De acordo com a concepção ontológica, cada ser humano é, por sua própria condição de pessoa, dotado da mesma dignidade que os demais, não havendo diferenças ou características especiais que tornem um indivíduo isento de dignidade ou menos digno que outros. É nesse sentido que se afirma que *todos os seres humanos nascem iguais em dignidade*. Não há condição ou requisito a ser alcançado; não há mérito – seja pessoal ou social – a ser apreciado. Nessa linha de raciocínio, a raça, a origem, o sexo, a idade ou a riqueza não conferem a uma pessoa mais valor do que a outra. Daí porque não se pode estabelecer *diferenciação* ou

²²³ Cfr. Léon Ingber, *De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*, p. 906-907.

pesagem de dignidades²²⁴. A dignidade inata igualiza os seres humanos desde o nascimento, permanecendo intacta até o fim da vida, e é nessa perspectiva que todas as pessoas nascem e – poder-se-ia acrescentar – morrem iguais. Mas quanto ao aperfeiçoamento da dignidade (dinâmica), os comportamentos, talentos e méritos individuais permitem a diferenciação e consequente singularidade de cada pessoa, e sob esse ângulo – que depende, em muitos aspectos, das condições sociais e materiais oportunizadas – os sujeitos não nascem, não permanecem e não morrem iguais. Assim, os comandos normativos dignitário e igualitário devem se ocupar não da homogeneização ou igualabilidade de todos os indivíduos, mas da garantia de acesso equitativo aos meios para o desenvolvimento de suas próprias capacidades e otimização de sua dignidade dinâmica.

Ocorre que a individualidade e a dignidade de todos apenas podem subsistir numa sociedade em que o indivíduo assuma um espírito de fraternidade para com os demais, reconhecendo-os como igualmente dignos. A dignidade da pessoa humana pressupõe, então, relações de *reconhecimento recíproco intersubjetivo*²²⁵, impondo igual respeito e tratamento igualmente digno a cada pessoa. É nesse sentido que, para Del Vecchio, a noção de justiça – associada à dignidade e à igualdade jurídica – implica a ideia de reciprocidade ou equivalência inicial entre sujeitos diversos. Desse modo, um indivíduo apenas deve agir de certo modo em relação a outro, quando reconhecer como legítima ou justa igual conduta dos demais em relação a si mesmo²²⁶. Cada indivíduo deve reconhecer que todos e cada um dos demais integrantes da humanidade são pessoas tão dignas quanto ele de conviver em sociedade, num espírito de fraternidade e de cooperação, independentemente das diferenças pessoais. É nesse sentido que o já mencionado artigo 1º da DUDH refere-se ao *dever de fraternidade entre os homens*.

Sem embargo de ser alicerce da igualdade, é também na própria dignidade humana que se fundam as diferenças entre os sujeitos. Sim, porque cada ser humano é único e irrepetível e, por ser igual aos demais em dignidade, merece que sejam consideradas, reconhecidas e respeitadas suas diferenças. É, portanto, a partir da *dignidade como reconhecimento* – conforme já se adiantou – que se pode fundamentar o *direito à diferença*. O direito à diferença firma-se, então, como consectário do próprio princípio da igualdade, que encontra base para sua multidimensionalidade, completude e efetividade, no princípio da dignidade da pessoa humana. Traduzindo-se, juridicamente, o valor dignitário – na sua dimensão de reciprocidade –, trata-se

²²⁴ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, p. 286.

²²⁵ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, p. 287. Para o autor, p. 288, o fundamento antropológico dos direitos fundamentais reside no “*reconhecimento recíproco de sujeitos* que se compreendem como livres, iguais e cooperantes”.

²²⁶ Cfr. Giorgio Del Vecchio, *La Giustizia*, p. 94.

de um *dever-ser* que impõe tratamento igualmente digno a todos, independentemente dos reais sentimentos ou pensamentos (acepção subjetiva) que as pessoas nutrem umas pelas outras, especialmente por aquelas que são consideradas *diferentes* e, por isso, muitas vezes, indesejáveis.

Ocorre que os comandos jurídicos extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana – assim como as normas jurídicas de forma geral – não se sobrepõem pura e simplesmente à realidade social, havendo um condicionamento recíproco entre as esferas envolvidas. Dessa maneira, ainda que da noção de *dignidade como reconhecimento* deontologicamente considerada se possa concluir pela existência de um direito à não discriminação e também de um direito à diferença, isso não quer dizer que a engrenagem social funcione sempre em conformidade com tais mandamentos, mesmo diante da coercibilidade inerente ao fenômeno jurídico. Assim, as desigualdades fáticas persistem no *mundo do ser* de modo a impulsionar – para além das esferas igualitárias já referidas – a necessidade de *promoção da igual dignidade*, sob pena de se frustrar a sua efetividade, freando os propósitos do valor dignitário na mera igualdade ontológica entre os seres humanos. Nessa linha de entendimento, o princípio da dignidade humana configura-se, de um lado, como imposição de tratamento igualitário e, de outro, como alicerce para a adoção de diferenciações voltadas para o combate de desigualdades e consequente promoção da igualdade substancial de indivíduos pertencentes a grupos vulnerabilizados²²⁷. A dignidade é, então, não apenas fundamento da igualdade, mas também parâmetro de valoração da igualização ou discriminação entre os sujeitos, consistindo em verdadeiro limite aos direitos de igualdade.

Enfim, e sem perder de vista as funções do princípio dignitário, tem-se que dele também deriva o *direito à proteção da igualdade* – e o correlato dever imposto, em primeira instância, aos poderes públicos –, que deve alcançar todas as dimensões do direito à igualdade, como forma de prevenir agressões futuras e iminentes, de fazer cessar os atos de violação que se encontram em curso e de sancionar as ofensas já perpetradas. Decerto que de nada adianta proclamar um direito, se a ordem jurídica não dispõe de mecanismos para protegê-lo de forma eficaz, a não ser que se queira atribuir à dignidade da pessoa humana e ao elenco de direitos fundamentais que dela defluem a qualificação de meras promessas inexigíveis.

²²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, p. 287, observa que a dignidade humana adquire especial relevância “ao ser assumida, jurídico-constitucionalmente, como fundamento da legitimação para a imposição de deveres especiais relativamente a pessoas em situações de vulnerabilidade propiciadoras de graves atentados a essa dignidade (menores, minorias, refugiados)”.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade são tão umbilicalmente relacionados que se pode mesmo incorrer no equívoco de confundi-los. Isso porque enquanto aquele se funda na peculiar condição humana, é na igualdade entre as pessoas – absoluta quando se trata do aspecto humanidade/dignidade – que se estabelece o princípio igualitário. Mas as características da dignidade humana – em sua essência absoluta, inata e inalienável – não se repetem na igualdade que é sempre relativa, salvo num único aspecto: a igual dignidade de todos os seres humanos. Trata-se, pois, de princípios diversos e autônomos, sendo que, ainda que se reconheça a dignidade da pessoa humana como fundamento do princípio igualitário, não há absorção completa deste por aquela²²⁸.

Levando em consideração o que já se afirmou acerca da banalização da dignidade da pessoa humana –, é importante ter em mente que a derivação de subprincípios ou direitos de igualdade pode e deve ser realizada, tanto quanto possível, diretamente do próprio princípio igualitário, sem prejuízo da invocação da dignidade humana como elemento de reforço argumentativo, quando necessário. Primeiramente, porque o princípio da igualdade, além de figurar como princípio autônomo na seara do Direito, em termos históricos, já densificou – antes mesmo do que a dignidade da pessoa humana – sua legitimidade (pelo menos de seus elementos mais tradicionais), nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos. Além disso, a igualdade, tanto na sua acepção formal, quanto na sua vertente substancial (embora em menor escala e, muitas vezes, implicitamente), está positivada em praticamente todos os sistemas constitucionais modernos, circunstância que reforça a sua força normativa. Recorrer-se exclusiva e inexoravelmente ao princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar formas tradicionais de tratamento igualitário – como a não discriminação, por exemplo –, ao contrário de reforçar os valores em questão, poderia enfraquecê-los, exigindo, permanentemente, um retorno às raízes dignitárias para alicerçar até mesmo os direitos de igualdade com conteúdo jurídico já consolidado. Entretanto, sendo a igualdade – assim como a dignidade humana – um princípio de conteúdo aberto e sempre dinamicamente determinável, seus elementos ou dimensões evoluem, resultando no florescimento de direitos antes não visualizados. Dessa maneira, a raiz dignitária pode ganhar relevo enquanto fundamento para o reconhecimento e consolidação das prerrogativas igualitárias identificadas neste estudo, notadamente os direitos à diferença, à promoção e à proteção da igualdade racial.

Sem embargo do que acaba de ser defendido, o esforço teórico encontra razão na necessidade de trazer à tona a genuína fonte dignitária de todas as dimensões do princípio da

²²⁸ Cfr. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 84.

igualdade, dele extraindo o direito à igualdade racial, em suas diversas vertentes, todas elas detentoras de jusfundamentalidade material, cujo critério delimitador, como visto, provém da dignidade da pessoa humana.

Elucidados esses pontos cruciais, e em resposta à questão que se colocou inicialmente (*em que somos todos iguais?*), impõe reafirmar que se há um atributo que permite a afirmação de *igualdade absoluta* entre todos os seres humanos, é a dignidade. Todas as pessoas são iguais em dignidade e desse predicado resulta que todos os indivíduos devem ser tratados com igual respeito e consideração, e não com absoluta igualdade. De outro modo, o tratamento igualmente digno que a todos deve ser conferido implica não uma aplicação limitada e formalista do princípio da igualdade; exige, ao contrário, uma aceção igualitária multidimensional, que trate igualmente os iguais e afaste a discriminação arbitrária, ao mesmo tempo em que considere as diferenças e desigualdades fáticas para, enfim, promover a efetiva igualdade. Nessa linha de raciocínio, há de se buscar *igualdade para ser livre*, associada a uma *liberdade para ser igual (e diferente)*, como elementos da síntese da *igual dignidade libertária*.

6. O mínimo dignificante: núcleo essencial dos direitos fundamentais

Antes de se adentrar na análise da igualdade – próxima etapa no processo de especificação do objeto deste estudo –, mister empreender esforços no sentido de revelar a noção de *mínimo dignificante* e sua relação com os direitos resultantes do princípio igualitário.

O que se quer aqui explorar é a necessidade de se assegurar – além de um mínimo existencial, cuja importância não se questiona, antes se ressalta –, concomitantemente, o que se chama de *mínimo dignificante*, ideia que engloba não apenas as condições materiais e sociais necessárias para uma vida com dignidade²²⁹, mas também, de forma mais ampla, todos os requisitos básicos para o desenvolvimento da personalidade humana nas suas esferas pessoal, social, política, econômica e cultural. Dito de outro modo, trata-se de promover um conjunto de prerrogativas garantidoras e promotoras da mínima dignificação do indivíduo, cujo conteúdo não se limita à mera existência ou sobrevivência (ainda que digna), antes compreendendo também os aspectos biológico, psicológico, sociológico e cultural da pessoa humana.

²²⁹ Importa fazer referência à jurisprudência alemã que já explicitou que bens como televisor e automóvel não são indispensáveis para uma vida digna, mesmo levando-se em consideração os hábitos de vida e experiências dominantes (BVerwGE 14, 294 (296 s.), BVerwGE 48, 237 (238 s.), BVerwGE 69, 146 (154)). Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 66.

A definição do mínimo dignificante remete, nessa linha de intelecção, à noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Algumas constituições contemporâneas fazem menção expressa ao conteúdo essencial dessas prerrogativas, resguardando-o de intervenções do legislador ordinário que, no desempenho de sua atividade concretizadora dos direitos fundamentais, deve preservá-lo. É o caso da Constituição Alemã (artigo 19, 2²³⁰), da Constituição Portuguesa (artigo 18º, 3²³¹) e da Constituição Espanhola (artigo 53, 1²³²). No entanto, a ausência de dispositivo constitucional nesse sentido não autoriza uma intervenção legislativa irrestrita no conteúdo dos direitos fundamentais. Efetivamente, a existência de um conteúdo mínimo está associada à própria garantia da prerrogativa jusfundamental. Sem este, abre-se a possibilidade de esvaziamento do direito, tornando de pouca ou nenhuma valia a sua própria positivação no sistema constitucional. Afirmar o contrário seria admitir a existência de direitos fundamentais *occos, invólucros vazios de conteúdo*²³³, sem força vinculante da atuação dos entes estatais, e desprovidos de um núcleo estável capaz de efetivar, pelo menos, a mínima dignificação humana a eles atrelada. Portanto, as disposições constitucionais que disciplinam a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais têm caráter declaratório, e não constitutivo, subsistindo a sua função simbólica²³⁴.

A noção de *mínimo dignificante* aqui defendida relaciona-se não só com o acesso aos bens materiais suficientes para viver dignamente (mínimo existencial), mas também – e de forma imprescindível – aos bens imateriais que dignificam a vida humana. O *mínimo dignificante*, sob essa perspectiva, constitui-se como núcleo essencial dos direitos substancialmente fundamentais. Assim, enquanto o mínimo existencial reflete o núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, o mínimo dignificante configura-se como o núcleo essencial de todos os direitos materialmente fundamentais, inclusive daqueles.

Saliente-se, todavia, que o conteúdo desse padrão mínimo de dignificação – assim como de mínimo existencial – não deve ser compreendido como uma espécie de fórmula geral, devendo ser analisado e interpretado casuisticamente, levando em consideração não apenas o contexto cultural e socioeconômico, mas também a ordem jurídica e os valores constitucionalmente consagrados. A imposição de uma noção rígida de dignidade humana e,

²³⁰ “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

²³¹ “(...) Apenas por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades, que serão tutelados de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).”

²³² “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

²³³ A expressão é utilizada por Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 140.

²³⁴ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 20.

consequentemente, de mínimo dignificante, corre o risco de se converter numa coerção ocidentalista, afastando-se de uma concepção interculturalmente válida. Embora o tema não possa ser aprofundado nesse espaço, é importante salientar que não se pode permitir, numa evidente arrogância ocidental, que as condicionantes histórico-culturais sejam desconsideradas.

Essa intrincada questão apenas pode ser respondida de forma cultural e jusfundamentalmente específica²³⁵, o que não impede o reconhecimento de um conteúdo mínimo ou núcleo razoavelmente estável de dignidade humana que resguardem determinados componentes fundamentais da personalidade humana²³⁶. Mesmo porque, nos dias atuais, o desenvolvimento da noção de dignidade humana não mais ocorre no interior das fronteiras de cada Estado, sendo nutrido pelo inevitável intercâmbio cultural. Dessa maneira, o conceito de dignidade humana é referenciado culturalmente apenas de modo relativo, assumindo, ao mesmo tempo, nuances de tendência universal que resultam, nesse ponto, na insuscetibilidade de *redução culturalmente específica*²³⁷.

O *mínimo dignificante*, ao associar-se ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, estabelece um *piso*²³⁸ a ser assegurado pelo Estado na realização da igualdade material. Trata-se, portanto, de uma garantia mínima de proteção da essencialidade dos direitos fundamentais, sem prejuízo da otimização dos seus respectivos conteúdos e da justiciabilidade de outras dimensões jusfundamentais – mesmo naquilo que exceda ao mínimo dignificante.

Nessa linha de raciocínio, a concepção de mínimo dignificante leva em consideração a ideia de complementaridade entre os direitos fundamentais que têm como função precípua salvaguardar a especial dignidade inerente a *todos os membros da família humana*. Para que a dignidade da pessoa humana seja realmente protegida e promovida, cada indivíduo deve possuir um *núcleo dignitário estável* que considere suas necessidades, capacidades e peculiaridades, nas mais diversas esferas. Esse *estatuto nuclear dignificante* – cujas prerrogativas nem sempre podem ser traduzidas economicamente – corporifica o “conjunto normativo de maior

²³⁵ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 77.

²³⁶ Não se pode conceber, por exemplo, exceções à proibição de tortura, com fundamento no condicionamento cultural da noção de dignidade humana. Nesse ponto, o valor dignitário é imponderável.

²³⁷ Cfr. Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 79. Marcolino Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As Particularidades do Sistema Africano*, p. 63 defende que, embora o conceito de direitos humanos seja essencialmente ocidental, “a sua natureza lógica relativamente ao valor da dignidade igual da pessoa humana, que é consensual em todas as comunidades da sociedade humana, faz com que eles se imponham a nível universal”.

²³⁸ Cfr. Daniel Sarmento, *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*, p. 210. Para o autor, p. 211, o mínimo existencial tem dois objetivos importantes, que não fragilizam, antes reforçam, a dimensão social da Constituição: a) fundamentar as pretensões positivas ou negativas que visem assegurar as condições materiais essenciais para a vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais; b) servir de parâmetro para a ponderação que é travada entre o direito reivindicado e os princípios que com ele colidirem.

fundamentalidade dos sistemas jurídicos contemporâneos”, devendo funcionar como “limite último de sentido”, protegido de restrições e conformações que promovam seu esvaziamento²³⁹.

²³⁹ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 141.

– CAPÍTULO II –
APONTAMENTOS SOBRE O PENSAMENTO
POLÍTICO-FILOSÓFICO OCIDENTAL ACERCA DA IGUALDADE

“Todos os bichos são iguais,
Mas alguns bichos são mais iguais que outros.”

George Orwell

A ideia de igualdade inspirou – e ainda inspira – diversas teorias filosóficas, políticas e jurídicas. É de se notar que a igualdade, enquanto ideal constante na história da humanidade, repercute de maneira evidente em diversos setores da vida em sociedade, sem embargo das variações de significado, conteúdo, alcance e relevância jurídico-políticas que sofre ao longo do processo histórico. Inobstante seu caráter multisetorial, a igualdade em sua essência ou significado elementar remete à sua representação enquanto *valor ético fundamental*, o que torna a análise de sua dimensão filosófica uma condição para a compreensão de suas implicações na seara jurídico-política²⁴⁰.

Serão abordadas, neste capítulo, algumas das principais ideias político-filosóficas ocidentais acerca da igualdade, permitindo a identificação de pensamentos que influenciaram a absorção do valor igualitário no âmbito jurídico. Nada obstante, será possível observar, a partir dos *pensamentos igualitários* ocidentais apresentados, que a unilateralidade ou visão hegemônica e eurocêntrica da igualdade ao longo da história permitiu a persistência de uma concepção colonialista e não emancipatória do princípio estudado.

A defesa da igualdade, muitas vezes, conviveu com a ideia de indignidade ou inumanidade em razão da origem, sexo, classe social, raça ou etnia das pessoas; esquivou-se do

²⁴⁰ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, p. 15.

debate sobre a escravidão, ou a justificou como natural relação entre superiores/inferiores; contentou-se convenientemente com a consagração da *igual dignidade de poucos*.

1. A igualdade na Antiguidade Clássica

1.1. Péricles e o elogio à *democracia social*

Péricles (495-429 a.C.) governou Atenas por quinze anos consecutivos – mediante confirmação no poder pelas eleições anuais –, durante o período áureo da democracia ateniense, conhecido como *o século de Péricles*.

Embora não tenha deixado nenhuma obra escrita, a exaltação da democracia por Péricles foi retratada em seu discurso de homenagem aos mortos da Guerra do Peloponeso (431 a.C.), reproduzido, na íntegra, pelo historiador Tucídides.

O líder ateniense pregava a participação cívica e a dignidade de todos, e defendia a possibilidade de ascensão social por intermédio do trabalho. Para ele, não havia vergonha em ser pobre, mas em não tentar afastar a pobreza por meio do trabalho. Segundo Péricles, os pobres não deviam ser excluídos se fossem capazes de prestar bons serviços à Cidade, sendo que a participação nos assuntos públicos era aberta a todos, inclusive aos trabalhadores manuais²⁴¹.

No entendimento de Péricles, o regime democrático tinha por base dois princípios fundamentais: a igualdade das leis e a liberdade de opinião. Pregava a igualdade, tanto civil quanto política, defendendo que a obediência às leis garantia o gozo da igualdade a todos os cidadãos²⁴². A lei devia ser igual para todos – com igual tratamento nas relações entre os particulares –, importando mais o valor pessoal do que a classe a que se pertencia. Ademais, os cargos públicos e privados deviam ser distribuídos em razão do mérito de cada um²⁴³.

²⁴¹ Nesse ponto específico o pensamento de Péricles difere do que será defendido por Platão e por Aristóteles, que pregavam a exclusão dos trabalhadores manuais da classe dos cidadãos, já que estes não poderiam ser filósofos. Para Péricles, a participação política dos trabalhadores manuais não constituía apenas um direito, mas também um dever, uma vez que aqueles que se desinteressavam pela conduta da Cidade eram mal vistos. Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 44.

²⁴² Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 44.

²⁴³ Cfr. Tucídides, *História de la Guerra del Peloponeso, Libros I-II*, p. 450 (II, 37), no trecho em que transcreve o discurso de Péricles, mais especificamente retratando o regime democrático: “Tenemos un régimen político que no emula las leyes de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre, debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría, es democracia. En lo que concierne a los asuntos privados, la igualdad, conforme a nuestras leyes, alcanza a todo el mundo, mientras que en la elección de los cargos públicos no antepone las razones de clase al mérito personal, conforme al prestigio de que goza cada diudadano en su actividad; y tampoco nadie, en razón de su pobreza, encuentra obstáculos debido a la oscuridad de su condición social si está en condiciones de prestar un servicio a la ciudad.”

De acordo com Péricles, a democracia não constituía apenas um governo da maioria dos cidadãos, mas também um governo no qual a vida privada florescia. Remontam, portanto, à Antiguidade Clássica as noções de privacidade e intimidade, tão caras à cultura individualista moderna²⁴⁴.

Para além da liberdade da palavra e da igualdade perante a lei, Péricles preconizava, ainda, a fraternidade entre os cidadãos, o que abrangia não apenas a tolerância e a benevolência, mas também a assistência aos fracos²⁴⁵.

Embora o ideal de igualdade tenha surgido já em Sólon (640-560 a.C.), inclusive com particular relevo entre os pitagóricos²⁴⁶, sua importância enquanto princípio basilar do regime democrático é destacado por Péricles. Sua aspiração igualitária, tanto na vida cívica como na vida pública, associada à valorização do trabalhador manual, parecia revelar a defesa de uma democracia não apenas política, mas também de cunho social.

1.2. A justiça na Cidade ideal de Platão

A doutrina de Platão (427-347 a.C.) – embora em muitos aspectos fosse semelhante à de Sócrates²⁴⁷, de quem era considerado discípulo – conduzia, em teoria, à sujeição dos indivíduos ao *governo dos sábios*.

Em *A República*, a partir do método utópico, Platão expôs sua concepção de Estado ideal, apresentando os elementos do que considerava uma sociedade organizada, na qual a justiça deveria prevalecer. Para ele, a sociedade de seu tempo era injusta por permanecer dividida em duas Cidades inimigas: a dos pobres e a dos ricos²⁴⁸. Em defesa do que seria uma organização social justa, Platão apregoava o direito à igualdade no âmbito de um Estado uno, e não dividido entre os grupos inimigos dos ricos e dos pobres. A justiça, supostamente fundada na igualdade e no fim da divisão da sociedade em ricos e pobres, deveria orientar a organização

²⁴⁴ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 15.

²⁴⁵ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 45.

²⁴⁶ Cfr. Martim de Albuquerque, *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 11.

²⁴⁷ A doutrina de Sócrates conduzia aos princípios da liberdade e igualdade políticas. Cfr. Raymond G. Gettell, *História das ideias políticas*, p. 58. Sócrates, p. 57, “defendeu a educação política e atacou a democracia triunfante no seu tempo, com a teoria da igualdade humana e a eleição dos funcionários por meio de sorteio, preconizando que o Estado fôsse regido pela aristocracia da inteligência; restaurou a relação entre política e ética, delineou a questão fundamental do possível conflito entre as normas éticas e políticas do direito e defendeu, com sua morte, a opinião de que o indivíduo deve observar os preceitos fundamentais da sua razão de preferência às leis vigentes num Estado”.

²⁴⁸ Cfr. Platão, *A República*, p. 167 (423^a), “são pelo menos duas, inimigas uma da outra, uma dos pobres e outra dos ricos! Em cada uma destas duas há muitas outras. Se as tratares como sendo uma só, enganas-te redondamente (...)”.

da Cidade ideal. Na busca da Cidade justa, poder-se-ia até mesmo sacrificar a própria liberdade²⁴⁹.

No pensamento de Platão, a propriedade privada era a fonte da divisão permanente da Cidade, uma vez que gerava desigualdade entre os ricos, que a detinham, e os pobres, que nada ou muito pouco possuíam. Em busca da realização da justiça, Platão propunha, então, que a propriedade privada fosse retirada das mãos dos ricos (magistrados e guardas) e repassada para o Estado²⁵⁰.

Segundo o idealismo platônico, a Cidade ideal era constituída de três classes sociais com vocações próprias: os magistrados, responsáveis por governar; os guardas, cuja função era garantir a segurança; e, por fim, os lavradores, cujo trabalho deveria satisfazer as necessidades materiais. A escolha da profissão de cada indivíduo caberia ao Estado, de acordo com a alma de cada um, determinada a partir do nascimento²⁵¹, o que denota uma doutrina estática de divisão de classes²⁵², em prol da unidade da Cidade.

Na estratificação social de sua Cidade ideal, Platão omitia qualquer referência aos escravos enquanto seres humanos, apresentando-os sempre como meros objetos ou pertencas de seus donos²⁵³.

A doutrina de Platão não se centrava no indivíduo, no plano das relações individuais. Ao contrário, a sociedade, como um todo, é que deveria ser justa. Nessa linha de entendimento, a teoria platônica sobrepunha a felicidade da Cidade à dos indivíduos que a compunham, como única forma de se alcançar a verdadeira justiça. Dito de outro modo, o bem-estar da sociedade estaria acima do bem-estar dos próprios indivíduos que dela faziam parte²⁵⁴.

O interesse de Platão se concentrava na classe dos magistrados, enquanto governantes da Cidade. Com vista a garantir a honestidade dos governantes, evitando que estes

²⁴⁹ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 43.

²⁵⁰ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 44.

²⁵¹ Cfr. Platão, *A República*, p. 168 (423d), “mesmo os outros cidadãos devem ser encaminhados para a actividade para que nasceram, e só para ela, a fim de que cada um, cuidando do que lhe diz respeito, não seja múltiplo, mas uno, e deste modo, certamente, a cidade inteira crescerá na unidade, e não na multiplicidade.” Para Platão, os que nascessem com alma de ouro, deveriam governar; os que nascessem com alma de prata, seriam guardas; e os que nascessem com alma de ferro ou bronze, seriam lavradores ou artífices. Platão, p. 157 (415b), admite, no entanto, que “do ouro nasça uma prole argêntea, e da prata, uma áurea, e assim todos os restantes, uns dos outros.” Nesses casos, ainda assim a profissão seria determinada de acordo com a natureza da alma do indivíduo, que, na verdade, relaciona-se com a capacidade intelectual de cada um.

²⁵² Observe-se que a divisão da Cidade em classes não obedece necessariamente a critérios de descendência, mas sim à natureza da alma do indivíduo (ouro, prata ou bronze), quando do seu nascimento. Mas, uma vez identificada a vocação do indivíduo, este devia seguir a profissão que lhe fosse inexoravelmente determinada, em prol da unidade da Cidade.

²⁵³ Cfr. Isabel Maria Banond de Almeida, *A ideia de liberdade no Mundo Antigo: notas para uma reflexão*, p. 386.

²⁵⁴ Cfr. Raymond G. Gettell, *História das ideias políticas*, p. 63.

se corrompessem pelos egoísmos familiares e patrimoniais, Platão sobrelevava, além da abolição da propriedade privada dos magistrados, a extinção da família²⁵⁵ e do casamento.

Pregava, ainda, um melhoramento – objetivando a pureza – da raça humana²⁵⁶, orientado pelo próprio Estado, a fim de desenvolver indivíduos mais sadios, cujos corpos não precisassem de remédios. Tal forma de *seleção natural* seria instituída à revelia de todos, salvo dos próprios chefes, a fim de evitar dissensões, determinando-se um tratamento diferenciado para os filhos dos *homens superiores*, em detrimento daqueles que descendessem de *homens inferiores*²⁵⁷.

Atribui-se a Platão a defesa da igualdade de oportunidades, pois este propugnava que às crianças virtuosas e talentosas fossem concedidas chances de ultrapassarem as desigualdades sociais, por meio da educação²⁵⁸. Em vista disso, no projeto platônico da Cidade ideal, caberia ao Estado promover a educação de todos os cidadãos, em igualdade de condições, independentemente de sua origem social. Seguia-se o postulado educacional segundo o qual a toda pessoa deveria ser dado o grau e tipo de educação que sua inteligência exigisse²⁵⁹. Assim, a excelência da inteligência de cada um seria responsável por revelar sua aptidão (sua alma) e, portanto, o seu futuro profissional, enquanto membro da Cidade ideal.

Para alcançar o ideal da sociedade justa, Platão defendia uma espécie de *monarquia filosófica*, liderada por um rei-filósofo, que deveria exercer comando autoritário e, quando preciso, até mesmo violento²⁶⁰. Seria o governo dos sábios: o tirano deveria se tornar filósofo, ou a um filósofo deveria ser concedido o poder²⁶¹. Pregava, então, um princípio de governo associado à dominação da inteligência política, à soberania da sabedoria²⁶². Daí a aversão do filósofo à democracia, já que desacreditava na capacidade das massas de possuir a sabedoria necessária para o alcance da justiça que deveria imperar na Cidade ideal.

²⁵⁵ Platão, *A República*, p. 224 (457d), propõe uma comunidade das mulheres e dos filhos, na qual “as mulheres serão comuns a todos esses homens, e nenhuma coabitará em particular com nenhum deles; e, por sua vez, os filhos serão comuns, e nem os pais saberão quem são os seus próprios filhos, nem os filhos os pais.”

²⁵⁶ Cfr. Platão, *A República*, p. 227 (459e), “é preciso, de acordo com o que estabelecemos, que os homens superiores se encontrem com as mulheres superiores o maior número de vezes possível, e inversamente, os inferiores com as inferiores, e que se crie a descendência daqueles, e a destes não, se queremos que o rebanho se eleve às alturas (...)”.

²⁵⁷ Cfr. Platão, *A República*, p. 228-229 (460c), “pegarão então os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.”

²⁵⁸ Cfr. Martim de Albuquerque, *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 11-12.

²⁵⁹ Cfr. Salvador Giner, *História del pensamiento social*, p. 33.

²⁶⁰ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 46.

²⁶¹ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 90.

²⁶² Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 77.

Embora o móvel inicial das inquietudes de Platão em busca de uma Cidade ideal fosse justamente a injustiça e a desigualdade decorrentes da divisão entre ricos e pobres, o filósofo não apresenta proposta de promoção social das classes inferiores, além da oportunidade de acesso igualitário à educação. Assim, as classes inferiores deviam trabalhar pelo sustento material dos ricos, que continuariam a possuir os privilégios próprios das classes dirigentes, mas custeados pelos pobres²⁶³. O determinismo social atrelado ao pensamento platônico engessava a mobilidade social, sendo que cada indivíduo estava inevitavelmente destinado a permanecer nas funções que lhe fossem atribuídas pelo Estado, independentemente de seus esforços e méritos pessoais.

Como visto, o esquema de organização social platônico tinha como pedra angular a divisão do trabalho, fulcrada na especialização das tarefas impostas a cada indivíduo pelo Estado. Essa divisão de tarefas, própria de um Estado organizado funcionalmente, tinha raiz moral, uma vez que se relacionava com a natureza da alma dos indivíduos. Devia obedecer às capacidades inatas de cada um, a critérios de excelência moral e intelectual, e não a questões relacionadas à riqueza ou à ascendência²⁶⁴.

O projeto platônico da Cidade ideal era marcado por um regime comunista, mas apenas no que se refere às classes superiores, que deveriam obedecer a um sistema social no qual a propriedade privada não existia. Tratava-se, portanto, de um comunismo aristocrático²⁶⁵ sustentado pela mão de obra dos trabalhadores, marcados pelo infortúnio inexorável de não terem nascido com *alma de ouro*.

A Cidade ideal de Platão, portanto, continuaria dividida entre ricos e pobres, não sendo capaz de garantir a felicidade nem a liberdade, tampouco a igualdade aos seus cidadãos. E, permaneceria, por isso, injusta e muito mais próxima da Cidade real do que propunha o seu idealizador.

²⁶³ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 49, “os detentores da razão e da coragem receberão o poder e o dinheiro; mas os que tiverem o azar de nascer com alma de ferro ou de bronze assegurarão o sustento dos governantes, não terão nenhum direito perante estes, e ficarão adstritos a uma única obrigação: o dever de os alimentar, vestir e sustentar.”

²⁶⁴ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 30-31.

²⁶⁵ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 31.

1.3. A(s) justiça(s) segundo Aristóteles

Aristóteles (384-322 a.C.) – ao contrário de Platão, de quem era discípulo – afastou-se do método utópico. Tinha como ponto de partida o estudo comparativo dos governos existentes ao seu tempo, sendo considerado prático, lógico, sistemático e realista²⁶⁶.

Diferentemente do modelo estatal idealizado por Platão, para Aristóteles, o Estado tinha por fim a busca da felicidade, do equilíbrio dos cidadãos, o que apenas seria possível por meio da virtude e da razão. E para que a vida em sociedade fosse viável, exigia-se a boa aplicação de boas leis. Somente pelas leis os *homens* poderiam se tornar bons.

A doutrina aristotélica defendia a instituição familiar, a propriedade privada e a intervenção do Estado – cujo principal fim era a felicidade do cidadão – na educação e na justa distribuição da riqueza²⁶⁷. Aristóteles afirmava que cada indivíduo deveria possuir bens materiais moderadamente, no que também se afastava das ideias comunistas de Platão em relação à extinção da propriedade privada. Apesar de preconizar o pluralismo social e político, Aristóteles desacreditava na capacidade das classes trabalhadoras para a participação na vida política, razão pela qual não deviam gozar do privilégio da cidadania²⁶⁸.

Particularmente importante é a identificação, por Aristóteles, de uma terceira camada social, a que denominava de classes intermédias. O Estado dividia-se, por conseguinte, não em duas – como afirmava Platão –, mas em três classes de cidadãos: os muito ricos, os muito pobres e os que se encontravam em condição intermédia, com bens suficientes para suprir as suas necessidades. Para Aristóteles, as pessoas que viviam nessa condição intermédia se submetiam mais facilmente à razão. Assim, a sociedade civil mais perfeita seria aquela que possuísse um governo majoritário de classe média²⁶⁹. Nesse sentido, defendia a instauração de uma república de classes médias que beneficiasse mais os pobres do que os ricos, concedendo “a mesma educação para os filhos dos ricos e dos pobres, a mesma alimentação, a mesma igualdade de acesso às magistraturas do Estado”²⁷⁰.

²⁶⁶ Cfr. Raymond G. Gettell, *História das ideias políticas*, p. 64; Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 53.

²⁶⁷ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 61.

²⁶⁸ Cfr. Raymond G. Gettell, *História das ideias políticas*, p. 67. Aristóteles, *Política*, p. 187 (III, 1275a20-25), definia a cidadania como “capacidade de participar na administração da justiça e do governo”. Mas admite, p. 189 (III, 1275b5), que essa definição de cidadão refere-se ao regime democrático, sendo, necessariamente, diferente em cada regime.

²⁶⁹ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 55.

²⁷⁰ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 243 (III,1294b).

Em sua obra *Política*, Aristóteles manifestava preocupação com o tema da igualdade, num contexto social no qual a escravatura era natural e, por isso mesmo, justa²⁷¹. Teorizando sobre a escravatura, o filósofo grego afirmava que uma família completa era constituída por homens livres e escravos²⁷², sendo que estes últimos seriam *uma espécie de propriedade viva, necessária*²⁷³ à consecução de certas atividades no seio da família. O escravo não apenas servia ao seu senhor, mas lhe pertencia inteiramente, como “uma espécie de parte animada do corpo deste”²⁷⁴. Objeto de propriedade por parte de outro homem, o escravo não pertencia a si próprio; era escravo por natureza.

Segundo a doutrina aristotélica, era do nascimento que se determinava a diferença entre os destinados a mandar e aqueles designados a obedecer. A própria natureza se incumbia de modelar os respectivos corpos de forma diferente, conforme o destino de cada um²⁷⁵. A escravidão consistia numa *vantagem* para o servo que, incapaz de se autorreger, contava com a superioridade virtuosa de seu senhor para governá-lo. O que Aristóteles não explica é por que essa relação (praticamente paternal), tão conforme com a natureza, precisava ser mantida pela violência, pela submissão forçada.

Coerentemente com as desigualdades naturais que alicerçavam a escravatura, não havia, segundo Aristóteles, injustiça na relação de servidão. Se o escravo era uma parte do próprio senhor (propriedade viva), e considerando-se que a injustiça não poderia ser praticada contra si mesmo, não havia justiça ou injustiça no âmbito do instituto da escravidão²⁷⁶. Desse modo, para Aristóteles, a escravatura remontava a uma relação de subordinação estranha ao direito, em virtude da sua naturalidade.

No que tange à questão da igualdade na participação dos cidadãos nas magistraturas, Aristóteles sustentava que, como decorrência da justiça, devia haver igualdade para os iguais. Consoante o seu pensamento, indivíduos diferentes tinham direitos e méritos

²⁷¹ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 65 (I,1255a), “é óbvio, então, que uns são livres e outros escravos, por natureza, e que para estes a escravidão é não só adequada mas também justa”.

²⁷² Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 57 (I,1253b5).

²⁷³ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 59 (I,1254a30-35), “o escravo é uma espécie de propriedade viva e todo o ajudante é como o primeiro de todos os instrumentos. Se cada instrumento pudesse desempenhar a sua função a nosso mando, ou como que antecipando-se ao que se lhe vai pedir (...), e se, do mesmo modo os teares tecessem sozinhos, e se as palhetas tocassem sozinhas a cítara, então os mestres não teriam necessidade de ajudantes nem os senhores de escravos.”

²⁷⁴ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 69 (I,1255b10).

²⁷⁵ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 65 (I,1254b25-35), “é intenção da natureza modelar os corpos dos homens livres de modo diferente dos corpos dos escravos, atribuindo a uns a força necessária para os trabalhos pesados e dando a outros a postura erecta e tornando-os impróprios para esse género de trabalhos, mas tornando-os aptos para a vida de cidadão”. Aristóteles, p. 68-69 (I,1255a-1255b15), admite, no entanto, a possibilidade de homens se tornarem escravos por convenção ou por violência, sem o serem por natureza, o que torna a escravatura, nesses casos, injusta.

²⁷⁶ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 121 (1134b12-14).

diferentes, mas a superioridade para o exercício das magistraturas não se devia medir apenas pelo nascimento livre e pela riqueza. Esses seriam bens necessários, mas não suficientes; era preciso, ainda, a justiça e o valor guerreiro, elementos sem os quais não era possível o governo da cidade²⁷⁷. Em síntese, importava atentar para os méritos de cada cidadão, atribuindo-se as magistraturas àqueles que melhor desempenhassem seu trabalho, visando ao interesse da cidade e da comunidade dos cidadãos.

De acordo com Aristóteles, a causa principal das revoluções era o desejo de igualdade, gerador de luta entre os que tudo possuíam e os que nada possuíam²⁷⁸. A desigualdade advinha justamente dos excessos que moviam os anseios por igualdade. Os que se encontravam em situação inferior pretendiam partilhar inteiramente do estatuto igualitário dos que se encontravam em situação de superioridade²⁷⁹. Estes, por sua vez, almejavam possuir mais do que os restantes²⁸⁰.

Na visão de Aristóteles, os regimes de governo desviados defendiam uma concepção apenas relativa de justiça, ainda que presumissem que a justiça que proclamavam tinha caráter absoluto. Sob essa ótica, a oligarquia e a democracia surgiam da ambivalência na forma de concepção da igualdade. Para a oligarquia, a igualdade dos indivíduos fundava-se na riqueza; para a democracia, na liberdade²⁸¹. Na concepção aristotélica de justiça, a ordenação constitucional de um regime não devia ter como fundamento integral nenhuma dessas acepções igualitárias, sob pena de comprometimento da estabilidade governamental.

O filósofo grego propunha dois significados gerais para o termo justiça: um relacionado à justiça como legalidade e outro relacionado à justiça como igualdade. No primeiro caso, a justiça relacionava-se com o respeito à lei, e a injustiça com inobservância da lei. Embora não se confundissem legalidade e justiça, considerava-se que a justiça só poderia ser atingida por meio do respeito à lei.

²⁷⁷ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 235, (III, 1283a20), “os que ocupam a magistratura devem ser necessariamente livres e pagar impostos (a cidade, com efeito, nunca poderia ser composta apenas por pobres e escravos). Mas se a riqueza e nascimento livre são elementos necessários, é evidente que também o são a justiça e o valor guerreiro sem as quais não é possível o governo da cidade. Sem os dois primeiros elementos é impossível a existência da cidade, e sem os dois últimos é impossível a boa administração.”

²⁷⁸ Cfr. Raymond G. Gettell, *História das ideias políticas*, p. 66.

²⁷⁹ Nas palavras de Aristóteles, *Política*, p. 355 (V, 1302a25), “os partidários da igualdade fomentam as sublevações sempre que constatarem que, apesar de iguais, estão em desvantagem em relação aos outros que possuem mais do que eles. Por outro lado, os partidários da desigualdade fazem o mesmo: originam lutas se constatarem que, sendo desiguais, não se vêem com mais do que os outros, mas precisamente com o mesmo, ou menos ainda.”

²⁸⁰ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 349 (V, 1301a30).

²⁸¹ Cfr. Luís Pereira Coutinho, *Regimes Políticos e Justiça em Aristóteles: algumas notas*, p. 84-85.

Aristóteles apresentava nítida distinção entre o que chamava de justiça universal ou legal – relacionada com a legalidade – e a justiça parcial ou particular – que dizia respeito à igualdade e à equidade. Quanto à justiça legal, Aristóteles defendia que uma lei justa era aquela que instituía a igualdade ou que a respeitasse, quando já instituía²⁸². Coerentemente com tal entendimento, Aristóteles concebia toda legalidade como, de algum modo, justa²⁸³. Nada obstante, o filósofo não parecia alheio à questão do conteúdo da lei para o alcance efetivo da justiça²⁸⁴.

Centrada no indivíduo, a justiça parcial ou particular, por sua vez, era subdividida em justiça distributiva e justiça corretiva²⁸⁵. A justiça distributiva, incidente nas relações entre Estado e cidadãos, adotava a proporcionalidade como critério²⁸⁶. Referia-se à distribuição da honra e riqueza, assim como de tudo que podia ser distribuído entre os membros da comunidade. Assim, a distribuição dos bens comuns devia ser feita com observância do princípio da proporcionalidade, sendo “sempre proporcional aos contributos individuais de cada um”²⁸⁷. Para Aristóteles, a comunidade política tinha como objetivo não apenas a convivência, mas também a prática de boas ações. Por isso, aqueles que contribuíam em maior medida para os fins da comunidade mereciam receber mais da *polis* do que aqueles que, por acaso, se igualassem em liberdade, riqueza ou linhagem, mas não em virtude²⁸⁸.

De acordo com a doutrina aristotélica, portanto, a justiça distributiva consistia fundamentalmente na distribuição de vantagens e desvantagens, determinando-se uma

²⁸² Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 108 (1129b1); Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 6.

²⁸³ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 108 (1129b12).

²⁸⁴ De fato, em outro trecho, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 109 (1129b24-26), o filósofo afirma que “se o que estiver disposto na lei tiver sido correctamente disposto pelo legislador, a lei é justa, caso seja extemporânea poderá não ser tão justa.”

²⁸⁵ Diogo Freitas do Amaral, *O princípio da justiça no Artigo 266º da Constituição*, p. 690, explica que de acordo com a concepção aristotélica de justiça, “na justiça distributiva, o critério que se deve utilizar para que haja justiça é o da proporcionalidade entre os cidadãos segundo os seus méritos; na justiça correctiva, o critério deve ser o da igualdade matemática. Ou seja, no primeiro caso, na organização da sociedade, nas relações do indivíduo com o Estado, não é possível obter uma igualdade matemática porque as situações de cada um são diferentes. O que tem de haver é uma justiça baseada na proporcionalidade. Por exemplo, a ideia de que os ricos devem pagar mais impostos do que os pobres, e de que os pobres devem receber mais segurança social do que os ricos, é uma ideia de proporcionalidade. Pelo contrário, nos contratos e nas outras transações entre indivíduos, deve prevalecer, para que haja justiça, a ideia de igualdade: quem compra uma casa deve dar por ela o preço justo, que será igual ao valor que a casa tem; quem comete um crime deve sofrer uma pena correspondente ao mal que praticou; quem causa um prejuízo deve pagar uma indenização igual ao dano provocado à outra pessoa; etc.”

²⁸⁶ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 114 (1131b18), “Justo nesse sentido é então a proporção. Injusto, enquanto a aceção oposta, é o que viola o princípio da proporção. Acontece, pois, por violação do princípio da proporção que um tem de mais ou outro de menos, tal como se passa com os factos da vida, porque quem praticar a injustiça tem de mais e quem sofrer a injustiça tem de menos relativamente ao bem que de cada vez estiverem causa”.

²⁸⁷ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 114 (1131b30).

²⁸⁸ Cfr. Eduardo García Máynez, *Doctrina Aristotélica de la Justicia – Estudio, selección y traducción de textos*, p. 82.

distribuição igual entre iguais e desigual entre desiguais, de acordo com uma igualdade proporcional, e não aritmética²⁸⁹. Tal assertiva é invariável para todos os regimes, que divergem, no entanto, quanto aos critérios de diferenciação que determinam a igualdade ou desigualdade dos cidadãos. É certo que a justiça exercida de modo absoluto deveria visar à igualdade segundo o mérito²⁹⁰. No entanto, a justiça distributiva, fundada na igualdade proporcional, assumiria acepções distintas, variáveis de cidade para cidade, de regime para regime, de acordo com o critério de distribuição por mérito²⁹¹.

No que respeita à temática dos critérios de distribuição, Aristóteles conclui que a relevância desse ou daquele critério num determinado regime está intrinsecamente relacionado com o fim do próprio governo. Nesse mesmo sentido, de extrema relevância é a associação feita por Aristóteles entre os critérios ou princípios de justiça com os regimes políticos vigentes, o que denota que o que é justo no âmbito de um regime poderá não ser justo no âmbito de regime diverso.

Já a justiça corretiva, imperante nas relações entre os indivíduos, tinha por base a igualdade matemática. Resultava num princípio corretivo ante as relações privadas voluntárias (contratuais) ou involuntárias (delituosas). No contexto dessas relações, pouco importava o mérito ou excelência de cada um, pois os atos deviam ser recompensados ou apenados de igual maneira²⁹², respeitando-se uma proporção aritmética, e não mais geométrica. Praticada a injustiça, caberia ao juiz repará-la, reequilibrando a situação e reestabelecendo a igualdade.

1.4. Cícero e Sêneca: a *natureza humana* dos escravos

Apenas com os estoicos²⁹³, mais precisamente Cícero (106-43 a.C.) e Sêneca (4 a.C.-65 d.C.), é que começa a ser, de algum modo, contestada a ideia de desigualdade natural

²⁸⁹ Segundo Aristóteles, *Política*, p. 353 (V, 1301b30), “há duas formas de conceber a igualdade: ou segundo o número, ou segundo o mérito. Considero numérica a igualdade que diz respeito ao que é igual e idêntico, em quantidade e grandeza. Por igualdade segundo o mérito, considero o que é igual em termos proporcionais.”

²⁹⁰ Cfr. Aristóteles, *Política*, p. 353 (V, 1301b35).

²⁹¹ De acordo com Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 113 (1131a25-30), “o sentido do princípio de distribuição por mérito envolve controvérsia e não é o mesmo para todos. Para os democratas é a liberdade, mas para os oligarcas, é a riqueza, ou ainda o berço. Contudo, para os aristocratas é a excelência.”

²⁹² Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 114 (1132a2), “aqui é irrelevante se é uma boa pessoa que defrauda uma má ou se é uma má pessoa que defrauda a boa, tal como é irrelevante se quem comete adultério é boa ou má pessoa.”

²⁹³ Para Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 65, o estoicismo constituiu uma corrente de pensamento que prenunciou o Cristianismo, sendo marcada pela crença num Deus único e pela defesa da existência de um direito natural de origem divina e validade eterna. Daí inicia-se a ideia de Humanidade formada por todos os homens como membros de uma só família.

entre os homens, nos termos defendidos por Aristóteles, que considerava o escravo como propriedade do senhor.

As primeiras manifestações que propunham o abrandamento das condições subumanas que eram impostas aos escravos na era clássica tinham conotação utilitarista, visando à melhor produtividade. Considerando-se a função predominantemente econômica da escravatura, era conveniente que tanto os escravos como os animais tivessem condições de continuar desempenhando seu trabalho²⁹⁴.

As ideias de Cícero parecem coincidir com essa linha de pensamento. Para ele, qualquer das três formas de organização política – monarquia, aristocracia ou democracia – podia ser legítima, desde que respeitasse uma condição preexistente: a República deveria permanecer *coisa do povo*²⁹⁵. O advogado romano propugnava uma constituição mista, que reunisse os três modos de governo, e, assim, fosse capaz de manter a estabilidade. A constituição mista ou temperada proposta por Cícero constituía-se num equilíbrio, numa fusão das vantagens inerentes a cada um dos três regimes²⁹⁶: a existência de um poder centralizado – subordinado ao Direito Natural²⁹⁷ – atribuído à figura do rei ou dos magistrados (princípio monárquico); um conselho dos grandes (princípio aristocrático), com lucidez e conhecimento para tratar dos negócios públicos; a liberdade e justiça implícitas no regime democrático (princípio popular). Na concepção de Cícero, a justiça tinha por objeto a manutenção das relações sociais e da vida em comunidade, sendo que a participação na vida política, além de decorrência da própria natureza humana, era o primeiro dos deveres impostos ao homem.

Cícero preconizava a essencial dignidade de todos os homens, fundada na natureza humana regida pela razão. Para ele, todos os homens possuíam razão e conhecimento do honesto e do desonesto, do justo e do injusto²⁹⁸, devendo-se – de acordo com os ideais de justiça e igualdade – *dar para cada um o que é seu*, conforme definido pela lei natural.

Nada obstante, nota-se, no pensamento de Cícero, uma aceitação da sociedade romana tal como ela era, mesmo com suas desigualdades, especialmente aquela existente entre homens livres e escravos. Embora o *humanismo igualitário* de Cícero o tenha levado a uma

²⁹⁴ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 78.

²⁹⁵ Cfr. Pierre-François Mourier, *Cicéron – L’avocat et la République*, p. 84. Para Cícero, *Tratado da República*, p. 98 (I, 39) o povo “não é um qualquer ajuntamento de homens congregado de qualquer maneira, mas o ajuntamento de uma multidão associada por um consenso jurídico e por uma comunidade de interesses.”

²⁹⁶ Cfr. Cícero, *Tratado da República*, p. 147 (II, 41).

²⁹⁷ Cícero defendia a existência de uma só lei verdadeira, conforme a Natureza e proveniente de um Deus único. Essa lei, para ele, é atemporal, eterna e imutável, não sendo lícita sua revogação. Sendo a lei da reta razão, é interiorizada em todos os homens.

²⁹⁸ Cfr. Isabel Maria Banond de Almeida, *A ideia de liberdade no Mundo Antigo: notas para uma reflexão*, p. 428.

atitude crítica em relação ao fenômeno da escravatura, esta é tratada em sua obra com relativa legitimidade. Desse modo, a escravatura em si não seria condenável, embora os senhores tivessem o dever de bom tratamento de seus escravos²⁹⁹. Para Cícero, a justiça também era devida aos escravos. Não se censurava a *utilização* destes como empregados, mas se devia facultar-lhes aquilo que fosse considerado justo³⁰⁰.

Os primeiros sinais mais explícitos da ideia de *humanização* dos escravos ocorrem, em âmbito filosófico, sobretudo a partir de Sêneca, para quem os escravos tinham a mesma origem dos homens livres³⁰¹. Recordando que os senhores estavam sujeitos aos mesmos *golpes da fortuna* que levaram os servos à escravidão³⁰², Sêneca sugeria que os escravos fossem tratados com clemência e afabilidade, sendo admitidos nas conversas, nas deliberações e nas refeições dos senhores³⁰³. Dessa maneira, os escravos – assim como os homens livres – não deviam ser julgados pelas tarefas que executavam, mas pela sua conduta moral, o que remetia à ideia de que aqueles, sendo homens como os senhores, eram dotados de alma³⁰⁴, de dignidade, de moral, de racionalidade. Nesse sentido, Sêneca defendia ser preferível inspirar respeito a medo nos escravos – mesmo porque aquele que é respeitado é também amado –, propondo que os castigos fossem apenas verbais, e não mais físicos³⁰⁵.

Em síntese, nota-se que tanto Cícero quanto Sêneca, inseridos na escola estoica, seguiam uma linha *humanista igualitária*. Nada obstante, a noção de humanidade enquanto comunidade de *homens iguais*, em Cícero, dizia respeito exclusivamente aos *homens livres*, entendimento típico da era clássica. Sêneca vai mais além ao identificar também nos escravos características essencialmente humanas. Entretanto, deve-se observar que nem Cícero, nem Sêneca levantavam vozes contra a escravatura – instituto considerado legítimo para o período histórico vivenciado –, mas se limitam apenas a preconizar tratamento menos degradante ou *mais humanitário* aos escravos por parte de seus senhores. Aos escravos – admitidos como de natureza humana – devia-se reconhecer, no máximo, justiça, clemência ou amizade, mas não, efetivamente, igualdade.

²⁹⁹ Cfr. Pierre-François Mourier, *Cicéron – L’avocat et la République*, p.105.

³⁰⁰ Cfr. Cícero, *Dos Deveres (De Officiis)*, p. 30 (I, 41-47), “devemos lembrar-nos de que a justiça merece também ser observada para com aqueles que são humildes. A condição e a sorte dos servos são das mais baixas, em relação a esta circunstância não procederão mal aqueles que decidirem assim utilizar os escravos como empregados, devendo a eles se exigir trabalho, facultando-lhes, por outro lado, aquilo que se considera justo”.

³⁰¹ Cfr. Sêneca, *Cartas a Lucílio*, p. 158 (V, 47, 10), “Pensa bem como esse homem que chamas teu escravo nasceu da mesma semente que tu, goza do mesmo céu, respira, vive e morre tal como tu. Tanto direito tens tu de olhá-lo como homem livre como ele a olhar-te como escravo”.

³⁰² Cfr. Sêneca, *Cartas a Lucílio*, p. 156 (V, 47, 2).

³⁰³ Cfr. Sêneca, *Cartas a Lucílio* p. 158 (V, 47, 13).

³⁰⁴ Sêneca, *Cartas a Lucílio*, p. 160 (V, 47, 17), afirma que um escravo pode ter alma de homem livre.

³⁰⁵ Cfr. Sêneca, *Cartas a Lucílio*, p. 161 (V, 47, 20).

2. A igualdade na Idade Média

2.1. A revolução cristã

A tradição judaico-cristã é considerada a corrente de pensamento mais importante do período medieval. Ainda que se enquadre essencialmente como revolução de caráter religioso³⁰⁶, não se pode negar sua influência nos planos moral, social e político.

O cristianismo tem como fundador Jesus de Nazaré que, assim como Sócrates, não deixou nenhuma obra escrita, tendo sua doutrina sido disseminada pelos escritos de seus discípulos.

A revolução cristã caracterizou-se, primeiramente, por uma modificação radical da concepção que se tinha da divindade. Afirmava-se a transcendência divina, em razão da qual se estabeleceu que Deus era situado fora da natureza visível e acima dela³⁰⁷. Nada obstante, o cristianismo não representou total ruptura com o mundo antigo, tendo se inspirado, no plano filosófico, no pensamento antigo, em muitos de seus aspectos³⁰⁸. Certos fragmentos das correntes estoicistas são marcantes na doutrina cristã, principalmente no que se refere à ideia de liberdade e igualdade naturais aos homens.

A primazia da pessoa humana representa a tônica do cristianismo. A natureza religiosa e moral atribuída ao ser humano importa recusa de sua completa absorção pelo poder estatal. Cada pessoa guarda em si fins essenciais que não podem ser sacrificados, possuindo direitos inerentes à sua personalidade, o que resulta na ideia de limitação dos poderes estatais³⁰⁹.

Desse modo, o indivíduo que, na Antiguidade Clássica, era considerado parte da coletividade política, com a revolução cristã tornou-se um valor absoluto. A inovadora noção cristã de humanidade atribuiu a todos os seres humanos a mesma natureza³¹⁰. Dito de outro modo, criado à imagem e semelhança de Deus, cada ser humano passa a ser dotado da mesma natureza inviolável. A ideia de unidade humana não se restringia mais às linhas geográficas da *polis*³¹¹, marcando o universalismo da doutrina cristã, que não admite a desigualdade natural *entre os homens*.

³⁰⁶ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 157.

³⁰⁷ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 157.

³⁰⁸ Importa mencionar, por exemplo, a influência das doutrinas platônica e aristotélica no pensamento de São Tomás de Aquino.

³⁰⁹ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 163.

³¹⁰ “Não há mais judeu ou grego, escravo ou livre, homem ou mulher, pois todos vós sois um só, em Jesus Cristo.” Carta de São Paulo aos Gálatas, 3, 26-29.

³¹¹ Tal como se referiam Platão e Aristóteles acerca da unidade da Cidade.

As diversidades existentes não impedem que todos façam parte da humanidade³¹², sendo cada ser humano igualmente filho de Deus. É a partir do cristianismo que as ideias de universalidade do direito começam a transpassar o mero discurso filosófico e religioso para adquirir espaço também na seara jurídico-política³¹³.

Os ensinamentos de Jesus eram tidos como revolucionários e se baseavam numa interpretação peculiar da justiça, fundada no amor ao próximo e na caridade fraterna³¹⁴. Os homens deviam tratar seus irmãos como gostariam de ser tratados³¹⁵, amando-os como a si mesmos³¹⁶. A religião cristã encerra uma ética voltada para os pobres – apesar de não se poder identificar um sistema concreto de ideais econômicos –, pregando a caridade entre os homens, tidos como irmãos, filhos de Deus, que deveriam livrar-se de suas posses materiais em favor dos mais necessitados. Para Jesus Cristo não era possível servir a dois senhores – Deus e a riqueza – ao mesmo tempo³¹⁷.

É atribuída a São Paulo de Tarso – responsável por iniciar a pregação da doutrina cristã entre os não judeus – a universalização do cristianismo³¹⁸. Seguindo a doutrina originária de Jesus Cristo de indiferença em relação ao mundo terreno, São Paulo aconselhava que os escravos servissem fielmente aos seus amos. No mesmo sentido, reconhecia a origem divina da autoridade política. Não que isso encerrasse uma aprovação completa das relações de poder mundanas, mas, antes, consistia na ideia de que a obediência às leis terrenas equivalia ao sacrifício para ganhar o reino dos céus³¹⁹. De outro modo, São Paulo pregava a igualdade, em Jesus Cristo, de homens e mulheres, escravos e homens livres, gregos, judeus e romanos³²⁰, ideia que, embora mantida no nível das abstrações, foi recebida como potencial ameaça pela organização política romana³²¹.

³¹² Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p.169, “(...) le mot «humanité» va designer une entité propre, celle constituée par toutes les générations et toutes les races, par les hommes de tous les temps et de tous les pays, de toutes les conditions, entre lesquels la présence de Dieu a institué une solidarité réelle.”

³¹³ Para uma análise da igualdade humana fundada nos textos bíblicos cfr. George P. Fletcher, *God's image and egalitarian politics*.

³¹⁴ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 114-115.

³¹⁵ Mateus, 7:12; Lucas 6:31.

³¹⁶ Mateus, 22:39.

³¹⁷ É nesse sentido que se afirma que dificilmente um rico entrará no Reino dos céus (Mateus, 19:23) e que é mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha do que um rico entrar no reino de Deus (Mateus, 19:24).

³¹⁸ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 118.

³¹⁹ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 119.

³²⁰ Cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 167, “les trois division capitalistes du monde antique: la division des Juifs entre le peuple élu et ceux qui n'en étaient pas, les Gentils; la division des Grecs entre eux-mêmes et le reste du monde, formé de barbares; enfin la division, fondamentale partout, entre ceux qui sont libres et ceux qui sont asservis, s'évanouissent dans cette rénovation intégrale qu'apporte le christianisme.”

³²¹ Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 119.

A doutrina cristã contribuiu para o desenvolvimento do humanismo, influenciando as concepções de ser humano que se seguiram, no que concerne à sua dignidade existencial. O ideal igualitarista cristão, que pregava a igualdade de todos perante Deus, no entanto, não impediu a perpetuação de desigualdades socioeconômicas – muitas delas consentidas pela Igreja, cujo poder, por longo tempo, associava-se ao poder estatal –, nem mesmo da própria escravatura, justificada pela doutrina cristã.

2.2. Santo Agostinho e a igualdade absoluta na Cidade de Deus

Santo Agostinho (354-430) marca a transição entre o mundo clássico e o mundo cristão, com a congregação das instituições religiosa e política; com o advento de uma Igreja-Estado.

Influenciado pela concepção platônica da cidade ideal, Santo Agostinho, em sua obra *A Cidade de Deus*, sustentava a existência de duas cidades distintas e em conflito permanente: a Cidade de Deus e a Cidade dos Homens. A primeira, espiritual e invisível para os incrédulos, era, em sua perfeição, representada na cidade terrena pela Igreja. A segunda, em virtude do pecado original, era irremediavelmente imperfeita³²².

Santo Agostinho entendia que todos eram iguais porque filhos de Deus, e apontava o pecado como elemento justificador da desigualdade entre as pessoas. Com uma visão pessimista, Santo Agostinho relacionava a trajetória dos seres humanos no mundo ao pecado, à prática do mal³²³. Somente a observância da doutrina de Jesus Cristo tornava possível a regeneração dos indivíduos que, libertos do pecado, poderiam alcançar a Cidade de Deus, caminhando em direção à vida eterna. Descrente da possibilidade de evolução humana ao longo do tempo, Santo Agostinho defendia uma concepção autoritária e repressiva de Estado, ao mesmo tempo em que lhe atribuía as funções de provimento de bens e de aconselhamento da população³²⁴.

Para Santo Agostinho, nenhum ser humano, conforme criado por Deus, era, por natureza, escravo³²⁵. A escravatura não era instituição própria do direito natural, mas sim

³²² Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 128-129. Ver também Santo Agostinho, *A Cidade de Deus, volume II*, p. 1.319 (livro XIV, cap. XXVIII); p. 1.327-1.329 (livro XV, cap. II); p. 1.333-1.334 (livro XV, cap. IV).

³²³ Dentre os inúmeros trechos, cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus, vol. II*, p. 1.141 (livro XII, cap. XXIII); p. 1.153 (livro XII, cap. XXVIII); p. 1.185 (livro XIII, cap. XIII); p. 1.187 (livro XIII, cap. XIV).

³²⁴ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 86-87.

³²⁵ Cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus, vol. III*, p. 1.923 (livro XIX, cap. XV), sobre a ordem natural, quando da criação do homem por Deus, “Não quis que ele, ser racional feito à sua imagem, dominasse senão sobre os irracionais – e não que o homem sobre o homem, mas o homem sobre o animal.”

consequência da punição pelos pecados cometidos. Enquanto pecadores, os escravos estavam sujeitos à servidão – justificada pela doutrina agostiniana como expiação dos pecados³²⁶ –, pelo que deviam se submeter aos seus senhores de bom coração, servindo-os com boa vontade³²⁷.

Na visão agostiniana, a justiça consistia em dar *para cada um o que é seu*, de acordo com a hierarquia da ordem natural criada por Deus. A lei dos homens devia seguir a lei natural, razão de Deus por Ele ordenada, sendo que todo ser racional tinha essa lei inscrita em sua alma. Nessa linha de entendimento, a justiça perfeita, por meio da igualdade absoluta, só existiria na Cidade de Deus, cujo objetivo era a paz eterna³²⁸. Apenas na vida futura, na Cidade de Deus, haveria a verdadeira paz, a verdadeira justiça, e o verdadeiro bem. Na Cidade terrena, embora os homens se esforçassem para alcançá-los, apenas conseguiriam uma aparência de paz, justiça e bem, já que sem Deus tais valores eram inatingíveis.

2.3. São Tomás de Aquino: justiça como igualdade para o outro

São Tomás de Aquino (1225-1274) afasta-se da visão pessimista própria dos agostinianos, entendendo que o ser humano, ao revés de ser mau por natureza, é potencialmente bom. O Estado não era mais considerado uma consequência do pecado original, mas uma forma de organização humana voltada para o bem comum. Tal finalidade reclamava que aqueles destacados por sua virtude e saber se colocassem à frente e a serviço de seus semelhantes, dirigindo-os³²⁹. O fundamento da existência do Estado encontrava-se – em linha semelhante àquela desenvolvida por Aristóteles – na natureza social, racional e livre do ser humano; ser naturalmente político.

Na visão tomista, dotado de autonomia, o indivíduo não devia ser submetido ao totalitarismo ou à tirania do Estado, que, para além do bem comum, precisava visar também ao bem e à felicidade de cada um³³⁰. A concepção de bem-estar não se limitava à vertente espiritual, devendo o Estado proporcioná-lo também em âmbito material, conferindo às pessoas *bem-estar segundo a lei de Deus*. A noção tomista de vida boa ultrapassava, portanto, o campo

³²⁶ Cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. III, p. 1.924 (livro XIX, cap. XV), “O pecado é, portanto, a primeira causa da servidão: é assim que o homem se submete ao homem pelo vínculo da sua condição; isto não acontece sem um designio de Deus, em quem não há injustiça e que sabe distribuir as penas diferentes conforme as culpas dos pecadores.”

³²⁷ Cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. III, p. 1.925 (livro XIX, cap. XV).

³²⁸ Cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. II, p. 1.311 (livro XIV, cap. XXV).

³²⁹ Cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*, p. 9.

³³⁰ Cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*, p. 57 “(...) el hombre sólo puede ser encuadrado en la comunidade a condición de que siempre quede a salvo e intangible su dignidade personal y lo que ella significa.”

meramente religioso. Segundo São Tomás, o ser humano possui tendência inata para a felicidade e não busca a convivência social simplesmente para viver, mas para viver bem³³¹. Assim, além de fé em Deus e orientação pela Igreja, uma vida boa incluía habitação, saúde, trabalho e suficiência de bens materiais. Os bens necessários para garantir o bem-estar, segundo São Tomás, eram aqueles necessários a todos. Defendia-se, sob esse enfoque, um direito natural ao bem-estar³³², que, variável conforme a situação social e as circunstâncias de cada época³³³, deveria condicionar e orientar o conteúdo da ação estatal.

Para além das diferenças corporais existentes entre as pessoas, São Tomás afirmava haver também diferença dos espíritos e das almas³³⁴, o que resultava em admitir que cada ser humano é dotado de individualidade ímpar³³⁵.

Segundo a doutrina tomista, alteridade e igualdade distinguiam-se como dois elementos da justiça, e de seu objeto, o direito. O papel da justiça era reger o indivíduo em relação ao outro, implicando, por isso, a noção de igualdade³³⁶. Para Santo Tomás, o bem consistia na igualdade, que, diferentemente das demais virtudes humanas, estabelecia-se em relação ao outro. O direito, enquanto objeto da justiça, equivalia ao que era justo; ao que era adequado com relação a outro sujeito – e não com relação a si mesmo –, conforme certo modo de igualdade³³⁷.

Aproximando-se da noção aristotélica, São Tomás afirmava que a justiça equivalia ao hábito – revestido de constante e perpétua vontade – de *dar para cada um o seu direito*³³⁸. O *seu de cada um* era devido em função da igualdade de proporção³³⁹. Os atos humanos eram considerados meritórios, ou não, em relação a outras pessoas, seja ao indivíduo, seja à comunidade³⁴⁰. O mérito ou demérito eram definidos em razão da recompensa ou retribuição devida de acordo com a justiça, outorgada quando alguém faz algo em dano ou proveito de outro³⁴¹.

³³¹ Cfr. Jesús García López. *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, p. 108.

³³² Cfr. Jesús García López. *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, p. 112.

³³³ Cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*, p. 24.

³³⁴ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo III (2)*, p. 181 (1, q. 75, a. 4).

³³⁵ Cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Sto. Tomas de Aquino*, p. 46. Ver também Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo I*, p. 339-349 (1, q. 3, a. 3); *tomo II-III*, p. 691-692 (1, q. 54, a. 3); p. 713-714 (1, q. 56, a. 1).

³³⁶ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 273-274 (2-2, q. 58, a. 2), “(...) como el nombre de ‘justicia’ entraña igualdad, es de esencia de la justicia el referirse a otro, porque nada es igual a sí, sino a otro. (...) Luego, la justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos.”

³³⁷ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 232 (2-2, q. 57, a. 1); p. 234 (2-2, q. 57, a. 2); p. 239 (2-2, q. 57, a. 4).

³³⁸ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 271 (2-2, q. 58, a. 1).

³³⁹ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 293 (2-2, q. 58, a. 11).

³⁴⁰ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo IV*, p. 572 (1-2, q. 21, a. 4).

³⁴¹ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo IV*, p. 569-570 (1-2, q. 21, a. 3).

Apesar da *natureza livre e igual de todos os homens*³⁴², a escravidão também era justificada, na visão tomista, como consequência do pecado³⁴³. De acordo com São Tomás, Cristo veio ao mundo não para libertar os homens da escravidão do corpo, mas da escravidão da alma. Assim, os filhos de Deus libertavam-se do pecado espiritual, mas não da servidão corporal, em virtude da qual os escravos deviam se sujeitar aos seus senhores³⁴⁴. Não se tratava, pois, de uma questão de direito natural, mas de direito das gentes³⁴⁵.

Nada obstante, São Tomás não era adepto da coisificação dos escravos, que, em sua visão, *continuavam sendo homens e conservavam sua personalidade*³⁴⁶. Para ele, algumas pessoas não eram capazes de se autogovernar por sua própria razão, necessitando, assim, que outras fossem regentes de suas vidas. Aos escravos, seres subsistentes por si mesmos, era devida justiça, podendo-se mesmo proceder à regulação jurídica das relações entre senhor e escravo³⁴⁷. Sob o mesmo fundamento derivavam limites aos direitos dos senhores sobre seus escravos, que deviam ser tratados com humanidade³⁴⁸ e possuíam, dentre outros, direito à existência física e integridade corporal, ao matrimônio e à paternidade. São Tomás chegava a afirmar que o escravo também era filho de Deus, sendo-lhe reservada a possibilidade de alcançar a salvação eterna, muito embora precisasse do consentimento do seu amo para ingressar no sacerdócio³⁴⁹.

Seguindo a doutrina de Aristóteles, São Tomás de Aquino subdividia a justiça em distributiva e comutativa, correspondendo a primeira à igualdade de acordo com a proporcionalidade geométrica, e a segunda à igualdade de acordo com a proporcionalidade aritmética. Para São Tomás, a distribuição devia ser feita levando em consideração a preeminência social de cada um, com distribuição de maior parte de bens àqueles que possuíssem mais preeminência, o que era determinado, em cada sociedade, segundo o regime adotado³⁵⁰. Assim, pela justiça distributiva, determinava-se o que é igual não quantitativa, mas

³⁴² Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo IX*, p. 442 (2-2, q.104, a. 5).

³⁴³ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo III (2)*, p. 659 (1, q. 96, a. 4); em outro trecho, *Suma Teologica, tomo X*, p. 873-874 (2-2, q. 189, a.6), afirma que “siendo la esclavitud castigo del pecado, priva al hombre de algo que le pertenecía si no hubiera pecado, y es el derecho de disponer de su propia persona, ya que ‘el esclavo pertenece totalmente a su señor’.”

³⁴⁴ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo IX*, p. 442 (2-2, q.104, a. 5); 444 (2-2, q. 104, a. 6); p. 631-632 (2-2, q. 122, a. 4).

³⁴⁵ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 238 (2-2, q. 57, a. 4), “el que este hombre, considerado en absoluto, sea siervo y no este otro, no se funda en una razón natural, sino solamente en alguna utilidad consiguiente, en cuanto es útil a un individuo ser dirigido por otro más sabio, y a éste ser ayudado por aquél, como disse Aristóteles. Luego la servidumbre, que pertenece al derecho de gentes, es natural en el segundo sentido, no en el primero.” Ver também *Suma Teologica, tomo VI*, p. 139 (1-2, q. 94, a. 5).

³⁴⁶ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 240 (2-2, q. 57, a. 4).

³⁴⁷ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 240 (2-2, q. 57, a. 4).

³⁴⁸ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VI*, p. 512-513 (1-2, q. 105, a. 4).

³⁴⁹ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo X*, p. 873 (2-2, q. 189, a. 6)

³⁵⁰ Cfr. Santo Tomas de Aquino, *Suma Teologica, tomo VIII*, p. 353 (2-2, q. 61, a. 2)

proporcionalmente, sendo que o critério de igualdade dependeria de cada contexto social e político.

3. Igualdade nos contratualistas

Sem ainda se aprofundar na temática da escravização transatlântica, é importante salientar que os pensadores abordados a partir do presente tópico foram contemporâneos desse fenômeno que representou a maior imigração forçada da história da humanidade.

A escravidão do Mundo Atlântico, também conhecida como escravidão do Novo Mundo, teve por base a escravização de africanos, que persistiu do início do século XVI até a segunda metade do século XIX, e garantiu riqueza e poder aos Estados-nação e às colônias. Duas características essenciais distinguem a escravização transatlântica: a comercialização e a racialização. Com efeito, a subjugação de seres humanos à escravidão – prática verificada desde a Antiguidade – decorria da submissão de estrangeiros e inimigos de guerra, ou, ainda, da cobrança de dívidas, não havendo comercialização de pessoas escravizadas, cuja raça também não era determinante para tal condição.

Ver-se-á que, apesar da incontornável racialização e comercialização da escravidão, os autores adiante estudados, permanecerão alheios ao fenômeno ou buscarão justificá-lo a partir de argumentos de inferiorização de africanos, cuja escravização chega até mesmo a ser abordada como espécie de salvação.

3.1. Hobbes e a *igualdade natural entre os homens*

Para Thomas Hobbes (1588-1679), a natureza criou os homens iguais, tanto em suas habilidades físicas quanto em suas faculdades de espírito. Encontra-se nessa assertiva hobbesiana nítida evolução da noção de igualdade, por se considerar que, para além dos atributos físicos, os homens possuem a mesma capacidade para desenvolver suas aptidões intelectuais. Entretanto, Hobbes não defendia uma igualdade absoluta, mas relativa entre os sujeitos, admitindo que se as diferenças existem estas não são suficientes para justificar a exigência de privilégios³⁵¹.

³⁵¹ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 109, “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades de corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um homem e outro não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa igualmente aspirar.”

Segundo Hobbes, no estado de natureza, a igualdade quanto à capacidade intelectual conduziria também à igualdade de esperança e de desejo dos homens pelo poder, com vista ao alcance de seus interesses. Por consequência, cresce entre os seres humanos o sentimento de desconfiança para com os demais, que, levado às últimas consequências, culmina num estado de guerra de todos contra todos, em busca dos bens de interesse comum³⁵². Nessas circunstâncias, *o homem se torna inimigo do próprio homem*. Não havia paz, nem segurança. Tampouco existiam as noções de bem e de mal, de justiça e de injustiça³⁵³. Diante da inexistência de poder comum, não havia lei, e sem lei não poderia haver justiça. Nesse estado de guerra, a igualdade entre os homens residia na capacidade e tendência comuns para infligir danos aos demais.

A igualdade entre os homens também lhes permitiu a realização de um pacto, em termos equitativos, com a finalidade de instituir uma organização política, encabeçada pelo Estado Leviatã, capaz de garantir a paz e a segurança, inexistentes no estado de natureza³⁵⁴. No pacto original, cada um renuncia ao seu direito natural absoluto; renúncia esta que, de mesma natureza que o direito, era absoluta, total, definitiva e irrevogável. Caso contrário, o estado natural de guerra persistiria na medida exata da liberdade natural que remanescesse em cada sujeito³⁵⁵. Desse modo, os indivíduos, racional e voluntariamente, teriam aderido a esse acordo – consistente na renúncia à liberdade e na sua transferência para um Poder comum –, cujo cumprimento deveria ser garantido pelo Estado.

Do estado de natureza, passar-se-ia, então, para o estado de sociedade, mantido por um Estado soberano, dotado de Poder absoluto, que atuaria em nome do povo. Daí a afirmação de que Hobbes pecou ao ser democrata quanto à origem do Poder, mas antidemocrata no que se refere ao exercício do Poder³⁵⁶. O contrato estabelecido entre os homens – no qual o Estado não era parte e, portanto, não assumia formalmente nenhuma obrigação – constituía-se como fundamento, mas não como limite, do poder absoluto estatal³⁵⁷.

³⁵² Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 52, “This desire for power is the cause of human strife and conflict, the origin of the ‘War of all upon all’, as Hobbes puts it.”

³⁵³ Para Thomas Hobbes, *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 113, a justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito do homem sozinho, isolado, mas são qualidades apenas dos homens em sociedade.

³⁵⁴ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 52 “It is only through an overarching authority that society can overcome this struggle for power over others, and this requires that people abandon their ‘natural’ rights in return for protection and stability.”

³⁵⁵ Cfr. Jean-Jacques Chevallier e Yves Guchet, *As Grandes Obras Políticas – de Maquiavel à actualidade*, p. 69.

³⁵⁶ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 175.

³⁵⁷ Cfr. Marcel Prélôt e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, p. 403.

Coerentemente com as suas leis de natureza, Hobbes entendia que a escravidão não decorria da desigualdade natural entre os homens. Referindo-se à doutrina aristotélica, asseverava que defender que alguns homens têm mais capacidade para mandar (os sábios) e outros para servir (os de corpos fortes, porém não sábios), seria como justificar a criação da escravatura a partir da diferença de inteligência entre os indivíduos. Nessa linha de entendimento, para Hobbes, servo e senhor eram criações humanas, e não da natureza. Segundo o filósofo, nenhum homem seria tão estúpido a ponto de crer ser mais justo ser governado por outro do que se autogovernar. A escravidão, desse modo, era concebida como decorrente da guerra de todos contra todos no estado de natureza.

Em sede de igualdade, importa analisar a nona lei de natureza proposta por Hobbes que prega “que cada homem reconheça os outros como seus iguais por natureza.”³⁵⁸ No entanto, o fundamento dessa lei, à primeira vista, parece ser a desigualdade (e não igualdade) natural entre os homens. Uma análise mais detida permite afirmar que Hobbes admitia a existência de desigualdades naturais entre os homens, mas, em prol da manutenção da paz³⁵⁹ – e, conseqüentemente, da estabilidade do pacto social – entendia que estas deviam ser convertidas em uma igualdade *pro forma*³⁶⁰. E isso somente seria possível se os homens obedecessem à nona lei de natureza, reconhecendo os outros como seus iguais por natureza. Trata-se, desse modo, de uma dupla formulação do princípio da igualdade: ou bem os homens são, por natureza, iguais, e essa igualdade deve ser reconhecida; ou bem eles são desiguais e, para se obter a paz, devem ser considerados como iguais³⁶¹. De qualquer maneira, para Hobbes, nenhuma suposta superioridade – fundada nas diferenças físicas ou de talento entre os homens – teria o condão de criar um direito ao comando de outros homens.

Aplicando-se tal raciocínio ao problema da escravatura, o regime escravocrata representava uma ameaça iminente à pretendida estabilidade do pacto social. Isso porque, para os escravos – que não sendo livres, nem iguais, não poderiam participar da formação de nenhum pacto social –, não há nenhuma vantagem em se manter num *estado de sociedade*, em que são subjugados por uma *sociedade organizada contra eles*³⁶². Antes permanecer no *estado de natureza*, enfrentando, de igual para igual, homens isolados.

³⁵⁸ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 132.

³⁵⁹ José Oscar de Almeida Marques, *Hobbes e a medida da desigualdade entre os homens*, p. 74, em interessante análise sobre o pensamento hobbesiano acerca da igualdade, afirma que “(...) um dos objetivos da política pode vir a ser a contenção das diferenças intelectuais naturais pela imposição de uma igualdade política e jurídica artificial”.

³⁶⁰ Cfr. José Oscar de Almeida Marques, *Hobbes e a medida da desigualdade entre os homens*, p. 91.

³⁶¹ Cfr. V. Goldschmidt, *Les renversements du concept d'égalité, des anciens aux modernes*, p. 314.

³⁶² Cfr. José Oscar de Almeida Marques, *Hobbes e a medida da desigualdade entre os homens*, p. 98.

Hobbes tecia, ainda, críticas sobre a tradicional divisão da justiça em comutativa e distributiva, que – como já visto – consistiriam numa proporção aritmética e geométrica, respectivamente. Para Hobbes, a concepção de justiça comutativa era tratada como se “fosse injustiça vender mais caro do que se comprou, ou dar a um homem mais do que ele merece”³⁶³; quando, na verdade, o valor das coisas contratadas deveria ser medido pelo *apetite* dos contratantes, sendo justo o valor que lhes conviesse. De outro modo, a justiça distributiva equivaleria à justiça de um árbitro responsável por definir o que é devido a cada um, o que derivaria, portanto, de um juízo de equidade³⁶⁴.

A doutrina hobbesiana – com sua visão pessimista da humanidade – alerta que a organização social, embora formalmente comprometida com a justiça e a igualdade, em virtude da disputa constante entre seus membros, tenderia a tornar-se tanto autoritária quanto desigual. A perversidade humana, em Hobbes, acaba por ser remediada com um autoritarismo; um poder arbitrário, talvez mais perverso do que o mal que se pretendia combater. Afinal, não teriam os súditos assinado um pacto para instituir um estado pior do que o estado de guerra? Dotado de um poder absoluto, solenemente concedido pelos homens, não haveria risco de um *Leviatã leviano*? Mesmo porque, encabeçado por um indivíduo ou grupo de indivíduos, certamente seria dominado pelos mesmos apetites humanos que deram origem à sua criação.

3.2. A igual liberdade em Locke

Para John Locke (1632-1704), defensor do liberalismo político, no estado de natureza, os homens eram livres e iguais. Eram igualmente dotados de racionalidade, o que lhes permitia discernir as leis naturais e conformá-las ao seu comportamento.

No *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*, Locke dedica-se a refutar o pensamento absolutista de Robert Filmer, cuja então recente obra – *Patriarca* – defendia uma doutrina do direito divino do poder dos reis. Em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Locke trata da origem, das formas e da finalidade do governo civil, descrevendo, nos primeiros capítulos, os estados de natureza e de guerra.

³⁶³ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 129.

³⁶⁴ Nas palavras do autor, Thomas Hobbes, *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 130, “Para falar com propriedade, a justiça comutativa é a justiça de um contratante, ou seja, o cumprimento dos pactos (...). E a justiça distributiva é a justiça de um árbitro, isto é, o acto de definir o que é justo. Pelo que (merecendo a confiança dos que o escolheram como árbitro), se ele corresponder a essa confiança, se diz que distribuiu a cada um o que lhe era devido. (...) Mais própria seria chamar-lhe equidade, a qual é também uma lei de natureza, conforme se mostrará no lugar oportuno.”

Embora tenha, como Hobbes, o estado de natureza e o contrato social como pontos de partida, Locke, em sua tese antiabsolutista, defende a limitação do poder a partir de uma fonte inteiramente humana – e não divina –, operada, em última instância, pelo *direito de insurreição dos súditos*³⁶⁵.

De acordo com o filósofo, a liberdade e a igualdade eram tônicas do estado de natureza, situação reinante em condições pré-políticas, ou seja, onde não houvesse um pacto social entre os homens. Tal estado era regido pelas leis da natureza, no âmbito das quais os indivíduos orientavam-se racionalmente³⁶⁶ para a autopreservação e para a preservação da própria humanidade³⁶⁷. Diferentemente da visão pessimista do homem destrutivo apregoada por Hobbes, para Locke, o ser humano, no estado de natureza, era racional, livre e igual e não possuía predisposição inata à guerra contra os demais. Assim, os indivíduos, partilhando da mesma razão, estabeleciam suas relações seguindo as leis da natureza, consubstanciadas nas normas de comportamento indispensáveis à paz e à preservação da humanidade.

Afirmava Locke que, nessas condições, os homens, enquanto criaturas da mesma espécie, gozavam indistintamente das mesmas vantagens da natureza e das mesmas faculdades, sendo que nenhum indivíduo devia ser colocado em situação de subordinação ou de sujeição em relação a outro³⁶⁸. Nenhum homem possuía o direito moral de lesar seus semelhantes, e a quebra dessa inviolabilidade moral implicava a violação das leis naturais.

Para Locke, no estado de natureza, em decorrência da própria igualdade natural entre os homens, não havia juiz comum, sendo que cada indivíduo era executor da lei da natureza, com a tarefa de castigar aqueles que a desvirtuassem. Quem violava a lei natural, renunciava à sua condição de criatura racional, à sua condição de ser humano. Dito de outro modo, o desobediente perdia a sua igualdade, o seu *status* de humanidade, equiparando-se às

³⁶⁵ Cfr. Jean-Jacques Chevallier e Yves Guéhen, *As Grandes Obras Políticas – de Maquiavel à actualidade*, p. 96-97.

³⁶⁶ Sobre a lei natural, John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 239 (II, § 12), afirma que “é certo que essa lei existe, e que é tão inteligível e evidente para uma criatura racional como são as leis positivas das comunidades políticas”. Para Locke, as leis naturais têm fonte divina, advêm de Deus que, enquanto criador do homem, dotou-o da necessária razão para desvendá-las. Nesse sentido, no estado de natureza, a razão humana é, então, o meio para compreensão e aplicação das leis naturais entre os homens.

³⁶⁷ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 165 (I, § 86), “Deus criou o homem e plantou nele, como em todos os outros animais, um forte desejo de preservação de si mesmo (...). Digo então que Deus, tendo criado o homem e o mundo desta maneira, falou-lhe, isto é, orientou-o por intermédio dos seus sentidos e da sua razão (...) para o que poderia servir a sua subsistência (...)”.

³⁶⁸ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 147 (I, § 67), “o homem possui uma liberdade natural (...) já que todos partilham a mesma natureza, as mesmas faculdades e os mesmos poderes, são iguais por natureza, e devem participar dos mesmos direitos e privilégios (...)”.

criaturas irracionais, podendo, por isso, ser legitimamente abatido como um animal selvagem³⁶⁹.

No âmbito desse poder executivo da lei natural, Locke não afasta a possibilidade de parcialidade dos juízes, o que produziria excessos incompatíveis com a judicatura. Entretanto, mesmo diante dessa precariedade inerente à *justiça privada*, o estado de natureza seria preferível à monarquia absoluta, uma vez que naquele ninguém era obrigado a obedecer à vontade injusta de outro indivíduo³⁷⁰.

A igualdade, em Locke, tem fundamento moral e religioso, fixando raízes na crença em Deus e em valores absolutos. Os seres humanos são criaturas de Deus e nisso se igualam. O argumento teológico da igualdade natural entre os homens pretende fundamentar a inviolabilidade da espécie humana. Nessa senda, na concepção lockeana, a consciência humana obriga-se apenas perante Deus, estando o julgamento individual acima da Igreja e do Estado, a quem caberia apenas o papel de proteger a propriedade privada³⁷¹.

Nota-se que, no pensamento lockeano, o pacífico estado de natureza, em que os seres humanos eram livres e iguais, tendia a se transformar em estado de guerra. Com efeito, na concepção de Locke, o estado de natureza possuía duas facetas. Originalmente, tratava-se de uma existência benigna e cooperativa, até que um indivíduo ou grupo ambicionasse o poder sobre os demais. Tornava-se, então, um estado de guerra, em que o homem se via obrigado a usar de todos os meios para recuperar a sua liberdade³⁷². Essa ambiguidade do estado primitivo é compreensível, pois, caso contrário, não haveria razões para a instituição de uma sociedade civil. Em outras palavras, o estado de natureza precisava ser descrito como suficientemente bom quando comparado com a monarquia absoluta, mas não tão bom que não fosse necessária a instituição de uma sociedade civil. Por conseguinte, o governo civil constituía o remédio ideal para a superação das inconveniências próprias do estado de natureza, notadamente a insegurança derivada da natural liberdade de punição – ou direito natural de punir – conferida a cada indivíduo em particular.

Para Locke, o poder político tem seu legítimo fundamento no expreso consentimento dos governados que, aderindo ao pacto social, instauram a sociedade civil, voltada para o bem-estar e a garantia recíproca de paz e tranquilidade^{373 374}. Os indivíduos

³⁶⁹ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 238 (II, § 11).

³⁷⁰ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 240 (II, § 13).

³⁷¹ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 66.

³⁷² Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 66.

³⁷³ Cfr. Enzo Sciacca, *Interpretación de la democracia*, p. 14.

³⁷⁴ Para Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 70, a doutrina lockeana pode ser considerada uma espécie de princípio do utilitarismo, porque tinha por objetivo aumentar a soma da felicidade humana.

associam-se para a instituição de uma sociedade política com o intuito de proteção de suas vidas, liberdade³⁷⁵ e bens materiais, renunciando, em contrapartida, a parte de seus direitos naturais. Sob o governo constituído a partir do pacto político, com aptidão para formular e executar leis comuns a todos, os homens se tornariam, de fato, livres para desfrutarem de sua propriedade em segurança.

O contrato social de Locke difere do de Hobbes porque é considerado um acordo em curso entre os indivíduos e o soberano. Assim, caso o rei agisse com tirania, as pessoas teriam o direito de resistir e se defender. É com base no sacrifício parcial – e não total, como no pensamento hobbesiano – dos direitos naturais em prol do pacto social que, em Locke, fundamenta-se o direito de insurreição. Para Locke, era a racionalidade humana – e não Deus ou a força bruta, como entendia Hobbes – que figurava como autoridade final³⁷⁶.

O pensamento lockeano se funda na noção de igualdade fundamental dos homens perante Deus; numa espécie de igualdade prévia, pressuposto fundador do pacto social. Não se trata, portanto, de um compromisso futuro com a igualdade entre os homens, muito menos sob o aspecto econômico. É que, em Locke, a instituição da sociedade civil tem como importante função a proteção e a garantia da propriedade³⁷⁷, o que justificaria sua reputação de *filósofo da propriedade*. No entanto, o sentido de propriedade para Locke não se resume a bens materiais, mas constitui o conjunto de bens e direitos essenciais de titularidade de um indivíduo, sejam aqueles inatos – como a vida, a liberdade, a saúde –, sejam aqueles legitimamente adquiridos (bens materiais)³⁷⁸.

Em Locke, a liberdade figura como a mais importante das propriedades do homem, sendo o fator que, em conjunto com a própria vida e os bens frutos do trabalho, o torna efetivamente humano. Sob essa ótica, a liberdade humana relaciona-se tão intrinsecamente com a preservação do homem que este não poderia abdicar dela sem comprometer a sua autopreservação e a sua própria vida. Dessa maneira, um indivíduo não poderia se submeter à escravidão ou ao poder absoluto e arbitrário de outro, nem mesmo por convenção, mediante expresso consentimento³⁷⁹.

³⁷⁵ Não se trata aqui de uma liberdade ilimitada, mas de uma liberdade contra o poder absolutista e arbitrário, que permite a cada um seguir sua própria vontade, salvo nos casos em que se incorresse em proibição legal.

³⁷⁶ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 79.

³⁷⁷ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 376 (II, § 222).

³⁷⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 191-192.

³⁷⁹ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 248, (II, § 23).

Chamam atenção as primeiras linhas do seu *Primeiro Tratado*, nas quais Locke manifesta contrariedade à escravidão³⁸⁰. É importante notar, contudo, que, aqui, o filósofo inglês se referia especialmente aos tiranos que, com pretensão de poder absoluto, desejavam escravizar os outros homens. Trata-se de crítica ao pensamento de Filmer, que justificava a submissão de todos à escravidão do monarca absoluto.

Nada obstante, Locke atribui legitimidade à submissão de um indivíduo à escravidão quando, em situação de guerra/conquista, consente em se tornar escravo para preservar a sua vida³⁸¹. Dito de outro modo, aquele que desafia outrem a uma guerra injusta – pela pretensão de poder absoluto ou por atentar contra a propriedade alheia – e sai vencido, expõe sua própria vida e liberdade ao poder dos outros. Portanto, aos conquistados era cabível a pena de escravização, condição que, segundo Locke, não podia ser estendida aos filhos dos cativos.

Negligenciando, nesse ponto, a questão da escravidão, Locke lançava mão de uma concepção moral para embasar a defesa da propriedade³⁸². Enquanto a Terra e as *criaturas inferiores* pertenciam a todos em comum, cada indivíduo era senhor de sua própria pessoa. Consequentemente, o resultado do trabalho exercido pelo corpo humano, bem como a produção decorrente do esforço próprio – a partir das matérias-primas da natureza, de propriedade comum – pertenciam a cada indivíduo. Desse modo, em linhas gerais, o direito de propriedade, para Locke, estava intrinsecamente relacionado com o direito natural de autopreservação, de apropriação, fundado no valor agregado ao bem pelo trabalho humano³⁸³.

Na teoria lockeana, a invenção do dinheiro – que, segundo Locke, seria decorrência de um acordo tácito entre os homens³⁸⁴ – afasta as limitações para a acumulação da propriedade

³⁸⁰ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 95, (I, § 1), “a escravatura é uma condição do homem tão vil e miserável, e tão diretamente oposta ao temperamento generoso e à coragem da nossa nação, que dificilmente se concebe que um inglês, e muito menos um gentil-homem, possa advogá-la”.

³⁸¹ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 249, (II, §§ 23-24), “De facto, se por sua culpa, por alguma ação que merece a morte, um homem perde a sua vida, aquele para quem ele a perdeu pode (quando o tiver em seu poder) protelar a execução e colocar a pessoa ao seu serviço, e, ao fazê-lo, não comete nenhuma injúria. (...) Eis a condição de escravatura na sua forma perfeita, que não é mais do que continuação do estado de guerra entre um conquistador legítimo e o cativo, na medida em que, uma vez celebrado um pacto entre os dois, e estabelecido um acordo para haver um poder limitado de uma das partes e obediência da outra, o estado de guerra e a escravatura cessam enquanto perdurar o pacto. Como já se disse, nenhum homem pode, por meio de um acordo, transferir para outro aquilo que não possui, isto é, o poder sobre a sua própria vida.”

³⁸² Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 71.

³⁸³ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 165 (I, § 86). Mais adiante, p. 250 e ss. (II, §§ 25-51), Locke dedica-se a explicar como os homens adquirem a propriedade de “várias partes do que Deus deu em comum ao gênero humano, sem qualquer consentimento expresso de todos os que partilham dessa posse comum”. Para o filósofo inglês, quando o homem apodera-se de um bem da natureza, retirando-a do seu estado natural (por meio do seu trabalho), adquire a propriedade deste bem, sem que haja necessidade de consentimento expresso de quem quer que seja.

³⁸⁴ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 266 (II, § 47).

privada e acaba por legitimar a desigualdade econômica gerada entre as pessoas³⁸⁵. Tais desigualdades pressupõem-se, desse modo, consentidas por todos³⁸⁶.

3.3. Rousseau e a origem das desigualdades entre os homens

Assim como Hobbes e Locke, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) propugnava que, por meio de um contrato social, os homens passaram do estado de natureza para o estado de sociedade. No entanto, segundo Rousseau, o verdadeiro contrato social não era uma hipótese de explicação do passado, mas sim um ideal do futuro³⁸⁷. Apenas por esse contrato social seria possível que os homens se mantivessem – agora em sociedade – livres e iguais, como no estado primitivo. Na teoria rousseauiana, o contrato social fundava a ordem social – não apenas a garantia, como nas teorias jusnaturalistas –, retirando o ser humano de sua primitiva condição natural³⁸⁸.

Em seu *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Rousseau inicia distinguindo duas espécies de desigualdades entre os homens: as desigualdades naturais ou físicas, estabelecidas pela Natureza – como as diferenças de idade, de saúde, de força física, de qualidade do espírito ou da alma – e as desigualdades morais ou políticas, estabelecidas por convenção humana³⁸⁹. Estas últimas equivaliam a privilégios que alguns gozam em prejuízo dos demais. Mas como teriam surgido tais desigualdades (injustas) entre os homens?

Para Rousseau, os homens viviam num estado de natureza primitivo, onde todos eram livres, iguais, pacíficos e felizes, até que o primeiro homem se apoderou de um terreno, estabelecendo propriedade sobre este³⁹⁰. Os primeiros homens teriam vivido como animais, buscando apenas a satisfação de suas necessidades físicas. Ao contrário do que defendia

³⁸⁵ Embora Locke defendesse um limite para a apropriação, especialmente de bens naturais – afirmando que ninguém deve tomar para si mais do que é capaz de fazer uso antes da deterioração –, ele não condena a acumulação do ouro e da prata, sob o argumento de que são bens não deterioráveis. Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 72.

³⁸⁶ Cfr. John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 266-267 (I, §§ 48-50).

³⁸⁷ Ver a sucinta, porém elucidativa análise de Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 219-220.

³⁸⁸ Para Rousseau, o estado de natureza não corresponde à exaltação dos direitos individuais fundados na lei da natureza. A lei civil, na teoria rousseauiana, decorre da instituição da sociedade civil, sendo reflexo da vontade geral. Não tem, portanto, como em Locke, fundamento jurídico ou legitimação na lei da natureza. Cfr. Enzo Sciacca, *Interpretación de la democracia*, p. 31.

³⁸⁹ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 43.

³⁹⁰ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 87, “Le premier qui ayant enclous un terrain, s’avisait de dire, *ceci est à moi*, et trouva des gens assés simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile.”

Hobbes, na teoria rousseauiana, o homem não era naturalmente mau, mas guardava em si a centelha da humanidade, caracterizada pela piedade, pelo sentimento de preocupação com relação aos demais. A misericórdia, a generosidade e a compaixão eram sentimentos naturais que permitiam a preservação das espécies.

Admitindo a superioridade do estado primitivo, Rousseau sugere que os povos originais mudaram em razão de algum tipo de desastre, seguido de escassez de alimentos e outras dificuldades, que os impeliram a se apossar das terras e a viver em grupos³⁹¹. A partir daí, os indivíduos teriam formado famílias que, fixadas em suas terras, as defendiam dos inimigos. Assim, houve divisão das terras e o surgimento da noção de propriedade privada, forçando o aparecimento das primeiras regras de justiça. As desigualdades (naturais) de forças e talentos dos homens deram origem às desigualdades econômicas, com conseqüente degradação do estado primitivo de natureza. Desde então, o *progresso* da raça humana teria afastado os homens cada vez mais de seu estado natural.

Na doutrina rousseauiana, a propriedade privada configura-se, então, como o início do longo percurso que gerou tantas desigualdades entre os homens³⁹². É a desigualdade moral ou política, derivada da propriedade privada – como uma forma de usurpação fundada na riqueza, na honra e no poder –, a fonte da infelicidade dos homens, que passam a se odiar, em virtude de seus diferentes interesses econômicos³⁹³. Os seres humanos, antes livres, tornaram-se escravos de seus novos e incontáveis desejos e ambições, ávidos por ampliar suas riquezas e subjugar os demais.

Com o rompimento da igualdade, seguiu-se um contexto de terrível desordem, convertendo-se a sociedade nascente num estado de guerra (de todos contra todos)³⁹⁴. Nessas circunstâncias, os ricos, cientes das desvantagens de uma guerra perpétua, conceberam um engenhoso projeto, capaz de converter seus adversários em seus defensores. “Unissons-nous”!³⁹⁵ Propuseram, então, a instituição de regras de justiça e de paz que obrigassem a todos, submetendo fracos e poderosos a deveres mútuos. Essa foi, para Rousseau, a origem da

³⁹¹ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 85-86.

³⁹² Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 102, “Enfin l'ambition dévorante, l'ardeur d'élever sa fortune relative, moins par un véritable besoin que pour se mettre au-dessus des autres, inspire à tous les hommes un noir penchant à se nuire mutuellement, une jalousie secrète d'autant plus dangereuse que, pour faire son coup plus en sûreté, elle prend souvent le masque de la bienveillance; en un mot, concurrence et rivalité d'une part, de l'autre opposition d'intérêt, et toujours le désir caché de faire son profit aux dépens d'autrui; Tous ces maux sont le premier effet de la propriété et le cortège inséparable de l'inégalité naissante.”

³⁹³ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 86.

³⁹⁴ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 220.

³⁹⁵ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 105.

sociedade e das leis que instituíram novos entraves aos fracos, e novas forças aos ricos. Era a lei da propriedade e da desigualdade³⁹⁶. Dito de outro modo, a desigualdade, quase inexistente no estado de natureza, torna-se permanente e *legítima*, por meio da instituição das leis e da propriedade privada³⁹⁷. Tratava-se, em poucas palavras, de um *contrato social fraudulento* gerador de um *estado social corrupto*³⁹⁸. Mas seria válido um contrato que obrigasse apenas uma das partes; que apenas prejudicasse aquele que adere ao pacto? Para Rousseau, um poder ilegítimo não pode servir de fundamento aos direitos da sociedade, nem à desigualdade instituída.

Nessa sequência, no reino do despotismo, os homens retornariam a um estado de natureza, onde todos os particulares se tornariam iguais na sua insignificância; não aquele marcado pela pureza, mas fundado pelo excesso de corrupção³⁹⁹. Tudo se passaria, então, como na ordem natural, sendo plenamente legítimo o uso da força para destronar o Déspota⁴⁰⁰.

Rousseau arremata afirmando que a desigualdade moral, autorizada pelo direito positivo, é contrária ao Direito Natural, porque não concorre na mesma proporção com as desigualdades físicas entre os homens⁴⁰¹.

O estágio primitivo de felicidade, reinante no estado de natureza puro, somente poderia ser recuperado pela instituição de um genuíno contrato social, que figuraria, assim, como um mecanismo de equilíbrio, no sentido de eliminar as desigualdades sociais e reestruturar a igualdade a partir do consenso entre os homens. Nesse pacto social, fundador de um novo Estado, cada associado, em igualdade de condições, alienaria todos os seus direitos à comunidade⁴⁰². Para Rousseau, do pacto social resultaria uma forma de associação na qual cada indivíduo, unindo-se aos demais, não obedecia senão a si mesmo, permanecendo, desse modo, tão livre quanto anteriormente⁴⁰³. Assim, a associação dos homens por meio de um contrato

³⁹⁶ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 106.

³⁹⁷ Cfr. Martin Cohen, *Political Philosophy – from Plato to Mao*, p. 94.

³⁹⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 220.

³⁹⁹ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 123-124.

⁴⁰⁰ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 124, “(...) le Contract de Gouvernement est tellement dissous par le Despotisme, que le Despote n'est le Maître qu'aussi longtemps qu'il est le plus fort, et que sitôt qu'on peut l'expulser, il n'a point à réclamer contre la violence. L'émeute que finit par étrangler ou détrôner un Sultan est un acte aussi juridique que ceux par lesquels il disposoit la veille des vies et des biens de ses Sujets.”

⁴⁰¹ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 127.

⁴⁰² Para uma análise do *estatuto jurídico* dos não cidadãos (mulheres, crianças, estrangeiros e outros sujeitos) na obra de Rousseau, ver Guillaume Bacot, *La situation juridique des non-citoyens d'après J.J. Rousseau*. O autor ressalta, p. 78, que, na formação da cidade democrática ideal, decorrente do contrato social de Rousseau, nem todas as pessoas concorriam para a formação da vontade geral expressa pela lei, muito embora, estivessem submetidos a sua autoridade.

⁴⁰³ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, p. 51, “Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissait à tous

social os transplantaria do estado de natureza para o estado civil, sendo o Estado o resultado de um acordo para a proteção da pessoa e dos bens de cada associado.

Em outras palavras, cada indivíduo cederia sua liberdade natural, numa soma de forças em prol da criação de um poder voltado para a harmônica organização da vida social. Os direitos cedidos pelos associados para a criação do Estado seriam readquiridos por todos de forma equivalente, atribuindo-se ao poder estatal a força para preservação desses direitos. Por conseguinte, pela alienação total de cada indivíduo em favor da soberana vontade geral, os direitos naturais concedidos eram equivalentes aos direitos civis adquiridos, que passariam a ser conservados pelo poder do corpo moral e coletivo formado.

Nessa linha de entendimento, fundado nos princípios da igualdade e da liberdade, Rousseau propõe a instituição consensual de um Estado democrático justo. Não se trata, como em Hobbes e Locke, de um contrato social enquanto hipótese explicativa do passado, mas de uma proposta para o presente, de um projeto revolucionário⁴⁰⁴.

Em contrapartida, Rousseau, em sua obra, não acreditava que o futuro da humanidade seria contemplado com o triunfo da igualdade. O filósofo parecia reconhecer a multiplicidade e intransponibilidade dos obstáculos existentes, o que tornaria o ideal da igualdade – pela adesão de todos a um pacto social heroico – mais um sonho filosófico do que um programa político concreto. Talvez essa descrença seja o motivo pelo qual Rousseau se limitava à defesa de uma igualdade meramente formal, não apresentando nenhum projeto capaz de apaziguar as reconhecidas e injustas desigualdades socioeconômicas.

Jean-Jacques Rousseau foi um dos precursores das críticas à propriedade privada, razão pela qual repudiava a escravidão enquanto instituto que reduzia o *homem livre* a uma propriedade alheia. Posiciona-se contra a escravidão, cujo direito considerava nulo⁴⁰⁵. Para ele, escravidão e legalidade eram palavras contraditórias e mutuamente excludentes⁴⁰⁶. No entanto, conforme será revisto mais adiante, Rousseau não se dedicou a questionar a contraditória conformação entre os ideais iluministas e a escravização de africanos.

n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution."

⁴⁰⁴ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 221.

⁴⁰⁵ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, p. 49, "(...) de quelques sens qu'on envisage les choses, le droit d'esclave est nul, non seulement parce qu'il est illégitime, mais parce qu'il est absurde et ne signifie rien".

⁴⁰⁶ Cfr. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, p. 49, "ces mots, *esclavage* et *droit*, sont contradictoires; ils s'excluent mutuellement".

4. Samuel Pufendorf e a *igual dignidade* dos homens

Contemporâneo de dois dos contratualistas abordados (Thomas Hobbes e John Locke), Samuel Pufendorf (1632-1694) orientou-se, na tradição de Jean Bodin, Hugo Grotius e Hobbes, em direção a uma forma pós-escolástica do Direito Natural, entendido como um conjunto de regras cultivadas pela sociedade para a preservação da paz social⁴⁰⁷. Para o jusnaturalista alemão, o Estado soberano possuía legitimidade secular – enquanto instituição criada pelos homens para lograr a paz social – para determinar e impor as medidas mais adequadas para o alcance desse fim⁴⁰⁸, entendimento que resultava da distinção entre Direito Natural e Divindade Moral⁴⁰⁹. Ao contrário desta – que abarca os *Recessos Internos da Mente* –, “o Julgamento Humano diz respeito apenas às Ações externas do Homem”⁴¹⁰. O direito natural, sob essa ótica, estaria inscrito na própria natureza humana, sendo acessível por meio da razão natural, ao invés da revelação divina.

Segundo Pufendorf, a *Vontade* humana poderia ser dirigida em diversos sentidos, o que permitia sua conformação a uma norma proveniente de um *Superior* que, legitimado por *justos Motivos*, teria o poder de impor restrições à liberdade humana. Em troca de segurança, o homem teria submetido voluntariamente a sua liberdade ao comando da Lei, numa espécie de *contrato social* firmado por sujeitos livres e detentores da razão natural⁴¹¹.

No pensamento de Pufendorf, a premissa da igualdade fundamental de todos os homens resultava simplesmente da humanidade de cada um. Sendo a *Natureza Humana* a mesma em todos os indivíduos, dentre os deveres do homem distinguia-se a estima e tratamento do outro como naturalmente igual a si mesmo⁴¹². Assim, diante de circunstâncias iguais, o que um sujeito pode exigir justificadamente de outro equivale ao seu próprio dever perante os

⁴⁰⁷ Cfr. Ian Hunter e David Saunders, *Introdução*, In Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 12 e ss.

⁴⁰⁸ Cfr. Ian Hunter e David Saunders, *Introdução*, In Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 15.

⁴⁰⁹ Para Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 42, o Direito Natural impõe o que deve ser feito, a partir do que se conclui, por meio da Razão correta, ser necessário para a preservação da sociedade e dos homens. De outro modo, aquilo que é transmitido pela Divindade Moral, e não é compreensível pela Razão, está fora do alcance do Direito Natural, o que não implica incompatibilidade dessas Ciências.

⁴¹⁰ Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 46.

⁴¹¹ Cfr. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva Sahd, *O contrato social em Pufendorf*, p. 144.

⁴¹² Cfr. Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 157.

outros. A teoria de Pufendorf sobreleva a ideia de bilateralidade do direito, ou, dito de outra maneira, de correlatividade entre direitos e deveres⁴¹³.

O respeito, a igual dignidade e a benevolência são considerados deveres que, além de orientar as relações intersubjetivas, fundamentam as obrigações do indivíduo para com o Estado e a família⁴¹⁴. Na concepção de Pufendorf, a origem da igualdade entre os homens residia na sujeição de todos aos mesmos deveres de manutenção da sociabilidade. A igualdade tinha alicerce, então, nas relações de reciprocidade que os homens estabeleciam entre si, independentemente de *mediação divina*⁴¹⁵. Sendo a *socialitas* o atributo por excelência da condição humana, o homem solitário não é um indivíduo autônomo, mas, antes, um sujeito marcado pela vulnerabilidade. A satisfação das necessidades humanas apenas seria possível no estado social, o que conduziria a natureza do homem a uma interação comunitária por meio do Estado. Nessa perspectiva, na doutrina de Pufendorf, o mais importante princípio do direito natural era justamente o dever de cultivar e preservar essa sociabilidade, obrigação que envolvia uma tríplice dimensão de deveres: perante Deus, perante si mesmo e perante os outros⁴¹⁶.

Mesmo diante das desigualdades naturais de dotes, de corpo e de mente, os preceitos do direito natural deviam ser respeitados por todos, numa relação de confiança mútua. Nessa senda, o critério de excelência não subsistia como base para a imposição de obrigações, afastando-se a ideia de hierarquização dos homens em virtude das desigualdades naturais, que, por outro lado, reforçavam o reconhecimento da pertinência da sociabilidade⁴¹⁷. A partir do reconhecimento recíproco de igual dignidade de todos os homens, estes deviam estimar e tratar os demais como naturalmente iguais, sem pretensão de domínio ou prevalência de uns sobre os outros. É nesse sentido que Pufendorf afirma que “Homem nenhum que não tenha um direito peculiar deveria arrogar mais para si próprio do que está disposto a conceder a seus Semelhantes, a não ser que permita que outros Homens desfrutem com ele próprio de Privilégios Iguais”⁴¹⁸.

Em Pufendorf, o tratamento conforme a igualdade impõe que não se conceda a um indivíduo aquilo que é negado a outro, *salvo se os méritos da causa assim exigirem*, sob pena de se afrontar o desfavorecido, provocando a perda de parte da dignidade que lhe foi outorgada

⁴¹³ Cfr. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva Sahd, *Pufendorf crítico de Spinoza: a limitação do alcance do direito natural*, p. 65.

⁴¹⁴ Cfr. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva Sahd, *O contrato social em Pufendorf*, p. 147.

⁴¹⁵ Cfr. Isabel de Assis Ribeiro de Oliveira, *Sociabilidade e Direito no liberalismo nascente*, p. 172.

⁴¹⁶ Cfr. Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva Sahd, *O contrato social em Pufendorf*, p. 146-147.

⁴¹⁷ Isabel de Assis Ribeiro de Oliveira, *Sociabilidade e Direito no liberalismo nascente*, p. 172-173.

⁴¹⁸ Cfr. Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 159.

pela Natureza. A igualdade natural entre os homens implicava que todos fossem dignos de respeito e consideração, enquanto seres igualmente dotados do livre uso de seu entendimento⁴¹⁹.

No que se refere à questão da escravidão ou servidão – embora admitisse que o servo era passível de ser castigado, ainda que com certa *dignidade*⁴²⁰ –, Pufendorf afirmava que o *espírito de humanidade* impunha o reconhecimento do escravo como um homem, o que implicava que este não devia ser tratado como um bem a ser usado, abusado e destruído, conforme a conveniência do seu senhor⁴²¹.

É, portanto, no âmbito dos deveres do indivíduo para com os seus semelhantes – que têm por base a sua própria natureza social – que Pufendorf desenvolveu as ideias de dignidade e de igualdade que, associadas, marcaram o seu pensamento na história da tutela da pessoa humana⁴²².

5. Tocqueville e os riscos da democracia igualitária

Alexis de Tocqueville (1805-1859) preocupava-se em apresentar uma visão político-sociológica⁴²³ das transformações sociais decorrentes da adoção do regime democrático. Disposto a evitar a separação radical entre o ser humano e o cidadão, Tocqueville dedicou-se, em sua obra, à superação dessa contraposição, a fim de evitar que o equacionamento desse problema resultasse numa espécie de tirania democrático-igualitária⁴²⁴. Com esse intuito, e a partir da observação das peculiaridades da Democracia vigente em *terras americanas*, Tocqueville escreveu sua obra *De la Démocratie en Amérique*.

Tocqueville entendia a democracia como o regime da liberdade⁴²⁵ associada à igualdade⁴²⁶, considerando-a mais vantajosa e próspera que o modelo aristocrático tradicionalmente adotado na Europa. Segundo o sociólogo, a democracia americana impressionava pela igualdade de condições em que viviam seus cidadãos. Embora admitisse

⁴¹⁹ Cfr. Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 160-161.

⁴²⁰ Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 278, condena o castigo de mutilação cruel e de morte.

⁴²¹ Samuel Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*, p. 279.

⁴²² Ver Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I*, p. 184-185.

⁴²³ Sobre a natureza dos estudos de Tocqueville, ver Wilhelm Hennis, *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*.

⁴²⁴ Cfr. Wilhelm Hennis, *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*, p. 15.

⁴²⁵ A concepção de liberdade em Tocqueville não se restringe a uma noção de liberdade frente às opressões, mas abrange uma liberdade de participação cidadã na organização social e política, fortalecida pelos vínculos de solidariedade que devem reger a vida em sociedade.

⁴²⁶ Gérald Stourzh, *Penser l'égalité. Cinq notions d'égalité chez Tocqueville*, p. 186 e ss., identifica cinco dimensões da igualdade no pensamento de Tocqueville: 1. a igualdade pós-feudal; 2. a igualdade sócio-antropológica; 3. a igualdade socioeconômica; 4. a igualdade cristã; e 5. a igualdade utópica ou igualdade miragem.

que, nesse regime democrático igualitário, as pessoas eram mais iguais – seja pela fortuna, seja pela inteligência –, Tocqueville considerava que, sendo a igualdade uma legítima paixão humana, os indivíduos, por vezes, “querem a igualdade na liberdade e, se não podem alcançá-la, desejam-na mesmo na escravidão”⁴²⁷. O desejo de igualdade consistiria, assim, num móvel permanente da humanidade, acima do próprio impulso pela liberdade.

A igualdade resultaria numa ideia de perfectibilidade indefinida do sujeito, na “busca por uma perfeição ideal e sempre fugaz”⁴²⁸. Sendo a democracia o regime da igualdade, as nações democráticas alargariam excessivamente os limites da perfectibilidade humana. Na visão de Tocqueville, a transformação do mundo político exigia a busca de novos remédios para os novos males que ameaçavam a liberdade e a dignidade humana, que permaneciam em perigo, embora este fosse mais dificilmente reconhecido em épocas de igualdade⁴²⁹.

Prevendo uma *irresistível* revolução democrática na Europa, Tocqueville consternava-se com o risco de uma *onipotência ou tirania da maioria*. Para ele, assim como um homem, uma maioria de homens poderia abusar de sua onipotência contra seus adversários⁴³⁰. O germe da tirania estaria justamente no *direito de fazer tudo* atribuído a um poder – seja ele denominado povo ou rei, democracia ou aristocracia, república ou monarquia.

Segundo Tocqueville, na vigência de regimes democráticos, o individualismo tendia a exacerbar-se, isolando os indivíduos da sociedade, tornando-os egoístas, indiferentes e estranhos uns aos outros⁴³¹. As revoluções democráticas, assim, perpetuariam “no seio da igualdade, os ódios que a desigualdade produziu”⁴³², degradando todos os seres humanos num egoísmo individualista.

Tratando sobre a relação entre criado e senhor, Tocqueville estabelecia uma comparação entre os regimes aristocrático e democrático. Para ele, numa aristocracia, diante da permanência da desigualdade de condições, os pobres eram condicionados, desde o nascimento, à ideia de submissão⁴³³. Nesse contexto, reinavam a hierarquia, a obediência e o respeito do

⁴²⁷ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 590.

⁴²⁸ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 520.

⁴²⁹ Cfr. Wilhelm Hennis, *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*, p. 18.

⁴³⁰ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 300.

⁴³¹ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 592 e 593, “O individualismo é de origem democrática e ameaça desenvolver-se à medida que as condições se igualizam.” (...) “À medida que as condições sociais tendem para a igualdade, há um número crescente de indivíduos que, embora não sejam assaz ricos ou poderosos para exercerem uma grande influência sobre os seus semelhantes, adquiriram, ou mantiveram, luzes e conhecimentos suficientes para se bastarem a si próprios. Esses não devem nem esperam nada de ninguém; habituaram-se ao seu isolamento e imaginam que o seu destino depende exclusivamente deles próprios.”

⁴³² Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 596.

⁴³³ Tocqueville não pontuava a questão racial na sua abordagem da escravidão, chegando a externar, nas cartas que trocava com Arthur de Gobineau, sua discordância com a doutrina racista desenvolvida por este. Em trecho de uma carta, datada de 30 de julho de 1856, Tocqueville, *Del razzismo – Carteggio 1843-1859*, p. 194, salientava o

criado para com o seu senhor. As posições, as relações e as funções de cada um eram estabelecidas de forma estável. Já numa realidade de igualdade de condições, a volatilidade das posições sociais tornava a relação entre criados e senhores igualitária⁴³⁴ e efêmera. O direito do senhor de mandar e o dever do criado de obedecer fundavam-se exclusivamente num acordo livre e momentâneo, num contrato, fora do qual ambos eram igualmente homens e cidadãos. Em outras palavras, o criado possuía igualdade de condições – e, por isso, constante aspiração – para, futuramente, tornar-se senhor. Nesses moldes, tais relações, tão igualitárias quanto instáveis, tendiam a desenvolver uma “guerra silenciosa entre poderes sempre desconfiados e rivais”⁴³⁵.

Tocqueville vislumbrava os problemas morais que surgiam num mundo onde a igualdade destruiria os vínculos de dependência e de solidariedade, razão pela qual se preocupava com a manutenção dos laços solidários entre os seres humanos, sem eliminar a individualidade e a liberdade das pessoas⁴³⁶. Sob essa ótica, o sentido da obra de Tocqueville traduzia-se menos na contraposição entre igualdade e liberdade do que na contraposição entre individualismo e solidariedade. Para ele, a igualdade de condições fomentava o perigo de isolamento do indivíduo no seu mundo particular – invocado por meio da metáfora da *chaîne brisée* –, e esse *individualismo dos iguais*, com sua decorrente falta de solidariedade, era uma constante ameaça à liberdade.

Tocqueville observava que a paixão humana pela igualdade tinha tendência a fortalecer a centralização e a uniformização, gerando riscos ao próprio regime democrático. Dito de outro modo, o sujeito democrático, em princípio, essencialmente independente e insubordinado, paradoxalmente – em nome de todos e da igualdade – tendia a conceder ao *governo de todos* um poder ilimitado e centralizado⁴³⁷, dando oportunidade para o despotismo. Tocqueville assumiu, então, a tarefa de alertar sobre os riscos de uma tirania igualitária, tudo em busca de uma *sociedade igualitária e livre de indivíduos solidários*⁴³⁸, da verdadeira conjugação da tríade *liberté-égalité-fraternité*. A igualdade, sem a liberdade, tenderia ao

uso conveniente da obra de Gobineau pelo sistema colonialista, nos seguintes termos: “Infatti gli Americani, dei quali mi parlate e che vi hanno tradotto, mi sono bem noti come capi ardentissimi del partito antiabolizionista. Essi hanno tradotto la parte dela vostra opera che serviva alle loro passioni, quella che vuol provare che i negri appartengono ad una razza differente e inferiore, ma non hanno parlato affatto dela parte della vostra opera, dalla quale si può arguire che la razza anglo-sassone è, come tutte le altre, in decadenza”.

⁴³⁴ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 689, “Nas democracias, os criados não são apenas iguais entre si; pode-se dizer que, de certo modo, eles são os iguais dos seus senhores”.

⁴³⁵ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 692.

⁴³⁶ Cfr. Wilhelm Hennis, *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*, p. 22.

⁴³⁷ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 809 e ss.

⁴³⁸ Cfr. Wilhelm Hennis, *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*, p. 25.

despotismo, enquanto a liberdade, sem a igualdade, significaria a mera repetição de modelos sociais aristocráticos e profundamente desiguais, nos quais a liberdade seria privilégio de poucos⁴³⁹.

Diante da irresistibilidade da revolução democrática, o historiador francês propunha medidas para o controle da democracia igualitária, dentre as quais, a instituição de um Estado laico, a descentralização administrativa, a independência do poder judicial, o pluralismo de associações civis, a liberdade de imprensa e a educação popular.

Tocqueville revelava preocupação com os interesses das minorias e, especialmente, com a ausência de instrumentos de proteção contra o que chamava de tirania da maioria⁴⁴⁰, temática que permeia as discussões sobre o princípio da igualdade até os dias atuais. Na obra de Tocqueville, ganha força a noção de dependência mútua entre igualdade e liberdade, como única maneira de se garantir uma sociedade justa, na qual a liberdade se manifesta pela existência de direitos atribuídos a todos⁴⁴¹.

6. A dialética da igualdade/liberdade na filosofia do Direito de Hegel

A filosofia do Direito de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) – que procura superar o dualismo kantiano a partir do método dialético – pode ser qualificada como normativa ou moral, uma vez que se afasta do propósito de desenvolver uma sociedade ideal ou do futuro, antes se voltando para corrigir o estado de coisas presente⁴⁴². Para tanto, seria preciso compreender o presente, revelando a razão, enquanto estrutura essencial, na sua imbricada relação com a realidade⁴⁴³.

Para Hegel, a vontade livre é o fundamento do Direito, que, por sua vez, é a face objetiva da liberdade. Não há verdadeira liberdade senão aquela realizada no âmbito do sistema jurídico. De outro lado, o Direito é desprovido de autenticidade se não constitui manifestação da própria liberdade.

Nessa linha de entendimento, a liberdade, para Hegel, estabelece a essência distintiva da natureza humana⁴⁴⁴, dado fundamental de toda a humanidade, marcado, portanto, pela universalidade. A liberdade é concebida, nesse nível, como imediata e abstrata, como

⁴³⁹ Cfr. Gérald Stourzh, *Penser l'égalité. Cinq notions d'égalité chez Tocqueville*, p. 185.

⁴⁴⁰ Cfr. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 299 e ss.

⁴⁴¹ Cfr. Gérald Stourzh, *Penser l'égalité. Cinq notions d'égalité chez Tocqueville*, p. 197.

⁴⁴² Cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie du droit de Hegel*, p. 327-328.

⁴⁴³ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 315.

⁴⁴⁴ O conceito mais abstrato da liberdade, de essência não desenvolvida, marca a diferença entre o homem e o animal, este submetido aos seus instintos.

elemento negativo, enquanto capacidade de cada indivíduo de negar toda determinação dada. É nesse sentido que se vislumbra, nesse primeiro plano, uma igualdade abstrata, essencial entre todos os homens.

Entretanto, para Hegel, limitar-se a esse estado unilateral e não desenvolvido de igualdade absoluta, resultaria num conceito estático e sem movimento. A liberdade abstrata – enquanto poder de emancipação ante toda determinação recebida – é apenas o ponto de partida que deve se integrar, no âmbito de um processo totalizante, à concepção de liberdade concreta. Desse modo, essa liberdade negativa e incondicionada – baseada na capacidade de negação emancipatória – é ainda incompleta, imperfeita, necessitando ser colmatada por uma liberdade positiva de se autodeterminar, ou seja, de estabelecer suas próprias determinações⁴⁴⁵.

Essa primeira manifestação da liberdade apresenta-se sob o aspecto da personalidade, que se inicia no momento em que o sujeito toma consciência de si mesmo, como um eu que nega toda limitação, seja ela exterior – no domínio do Direito abstrato – ou interior – no domínio da Moralidade subjetiva. A personalidade representa, para Hegel, o reconhecimento da superioridade do homem em relação às coisas. Perante as coisas, a liberdade do homem consiste em sujeitá-las, em apropriar-se delas, endossando a superioridade humana⁴⁴⁶.

O direito de propriedade constitui, na filosofia hegeliana, manifestação imediata da personalidade. Cada indivíduo, na sua singularidade, tem o mesmo atributo de se apropriar das coisas, o que torna a igualdade abstrata a fonte da ideia de humanidade. Nesse nível imediato, segundo Hegel, não se pode reclamar uma igualdade mais concreta, relacionada ao conteúdo da propriedade. À determinação dessa particularidade – que define quanto cada um possui – o Direito é indiferente, sendo esse o domínio no qual a desigualdade encontra seu lugar, e no qual a igualdade seria, em si, uma injustiça.

A igualdade de propriedade seria contraditória à substância dessa primeira etapa, haja vista o direito de apropriação ser, em si mesmo, ilimitado, diante da incapacidade das coisas (inferiores aos homens) de obstarem o poder de afirmação do indivíduo. A limitação intrínseca do direito de propriedade estaria não nas coisas, mas no reconhecimento recíproco – manifestado por meio do contrato – do mesmo direito às outras pessoas. Assim, somente o mesmo direito à propriedade, reconhecido aos demais, seria capaz de limitar o poder de

⁴⁴⁵ G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 333, alerta que os três estágios da liberdade, abordados por Hegel não devem ser compreendidos como etapas cronologicamente estabelecidas, mesmo porque as duas primeiras representam momentos abstratos, desprovidos de existência autônoma. Na filosofia hegeliana, somente no nível do Estado se dá a efetiva concretização da liberdade.

⁴⁴⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 46.

apropriação do sujeito. A reivindicação de igualdade no conteúdo da apropriação seria exterior ao conceito abstrato de igualdade, sob pena de tal igualização conduzir à autodestruição da noção de *livre apropriação*⁴⁴⁷. A própria diversidade da natureza das coisas seria oposta à tentativa de igualização do conteúdo da propriedade. Com efeito, Hegel entende que, do ponto de vista jurídico, a natureza e quantidade do que o indivíduo possui é contingente⁴⁴⁸, não havendo nada de injusto na desigual repartição da riqueza e da fortuna⁴⁴⁹.

A participação na riqueza universal ou particular condiciona-se, primeiramente, pelo capital – enquanto base imediata – e, depois, pela aptidão e outras circunstâncias contingentes. Na diversidade dessas circunstâncias estaria a origem das diferenças físicas e espirituais, tendo como consequência necessária a desigualdade das fortunas e das aptidões individuais. Nessa senda, o Direito não suprime, na sociedade civil, a desigualdade estabelecida pela natureza, antes a reproduz “a partir do espírito e eleva-a ao grau de desigualdade de aptidões, de fortuna e até de cultura intelectual e moral”⁴⁵⁰.

Assim como a propriedade e o contrato, o delito é também elemento do Direito abstrato, cujo papel sancionador busca reestabelecer a igualdade abstrata das pessoas, a partir da punição do autor do delito. A figura do delito representa negação da personalidade em si mesma, revelando a limitação intrínseca do Direito abstrato, a exigir a passagem para o estado superior da Moralidade subjetiva.

Até aqui, na esfera do Direito abstrato, a vontade figurava como elemento inteiramente exterior e imediato, voltado para as coisas, e não para uma reflexão interior. O direito da vontade subjetiva surge a partir do ponto de vista moral. A Moralidade subjetiva determina de maneira mais precisa os contornos dessa igualdade, ainda abstrata, que confere a cada um o direito de não agir senão de acordo com suas convicções interiores. O estágio da Moralidade subjetiva – ao revelar a oposição entre o interesse particular e a vontade universal

⁴⁴⁷ Cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 336, “toujours est-il qu'ici, la revendication d'égalité dans le contenu de l'appropriation ne peut consister qu'en une «indignation» légitime sans doute mais sans portée rationnelle, naissant à la vue des inégalités nécessairement engendrées par la libre propriété privée”.

⁴⁴⁸ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 50, “A reivindicação algumas vezes apresentada da igualdade na divisão das propriedades de raiz e até de todo o género de fortunas é uma concepção vaga e superficial, tanto mais que neste caso intervêm não só a contingência exterior da natureza, mas ainda todo o domínio da natureza do espírito com o que ela tem de particular, de diversidade infinita e de sistematização racional”.

⁴⁴⁹ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 50, “Não se pode falar de uma injustiça da natureza a propósito da desigual repartição da riqueza e da fortuna, pois a natureza, não sendo livre, não é justa nem injusta. Desejar que todos os homens tenham proventos para satisfazer as suas exigências não é mais do que um desejo da moralidade subjetiva e, nesta sua vaga expressão, constitui uma ideia corrente que, como todo lugar-comum, não possui objetividade”.

⁴⁵⁰ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 179.

– mostra-se insuficiente, evidenciando a necessidade de adoção da fase superior, na qual surge a *figura divina* do Estado.

Hegel pretende demonstrar que a universalidade formal da lei moral não pode ser operada senão a partir de um dado sistema de valores, de um conteúdo estabelecido de direitos e obrigações⁴⁵¹. Percebe-se, então, a impotência da Moralidade subjetiva, por sua incapacidade de estabelecer seu próprio conteúdo, o que leva ao terceiro estágio, o da Moralidade objetiva, no qual se realiza a igualdade concreta.

O cerne da questão está na *totalidade concreta*, da qual o Direito e a Moralidade constituem meros momentos abstratos, cujas limitações são afastadas nessa fase. A totalidade concreta, traduzida na Moralidade objetiva, é composta por três elementos, que representam os diferentes níveis de reconciliação entre o universal e o particular: a família, a sociedade civil e o Estado.

Na concepção hegeliana, o Estado racional procura alcançar a igualdade concreta, num contexto em que cada indivíduo se reconhece explicitamente nas regras e nas instituições, admite a racionalidade e se submete a ela, de acordo com sua convicção⁴⁵². Em termos sintéticos, há na filosofia hegeliana uma dialética permanente entre o universal e o particular no que diz respeito à concepção de liberdade^{453 454}. O processo de concretização do conceito de liberdade ocorre a partir de um desenvolvimento progressivo, de maneira que, ao fim do percurso, alcançado o nível do Estado – a totalidade concreta –, percebe-se tratar-se de um *movimento circular*⁴⁵⁵.

A liberdade obtém no Estado a sua mais valorosa consideração, de forma que os membros do Estado têm o mais elevado dever diante deste. Essa liberdade concreta –

⁴⁵¹ Cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 344.

⁴⁵² Cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 346.

⁴⁵³ Cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 348, “ce sont les règles et institutions établies par cet éternel *va-et-vient* entre, précisément, les deux *pôles de la liberté* – la liberté universelle (...) et la liberté particulière.

⁴⁵⁴ Georg Friedrich Hegel, *A Razão na História – Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, p.115, “a história do mundo representa o desenvolvimento da consciência de liberdade que tem o Espírito e a consequente realização dessa liberdade. Esse desenvolvimento implica um progresso gradual, uma série de diferenciações cada vez mais reais, resultantes da ideia de liberdade. A natureza lógica e, mais ainda, a natureza dialética desse conceito em geral, a necessidade de seu desenvolvimento abstrato são tratadas na Lógica. Aqui se mostra que ele é autodeterminado, que assume formas sucessivas a que vai sucessivamente transcendendo e, por esse mesmo processo de anulação e transcendência, obtém uma forma afirmativa, cada vez mais enriquecida, mais concreta e mais determinada”.

⁴⁵⁵ G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie du droit de Hegel*, p. 333.

indissociável da lei e da moral⁴⁵⁶ – consiste numa síntese de condicionamento recíproco entre o universal e o particular, da qual advém a força do Estado⁴⁵⁷.

Nesse processo, somente o Estado é real, sendo os dois estágios que lhe precedem – o do Direito e o da Moralidade – meramente ilusórios, enquanto momentos abstratos da liberdade concreta (no Estado), que lhes engloba e lhes dá sentido. São as contradições internas da liberdade abstrata, enquanto ponto de partida, que levam à necessidade do desdobramento que conduz até o Estado.

Sob essa ótica, o Estado é o fim do indivíduo, que só se realiza como ser livre quando o integra. A liberdade, na perspectiva hegeliana, é a realidade espiritual do homem que somente pode ser obtida por meio do Estado⁴⁵⁸. Nesse processo, a lei se manifesta como objetividade do Espírito, como a vontade em sua verdadeira forma. Como consequência, somente a vontade que está de acordo com a lei é livre, pois obedece a si mesma. Hegel entende que a contradição entre liberdade e necessidade está sanada quando a vontade subjetiva dos homens se submete às leis⁴⁵⁹.

Em *Fenomenologia do espírito* – publicada pela primeira vez em 1807, ano da abolição britânica do tráfico de escravos – Hegel aborda a dialética na relação entre senhor e escravo⁴⁶⁰. No pensamento hegeliano, o senhor é independente e sua natureza essencial consiste em existir para si mesmo, ao passo que o escravo é dependente, sendo que sua essência é viver ou existir para outrem. Sendo carente de reconhecimento alheio, o escravo tem como essência de sua consciência escrava a *coisidade*⁴⁶¹. O desfecho da dialética revela, no entanto, que a dominação aparente do senhor se converte na consciência de que, na verdade, este é inteiramente dependente do escravo. Os escravos, com a autoconsciência de que não são coisas,

⁴⁵⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *A Razão na História – Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, p. 91.

⁴⁵⁷ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 225, “É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim. Daí provém que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a universal (...).”

⁴⁵⁸ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *A Razão na História – Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, p. 89. Para Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 320, está na filosofia do Direito de Hegel, ainda que este não o antecipasse, a raiz do Estado totalitário, porque “a liberdade individual não é anterior e exterior ao Estado, nem lhe pode ser oposta: é o Estado, por meio de seus poderes de autoridade, que cria e garante a liberdade individual, nos limites por ele definidos; fora destes, não há liberdade nem Estado, apenas existem a anarquia e o caos (...)”. Em sentido inverso, opondo-se à má reputação do Estado hegeliano, cfr. G. Haarscher, *L'égalité dans la philosophie de Hegel*, p. 347.

⁴⁵⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *A Razão na História – Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, p. 90.

⁴⁶⁰ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fenomenologia do espírito*, p. 126-134.

⁴⁶¹ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fenomenologia do espírito*, p. 130.

tornar-se-iam sujeitos transformadores da natureza material. A libertação do escravo – que, para Hegel, seria responsável pela sua condição, por ter optado pela vida, pela autopreservação em lugar da liberdade – deveria se dar, não de cima para baixo, mas a partir da autolibertação. Essa libertação, no entanto, não deveria ter por objetivo a submissão do senhor, mas a eliminação definitiva do instituto da escravidão⁴⁶².

Para Hegel, é pela conscientização do seu eu como livre que o homem toma posse de si, tornando-se propriedade de si mesmo em oposição a outrem⁴⁶³. Nessa linha de intelecção, Hegel defende que a escravatura é injusta e se fundamenta num conceito incompleto da liberdade natural do homem⁴⁶⁴. O espírito livre não existe somente enquanto conceito puro, mas ultrapassa essa representação formal, e conseqüentemente a existência imediata. Mas para que se concretize o espírito livre, que põe em xeque a injustiça da escravatura do homem, “é preciso reconhecer-se que a ideia da liberdade só existe verdadeiramente na realidade do Estado”⁴⁶⁵.

A partir da análise do conjunto da obra de Hegel, pode-se afirmar ter havido um recuo no seu pensamento acerca da dialética senhor/escravo, passando-se à defesa de uma abolição apenas gradual da escravidão⁴⁶⁶. Quanto ao escravagismo colonial, Hegel passa a afirmar que, embora a escravização dos negros pelos europeus possa parecer ruim, pior seria a permanência destes na África, onde a escravidão seria absoluta⁴⁶⁷.

O princípio essencial da escravidão seria o fato de o homem ainda não ter alcançado consciência da liberdade, situação que o reduziria a uma simples coisa, a um objeto sem valor. A partir dessa premissa, Hegel passa a retratar os negros africanos como desprovidos de moral e de apreço pela humanidade, afirmando que, embora a escravidão seja, em si, injusta – já que a essência da humanidade é a liberdade –, para alcançar a liberdade o homem deve amadurecer⁴⁶⁸.

⁴⁶² Cfr. Susan Buck-Morss, *Hegel e Haiti*, p. 144-145.

⁴⁶³ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 55.

⁴⁶⁴ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 56, “A justificação da escravatura (como fundada na força física, na presa de guerra, na proteção, na manutenção, na educação, na beneficência, no consentimento próprio), e bem assim do domínio como simples direito do senhor, em suma a justificação de todos os aspectos históricos oferecidos pelo direito de escravatura e de domínio, assenta no ponto de vista de que o homem é um ser natural segundo um modo de existência em que também está compreendida a vontade arbitrária, e que é um ponto de vista inadequado ao conceito. Pelo contrário, é a afirmação de que a escravatura é absolutamente injusta que se funda no conceito do homem como espírito, como o que é em si mesmo livre, e que mostra como é incompleto o conceito, a que a escravatura recorre, do homem como ser livre por natureza ou, o que é o mesmo, como ela toma por verdadeiro, não a ideia, mas o conceito imediato”.

⁴⁶⁵ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, p. 57.

⁴⁶⁶ Cfr. Susan Buck-Morss, *Hegel e Haiti*, p. 149.

⁴⁶⁷ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *The Philosophy of History*, p. 113.

⁴⁶⁸ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *The Philosophy of History*, p. 117.

7. Marx e a crítica à igualdade burguesa

O crescimento econômico desenfreado, decorrente da Revolução Industrial ocorrida na primeira metade do século XIX, resultou no surgimento de uma classe operária com péssimas condições laborais e sociais. Para Karl Marx (1818-1883), a história das sociedades coincidia com a história das lutas de classes, sendo que a burguesia moderna, ao revés de pôr fim a esse antagonismo, limitou-se a substituir as classes e as condições de opressão, dividindo a sociedade em *dois grandes campos inimigos*: a burguesia e o proletariado⁴⁶⁹. Diante desse contexto, Karl Marx – muitas vezes em coautoria com Engels – dedicou-se à crítica do capitalismo liberal, propondo a sua substituição pelo comunismo, última etapa de um processo que deveria ter início com uma revolução proletária, seguida de uma ditadura do proletariado.

Por sua análise das relações entre capital e trabalho – das quais decorrem a desigualdade e exploração do proletariado por parte da burguesia detentora dos meios de produção –, Marx chegou a ser considerado o *grande teorizador da desigualdade na modernidade capitalista*⁴⁷⁰. No entanto, apesar da crença corrente de que a obra de Marx contribuiu de maneira essencial para a formação da concepção das ideias igualitárias contemporâneas, o conceito de igualdade ocupa efetivamente pouco espaço no pensamento marxista⁴⁷¹.

O primeiro texto de Marx que trata mais explicitamente da igualdade é *Zur Judenfrage* (Sobre a Questão Judaica), publicado em 1844⁴⁷². Nessa obra, a partir da análise dos textos revolucionários concernentes aos direitos humanos, Marx conclui que o Estado racional da cidadania e da lei é insuficiente, pois comporta um abismo entre a emancipação política e a verdadeira emancipação humana⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Cfr. Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, p. 11.

⁴⁷⁰ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 2.

⁴⁷¹ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 194.

⁴⁷² Trata-se de panfleto redigido por Marx em resposta a dois escritos do hegeliano Bruno Bauer. No primeiro – *Die Judenfrage* (A questão judaica), publicado em 1842 –, Bauer se ocupava de argumentar sobre os direitos dos judeus à igualdade de condições perante o Estado. No segundo – *Die Fähigkeit der heutigen Juden und Christen, frei zu werden* (A capacidade dos atuais judeus e cristãos de se tornarem livres), publicado em 1843 –, Bauer compara os caminhos a serem percorridos por judeus e cristãos para se tornarem dignos das emancipações reivindicadas. Voltando-se contra o Estado cristão – fundado na particularidade de determinada crença, e não no universalismo e no racionalismo –, Bauer sustentava que, no Estado constitucional, para terem acesso à cidadania, os judeus deveriam renunciar à sua religião. Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 197; Cfr. Daniel Bensaid, *Zur Judenfrage, uma crítica da emancipação política*, p. 18.

⁴⁷³ O erro de Bauer está, para Karl Marx, *Sobre a questão judaica*, p. 36, “no fato de submeter à crítica tão somente o “Estado cristão”, mas não o “Estado como tal”, no fato de não investigar a *relação entre emancipação política e emancipação humana* e, em consequência, de impor condições que só se explicam a partir da confusão acrítica da emancipação política com a emancipação humana geral”.

Liberdade e igualdade, definidas pelos textos revolucionários de então, correspondiam, segundo Marx, a uma concepção contemporânea do homem enquanto sujeito privado. Desse modo, persistia a verdadeira alienação que separava o indivíduo de si mesmo no âmbito da sociedade civil, compreendida como o mundo dos interesses privados e antagonistas, cujos particularismos foram mantidos na ideia de emancipação política⁴⁷⁴. Sob essa ótica, os direitos do homem, distintos dos direitos do cidadão, correspondiam aos direitos dos membros da sociedade civil, do indivíduo egoísta, separado de si mesmo e da comunidade⁴⁷⁵. A liberdade – que, nesses moldes, era para Marx a expressão da propriedade privada – repousava não nas relações entre os homens, mas na separação entre estes.

No que concerne à problemática da igualdade, nessa mesma linha de rejeição da abstração, Marx considera que o egoísmo separa os indivíduos uns dos outros, confinando-os em suas particularidades⁴⁷⁶. Assim, a igualdade, no seu sentido não político, não passa da igualdade da liberdade, segundo a qual “cada homem é visto uniformemente como mônada que repousa em si mesma”⁴⁷⁷.

Nesse sentido, a luta contra os privilégios e o obscurantismo do Antigo Regime teria sido construída em nome de uma igualdade – abstrata e pouco definida – dos indivíduos enquanto cidadãos do Estado racional. Marx denuncia a ineficiência dessa igualdade porque ela exprimiria a livre evolução dos egoísmos característicos da sociedade civil. Há, nessa fase do pensamento marxista, duas formulações de igualdade – ambas ligadas à ideia de abstração: uma política, porém vazia e ineficiente; outra, civil, como simples expressão do antagonismo e da privatização⁴⁷⁸. Nessa perspectiva, Marx apresenta uma espécie de humanismo às avessas, no qual todos os homens estão perdidos, atomizados, e, desse modo, têm como traço comum a igualdade na decadência. Da mesma maneira, há igualdade na possível salvação: cada um, em direito, participaria da emancipação humana⁴⁷⁹.

A principal diferença que pode ser observada entre a concepção de igualdade em *Zur Judenfrage* e os textos da maturidade de Marx é que, enquanto na obra de 1843 a sociedade

⁴⁷⁴ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 200. Cfr. Karl Marx, Sobre a questão judaica, p. 54, “a emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a *cidadão*, a pessoa moral. Mas a emancipação humana só estará plenamente realizada quando o homem individual real tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado *ente genérico* na qualidade de homem individual na sua vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado suas ‘*forces propres*’ [forças próprias] como forças *sociais* e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social na forma da força *política*”.

⁴⁷⁵ Cfr. Karl Marx, *Sobre a questão judaica*, p. 48.

⁴⁷⁶ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 201-202.

⁴⁷⁷ Cfr. Karl Marx, *Sobre a questão judaica*, p. 49.

⁴⁷⁸ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 202.

⁴⁷⁹ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 203.

civil é compreendida como um universo onde todos estão perdidos, nos textos posteriores opera-se uma decisiva distinção entre os proletários e os burgueses, em torno da qual perde o sentido a ideia de igualdade no abandono. É no proletariado que reside, para Marx, a condição de possibilidade positiva da emancipação alemã. Trata-se de uma esfera da sociedade civil que possui uma característica universal consistente em sofrimentos universais e que não reivindica nenhum direito particular – mesmo porque não foi inflingida por nenhuma injustiça particular, mas por uma injustiça pura e simples. A separação, agora, se dá não entre os indivíduos atomizados por interesses concorrentes, de um lado, e a totalidade do universo civil e a esfera político estatal, do outro, mas entre o proletariado e o resto da sociedade burguesa. A igualdade dos egoísmos dá espaço a uma desigualdade, a uma injustiça radical⁴⁸⁰, originária da divisão de classes ocasionada pelo sistema econômico em vigor⁴⁸¹.

Marx não se dedica tanto a expor a desigualdade entre proletariado e burguesia, mas a apresentar a anatomia, em termos supostamente científicos, da sociedade contemporânea, cujas contradições internas tinham o proletariado como efeito inevitável⁴⁸². Dito de outro modo, o problema de base não diz respeito à igualdade, mas ao processo material decorrente da estrutura do modo de produção, e da conseqüente oposição entre capital e trabalho⁴⁸³. O proletariado passa a ser considerado como o único grupo social submetido à injustiça total⁴⁸⁴, mas, em contrapartida, caberá a ele (o proletariado) concretizar a salvação de todos.

Para Marx, no interior do circuito de intercâmbio mercantil, a relação entre os sujeitos é de igualdade. Contudo, essa igualdade não ultrapassa a forma pura dessa relação, já que o conteúdo é marcado pela diversidade dos objetos de satisfação, tratados como equivalentes no processo de troca. Entretanto, no processo de produção, marcado pela incontornável oposição entre capital e trabalho, revela-se a luta entre duas classes, os possuidores dos meios de produção – e, portanto, do capital – e o proletariado, que dispõe apenas de sua força de trabalho. Assim, a igualdade existente entre os sujeitos no processo de circulação de mercadorias não é replicado no processo de produção, caracterizado por uma

⁴⁸⁰ Cfr. Guy Haarscher, *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*, p. 204-205.

⁴⁸¹ Na Alemanha, é a partir do surgimento do movimento industrial que começa a se formar o proletariado, submetido a uma pobreza artificialmente produzida pela sociedade capitalista. Gerada, portanto, pelo Capital, essa nova pobreza impulsiona a crítica à propriedade privada, cuja negação é exigida pelo proletariado, nos termos da teoria marxista.

⁴⁸² Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 221.

⁴⁸³ Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 222.

⁴⁸⁴ A especificidade do proletariado, no pensamento marxista, não está essencialmente ligada ao seu estado de pobreza, mas ao fato de constituir o único grupo oprimido que não está fadado ao desaparecimento, devido ao seu papel estrutural no sistema capitalista de produção. Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 226-227.

fundamental desigualdade. Nesse ponto, Marx se asfusta dos socialistas utopistas – por entender que a produção é preliminar e condiciona o desenvolvimento da igualdade no processo de circulação –, considerando impossível estabelecer um sistema igualitário de trocas diante da desigualdade entre capital e trabalho⁴⁸⁵.

O que Marx denomina de *mais-valia* representa justamente a articulação existente entre o *universo desigualitário* da produção e a superfície igualitária da circulação e da troca. A base das relações mercantis – nas quais capitalistas e trabalhadores encontram-se como juridicamente iguais –, finca raízes na exploração e coisificação da força de trabalho do proletariado – tornada, ela também, uma mercadoria no sistema capitalista⁴⁸⁶.

Embora a ideia de igualdade material seja, com frequência, atribuída ao pensamento marxista, devido à sua crítica à igualdade formal burguesa, Marx não se debruçou de modo aprofundado sobre a concepção de igualdade como um valor; dedicou-se mais à discussão sobre a socialização dos meios de produção.

Para Marx, a *igualdade burguesa* permitia a subsistência de uma postura omissiva por parte do Estado, resultando na livre desigualdade fundada nas diferenças de classes sociais e, conseqüentemente, na perpetuação da luta de classes. O Estado – politicamente controlado pela burguesia – atuava em favor da classe dominante e estabelecia normas de manutenção da propriedade privada e, portanto, da estrutura social vigente. Desse modo, o Direito não coincidia com a aplicação da justiça, mas servia como instrumento de opressão e exploração da classe operária⁴⁸⁷. Sendo mero produto da correlação de forças, ao invés de determinar, o Direito era determinado⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 225.

⁴⁸⁶ A força de trabalho constitui uma mercadoria utilizada para produzir mercadorias que possuem mais valor do que ela mesma, e nisso consiste a mais-valia. A força de trabalho é fonte geradora de valores que, economicamente, excedem o seu próprio valor. Mas injustiça não está no fato de a força de trabalho ser uma mercadoria com capacidade de criar outras mercadorias – cujo valor de grandeza é superior à sua própria – para os proprietários dos meios de produção. Trata-se de uma condição mesmo da acumulação capitalista. “C’est *parce que* l’ouvrier est un *homme*, et non une *merchandise* particulière, que l’on peut revendiquer pour lui le titre de «*créateur*» des valeurs produites; dès lors, on peut *moralement* dénoncer l’appropriation de la plus-value – c’est-à-dire d’une partie du produit du travail (le *surtravail*) – par le capitaliste comme une «*aliénation*» de l’ouvrier, dans l’exacte mesure où une partie de «*lui-même*», de ce qu’il a «*engendré*» s’accumule dans des mains étrangères”. (grifos do autor). Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 232-233.

⁴⁸⁷ Para Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, p. 18-19, nesse contexto, os operários não passam de meras mercadorias – sujeitas às eventualidades da concorrência e às oscilações do mercado –, de escravos, não apenas da classe burguesa, mas também da máquina. Para eles, p. 19, “esta tirania é tanto mais mesquinha, mais execrável, mais exasperante, quanto mais despudoradamente proclama ser o lucro o seu objectivo”.

⁴⁸⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do pensamento político ocidental*, p. 392.

Por meio de suas anotações conhecidas sob a denominação de *Crítica do Programa de Gotha*⁴⁸⁹, Marx analisou cada proposição do programa do Partido Operário Alemão, opondo-se duramente ao uso, de forma acrítica e vazia, do que chamava de *fraseologia burguesa*, que apenas interessava aos próprios burgueses. No que concerne mais especificamente à temática da igualdade, as observações de Marx se dirigiam sobretudo à primeira e terceira epígrafes do Programa do Partido Operário Alemão, que apregoavam que o produto do trabalho pertencia, por direito igual, a todos os membros da sociedade, devendo ser equitativamente repartido⁴⁹⁰. Para Marx, o *igual direito* é o direito burguês que consistia em fornecer ao trabalhador exatamente aquilo que ele deu por meio de seu trabalho⁴⁹¹.

A partir dessas premissas, Marx expôs a noção de igualdade no contexto de uma sociedade após a revolução operária, revelando a visão marxista da sociedade do futuro, compreendida em duas etapas: a primeira, a da *sociedade comunista*; a segunda, a de um estágio superior do comunismo. A fase da sociedade comunista consistiria em estabelecer a apropriação coletiva dos meios de produção, de modo que a mais-valia se destinasse, em parte, ao trabalhador individual e, em parte, fosse redistribuída à sociedade global, permitindo, assim, o incremento das forças produtivas.

Nesse contexto, a igualdade não seria, a princípio, típica da sociedade comunista sem classes, uma vez que ainda alicerçada num Estado fundado no capital, com os valores e princípios que lhe são próprios, notadamente a valorização e remuneração do trabalho individual. Tratar-se-ia de um período intermediário de desigualdade limitada, que perduraria até que o comunismo descrito por Marx lograsse êxito. Nessa fase, a aplicação do princípio da igualdade proporcional de salários, traduzido na máxima *a cada um segundo seu trabalho* não corresponderia mais à realidade exploratória manifestada pela apropriação da força de trabalho do operário por mãos estrangeiras (dos proprietários dos meios de produção). Mesmo porque a mais-valia, sendo destinada a fins coletivos, serviria, ainda que indiretamente, também ao trabalhador⁴⁹². A fundação do Estado socialista seria, então, financiada ainda pelo trabalho

⁴⁸⁹ O programa de Gotha consistiu num projeto de unificação das duas organizações operárias existentes na Alemanha, no início dos anos 1870: o Partido Operário Social-Democrata (fundado em 1869) e a Associação Geral dos Trabalhadores Alemães (fundada, por Lassalle, em 1863). Por proposta dos lassallianos, a unificação ocorreu durante o Congresso de Gotha, realizado entre 22 e 27 de maio de 1875. Marx e Engels manifestaram-se contrariamente ao programa comum. *A Crítica do Programa de Gotha* consistiu nas anotações de Marx acerca do mencionado programa, que, tendo sido enviadas aos dirigentes do partido, não foram acolhidas, tampouco divulgadas. Após sofrer supressão de certos trechos e alteração de outros, por imposição dos dirigentes do partido e das leis restritivas da liberdade de imprensa, o texto foi publicado pela primeira vez em 1891, no órgão do Partido. Sua publicação integral ocorreu apenas em 1921. Cfr. Karl Marx, *Crítica do Programa de Gotha*, p. 5.

⁴⁹⁰ Cfr. Karl Marx, *Crítica do Programa de Gotha*, p. 13 e 16.

⁴⁹¹ Cfr. Karl Marx, *Crítica do Programa de Gotha*, p. 31.

⁴⁹² Cfr. Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 234.

individual, que consistiria na contribuição de cada indivíduo para a formação da nova forma de organização estatal.

No entanto, para Marx, essa concepção igualitarista, baseada na igualdade burguesa, era insuficiente, sendo necessário passar para um estado superior do comunismo. Nesse ponto, Marx afirma que as desigualdades (físicas e intelectuais) eram naturais entre os homens e que, em virtude delas, uma parte dos trabalhadores é mais ágil ou se dedica por mais tempo ao trabalho, resultando disso maior produção e maior capacidade de rendimento. O direito igual seria – como todo direito – um direito baseado na desigualdade: um direito desigual para um trabalho desigual. Não se distinguiria entre os trabalhadores, mas, tacitamente, reconheciam-se os privilégios das desigualdades naturais⁴⁹³. Para Marx, apenas seria possível evitar os inconvenientes das desigualdades sociais – decorrentes das desigualdades naturais – por meio de um direito, não igual, mas desigual.

Desse modo, a igualdade traduzida no trabalho como unidade de medida comum, ainda guardava, na visão marxista, a limitação da *igualdade burguesa*. Para Marx, somente quando superadas as desigualdades sociais e políticas, e a *dominação do homem pelo homem*, poder-se-ia desenvolver a igualdade plena entre os indivíduos⁴⁹⁴. Marx defendia que, com o alcance da sociedade verdadeiramente comunista, cada um deveria contribuir de acordo com sua capacidade, mas a distribuição deveria fundar-se na necessidade dos indivíduos, alcançando-se, assim, uma repartição equânime dos bens entre os componentes do corpo social.

A igualdade comunista, na concepção marxista era, portanto, uma igualdade econômica final, decorrente do triunfo inevitável do proletariado^{495 496} e da substituição do capitalismo pelo comunismo. Daí a fórmula: “de cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades”⁴⁹⁷. Tal máxima seria posta em prática com o

⁴⁹³ Cfr. Karl Marx, *Crítica do programa de Gotha*, p. 20.

⁴⁹⁴ Para Guy Haarscher, *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*, p. 243, a igualdade como conceito situado – que põe, perpetuamente, em causa os critérios de apreciação e de legitimação, interessa pouco ao pensamento marxista, que enxerga mais adiante: “jusqu’à l'égalité suprême de la société communiste, qui pourtant comunique avec le totalitarisme comme toute représentation naïve d'une communion de l'individu totalement satisfait avec le tout social totalement intégré”.

⁴⁹⁵ Cfr. G. A. Cohen, *A igualdade como norma e o (quase) obsoleto marxismo*, p. 125.

⁴⁹⁶ No entendimento de Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, p. 24-25, para se oprimir uma classe é imprescindível que se lhe proporcione, ao menos, condições de sobreviver na sua *existência subserviente*. Mas “a burguesia é incapaz de exercer seu domínio porque é incapaz de assegurar ao seu escravo a própria subsistência na escravidão, porque é obrigada a deixá-lo cair num estado tal em que, ao invés de ser alimentada por ele, tem de ser ela a alimentá-lo.” Desse modo, “a sociedade não pode mais viver sob o domínio da burguesia, a vida desta e a da sociedade já não são mais conciliáveis”. A queda da burguesia e o triunfo do proletariado são, assim, igualmente inevitáveis.

⁴⁹⁷ Cfr. Marx, *Crítica do programa de Gotha*, p. 21. Para G. A. Cohen, *A igualdade como norma e o (quase) obsoleto marxismo*, p. 134, a fórmula marxista da justiça distributiva é a mais igualitária já concebida, entretanto, fundava-se na crença de que o progresso industrial traria tal abundância de recursos materiais, que não haveria lugar para a competição desigual entre os indivíduos.

desmantelamento da velha sociedade burguesa e conseqüente surgimento de uma associação em que o *livre desenvolvimento de cada um* seria a *condição para o livre desenvolvimento de todos*⁴⁹⁸.

O princípio socialista de distribuição, de acordo com as necessidades, não enfrentava grandes problemas filosófico-normativos, quando o grupo de trabalhadores explorados coincidia com o de necessitados⁴⁹⁹. A doutrina da exploração, sob esse ponto de vista, sustentava-se na ideia de que o produto do trabalho deveria ser distribuído de maneira mais justa, contemplando os trabalhadores que, ao mesmo tempo em que figuravam como produtores, eram explorados. Mas quando deixa de haver coincidência entre os que são realmente necessitados e os produtores explorados, a doutrina marxista da exploração confronta-se com o *princípio mínimo do welfare state*⁵⁰⁰. Com efeito, ao longo da história, o incremento do conjunto de necessitados (deficientes físicos e mentais, grupos étnicos e raciais, mulheres, homossexuais, minorias religiosas etc.) resultou na qualificação dos trabalhadores explorados como apenas um subgrupo de necessitados.

Essa também é uma das críticas à concepção marxista de igualdade formulada por Carlos Moore, para quem a eliminação das desigualdades de classes propostas por Marx não alcançava todas as pessoas, antes privilegiava uma supremacia branca, com explícita defesa de pretensa superioridade dos povos europeus na condução da história^{501 502}. Para Moore, a perspectiva de a esquerda reduzir todas as especificidades das pessoas a uma questão de classe, escamoteando outras peculiaridades de grupos sociais, como raça, gênero e orientação sexual não seria mero acaso, mas consequência do racismo e da tendência assimiladora daqueles que construíram as bases do socialismo⁵⁰³.

Moore aponta a contradição entre o universalismo marxista – fundado numa orientação cultural eurocêntrica – e a ausência de qualquer análise da questão racial ou da condição específica dos povos negros no contexto da exploração capitalista. Analisando os

⁴⁹⁸ Cfr. Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, p. 37.

⁴⁹⁹ Para Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, p. 24, não se tratava mais de movimentos de minorias ou em favor de interesses de minorias, mas de um movimento espontâneo (movimento proletário) de uma “vasta maioria no interesse da vasta maioria”, que assumiria, então, caráter de *luta nacional*.

⁵⁰⁰ Cfr. G. A. Cohen, *A igualdade como norma e o (quase) obsoleto marxismo*, p. 130.

⁵⁰¹ Cfr. Carlos Moore, *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*, p. 65 e ss.

⁵⁰² Moore salienta a omissão de Marx e Engels com relação às insurreições negras nas Américas. Sobre a Revolução Haitiana em 1804, por exemplo – para Moore, o maior evento revolucionário do século XIX, composto por trabalhadores escravizados inteiramente negros, que derrubaram o sistema escravagista, para que, finalmente, o trabalho livre fosse possível – nada foi dito. Cfr. Carlos Moore, *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*, p. 82.

⁵⁰³ Cfr. G. A. Cohen, *A igualdade como norma e o (quase) obsoleto marxismo*, p. 130.

escritos de Marx e Engels, Moore demonstra que ambos acreditavam na raça como um dos fatores determinantes na evolução das sociedades humanas. Para o marxismo-leninismo, a colonização escravista seria etapa necessária para o desenvolvimento do capitalismo industrial e, conseqüentemente, da classe trabalhadora, protagonista da revolução socialista. Para Marx, a escravidão, enquanto categoria econômica, representava a base da indústria burguesa. Também teria sido mérito da escravidão a valorização das colônias, a partir do florescimento do comércio, pré-requisito para as indústrias⁵⁰⁴.

Aos que justificam as opiniões de Marx e Engels afirmando que eles apenas se referiam à escravidão greco-romana, Moore argumenta que não há como ignorar a postura legitimadora do sistema escravagista, consagrado no marxismo como uma etapa para o alcance do socialismo⁵⁰⁵. Em um século no qual os relatos da escravização de milhões de africanos nas Américas e no Caribe eram conhecidos, a omissão de Marx e Engels em diferenciar a escravidão greco-romana da que ocorreu à sua época, seria reflexo, não do acaso, mas de uma postura justificada pelos benefícios proporcionados pela escravidão às nações arianas⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Cfr. Karl Marx, *A miséria da filosofia*, p. 212, Carta de Marx a P.V. Annenkov, “a escravidão é uma categoria econômica como qualquer outra. Portanto, possui também seus dois lados. Deixemos o lado mau e falemos do lado bom da escravidão direta, a dos negros do Suriname, no Brasil, nas regiões meridionais da América do Norte. A escravidão direta é o eixo da indústria burguesa, assim como as máquinas, o crédito, etc. Sem escravidão, não teríamos o algodão; sem o algodão, não teríamos a indústria moderna. A escravidão valorizou as colônias, as colônias criaram o comércio universal, o comércio que é a condição da grande indústria. Por isto, a escravidão é uma categoria econômica da mais alta importância. Sem a escravidão a América do Norte, o país mais progressista, transformar-se-ia num país patriarcal (i.e. tribal) (...)”.

⁵⁰⁵ Cfr. Carlos Moore, *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*, p. 88 e ss.

⁵⁰⁶ Carlos Moore, *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*, p. 91, também observa que sobre a escravidão dos africanos, colonização e plantações de algodão nas Américas nada foi comentado na Primeira internacional em 1869. Para o autor, a *Primeira internacional* estaria unicamente interessada com o destino dos proletários brancos do Ocidente, sendo assim uma *Internacional dos Trabalhadores Brancos*. Pouco importava o que aconteceu internacionalmente com as massas de trabalhadores não brancos da África, Ásia, Oceania e Américas, exceto se fosse possível obter vantagens das lutas desses povos para os operários arianos.

– CAPÍTULO III –
CONCEPÇÕES DE IGUALDADE

“(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças, e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.”

Boaventura de Souza Santos

Nos tópicos anteriormente alinhavados, concluiu-se que a igualdade tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, tanto no seu sentido ontológico, quanto na sua acepção jurídico-normativa. Tal associação, no entanto, não basta para a percepção da multifuncionalidade e complexidade que o valor igualitário alcança em meio à ciência do direito. Muito embora – para fins de fundamentação teórica – seja relevante a digressão às dimensões da dignidade da pessoa humana para revelar as diversas facetas do princípio da igualdade, isso não significa que este não possua autonomia principiológica e que, em razão disso, não deva ser estudado à parte.

Neste capítulo, então, dá-se um passo adiante com destaque para o estudo da igualdade, nas suas diversas concepções, com vista a delinear o seu conteúdo jurídico, etapa crucial para a compreensão do sentido e alcance do direito fundamental à igualdade racial. Nesse sentido, abordar-se-á a igualdade em cinco enfoques distintos, porém complementares, quais sejam: a) igualdade como valor; b) igualdade como justiça; c) igualdade como princípio jurídico; d) igualdade como *jus cogens*; e) igualdade como direito fundamental. Tal abordagem permitirá que se alcance maior nitidez diante das ambiguidades imputadas à igualdade, sem que com isso se pretenda lograr unicidade ou completude conceituais. Mesmo porque se reconhece que a igualdade é ideia dinâmica e, portanto, em construção, sem perder de vista ainda que sua

concretização atende a condicionantes de tempo e lugar, bem como às peculiaridades dos diferentes sistemas jurídico-políticos. Nada obstante, não há dúvidas quanto à sua importância como pressuposto de todo Estado Democrático de Direito; como *valor-guia* não apenas da ética jurídica, mas também política e social⁵⁰⁷.

1. A igualdade como valor

Embora, pela própria natureza humana, seja compreensível a dificuldade de determinação de valores universais – já que a subjetividade é considerada uma tônica que permeia toda atribuição de valor a um ente⁵⁰⁸ – pode-se afirmar que a igualdade se constitui como valor ideal⁵⁰⁹, constantemente almejado na história das sociedades. Com efeito, considerando-se a existência de um sistema axiológico, composto de um núcleo comum de valores compartilhados no seio de cada sociedade, a igualdade parece ser uma constante na formação das concepções de vida em organizações sociais com pretensões de justiça.

O Direito busca a concretização de elementos axiológicos que a sociedade reconhece como sendo essenciais à convivência. É nesse sentido que, atualmente, inúmeros textos constitucionais⁵¹⁰ reconhecem expressamente a igualdade como valor essencial das sociedades que regem, o que se reflete na sua irradiação por todo o sistema jurídico-político.

A compreensão do valor igualitário e, portanto, da sua absorção pela ciência jurídica, requer a análise de algumas características que lhe são elementares. Primeiramente, é importante pontuar que a igualdade diz respeito à *equivalência parcial* entre entes diversos que guardam entre si determinada semelhança. Ou seja: o valor igualdade se expressa por meio de uma equação de semelhança entre pelo menos dois entes⁵¹¹. Difere, portanto, da categoria

⁵⁰⁷ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 257.

⁵⁰⁸ Cfr. Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, p. 273-274.

⁵⁰⁹ Para Luis Recaséns-Siches, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, p. 61, os valores são objetos ideais que possuem especial vocação de ser realizados; que possuem pretensão de imperar sobre o mundo pela ação do homem.

⁵¹⁰ Apenas a título de exemplo, veja-se o preâmbulo da Constituição indiana, de 1949; o preâmbulo da Constituição francesa, de 1958; o artigo 1º, nº 1, da Constituição espanhola, de 1978; o preâmbulo da Constituição brasileira, de 1988; e o artigo 1º da Constituição sul-africana, de 1996.

⁵¹¹ Sobre o princípio da identidade, Martin Heidegger, *Identidade e diferença*, p. 38, afirma que, embora seja o mesmo normalmente representado pela fórmula $A = A$, na verdade, esta designa a igualdade de A e A. Nas palavras de Heidegger, “de uma equação fazem parte ao menos dois elementos. Um A se assemelha a outro. Quer o princípio da identidade expressar tal coisa? Manifestamente não. (...) Para que algo possa ser o mesmo, basta cada vez um. Não é preciso dois como na igualdade. A fórmula $A = A$ fala de uma igualdade. Ela não nomeia A como o mesmo. A fórmula corrente para o princípio da identidade encobre, por conseguinte, justamente o que o princípio quereria dizer: A é A, quer dizer, cada A é ele mesmo o mesmo”.

identidade, que, por sua vez, refere-se à coincidência absoluta de um ente consigo mesmo⁵¹². Assim, de acordo com o princípio da identidade, um ente apenas pode ser qualificado como absolutamente idêntico a si mesmo⁵¹³, não havendo, na natureza, dois seres perfeitamente idênticos⁵¹⁴.

Em poucas palavras, a afirmação da igualdade equivale ao reconhecimento de semelhanças e não identidades⁵¹⁵. Por conseguinte, pode-se apontar como um dos elementos próprios do valor igualdade o seu *caráter relativo*⁵¹⁶ e não absoluto, uma vez que um ser só é *igual* a outro em certos aspectos, nunca havendo identidade ou igualdade absoluta entre dois indivíduos. Daí ser pertinente asseverar que “a igualdade é uma relação de diferença”, de modo que “apenas aquilo que é diferente pode ser comparado entre si e ser igual”⁵¹⁷.

Além disso, deve-se partir de uma pluralidade de objetos, pessoas ou fatos, para, então, determinar se há, ou não, nexos de igualdade entre estes em suas relações bilaterais ou multilaterais. Conclui-se, então, que a igualdade é um *valor comparativo ou relacional*, o que significa dizer que somente é possível assinalar similitudes ou diferenças mediante a análise comparativa de um (ou mais) ente(s) com relação a outro (ou outros)⁵¹⁸.

O emprego do vocábulo igualdade, sem especificação complementar, não ultrapassa mera abstração carente de sentido⁵¹⁹. Efetivamente, diante da disparidade e da

⁵¹² Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, p. 17.

⁵¹³ Cfr. Marc Vanquickenborne, *La structure de la notion d'égalité en Droit*, p. 176-177.

⁵¹⁴ Leibniz, *A Monadologia*, p. 63, afirma que não há no universo dois seres idênticos e que sua diferença não é numérica, nem espaciotemporal, mas intrínseca.

⁵¹⁵ Cfr. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil – Alguns Caminhos e Possibilidades*, p. 1.

⁵¹⁶ Cfr. Maria Glória F. P. D. Garcia, *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*, p. 13 e ss.; Martim de Albuquerque, *Da igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 75; Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 399; Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*, p. 331; João Martins Claro, *O princípio da igualdade*, p. 32.

⁵¹⁷ Cfr. Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 398.

⁵¹⁸ Cfr. Maria Glória F. P. D. Garcia, *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*, p. 16-17. Da mesma autora, *Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?*, p. 45 e ss., no qual a jurista desenvolve a noção de igualdade como um conceito relativo, comparativo e valorativo. No mesmo sentido, Martim de Albuquerque, *Da igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 75. Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil – Alguns Caminhos e Possibilidades*, p. 1, “a igualdade é uma relação entre dois termos e só pode estabelecer-se mediante comparação”. Referindo-se à igualdade e à desigualdade como juízos de relações triádicas, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 399. Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de Política, vol. 1*, p. 598, “(...) os seres humanos só são iguais ou desiguais em relação a determinadas características que devem ser especificadas. Não tem sentido afirmar que ‘todos os homens são iguais’. Alguns podem ser quanto a uma característica particular; todos, não. A única característica que é comum a todos é a ‘natureza humana’, mas isto é uma afirmação tautológica”.

⁵¹⁹ Para Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, p. 18 “el razonamiento de igualdad opera, por tanto, a partir de procesos relacionales y comparativos de los que se infieren las equivalencias, pero también, paradójicamente, las diferencias que se dan entre los entes de los que se predica la igualdad”.

multiplicidade infinitas do universo, a classificação é o meio que permite o agrupamento dos entes em classes com características comuns, essenciais e relevantes, designando-os como iguais⁵²⁰. Atribuir a algo ou alguém a *condição de igual* não tem qualquer significado sem antes se precisar *em que aspecto (eguaglianza in che cosa?)* e em relação *a quem (eguaglianza tra chi?)* se estabelece tal conexão comparativa⁵²¹. Em contrapartida, a defesa de uma igualdade abstrata equivaleria a uma concepção de igualdade completamente apartada de qualquer critério de justiça⁵²².

Sob a perspectiva jurídica, destaca-se, ainda, o *caráter adjetivo*⁵²³ da igualdade, tendo em vista que esta qualifica – ou, ao menos, deveria qualificar – a (re)distribuição de outros valores ou bens da vida. Desse modo, numa sociedade que se pretenda igualitária e justa, o valor igualdade qualifica os demais valores pertencentes ao sistema axiológico idealmente concebido. Almeja-se, então, igual liberdade, igual dignidade, igual oportunidade para o acesso aos direitos e bens socialmente estimados e juridicamente protegidos.

Sendo a igualdade, enquanto valor, marcada pela bipolaridade⁵²⁴, a determinação do seu sentido – e, conseqüentemente, de seu conteúdo jurídico – é marcada pela dinâmica e conflituosa relação mantida com seu *desvalor*⁵²⁵: a desigualdade. Levando-se em consideração tais pressupostos, importa absorvê-los para um correto entendimento da igualdade nas relações humanas.

Cada ser humano é, por suas características intrínsecas, único. Assim como as coisas da natureza, possui identidade singular, o que torna a desigualdade entre as pessoas um elemento natural. A desigualdade constitui característica essencial da vida em sociedade, e, sob muitos ângulos, condição mesmo desta. É fator indispensável na definição das funções sociais, na divisão do trabalho, e denota a pluralidade e diversidade inerentes à humanidade. Sob essa ótica, da desigualdade fática, por si só, não resulta, automaticamente, uma situação de injustiça.

⁵²⁰ Cfr. Marc Vanquickenborne, *La structure de la notion d'égalité en Droit*, p. 177.

⁵²¹ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 3.

⁵²² Cfr. Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, p. 290.

⁵²³ Cfr. Rodolfo Vázquez, *Hacia una educación igualitaria y democrática*.

⁵²⁴ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 191-192, chama atenção para o caráter sempre bipolar dos valores, tendo em vista que a um valor sempre se contrapõe um desvalor (ao belo, o feio; ao nobre, o vil). Assim, valores positivos e negativos se opõem e se implicam em um processo. O sentido dos valores e dos seus respectivos desvalores dependem um do outro. Para o autor, “a força contraditória que anima a vida jurídica, em todos os seus campos, reflete a bipolaridade dos valores que a informam”, sendo que a própria dinâmica do Direito resulta dessa polaridade.

⁵²⁵ Aqui nos referimos ao termo desvalor no sentido de oposto, uma vez que a desigualdade, nesse ponto, está sendo tratada como mera constatação fática de atributos ou características diversas. Não se faz, portanto, ainda, referência à desigualdade fática entendida como desigualdade socioeconômica, racial, de gênero etc.

Ela é própria da natureza humana; a mesma (natureza) que torna os seres humanos iguais, porque igualmente dignos.

Assim, a tradicional afirmação jurídica de igualdade entre todos as pessoas não se relaciona com a existência de uma sociedade de sujeitos idênticos ou *sem identidade*⁵²⁶, mas com a busca de igual dignidade⁵²⁷ no acesso aos bens e direitos para todos os componentes do corpo social, independentemente das diferenças que lhes são peculiares.

Por ser a desigualdade – social, política, econômica, jurídica etc. – na história das sociedades, derivada, em muitos de seus aspectos, do endeusamento da *liberdade absoluta*, a tensão contínua entre tais valores é, com frequência, entendida como irresolúvel. Igualdade e liberdade constituiriam sempre parte de um conflito axiológico inafastável? Tornar-se-á a essa complexa questão mais adiante.

2. A igualdade como justiça

A *igualdade* é frequentemente associada à ideia de *justiça*, sendo que, muitas vezes, os termos são empregados como equivalentes⁵²⁸. No entanto, a noção de justiça consiste em determinada aplicação da igualdade⁵²⁹.

A simples constatação da existência de igualdade entre dois entes não retrata nem justiça, nem injustiça. Ou seja, a igualdade, pura e simplesmente considerada, constitui um fato⁵³⁰, *a priori*, sem interesse social, jurídico ou político. A partir dessa linha conceitual, a igualdade não é necessariamente justa, nem a justiça é necessariamente igualitária⁵³¹. O tratamento que advém da constatação de uma relação de igualdade ou desigualdade é que pode ser qualificado como justo ou injusto, o que remete à regra de justiça.

A regra de justiça consiste numa medida empregada com a função de comparar entes e/ou fatos singulares, indicando se são iguais ou diferentes – e em que aspectos –, para, a partir daí, conferir-lhes, conforme o caso, tratamento igual ou diferenciado. Tal indicação de

⁵²⁶ O termo aqui é empregado no sentido de idiosincrasias que tornam cada ser humano único, um verdadeiro indivíduo.

⁵²⁷ Cfr. Luis Recaséns-Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, p. 589.

⁵²⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 6.

⁵²⁹ Cfr. Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 23.

⁵³⁰ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 8.

⁵³¹ Como assinala Alfonso Ruiz Miguel, *Igualdad como diferenciación*, p. 6-7, tratar desigualmente os desiguais não consiste num tratamento igual, mas sim num tratamento justo. Explica o autor que “para que la frase «tratar desigualmente a los desiguales constituye, a fin de cuentas, un trato igual» tenga sentido es preciso atribuir en cada caso un significado distinto al término «trato (des)igual», entendiéndolo en lo primero como trato diferenciado y en el otro como trato justo”.

igualdade ou diferença entre dois entes pode comportar, por si só, relevante carga valorativa (juízo de valor), não se tratando sempre de simples e objetiva verificação fática⁵³². Estabelecer relações de igualdade consiste, então, não raras vezes, numa atividade criativa, o que a torna uma realidade construída, uma idealização, nem sempre condizente com um legítimo ideal de justiça.

2.1. A regra de justiça

A regra de justiça indica imposição de tratamento (des)igual aos (des)iguais, na medida de sua (des)igualdade, remetendo inevitavelmente ao problema de se determinar quais são as relações de (des)igualdade relevantes e quais aquelas que devem ser negligenciadas no tratamento dos sujeitos de direitos.

Não há dúvidas – conforme já se firmou no primeiro capítulo – de que todas as pessoas são iguais em dignidade, o que não quer dizer que a todas caiba igual recompensa ou castigo⁵³³. Estes são distribuídos conforme as condutas de cada um, devendo-se tratar igualmente apenas aqueles que se encontrem em situações equivalentes. Proíbe-se, então, a regulação desigual de fatos e/ou sujeitos iguais.

A regra de justiça, em virtude da uniformidade de tratamento que estabelece, deve conduzir à previsibilidade e à segurança, e resultar no funcionamento coerente e estável da ordem social e jurídica⁵³⁴. Mas a observância da regra de justiça não garante, por si só, que o sistema por ela regido seja justo; que as relações de igualdade por ela regulamentadas estejam sempre conforme um juízo de equidade.

Uma relação de igualdade é considerada desejável quando tida como justa⁵³⁵, assim qualificada por coincidir com um ideal de harmonia das partes de um todo, tornando-o ordenado e, por isso, durável. A justiça é, nesse sentido, bem supremo da vida em sociedade, ideal alcançável pela igualdade, enquanto condição indispensável à harmonia e equilíbrio do sistema social.

Mas, quando a igualdade entre dois sujeitos pode ser qualificada como desejável ou indesejável? Ou, questionando-se de outro modo, que critérios (de justiça) permitem concluir

⁵³² Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, *Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras*, p. 72, “igualar ou desigualar é, portanto, em primeiro lugar uma atitude reflexiva. Será preciso ver se esta reflexão é de caráter verificador ou de caráter criador. Em outras palavras, é preciso perguntar se o juízo que predica a igualdade de dois termos apenas a verifica ou se ele a cria”.

⁵³³ Cfr. Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, p. 291.

⁵³⁴ Cfr. Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 152.

⁵³⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 8.

que se está diante de uma igualdade justa ou injusta? Para a aplicação da regra de justiça – segundo a qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira⁵³⁶ – deve-se, primeiramente, ter em conta o(s) critério(s) de justiça que a embasa(m).

2.2. Critérios de justiça

A máxima que impõe que se atribua *a cada um o que é seu* não resolve o problema da desejabilidade ou justiça de uma relação de igualdade ou igualização. Com efeito, o aforisma não traz em si critério de justiça que permita determinar o que é atribuível a cada um. Desse modo, dar *para cada um o que é seu* depende de se definir qual é o *seu de cada um*⁵³⁷. Então, caberá a cada um o que é seu segundo seus méritos, segundo suas capacidades, segundo suas necessidades, segundo seus esforços ou segundo seus resultados?

Todas as fórmulas de justiça se fundam na aplicação de uma igualdade supostamente justa. Cada um dos critérios de justiça pretende atribuir a cada um o que é seu, em respeito à regra de igualdade, que distribui os bens de interesse comum de acordo com as relações de igualdade existentes entre as pessoas. As concepções de justiça diferem, justamente, na consideração das características essenciais que devem embasar a pertença de cada um a uma mesma ou diversa categoria.

Chaim Perelman, embora reconheça a impossibilidade de enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça, dedica-se a desvendar algumas das concepções mais correntes:

a) A cada um a mesma coisa. Segundo essa concepção de justiça cabe a cada ser humano os mesmos bens da vida de igual forma. Em outras palavras, é justo que todos sejam tratados da mesma maneira, sem que se leve em consideração qualquer das particularidades que distinguem os indivíduos⁵³⁸.

À primeira vista, nota-se que essa fórmula prega uma justiça igualitária pura, na qual a cada indivíduo são atribuídos igualmente os mesmos bens da vida. Se *cada um* aqui for entendido como cada ser humano, tal noção de justiça encerra a ideia de igualdade absoluta, e, por isso, irreal, entre todos os sujeitos. A igualdade concebida desse modo consiste numa abstração que acaba por não comportar critério algum de justiça. Isso porque, como já visto, as

⁵³⁶ Cfr. Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 27.

⁵³⁷ Cfr. José Reinaldo de Lima Lopes, *Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras*, p. 84.

⁵³⁸ Segundo Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 19, “na imagética popular, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens, sem consideração por nenhum dos seus privilégios”.

peças apenas podem ser consideradas absolutamente iguais no que se refere ao fato de pertencerem à humanidade e de serem, por isso, iguais em dignidade. Nada obstante, se à expressão *cada um* atribuir-se sentido estrito, a fórmula de igualdade em questão poderia prestar-se a um ideal oposto ao que primeiramente parece conceber. Se *cada um* indicar cada membro de um grupo seletivo de pessoas arbitrariamente instituído – ou instituído segundo os interesses de poucos –, a fórmula poderá servir para fundamentar igual tratamento, porém classista, fundado em privilégios.

b) A cada um segundo os seus méritos. Consoante a concepção meritocrática de justiça, exige-se, para o alcance da igualdade justa, um tratamento proporcional aos méritos de cada pessoa⁵³⁹. Assim, serão considerados iguais – e, portanto, tratados em igual medida – aqueles que possuírem igual mérito.

A defesa de um modelo de sociedade meritocrática coincide com a ascensão das ideias defendidas pelas revoluções liberais, que pregavam o fim dos privilégios classistas, próprios do modelo de Estado Absolutista. Apesar de sua importância histórica, a noção de justiça segundo o mérito, muitas vezes defendida em virtude de seu maior objetivismo – quando em contraposição à justiça segundo as necessidades, por exemplo – comporta diversas formas de apreciação do mérito⁵⁴⁰, que nem sempre estão preestabelecidas de maneira objetiva. Afinal, como aferir o grau de mérito de cada um? Levando-se em conta o nível de esforço, o talento, as capacidades? Essa é uma questão que irá permear muitas das discussões travadas ao longo deste trabalho, notadamente no que se refere à temática da igualdade de oportunidades e promoção da igualdade racial.

c) A cada um segundo as suas obras. Tal concepção de justiça também apregoa um tratamento proporcional, não mais segundo os méritos de cada um, mas sim de acordo com os resultados alcançados pela ação de cada um. Dito de outro modo, esse critério não leva em consideração quer a intenção, quer o esforço, quer o talento do indivíduo, senão o resultado por ele apresentado. Relaciona-se, portanto, com a noção de produção, determinando que os bens sejam distribuídos igualmente àqueles que demonstrem resultado equivalente.

⁵³⁹ Quanto ao critério de justiça baseado no mérito, Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 19, adverte que nem sequer são colocadas certas questões: “como definir esse mérito? Qual a medida comum a encontrar entre os méritos e os deméritos de diferentes seres? Haverá em geral semelhante medida comum? Quais são os critérios que se devem considerar para a determinação desse mérito? Deverá considerar-se o resultado da ação, da intenção, do sacrifício realizado, e em que medida?”.

⁵⁴⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 113 (1131a25-30), tratando do princípio de distribuição de acordo com o mérito, já afirmava que “o sentido do princípio de distribuição por mérito envolve controvérsia e não é o mesmo para todos. Para os democratas é a liberdade, mas para os oligarcas, é a riqueza, ou ainda o berço. Contudo, para os aristocratas é a excelência”.

Esse critério de justiça é o mais utilizado quando se trata de retribuir o trabalho realizado por operários ou classificar candidatos por meio de concursos. A fórmula não se ocupa, *a priori*⁵⁴¹, das ações ou situações anteriores⁵⁴² de cada um e que propiciaram o alcance do melhor resultado, ou do resultado que permite a integração do candidato a dada categoria. O que atribuiria mais objetividade ao critério de distribuição segundo o resultado seria a comparação de obras e conhecimentos da mesma espécie⁵⁴³.

d) A cada um segundo as suas necessidades. Esse critério de justiça não se preocupa com o mérito ou a produção do indivíduo. Antes procura proporcionar ao ser humano a satisfação de suas necessidades essenciais⁵⁴⁴. De acordo com essa fórmula, serão iguais – e, assim, tratados de igual maneira – aqueles indivíduos que possuam as mesmas necessidades.

Não se trata, então, de perquirir acerca das necessidades particulares de cada indivíduo, já que tal entendimento, diante das idiossincrasias inerentes a cada ser humano, esvaziaria completamente o sentido de justiça e igualdade do critério. As necessidades capazes de equiparar as pessoas numa mesma categoria de características essenciais seriam aquelas relacionadas aos bens indispensáveis para uma vida digna, o que remete à noção de *mínimo dignificante*. Essa concepção de justiça liga-se à ideia de solidariedade entre os componentes de uma sociedade, e, portanto, com as obrigações do corpo social relativamente a cada um de seus membros.

e) A cada um segundo a sua posição. Essa fórmula consiste em tratar os indivíduos não segundo critérios intrínsecos, mas de acordo com a sua pertença a determinada categoria⁵⁴⁵.

A aplicação desse critério supõe a repartição da sociedade em diferentes classes, atribuindo-se igual tratamento aos membros pertencentes à mesma classe. Tal divisão pode tomar por base características diversas, como a origem, a classe social, a casta, o cargo desempenhado, a raça, o sexo, a orientação sexual e a idade. À primeira vista, relaciona-se

⁵⁴¹ Salvo se previstas dentre as formas de aferição do mérito. Por exemplo, diversos concursos públicos, após a seleção inicial fundada no resultado de uma prova de conhecimentos, passa a classificar os candidatos em razão do número e da qualidade de títulos que possuem.

⁵⁴² Por exemplo, a quantidade de tempo despendido, o esforço realizado, a melhor escolaridade ou formação profissional.

⁵⁴³ Cfr. Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 33.

⁵⁴⁴ Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 20, observa que, para ser socialmente aplicável, tal fórmula de justiça deve basear-se em critérios formais das necessidades de cada um. “Deste modo, ter-se-á em consideração um mínimo vital que é preciso assegurar a cada homem, os seus encargos com a família, a sua saúde mais ou menos precária, os cuidados exigidos pela sua juventude ou pela sua velhice, etc.”.

⁵⁴⁵ Para Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 21, esta concepção de justiça difere das demais porque, em vez de ser universalista, reparte os homens em diversas categorias que serão tratadas de forma diferente. O autor concebe tal fórmula como aristocrática porque preconizada pelos que dela se beneficiam, geralmente funda-se na força “que é dada quer pelas armas, quer pelo facto de fazer parte de uma maioria perante uma minoria sem defesa”.

automaticamente tal noção de justiça com uma divisão classista e hierarquizada da sociedade⁵⁴⁶. No entanto, tal critério, além de ser mais comum do que se imagina⁵⁴⁷, pode ser utilizado sem necessariamente visar ao privilégio de uma classe superior. A *fórmula a cada um segundo sua posição* pode, ao contrário, tomar por base a pertença do indivíduo aos chamados grupos minoritários ou vulnerabilizados, atribuindo-lhes tratamento diferenciado, em virtude da condição de desvantagem socialmente imposta.

f) A cada um segundo o que a lei lhe atribui. O critério legislativo de justiça estabelece que é justo conceder a cada um apenas aquilo que a lei determina. Não há preocupação com o conteúdo, a justiça ou a igualdade na lei, mas com a aplicação das normas de um dado sistema jurídico.

Segundo essa noção de justiça, os indivíduos serão considerados iguais quando a lei assim estabelecer, estando o aplicador da regra de justiça adstrito à prescrição do legislador. A fórmula de justiça que concede a cada um aquilo que a lei lhe atribui está fulcrada na decisão do legislador, a quem caberá definir qual(quais) critério(s) de justiça será(ão) imposto(s) pela lei. Portanto, qualquer dos critérios expostos poderá ser eleito pelo legislador, seja de maneira exclusiva ou combinada. De outro modo, é fundamental observar que a fórmula legislativa pode resultar numa norma injusta, caso não se perquiria acerca do seu conteúdo ou do critério de justiça eleito pelo legislador, que pode ter se baseado em interesses particulares ou arbitrários na elaboração da lei.

Além dos critérios de justiça identificados por Chaim Perelman, merece destaque, ainda, a concepção de Martha C. Nussbaum:

g) A cada um segundo suas capacidades. Nussbaum defende a distribuição dos bens conforme a capacidade de cada pessoa individualmente considerada, incorporando à sua abordagem os diferentes graus de necessidade e dependência dos indivíduos. Desse modo, importaria – por meio do empoderamento e garantia de oportunidades – focar no que cada sujeito é efetivamente capaz de ser e fazer, para desenvolver livremente suas faculdades⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Para Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 35, “um regime só é viável se cada membro da sua classe superior for colocado perante as suas responsabilidades, e se os direitos que lhe são concedidos resultarem das tarefas que lhe são impostas. Quando os direitos particulares não coincidem com responsabilidades especiais, o regime não tardará, graças à arbitrariedade generalizada, em degenerar um favoritismo sistemático, num república dos camaradas”.

⁵⁴⁷ Sem a pretensão de, nesse espaço, discutir os fundamentos inerentes ao instituto, pode-se mencionar o chamado foro privilegiado, que consiste na adoção de um tratamento diferenciado aos ocupantes de determinados cargos públicos, em virtude das funções por eles desempenhadas.

⁵⁴⁸ Cfr. Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, p. 72. A autora, p. 74 e ss., propõe uma lista aberta, e de amplo consenso transcultural acerca das capacidades humanas fundamentais, elencando elementos indispensáveis para um funcionamento autenticamente humano: 1. Vida; 2. Saúde física; 3. Integridade física; 4.

Assegurado o gozo das capacidades humanas de base – pelo fornecimento de um justo sustento educativo e material – permitir-se-ia o desenvolvimento das capacidades de nível superior, alcançando-se, assim, uma vida digna em que cada um possa desfrutar da faculdade de agir e de se exprimir livremente.

De acordo com esse modelo, o principal fim político deve ser a promoção das capacidades individuais, perseguindo-se uma sociedade em que cada um seja digno do mesmo respeito, pela garantia de um nível mínimo de capacidade. É necessário que os poderes públicos assegurem ambiente material e institucional, de modo que as pessoas estejam efetivamente em condições de exercitar essas capacidades, sem imposições, garantindo-se, assim, também, a liberdade de escolha do indivíduo quanto ao exercício de suas capacidades. Nessa linha de entendimento, a abordagem dos direitos humanos – em especial os sociais e econômicos –, em termos de capacidade, permitiria delinear os critérios para distribuição desigual de recursos em prol dos desfavorecidos ou a criação de programas especiais voltados para promover a transição para o desenvolvimento pleno de suas capacidades⁵⁴⁹.

Expostos os mais recorrentes critérios de justiça, certo é que nenhum destes é absolutamente objetivo, tampouco exclusivo, de forma a garantir o alcance da igualdade justa em toda ordem social. Tal nível de objetividade exigiria a concordância absoluta de características, inclusive temporal e espacialmente, o que conduziria – como já visto – à concepção de identidade, e não de igualdade.

A verdade é que essa questão não pode ser respondida de uma vez por todas⁵⁵⁰. Isso porque as transformações das sociedades ao longo da história conduzem a modificações nas escalas de valores a respeito das características consideradas relevantes para a aplicação da regra de justiça, o que leva a uma reclassificação do ser humano em diferentes categorias essenciais⁵⁵¹, a depender do contexto social e histórico abordado.

Os critérios de justiça aplicados em cada sociedade – ou em cada esfera de interesse social – serão o resultado dos ideais de justiça almejados, apenas definíveis no tempo e no espaço, para o alcance de uma igualdade capaz de trazer mais equilíbrio à ordem social. Mesmo no âmbito de determinado sistema sociojurídico, é comum, e até necessária, a disposição de diversos critérios, conforme o ramo de atividade ou prerrogativa em questão. A eleição do critério de justiça dependerá de fatores como o bem a distribuir, as competências ou requisitos

Sentidos, imaginação e pensamento; 5. Sentimentos; 6. Razão prática; 7. Pertencimento; 8. Outras espécies animais; 9. Lazer; 10. Controle do próprio ambiente: a) político; b) material.

⁵⁴⁹ Cfr. Martha C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, p. 88.

⁵⁵⁰ Cfr. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 331.

⁵⁵¹ Cfr. Chaim Perelman, *Ética e Direito*, p. 38.

exigíveis para aquisição do bem, a existência de interesses de grupos minoritários ou vulnerabilizados e a necessidade de garantir igualdade de oportunidades. À vista dessas questões é que será possível aferir a essencialidade ou não essencialidade das características próprias dos entes comparados, firmando base para uma igualação ou diferenciação jurídica.

Considerando-se esses elementos, dever-se-á, então, identificar quais as desigualdades fáticas – fulcradas nas diferenças entre os grupos sociais – que vêm causando o desequilíbrio do sistema, e se elas exigem medidas para garantir, dentre outros objetivos jurídico-políticos, a igualdade de oportunidades para os coletivos em desvantagem.

A associação da concepção de igualdade à de justiça relaciona-se, portanto, com o potencial daquela de promover certos valores que justificam o caráter normativo a ela atribuído⁵⁵². De fato, quando se leva em consideração que o valor igualitário funciona como critério para a (re)distribuição justa dos bens materiais e imateriais considerados essenciais para uma vida digna, compreende-se melhor a associação entre justiça e igualdade⁵⁵³.

3. A igualdade como princípio jurídico

Ao termo princípio, mesmo considerado estritamente na seara jurídica, atribui-se uma pluralidade de significados que, pela extensão deste trabalho e pela necessidade de focalização no tema, não serão aprofundados. A doutrina tem se referido aos princípios jurídicos como verdades ou valores fundamentais, proposições gerais, fontes de critérios interpretativos, pautas de valoração, normas jurídicas diferenciadas das regras, mandamentos de otimização⁵⁵⁴.

Admitida a natureza axiológica da igualdade⁵⁵⁵, importa observar que tal conclusão não afasta a positivação do valor igualitário na condição de norma jurídica⁵⁵⁶. Em vista disso, juridicamente, a igualdade figura também como conceito deontológico, mandamento, *dever-ser*. A atribuição de caráter principiológico a certo valor implica a apreensão do termo princípio

⁵⁵² Cfr. Chaim Perelman, *Égalité et valeurs*, p. 319.

⁵⁵³ Para Hannah Arendt, *Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*, p. 335, “a igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais”.

⁵⁵⁴ A difundida concepção dos princípios como mandamentos de otimização é defendida por Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e ss., e diz respeito à possibilidade de satisfação daqueles em variados graus, diferentemente do que ocorria com as regras, que são aplicadas na base do “tudo ou nada”.

⁵⁵⁵ Sobre a igualdade como valor, cfr., entre outros, Santiago Sánchez González, *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, p. 18-19.

⁵⁵⁶ Sobre o tema, entre tantos, cfr. Guilherme Machado Dray, *O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira*.

no enquadramento de um sistema, dentro do qual ele atua como proposição fundamental, ponto de partida para deduções operadas dentro do sistema considerado. Em termos simples, o princípio da igualdade é um dos reflexos jurídicos do valor igualitário⁵⁵⁷, sendo considerado princípio geral⁵⁵⁸ do direito e, ainda, princípio de caráter constitucional estruturante.

O sistema constitucional dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais configura-se como um organismo vivo, o que afasta a estaticidade por eles absorvidos. Daí a afirmação de que, na esfera jurídica, todo princípio se situa, ao mesmo tempo, no mundo ideal e no mundo real, do que resulta que todo princípio jurídico, longe de ser imutável, é, em si mesmo, movimento⁵⁵⁹.

Pode-se dizer que o princípio da igualdade funciona como uma espécie de sol axiológico, que difunde seus raios por todo o sistema jurídico, qualificando o efetivo e equitativo exercício dos direitos. Permitindo-se uma abordagem metafórica, poder-se-ia entender o sistema jurídico-constitucional, nesse domínio específico, como célula representativa de uma unidade centralizadora da ordem jurídica. Esse elemento de convergência axiológica tem como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, em torno do qual coexistem outros princípios e direitos fundamentais, cada um com objetivos específicos e interativos no organismo constitucional. A delimitação do conteúdo e a *regulação comunicativa* desse organismo com o mundo exterior são promovidas por uma membrana dotada de permeabilidade seletiva, em conformidade com o elemento nuclear. Logo, o sistema constitucional acolhe, criteriosamente, elementos externos compatíveis com a natureza dos valores nele insertos, em especial com o seu axioma nuclear. Sob outro enfoque, a *célula jusfundamental* da Constituição alimenta-se do meio circundante, que dinamiza e oxigena seu conteúdo, sendo também capaz de influenciar o ambiente externo. Tal mecanismo de interconexão resulta na adaptabilidade dos valores constitucionais à realidade fática, sem prejuízo da manutenção de certos elementos substanciais (ou núcleos duros), garantidos pela seletividade do sistema.

Nesse contexto, o princípio da igualdade pode ser considerado como fator responsável pela *respiração celular*, processo voltado para a obtenção de energia vital, que permite o pleno desenvolvimento das demais *atividades do organismo constitucional* e a

⁵⁵⁷ Cfr. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 30.

⁵⁵⁸ Os princípios gerais de um sistema constituem o conjunto de proposições diretrizes das quais dependem tanto a estrutura quanto o desenvolvimento do sistema subordinado. São, portanto, determinantes para a unidade e homogeneidade do sistema. Cfr. Henri Buch, *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 199.

⁵⁵⁹ Cfr. Henri Buch, *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 197.

equitativa fruição dos bens jurídicos delas decorrentes, em sua interação com a realidade social. Logo, o princípio da igualdade funciona como elemento essencial de abertura da Constituição, convertendo-se em porta de entrada “pela qual a realidade social, valorizada positivamente, penetra diariamente na normatividade estatal”⁵⁶⁰.

Com sua natureza estruturante⁵⁶¹, o princípio da igualdade qualifica e condiciona o efetivo e justo exercício de todos os direitos⁵⁶² – notadamente os fundamentais –, além de exercer influência decisiva na interpretação e aplicação dos demais princípios constitucionais. Como consequência, a atuação dos poderes estatais deve se orientar teleologicamente para a concretização da igual dignidade de todos os seres humanos sem o que resta frustrado o compromisso de justiça, solidariedade e pluralidade em que deve se fundar o Direito.

Modernamente, não se pode negar que a legitimidade do sistema jurídico está finalisticamente vinculada à realização da justiça. Se o princípio igualitário visa materializar a justa distribuição dos bens jurídicos e equitativo gozo dos direitos, o grau de justiça da ordem jurídico-constitucional medir-se-á também pela força normativa conferida à igualdade.

É certo que ao maior grau de generalidade e de abstração inerentes aos princípios jurídicos está associada à sua menor densidade normativa, com *menor determinabilidade do seu grau de aplicação*⁵⁶³. A esse fator se agrega a *porosidade axiológica* própria das normas constitucionais dessa natureza, que absorvem mais intensamente os valores jurídico-políticos esposados pela Constituição. Nessa senda, a concretização dos princípios constitucionais se dá por meio de um processo gradativo de especificação, por meio de princípios, subprincípios e regras correlatos, que, em conjunto, alcançam uma densificação normativa própria.

Sob essa perspectiva, a juridicização da igualdade enquanto princípio deve servir de estímulo para outras formas de positivação do axioma igualitário, por meio de subprincípios e regras, além de normas infraconstitucionais. As normas igualitárias – sejam elas princípios ou regras –, e, por conseguinte, os próprios direitos de igualdade, podem ser extraídos do ordenamento jurídico por meio do processo interpretativo, sem que haja necessariamente dispositivos jurídicos específicos. De outro modo, um ou mais enunciados sobre igualdade – a partir da interpretação sistemática da sua relação com outros dispositivos e com os valores fundantes do ordenamento jurídico – podem servir de base para a *construção* de normas igualitárias. Ou seja, os dispositivos jurídico-constitucionais podem gerar, isolada ou

⁵⁶⁰ Cfr. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 338.

⁵⁶¹ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – tomo I*, p. 219.

⁵⁶² Martim de Albuquerque, *Da igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 76, observa que “a igualdade constitui característica ou qualidade de todo e qualquer direito, e não apenas dos direitos fundamentais”.

⁵⁶³ Cfr. Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 42.

conjuntamente, mais de um comando normativo, o que permite afirmar o seu caráter pluridimensional⁵⁶⁴. Assim, do conjunto de normas jurídicas fundadas no princípio da igualdade podem ser extraídos direitos de igualdade que não necessariamente correspondem de maneira precisa aos enunciados normativos⁵⁶⁵.

Do princípio da igualdade – em sua intrincada relação com a dignidade da pessoa humana – decorrem importantes mandamentos que materializam o valor igualitário nos sistemas jurídicos. Primeiramente, extrai-se o *comando geral de equidade* correspondente à imposição de dispensar a toda pessoa humana igual respeito e consideração, o que não resulta necessariamente em igual tratamento para todos. Em segundo lugar, o princípio igualitário infunde a regra de justiça por todo o ordenamento jurídico, estabelecendo a igualdade de tratamento de todos aqueles que se encontrem em situação equivalente. Nessa vertente, a igualdade vincula a todos os poderes públicos, desde o Legislativo em sua função normativa, até o Executivo e o Judiciário na aplicação da lei.

Com a evolução histórica do princípio igualitário, outras dimensões foram agregadas ao seu conteúdo meramente formal, instituindo novos comandos normativos, associados à igualdade material e, por conseguinte, à ideia de justiça distributiva.

Além dos mandados da igualdade formal e da igualdade material, o princípio da igualdade pressupõe as chamadas proibições concretas de discriminação, que repelem *a priori* a eleição de certas circunstâncias concretas como fator de *discrímen*. Via de regra, tais proibições encontram-se elencadas nos textos constitucionais⁵⁶⁶, que especificam elementos como raça, sexo, idade, religião e origem, considerando, *prima facie*, injustificadas diferenciações calcadas em algum dos critérios especificamente mencionados. Nesse ponto, as Constituições prenunciam as características da pessoa humana as quais não devem, a princípio, servir de fator a justificar tratamento diferenciado.

⁵⁶⁴ Cfr. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 69-71.

⁵⁶⁵ Efetivamente, mesmo diante da ausência de base escrita, podem-se extrair normas jurídicas. Enunciado normativo é o dispositivo escrito de cuja interpretação, normalmente, advém uma norma jurídica. Os termos não são nem correspondentes, nem interdependentes. Isso porque, é possível haver norma jurídica sem dispositivo, assim como pode haver dispositivo sem norma. Assim, o enunciado normativo é apenas um ponto de partida para a decisão hermenêutica da qual resulta a norma jurídica que contém em si direitos e deveres.

⁵⁶⁶ Vejam-se os seguintes exemplos: artigo 3º da Constituição italiana, de 1948: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”; artigo 13, 2, da Constituição portuguesa, de 1976: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”; artigo 14 da Constituição espanhola, de 1978: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”; Artigo 3º, inciso IV, da Constituição brasileira, de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A referência constitucional a tais elementos tem como finalidade a interdição de discriminações historicamente arraigadas nas sociedades e que condenaram certos setores da população a situações de marginalização e indignidade. Isso não significa que haja um “mandamento de equiparação jurídica em todas as relações”⁵⁶⁷, uma vez que desvantagens fáticas não apenas autorizam, como podem exigir, a compensação por meio de medidas especiais concretizadoras da igualdade em seu sentido material.

Desse modo, as Constituições, ao proclamarem a cláusula geral da igualdade, reconhecem tais critérios como sendo especialmente odiosos e, portanto, *a priori*, suspeitos. Não se quer, com isso, proibir qualquer discriminação fundada em tais critérios – mesmo porque, em determinadas circunstâncias, as próprias Constituições o fazem –, mas exigir um regime mais severo de justificação, capaz de afastar a presunção de ilegitimidade de seu uso. Supõe-se, portanto, que, uma vez utilizado um dos critérios especificados para introdução de um trato diferenciado será para inserir um tratamento ilegitimamente discriminatório, cabendo ao autor do *discrímen* provar o contrário⁵⁶⁸.

As proibições concretas de discriminação, de outro modo, possuem a especial função de sinalizar, de forma exemplificativa⁵⁶⁹, aos poderes públicos quais os principais grupos vulnerabilizados, que se encontram em situação de desvantagem e que devem ser priorizados por eventuais medidas de ação positiva. Estas, por sua vez, justamente por fazerem uso dos ditos critérios odiosos para introdução de tratamentos diferenciados em favor desses grupos, devem respeitar um regime mais estrito de justificação quanto à sua constitucionalidade. Assim, cada medida concreta de ação afirmativa deve superar um juízo de constitucionalidade, a fim de demonstrar sua compatibilidade com os direitos e valores constitucionalmente assegurados⁵⁷⁰.

Importa mencionar, por fim, que a equiparação de outras circunstâncias àquelas constitucionalmente previstas não deve ser aleatória, devendo eventuais critérios dizer respeito

⁵⁶⁷ Cfr. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 333.

⁵⁶⁸ Conforme será visto mais adiante, caberá, em tais hipóteses, a inversão do ônus da prova em desfavor do autor do trato diferenciado.

⁵⁶⁹ Como visto, a maioria das Constituições elenca as proibições concretas de discriminação de forma exemplificativa, permitindo a equiparação de outras condições ou circunstâncias às expressamente enumeradas, a depender da realidade social, econômica e política de cada país. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 37, menciona outros critérios considerados como *odiosos* em decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, tais como idade (STC nº 69, de 1991), profissão (STC nº 90, de 1995), parentesco (STC nº 79, de 1991), matrimônio (STC nº 134, de 1996) e uniões de fato (STC nº 47, de 1993).

⁵⁷⁰ Para o Tribunal Constitucional Espanhol não deve ser considerada “discriminatoria y constitucionalmente prohibida – antes al contrario – la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente marginalizados y preteridos, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o corregida su situación de desigualdad sustancial” (STC nº 216, de 91).

a características – geralmente, involuntárias – de certos grupos ou que tenham origem no exercício de direitos personalíssimos⁵⁷¹.

4. A igualdade como *jus cogens*

Em resposta à barbárie vivenciada nas Primeira e Segunda Guerras Mundiais, operou-se, na ordem internacional, a gradativa positivação dos direitos humanos, notadamente durante a segunda metade do século XX. A normatização dos direitos humanos, encampada inicialmente pela Organização das Nações Unidas, representou a tentativa de, por meio de arcabouço jurídico próprio, vincular as forças políticas estatais ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

A paulatina proclamação internacional de direitos humanos revela a ideia de estabilização da proteção do indivíduo, que, nas sociedades secularizadas, não estava mais seguro de sua igualdade quer no plano espiritual, quer no plano temporal das variáveis e instáveis ordens estatais. No entanto, essa função estabilizadora não resulta na estagnação dos direitos humanos, mesmo porque as próprias condições históricas impulsionam a dinamização da proteção da pessoa humana, o que não afasta a convergência de interesses da comunidade internacional diante de certos valores fundamentais que, embora evolutivamente variáveis, parecem manter um núcleo estável, como é o caso do princípio da igualdade, sobretudo na sua vertente de não discriminação.

Esse intenso processo de positivação prolonga-se até os dias atuais, com a construção do sistema internacional, complementado pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, no âmbito dos quais a igualdade, como será visto, pode ser destacada enquanto norma de direito internacional com força *jus cogens*.

Nessa linha evolutiva, um dos marcos da contemporaneidade é o reconhecimento da existência de valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional, que, nessa condição, consubstanciam princípios regentes da ordem pública internacional, com pretensão de imperatividade e tendência hierarquizante⁵⁷². O conjunto dessas normas – classificadas como cogentes, imperativas ou taxativas, em contraposição àquelas ditas dispositivas (*jus dispositivum*) – compõe o que se convencionou denominar *jus cogens* internacional.

⁵⁷¹ Cfr. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 39.

⁵⁷² Cfr. Toru Yamamoto, *Direito Internacional e Direito Interno*, p. 171-172.

Embora não se trate de expressão inédita no cenário jurídico⁵⁷³, a noção de *jus cogens* foi incorporada, de modo definitivo, aos conceitos elementares do direito internacional contemporâneo a partir da previsão de normas imperativas do direito internacional geral, notadamente nos artigos 53⁵⁷⁴ e 64⁵⁷⁵ da Convenção de Viena, de 1969, sobre Direito dos Tratados.

Se há controvérsias quanto ao acerto da definição extraível das Convenções de Viena⁵⁷⁶, ao menos se tem o exposto reconhecimento de determinadas características inerentes às normas *jus cogens*. O risco de engessamento de uma noção necessariamente evolutiva⁵⁷⁷ e da omissão de elementos essenciais conduziu a Comissão de Direito Internacional a renunciar à proposição de conteúdo ou de lista enumerativa das normas *jus cogens*⁵⁷⁸, deixando tal tarefa a cargo da prática dos Estados e da jurisprudência internacional, em especial da Corte Internacional de Justiça (CIJ), nos termos da Convenção de Viena, de 1969.

Apesar de a tendência doutrinária considerar o *jus cogens* como parte da ordem jurídica internacional, não há consenso sobre a natureza do critério distintivo de tais normas, havendo, em linhas gerais, duas teses opostas. De um lado, a tese subjetivista sustenta que o caráter de *jus cogens* de uma norma jurídica internacional repousa exclusivamente na vontade dos Estados, devendo-se verificar, primeiramente, a quantidade de Estados que aceitaram a norma, bem como a representatividade destes no âmbito internacional, para, enfim, determinar se essa aceitação foi acompanhada do efetivo reconhecimento do caráter *jus cogens* da norma. De outro lado, os partidários da tese objetivista entendem que, embora a prática e vontade dos

⁵⁷³ Sobre a história do *jus cogens* e sua introdução no Direito Internacional Público, ver Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*, p. 1 e ss.

⁵⁷⁴ O artigo 53 das Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e 1986, que se ocupam dos “tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*)”, nos seguintes termos: “É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”. Ressalte-se que a Convenção de 1986 inclui as Organizações Internacionais, sendo que seu artigo 53 é idêntico àquele da Convenção de 1969.

⁵⁷⁵ Tratando da “superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)”, o artigo 64 estabelece que “se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência”.

⁵⁷⁶ Catherine Maia, *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de l’Homme*, p. 272, observa que a Convenção de Viena tem como foco a função das normas de *jus cogens* relativa à nulidade dos tratados com elas conflitantes, deixando de lado a questão do conteúdo de tais normas imperativas. Afirma, ainda, que a Convenção adota uma definição um tanto tautológica e circular que se preocupa mais com a descrição da natureza das normas *jus cogens* do que com os critérios para sua identificação.

⁵⁷⁷ Entendendo o *jus cogens* como categoria jurídica aberta, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*, p. 10.

⁵⁷⁸ Cfr. Catherine Maia, *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de l’Homme*, p. 273.

Estados sejam indispensáveis para que a norma *jus cogens* seja considerada norma internacional vigente, não há necessidade de reconhecimento estadual do caráter *jus cogens*. Desse modo, a característica fundamental que distinguiria a norma *jus cogens* das demais normas de Direito Internacional seria a espécie de interesse tutelado. Nesse sentido, normas *jus cogens* seriam aquelas voltadas para a tutela de valores essenciais compartilhados pela comunidade de Estados.

Diante da inviabilidade de uma abordagem puramente voluntarística do *jus cogens* – a qual resultaria na necessidade de reconhecimento expresso e inequívoco da maioria dos Estados –, adota-se aqui um entendimento que considera elementos das duas teorias, com primado da objetivista, aceitando-se como determinantes para a configuração do caráter *iuris cogentes*, além da aceitação – ainda que tácita ou presumida – pelos Estados das normas internacionais, o objetivo de estas tutelarem interesses e valores fundamentais da comunidade internacional. Portanto, não é o aspecto formal da norma de direito internacional que lhe confere a qualificação de *jus cogens*, mas sim a peculiar natureza do seu objeto⁵⁷⁹. Nesse sentido, há evidente conotação ética e moral no seu conteúdo⁵⁸⁰, associado à necessidade de solidariedade e cooperação entre os Estados para a preservação da paz e da ordem pública internacionais.

Nessa linha de intelecção, identificada a norma *jus cogens*⁵⁸¹, podem-se apontar três efeitos que lhe são inerentes: inderrogabilidade, imperatividade e natureza *erga omnes* das obrigações correlatas.

A não derogabilidade é característica distintiva essencial das normas *jus cogens* que não podem ser afastadas, ainda que por vontade expressa dos Estados, salvo por meio de norma subsequente de efeito contrário e igual natureza cogente. Da inderrogabilidade, no entanto, não se extrai a imutabilidade, visto que, embora constituam representações normativas de concepções éticas da sociedade internacional⁵⁸², as normas *jus cogens* podem evoluir em

⁵⁷⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol. II, United Nations, p. 248. Disponível em «http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf&lang=EFS». Acesso em 28 de janeiro de 2019.

⁵⁸⁰ Cfr. Andrea Bianchi, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, p. 496.

⁵⁸¹ Como bem observa Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*, p. 153, a identificação ou determinação do conteúdo das normas *jus cogens* é o aspecto mais controvertido da investigação em torno do tema, havendo, com exceção de um núcleo normativo de conteúdo mínimo, certo subjetivismo na eleição das normas cogentes.

⁵⁸² Para Michel Virally, *Réflexion sur le “jus cogens”*, p. 21, “l'apparition du jus cogens dépend certainement d'un niveau de développement historique de la société internationale qui lui confère une cohésion, une unité, une homogénéité suffisantes pour qu'un accord général se réalise entre tous ses membres sur quelques conceptions éthiques communes et pour qu'une prise de conscience d'intérêts communs devienne assez forte pour se faire contraignante”.

função das circunstâncias sócio-históricas e das modificações filosóficas, ideológicas e políticas com que guardam relação.

A imperatividade é também elemento definidor das normas *jus cogens*⁵⁸³, que, diante do atual estágio de desenvolvimento do Direito Público Internacional, tornou-se fator mitigante do tradicional sentido de soberania estatal. Nessa senda, sob o prisma político-jurídico, os Estados não podem invocar a soberania como justificativa para o descumprimento de normas internacionais imperativas, sendo certo que, nos últimos anos, têm-se consolidado medidas de responsabilização internacional dos Estados⁵⁸⁴. Pode-se afirmar que, nesse contexto, verifica-se um processo de *desnacionalização do Estado*⁵⁸⁵, que passa a assumir também papel de mediador entre a ordem jurídico-política internacional e seus cidadãos; de executor de medidas concretizadoras do sistema internacional de proteção dos direitos humanos⁵⁸⁶.

Ademais, as obrigações decorrentes da norma internacional *jus cogens* são *erga omnes*, ou seja, oponíveis em relação a todos os Estados a ela vinculados, e não bilateralmente a cada Estado. Dito de outro modo, cada Estado se encontra obrigado a respeitar a norma *jus*

⁵⁸³ Note-se que imperatividade não se confunde com obrigatoriedade. Com efeito, todas as normas de Direito Internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados, razão pela qual eventual violação produz efeitos jurídicos. A imperatividade das normas *jus cogens* as diferencia na medida em que impõe observância a todos os Estados independentemente de manifestação de vontade posterior, não sendo admissível o afastamento da obrigação gerada nem mesmo por consentimento expresso ou renúncia estatal.

⁵⁸⁴ Veja-se a propósito o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, adotado pela Assembleia Geral mediante a Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001. No que se refere aos direitos humanos, a Corte Internacional de Direitos Humanos considera que apenas violações graves e em grande escala de obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano – como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o *apartheid* – é que constituem crime. Cfr. Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*, p. 170. Sobre a responsabilidade internacional dos Estados, ver Jorge Cardona Lloréns, *La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el «crimen internacional»)*.

⁵⁸⁵ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 12 e ss.

⁵⁸⁶ Diante dessa realidade, Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, propõe o transconstitucionalismo como entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais ou mesmo supraestatais) em torno de questões de natureza constitucional, notadamente nos casos de conflitos entre direitos humanos. A proposta vislumbra um novo paradigma constitucional que exige o afastamento da estreita noção de constitucionalismo clássico – associado ao conceito de Constituição limitada às fronteiras internas dos Estados –, para considerar um constitucionalismo para além do Estado. Para Marcelo Neves, esse liame entre o nacional e o supranacional não significa o estabelecimento do primado quer desta quer daquela ordem, mas sim a necessidade de construção de *pontes de transição*, de promoção de *conversações constitucionais*, de fortalecimento de *entrelaçamentos constitucionais*, logrando-se, assim, decisões mais adequadas e protetivas dos direitos humanos. Para Antônio Augusto Cançado Trindade, *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*, p. 11, além da expansão horizontal – referente ao seu conteúdo material –, o *jus cogens* também tem se expandido numa dimensão vertical, de interação entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais. Segundo Cançado Trindade, o *jus cogens*, nessa dimensão vertical deste segundo nível (vertical), tem como efeito a invalidação de qualquer medida legislativa, administrativa ou judicial, que, no âmbito do direito interno dos Estados, representem, por exemplo, tentativas de autorizar ou tolerar a tortura.

cogens perante os demais Estados, independentemente de eventual violação causar-lhes qualquer dano direto⁵⁸⁷, sem prejuízo, ainda, do poder-dever de fazer cumprir tais comandos normativos⁵⁸⁸.

Os exemplos mais citados de normas *jus cogens* são a proibição de agressão, de escravidão e de tráfico de escravos, bem como a proibição de genocídio⁵⁸⁹, de discriminação racial, de *apartheid* e de tortura⁵⁹⁰. Do mesmo modo têm sido mencionadas as normas básicas do direito humanitário internacional aplicáveis nos conflitos armados e o direito à autodeterminação dos povos⁵⁹¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) – pelo seu conteúdo e ampla aceitação – tem sido considerada como parte do direito consuetudinário dos povos, vinculativa para todos os Estados, o que sugere o seu atributo *jus cogens*⁵⁹². É que os direitos humanos constituem uma construção ético-axiológica orientada para a afirmação da dignidade da pessoa humana. Nessa condição, é nítida a correlação entre a proteção dos direitos humanos e os legítimos interesses e valores fundamentais da comunidade internacional. Dito de outro

⁵⁸⁷ Cfr. Eduardo Correia Baptista, *Jus Cogens em Direito Internacional*, p. 288.

⁵⁸⁸ Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 298, aponta alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que preveem queixas e outras formas de intervenção de um Estado diante de violações cometidas por outro Estado-Parte, dentre os quais: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (arts. 24 e 48 no texto original e artigo 33 após o Protocolo Adicional), o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 41), a Convenção Interamericana de Direitos do Homem (artigo 45), a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 11), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigo 47) e a Convenção contra a Tortura (artigo 11). Eduardo Correia Baptista, *Jus Cogens em Direito Internacional*, p. 302, afirma que o dever dos Estados de fazer cumprir, diante do seu caráter fluido e imperfeito, será sempre de eficácia duvidosa. Para o autor, paradoxalmente, os interesses públicos internacionais não gozam de garantias seguras de respeito, sendo que “na prática, por não estar sujeito a qualquer sanção, cada Estado decidirá discricionariamente se e em que medida deverá actuar na defesa da Ordem Pública violada”. Nessa linha de intelecção, defende que a efetiva garantia das normas que impõem obrigações *erga omnes* depende da criação de mecanismos institucionalizados de controle e de órgãos competentes para verificar o desrespeito e pôr termo às violações.

⁵⁸⁹ A primeira vez que Corte Internacional de Justiça reconheceu explicitamente a natureza *jus cogens* de uma norma internacional foi em 2006, com referência à proibição de genocídio. Trata-se da decisão de 3 de fevereiro de 2006, sobre atividades armadas no território do Congo.

⁵⁹⁰ Ver a decisão da Corte Europeia de Direitos do Homem, de 21 de novembro de 2001, no caso *Al-Adsani v. Reino Unido*. No mesmo sentido a decisão da mesma Corte, de 12 de novembro de 2008, no caso *Demir e Baykara v. Turquia*.

⁵⁹¹ Cfr. Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, p. 536-537.

⁵⁹² Apesar de ainda haver dissenso acerca da incidência de normas *jus cogens* na esfera dos direitos humanos, acompanha-se aqui a mais abalizada doutrina que considera que o *jus cogens* abrange não apenas o Direito dos Tratados, mas também outros setores do Direito Internacional Público, especialmente os direitos humanos. Nesse sentido, dentre tantos, Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 795; Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*, p. 166; e Andrea Bianchi, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, p. 491, para quem há uma relação quase intrínseca entre normas peremptórias e direitos humanos.

modo, os direitos humanos figuram como *paradigma e referencial ético* orientador da ordem internacional⁵⁹³.

Embora haja divergência quanto ao caráter imperativo de todos os direitos enumerados na DUDH⁵⁹⁴, há consenso de que o princípio da igualdade – pelo menos na sua dimensão de não discriminação – tem caráter de *jus cogens*, mesmo porque repetido e evolutivamente consagrado nos mais diversos instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana. Com efeito, o princípio da igualdade foi fixado tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁹⁵, quanto nos Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵⁹⁶ e dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵⁹⁷, neste último considerado inderrogável mesmo em tempos de emergência pública. Com efeito, o artigo 4º do PIDCP autoriza os Estados-Partes a adotarem medidas suspensivas de suas disposições, em situações excepcionais que ameacem a vida da nação, na estrita proporção exigida pelas circunstâncias, “desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”⁵⁹⁸.

Ressalte-se a aprovação de numerosos instrumentos jurídicos internacionais – mencionados linhas acima –, que concedem proteção específica a determinados grupamentos humanos, com vista à eliminação de todas as formas de discriminação e à promoção da efetiva igualdade material.

O sistema global de proteção dos direitos humanos é ainda complementado pelos sistemas regionais, os quais também concedem posição de destaque ao princípio da igualdade, reforçando a ideia de que os direitos dele decorrentes possuem natureza *jus cogens* e merecem proteção imperativa para além das fronteiras dos Estados.

Nesse sentido, normas de direito internacional que consagram o princípio da igualdade têm sido consideradas imperativas também pela jurisprudência internacional. No caso *Barcelona Traction*, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o caráter

⁵⁹³ Cfr. Flávia Piovesan, *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva do constitucionalismo latino-americano à luz dos sistemas global e regional de proteção*, p. 305.

⁵⁹⁴ Cfr. Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*, p. 157.

⁵⁹⁵ Em especial nos artigos 1º, 2º e 7º.

⁵⁹⁶ Ver artigo 2º.

⁵⁹⁷ Notadamente nos artigos 2º, § 1º, 4º e 26.

⁵⁹⁸ Note-se que o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, contém previsão semelhante.

de obrigação *erga omnes* aos direitos humanos básicos da pessoa, “incluindo proteção contra a escravidão e a discriminação racial”⁵⁹⁹.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁰⁰, importa mencionar precisamente o Parecer Consultivo nº 18, de 17 de setembro de 2003⁶⁰¹ – sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes em situação irregular –, em que há o explícito reconhecimento do caráter *jus cogens* dos princípios da não discriminação e da igualdade. Segundo o Tribunal, a estrutura jurídica das ordens públicas nacional e internacional repousa sobre tais princípios que permeiam todas as normas jurídicas. Seguindo essa linha, a Corte sustenta que os Estados têm o dever de respeitar e garantir o respeito pelos direitos humanos, à luz dos princípios gerais da igualdade e da não discriminação, e que qualquer tratamento discriminatório em relação à proteção e exercício de direitos – inclusive trabalhistas – em condições de igualdade pode gerar a responsabilidade internacional dos Estados. Para a Corte, estando os princípios da igualdade e da não discriminação inseridos no domínio do *jus cogens*, os Estados não estão autorizados a discriminar nem a tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes, estando obrigados a garantir o devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente do seu *status* migratório. Ademais, a Corte afirma que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação aos objetivos de suas políticas migratórias.

À guisa de conclusão, sendo o princípio da igualdade, na sua dimensão de não discriminação, parte integrante de um *mínimo dignificante* ou mínimo ético estável, não há como negar a sua natureza cogente e, conseqüentemente, a responsabilização internacional dos Estados nas situações que envolvam grave violação às prerrogativas igualitárias correspondentes. E mais, não podem os Estados pretender derogar unilateral ou bilateralmente normas internacionais que estabeleçam direitos de igualdade, sob pena não somente de condenação sob o prisma jurídico, pelos tribunais internacionais, mas também, e decididamente, de retaliações sob a perspectiva ético-política, pela comunidade internacional.

⁵⁹⁹ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*. Para Hilary Charlesworth, *Concept of Equality in International Law*, p. 143, casos como esse demonstram que o direito internacional tem desenvolvido uma hierarquia das formas de discriminação, na qual a discriminação racial é considerada mais grave que outras formas de discriminação.

⁶⁰⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade, *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*, p. 5, aponta a especial contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo de gradual expansão do conteúdo material do *jus cogens* no âmbito da jurisprudência internacional contemporânea.

⁶⁰¹ Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf». Acesso em 28 de janeiro de 2019.

5. A igualdade como direito fundamental: direitos de igualdade

A partir da Segunda Guerra Mundial, diversas constituições passaram a reconhecer, ao lado do princípio geral de igualdade, direitos especiais de igualdade⁶⁰². Com efeito, o reconhecimento da dimensão objetiva da igualdade – inclusive na condição de *jus cogens* internacional – não obsta a sua configuração também enquanto direito fundamental, podendo mesmo resultar na consagração de *direitos subjetivos fundamentais de igualdade*⁶⁰³.

Quanto à fundamentalidade dos direitos de igualdade, por ora, afirme-se apenas a sua irrefutável característica de direitos essenciais por serem indissociáveis da concepção de dignidade da pessoa humana.

No que concerne à consideração da igualdade como direito subjetivo, é importante pontuar que a principal objeção a tal qualificação diz respeito à suposta ausência de autonomia ante outras prerrogativas, uma vez que cumpriria papel meramente adjetivo ou qualificador do exercício de outros direitos. Muito embora se possa, como visto, distinguir a igualdade pelo seu caráter *relacional e adjetivo*, isso não exclui a possibilidade de atribuir-se-lhe cunho de direito subjetivo autônomo, mesmo porque o seu conteúdo não se confunde com o objeto do direito cujo acesso seja eventualmente proporcionado de modo iníquo⁶⁰⁴. Se assim não fosse, o sujeito afetado por um tratamento discriminatório no que tange ao gozo de determinado direito não poderia pleitear a reparação pela discriminação sofrida, prerrogativa que decorre do seu direito à igualdade. Desse modo, o reconhecimento do direito à igualdade confere ao seu titular uma posição jurídico-subjetiva cuja pretensão de equiparação não poderia ser sob outro fundamento exigida. Por conseguinte, para ilidir o tratamento discriminatório na prestação ou acesso ao direito à educação, por exemplo, não se invoca simplesmente o direito à educação, mas o direito

⁶⁰² De acordo com Maria Lúcia Amaral, *O princípio da igualdade na Constituição portuguesa*, p. 36, a consagração conjunta, nos textos constitucionais, de normas especiais de igualdade ao lado de um princípio geral igualitário é uma tendência seguida pelas Constituições portuguesa, espanhola e alemã.

⁶⁰³ Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 367, refere-se ao princípio da igualdade como garantia objetiva e como *direito subjetivo fundamental de igualdade*. Para Léon Duguit, *Fundamentos do Direito*, p. 9, o direito subjetivo consiste num poder de obter o reconhecimento social de sua pretensão, quando esta está de acordo com um legítimo direito objetivo. No que tange à igualdade, no entanto, o autor afirma, *Ibidem*, p. 14, que não se trata de um verdadeiro direito, embora se imponha o respeito por parte do Estado, “(...) porque se o Estado atentasse contra ela, o mesmo seria que atentar contra o direito de alguns”. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.254, observa que o direito subjetivo encerra uma *relação trilateral* entre o titular do direito, o destinatário (a quem é atribuído um dever) e o objeto do direito. Tratando da noção de direito subjetivo, Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 43 e ss., leciona que há direito subjetivo quando o mecanismo de tutela jurídica de determinado interesse (ou bem jurídico) é confiada à iniciativa do sujeito, titular desse mesmo direito. Desse modo, pode-se considerar um direito como subjetivo nas hipóteses em que há incidência da vontade do sujeito sobre a tutela do seu bem jurídico, guardando relação, portanto, com a justiciabilidade da pretensão de reintegração do bem ou cessação da ameaça contra ele.

⁶⁰⁴ Cfr. José María Baño León, *La igualdad como derecho público subjetivo*, p. 182.

à igualdade no acesso à educação ou o direito à educação em condições de igualdade. Trata-se, sem dúvida, de um *plus* que permite a autonomização do direito à igualdade, confirmando sua condição de direito subjetivo.

O conteúdo do direito à igualdade diz, então, respeito a um feixe de faculdades que o seu titular possui com vista ao restabelecimento dele próprio, por meio da equiparação jurídica. É certo que tal equiparação não se produz de maneira abstratamente considerada, mas necessita de um termo de referência⁶⁰⁵, o que faz com que o direito à igualdade tenha, em cada caso concreto, um particular objeto relacionado ao direito que se pretende gozar em condições equitativas.

Em vista disso, além da natureza principiológica da igualdade, é possível identificar direitos específicos⁶⁰⁶ que compõem o já mencionado processo de especificação e densificação normativa do *comando geral de igualdade*, e podem ser traduzidos em deveres de ação positiva ou negativa, conforme o caso⁶⁰⁷.

Do princípio da igualdade decorre, por exemplo, o direito à não discriminação, que concede ao indivíduo uma posição jurídico-subjetiva, capacitando-o para se opor aos atos discriminatórios dos poderes públicos ou de outros particulares. Essa vertente negativa do direito à igualdade é a mais endossada pelos juristas, tanto na esfera doutrinária quanto no âmbito jurisprudencial⁶⁰⁸, mesmo porque, via de regra, decorre logicamente da forma de positivação da igualdade nos textos constitucionais.

Nesse ponto, é pertinente observar que a função de defesa ou de resistência dos direitos de igualdade difere – embora sutilmente – daquela manifestada pelos direitos de liberdade. Nesse aspecto defensivo, os direitos de liberdade asseguram a esfera de livre atuação do indivíduo protegida de intervenções estatais. Já os direitos de igualdade garantem a não interferência dos poderes públicos, não no comportamento autônomo do sujeito, mas, sobretudo, na sua própria essência. O objetivo primordial permanece, no entanto, o mesmo: firmar uma posição jurídico-subjetiva pública do indivíduo, conferindo-lhe um direito de resistência. Mas não um direito de oposição à intervenção estatal apenas na sua livre atuação,

⁶⁰⁵ Cfr. José María Baño León, *La igualdad como derecho publico subjetivo*, p. 183.

⁶⁰⁶ A Constituição espanhola, por exemplo, reconhece um comando geral de igualdade, no seu artigo 14, e direitos específicos à igualdade referentes a situações concretas, como, por exemplo, o direito de aceder a funções e cargos públicos em condições de igualdade (artigo 23.2), direito do homem e da mulher de contrair matrimônio com plena igualdade jurídica (artigo 32.1), e o direito à igualdade dos filhos independentemente de sua filiação (artigo 39.2).

⁶⁰⁷ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 429.

⁶⁰⁸ A título de exemplo, podem ser mencionadas as seguintes decisões do Tribunal Constitucional espanhol, que qualificam a igualdade como direito: STC nº 49, de 1982; STC nº 75, de 1983; STC nº 149, de 1985; STC nº 19, de 1989. Sobre a análise da jurisprudência do TC espanhol acerca da igualdade como direito, cfr. Santiago Sánchez González, *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, p. 21-23.

mas sim um direito de oposição a um tratamento discriminatório; a um tratamento que discrimine o sujeito de direito em razão de seu próprio modo ser⁶⁰⁹.

É relevante registrar que um dos efeitos mais nocivos, – mas, talvez, menos declarado – da violação do *sistema jusfundamental igualitário* é a ofensa aos direitos de liberdade das vítimas do tratamento discriminatório. Em verdade, além do desrespeito à *dignidade como reconhecimento*, a não aceitação – e a conseqüente segregação de indivíduos em razão de suas diferenças – acaba por restringir a sua esfera de livre atuação. Sim, porque a discriminação cria embaraços materiais e/ou simbólicos ao livre exercício de direitos fundamentais, como, por exemplo, à liberdade de escolha da profissão, à liberdade de acesso ao ensino e até mesmo à liberdade de ir e vir.

Em vista disso, o princípio da igualdade e os direitos especiais de igualdade que dele decorrem protegem não apenas a igual dignidade, mas também a igual liberdade de todas as pessoas. Se os direitos de igualdade obstam o infundado tratamento diferenciado em razão do peculiar modo de ser do sujeito – sexo, raça, etnia, deficiência física etc. –, deles se pode extrair o próprio direito à diferença⁶¹⁰; o direito de ser diferente e igualmente digno; de ser reconhecido, com todas as suas particularidades, como membro da comunidade, credor do mesmo respeito e consideração e de igual liberdade que os demais.

Assim, apesar da importância singular da vertente defensiva, os direitos de igualdade não se restringem à mera proibição de discriminação. Isso porque, conforme será aprofundado linhas adiante, os direitos fundamentais – cuja origem está atrelada à limitação do poder estatal – adquirem, no decurso da sua contínua evolução histórica, novas funcionalidades que impactam decisivamente no seu conteúdo e nos deveres fundamentais que lhe são correlatos. Afora a típica função de defesa, os direitos fundamentais passam a incorporar funções de proteção, de promoção, de participação, de igualdade, que instituem novas formas de atuação estatal e de vinculação das entidades privadas.

Sob essa perspectiva, também os direitos de igualdade assumem novas dimensões capazes de satisfazer complexas demandas que antes não se amoldavam quer ao sentido meramente formal de igualdade, quer ao limitado e exclusivo caráter negativo inicialmente atribuído aos direitos fundamentais. Desse modo, ao revés de permanecer restrita apenas ao seu

⁶⁰⁹ Cfr. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 319-320.

⁶¹⁰ Para Martim de Albuquerque, *Da igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 334, a igualdade engloba duas proibições – proibição de arbítrio e proibição de discriminação – e uma obrigação – obrigação de diferenciação. Maria Lúcia Amaral, *O princípio da igualdade na Constituição portuguesa*, p. 38, distingue duas facetas essenciais dentre as diversas dimensões atribuídas ao princípio igualitário: a) igualdade como universalidade; e b) igualdade como diferença fundamentada ou razoável.

sentido *objetivo-negativo* – aqui entendido como equivalente a uma natureza principiológica meramente proibitiva da discriminação –, à igualdade agregou-se uma essência *subjetivo-positiva*⁶¹¹, capaz de atribuir posições jurídicas concretas aos indivíduos, impondo também ao Estado atuações de cunho positivo.

Por conseguinte, podem-se identificar nos direitos especiais de igualdade as seguintes dimensões constituintes: direito à não discriminação, direito à diferença, direito à promoção da igualdade e direito à proteção da igualdade. Essas dimensões – que desempenham as distintas tarefas inerentes às prerrogativas jusfundamentais – compõem o conteúdo ótimo de cada direito de igualdade, sem prejuízo de sua caracterização como direitos fundamentais autônomos.

A normatização de direitos especiais de igualdade – direito de igualdade de gênero, direito de igualdade racial, direito de igualdade no trabalho, direito de igualdade no acesso aos cargos públicos – leva em conta uma série de características essenciais para cada situação fática em consideração. As mesmas características, no entanto, podem ser consideradas não essenciais em outras circunstâncias ou quando em questão outros interesses jurídicos. Tome-se como exemplo o direito à igualdade eleitoral – mais especificamente no âmbito do direito ao voto – para o qual características como idade e nacionalidade são tidas como essenciais, em contraposição ao sexo e à raça, elementos não essenciais para a configuração do direito. Quando, no entanto, coloca-se em questão a representatividade de grupos minoritários nos cargos políticos – tratando-se, nesse ponto, da capacidade eleitoral passiva –, os fatores sexo e raça podem passar a ser essenciais, justificando a adoção das chamadas cotas eleitorais ou de outras medidas de ação afirmativa.

Ressalte-se, por fim, que não há relação de hierarquia, mas sim de interdependência e complementaridade entre o princípio da igualdade e os direitos especiais de igualdade⁶¹². Nada obstante, o recurso direto ao princípio geral da igualdade apenas se torna necessário – o que não afasta sua utilização como reforço – quando ausentes suas concretizações jurídico-constitucionais por meio dos direitos especiais de igualdade, que já elegem os critérios essenciais e não essenciais para fins de equiparação jurídica. Na ausência de essencialidades definidas, o problema converte-se em questão do mandamento geral de igualdade. Nessas hipóteses, o princípio igualitário remete à regra de justiça e à noção de igualdade como justiça,

⁶¹¹ Cfr. Maria Lúcia Amaral, *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*, p. 40.

⁶¹² Cfr. João Martins Claro, *O princípio da igualdade*, p. 34.

com o fim de estabelecer critérios justos de equiparação ou diferenciação, concedendo a cada um o que é seu à vista da situação fática concreta⁶¹³.

6. A determinação do conteúdo jurídico da igualdade

Já se elucidou que, quando se qualificam determinadas pessoas ou grupos como iguais ou diferentes, deve-se apontar que elementos ou fatores de diferenciação ou de igualização são tomados por base. A partir dessa especificação, permite-se que o tratamento diferenciado seja analisado à luz dos princípios constitucionais, em especial o da igualdade material. Todavia, não só a diferença deve ser especificada, mas deve ser relevante⁶¹⁴, de modo a – em dada situação ou em relação a determinado direito – justificar a desigualdade do tratamento, sendo capaz de afastar a suspeição atribuída ao critério eleito.

A adoção desse ou daquele critério de discriminação envolve necessariamente o problema da valoração⁶¹⁵, tornando o princípio da igualdade bastante complexo, ante o questionamento acerca do critério valorativo mais razoável para que seja atingida uma relação de igualdade justa; a fim de que se possa determinar o que é valorativamente igual ou desigual⁶¹⁶.

O critério da proibição geral do arbítrio vem sendo utilizado como ponto de partida pelos tribunais para solucionar o problema valorativo do princípio da igualdade⁶¹⁷.

⁶¹³ Cfr. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 335.

⁶¹⁴ Para Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 22, a relevância ou irrelevância das diferenças passíveis de gerar discriminações justificadas é estabelecida com base na escolha de valores que, enquanto tal, é historicamente condicionada.

⁶¹⁵ Para J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 428-429, o complexo problema da valoração ou dos critérios de qualificação, associados a outros fatores inerentes ao caráter relacional do princípio da igualdade, implicam: a) a insuficiência do arbítrio (ou da proibição do arbítrio) como fundamento adequado de valoração e de comparação; b) a necessidade de análise da natureza, do peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas; c) a insuficiência da concepção do princípio da igualdade enquanto um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Sobre o critério de valoração, fundado na proibição geral do arbítrio, utilizado em algumas sentenças do Tribunal Constitucional português, cfr. *Idem, Ibidem*, p. 428-429.

⁶¹⁶ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 400.

⁶¹⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 428-429, aponta a insuficiência do parâmetro da proibição do arbítrio, bem como da consideração da igualdade como um direito de caráter apenas negativo. Em outro momento, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 382, o jurista considera que reduzir o princípio da igualdade à proibição do arbítrio representa um desprezo à função social da igualdade. Na jurisprudência portuguesa, pode-se observar uma abordagem do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio em diversos acórdãos do Tribunal Constitucional. Cfr., dentre tantos, os seguintes: Ac. n.º 186, de 1990, Ac. n.º 187, de 1990, Ac. n.º 188, de 1990, Ac. n.º 381, de 1993, Ac. n.º 335, de 1994, Ac. n.º 486, de 1996, Ac. n.º 786, de 1996. Sobre a jurisprudência portuguesa, em especial do Tribunal Constitucional, acerca do princípio da igualdade, cfr. Martim de Albuquerque, *Da igualdade – introdução à jurisprudência*, p. 83 e ss.; Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 115 e ss. Sobre a jurisprudência alemã, cfr. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p.401 e ss.

Nada obstante, a perspectiva empreendida acerca da evolução da noção jurídica da igualdade, ainda que sucinta, evidencia que, num período um pouco superior a dois séculos, o princípio igualitário, à partida conformador apenas de proibições de discriminação, passa a aglutinar também proibições de *omissões discriminatórias*. Nesse contexto, são as pautas valorativas que têm a proibição de arbítrio como critério elementar – mas não suficiente – que permitirão concluir se há um dever de tratamento igual, um dever de tratamento desigual ou, ainda, se há discricionariedade legislativa no estabelecimento de certo *discrímen*. Nesta última hipótese, pode haver admissibilidade, mas não obrigatoriedade, de tratamento diferenciado⁶¹⁸.

Dessa complexa concepção da igualdade resulta que o mesmo princípio que, de um lado, proíbe a criação de desigualdades pelos poderes públicos, de outro, impulsiona a correção das desigualdades fáticas – mediante a criação de mecanismos *legitimamente discriminatórios*⁶¹⁹. Dito de outra maneira, impõe-se uma igualização por meio de tratamento legitimamente desigual – em poucas palavras, uma verdadeira *obrigação de diferenciação*⁶²⁰ – no sentido de alcançar uma *igualdade valorativamente satisfatória*⁶²¹.

Portanto, contemporaneamente, a noção de igualdade possui, ao mesmo tempo, elementos ditos mínimos ou permanentes e elementos de conteúdo variável⁶²². O conteúdo mínimo ou núcleo duro da igualdade relaciona-se com a cláusula genérica de proibição de discriminação. No entanto, nem sempre seu conteúdo cingir-se-á a tal aspecto de caráter defensivo ou negativo, necessitando, muitas vezes, de outras formas de concretização a fim de que não seja violado o princípio igualitário.

Pelo que se afirmou até aqui acerca da igualdade, não é difícil concluir que a determinação do seu conteúdo num dado ordenamento jurídico – ou a sua normatização – exige a análise de relevantes dados da realidade circundante. Os direitos de igualdade refletem, nesse sentido, uma realidade construída⁶²³ em cada sociedade, tendo a Constituição como principal

⁶¹⁸ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 411 e ss.

⁶¹⁹ Sobre a complexidade e o caráter multifacetado e controverso do princípio da igualdade, cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 101 e ss.

⁶²⁰ Nesse sentido, entre outros, cfr. Maria Glória F. P. D. Garcia, *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*, p. 21; Martim de Albuquerque, *Da igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 74; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 238; Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, p. 105. Sobre o princípio da obrigação de diferenciação cfr. Jurisprudência do Tribunal Constitucional português, nomeadamente os seguintes acórdãos: Ac. n.º 213, de 1993; Ac. n.º 330, de 1993; Ac. n.º 411, de 1993; Ac. n.º 203, de 1994; Ac. n.º 207, de 1994; Ac. n.º 209, de 1994; Ac. n.º 305, de 1994; Ac. n.º 644, de 1994.

⁶²¹ David Duarte, *Lei-Medida e Democracia Social*, p. 344.

⁶²² Cfr. Léon Ingber, *De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*, p. 908.

⁶²³ Cfr. Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil: Alguns caminhos e possibilidades*. Para a autora, p. 5, “o conteúdo que será incorporado ao direito geral à igualdade dependerá da própria estrutura social que o cerca, ou seja, dependerá do momento histórico vivenciado, que

base estruturante. Explique-se, nesse ponto, que a Constituição e a lei são o ponto de partida, e não o ponto de chegada, para a colmatação do sentido a se atribuir à igualdade. Isso porque a constatação de ruptura da igualdade ou de sua concretização exige, com frequência, o recurso a concepções, valores e fatos exteriores ou, pelo menos, não explícitos na norma jurídica.

Pode-se dizer, então, que a igualdade terá seu conteúdo juridicamente determinável no tempo e no espaço, condicionando-se o menor ou maior alcance dos direitos igualitários, em cada ordenamento jurídico, a uma pluralidade de variantes que, se desconsideradas, poderão resultar numa colmatação ilegítima, além de desproporcional – seja por excesso de ação, seja por omissão deficitária –, da cláusula de igualdade.

De fato, elementos como a representatividade social de certos grupos vulnerabilizados, o histórico de privação de direitos, eventualmente sofrida, a persistência de desigualdades fáticas, as relações sociais desenvolvidas em função das diferenças (de gênero, de idade, de raça), dentre outros, são condicionantes de relevante repercussão na normatização dos direitos especiais de igualdade. São esses fatores que irão estabelecer se, em dada sociedade, a igualdade jurídica poderá limitar-se ao patamar mínimo da não discriminação – e da sua correspondente proteção – ou se os poderes constituídos estarão vinculados a implementar também dimensões positivas ou prestacionais do direito à igualdade, sob pena de restringir ilegitimamente o conteúdo da cláusula igualitária.

A título de exemplo, tome-se por base um Estado em que as normas constitucionais – aliadas aos instrumentos jurídicos infraconstitucionais e internacionais – apregoem a igualdade entre homens e mulheres. Suponha-se, todavia, que dados estatísticos referentes ao mercado de trabalho demonstrem que as mulheres percebem salário inferior ao dos homens, no exercício das mesmas atividades laborativas. E, ainda, que, dentre outros fatores relevantes, há escassa representatividade feminina nos cargos políticos e nas profissões de maior *status* social e econômico. Em hipóteses como essa, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade – e consequentemente dos direitos que o especificam – não pode se restringir à simples proibição de discriminação, sob pena de validar a persistência da injusta desigualdade entre homem e mulher, devendo, de outro modo, transcender a abstenção estatal rumo ao reconhecimento e efetivação de deveres de promoção da igualdade de gênero. Nessa linha de entendimento, a mera postura não discriminatória assumida pelas entidades públicas – ainda que acompanhada de normas proibitivas da discriminação de gênero – não representaria o conteúdo jurídico

repercutirá na positivação de vários direitos especiais de igualdade e ainda dos objetivos de uma determinada sociedade”.

almejado pela Constituição em sede de direito à igualdade de gênero. O Estado pecaria por omissão na promoção dos direitos de igualdade das mulheres, estabelecendo proteção deficiente destes e restringindo ilegitimamente a eficácia da cláusula igualitária.

A determinação do conteúdo jurídico da igualdade deverá, então, observar as peculiaridades verificadas na realidade fática, utilizando-as não apenas como mecanismo de legitimação da produção legislativa correspondente, mas também como elemento de valoração e interpretação das próprias normas jurídicas pertinentes.

De outra banda, num contexto em que o Poder Constituinte institui a igualdade racial, o Estado fere as normas constitucionais se, apesar de verificar-se no mundo dos fatos o acesso igualitário a bens e direitos, estabelece medidas de discriminação positiva em favor de determinados grupos raciais. Nessa hipótese, a violação se dá por excesso, sendo que o Estado, sob o pretexto de promover a igualdade entre as raças, fere o próprio direito à igualdade racial daqueles que não foram contemplados pela medida.

Em poucas palavras, a determinação do conteúdo da igualdade em cada ordenamento jurídico permitirá concluir quais obrigações em matéria igualitária derivam da Constituição e de que maneira os poderes públicos estão a elas vinculados. A delimitação do conteúdo da cláusula igualitária evidencia os limites de atuação das entidades públicas e, até certo ponto, das privadas, indicando quando devem, quando podem e quando estão proibidas de atuar. As diferentes formas de manifestação jurídica da igualdade – sejam veiculadas sob a natureza de valor, princípio e/ou direitos, e dependendo da forma de positivação ou densidade normativa – definem posições jurídicas distintas e, conseqüentemente, traduzem mandados e deveres diversos. É justamente a interpretação dessas normas de igualdade que irá revelar o âmbito e limites de atuação das entidades públicas e privadas.

– CAPÍTULO IV –
**A IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

“Il fine da cui siamo mossi quando vogliamo un regime organizzato democraticamente è, in una parola sola, l’eguaglianza. Così possiamo definir la democrazia, non più rispetto ai mezzi, ma rispetto al fine, come il regime che mira a realizzare, quanto più è possibile, l’eguaglianza tra gli uomini”.

Norberto Bobbio

A abordagem das concepções de igualdade intentada no capítulo anterior permitiu o descortinamento do amplo e complexo conteúdo que o princípio igualitário pode assumir no sistema jurídico.

A evolução jurídico-normativa da igualdade ao longo da história está, em grande medida, associada aos modelos de Estado, que impulsionam a redefinição dos valores e princípios jurídicos, conforme os seus programas e metas essenciais. Como visto, a construção do princípio igualitário tal como hoje compreendido teve influência de importantes acontecimentos históricos e pensamentos político-filosóficos. No entanto, para manter o foco nos objetivos da investigação, ter-se-á como ponto de partida o constitucionalismo moderno, instaurado a partir do século XVIII.

Nessa perspectiva, desde o paradigma liberal, passando pelo Estado Social e, enfim, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, a igualdade vem incorporando novas demandas sociais às suas vertentes constitutivas, voltando-se, desse modo, para a plena consecução da igual dignidade de todos os seres humanos.

Esse caráter dinâmico da igualdade a torna um axioma em permanente construção, possibilitando que, por meio de sua interpretação evolutiva, seja possível atender aos anseios

igualitários das diferentes massas de excluídos continuamente criadas pelas sociedades modernas. Na medida em que os sistemas jurídicos reconhecem novas dimensões igualitárias, surgem outras formas de discriminação e exclusão social, exigindo constante revisão do sentido e alcance do princípio da igualdade e, conseqüentemente, conformação da correspondente postura estatal.

Daí a importância de se estudar a configuração da igualdade no Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, bem como sua relação supostamente conflituosa com o princípio da liberdade, também corolário da democracia.

1. A evolução da noção jurídica da igualdade

Com o constitucionalismo moderno, a igualdade foi instituída como princípio jurídico, sobretudo a partir dos documentos constitucionais promulgados após as revoluções liberais do final do século XVIII⁶²⁴.

A igualdade foi positivada pela primeira vez no *Virginia Bill of Rights*, de 1776⁶²⁵, sendo novamente prevista, em curto espaço de tempo, na Constituição de Massachusetts, de 1780⁶²⁶. Em seguida, o princípio igualitário foi formalmente aportado na Constituição americana de 1787 – mais precisamente no seu artigo 1º, seção 9, *in fine* –, embora sob a forma de abolição de títulos de nobreza⁶²⁷.

Não coube, portanto, à França o pioneirismo na consagração jurídica do princípio igualitário, conquanto o simbolismo da Revolução Francesa, com sua festejada tríade *liberté-égalité-fraternité*, tenha tornado o texto francês de proclamação da igualdade mais difundido que os demais. Com efeito, o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – com o clássico mandamento de que *a lei deverá ser a mesma para todos, quer se destine a proteger, quer a punir*⁶²⁸ – tornou-se célebre marco de oposição aos privilégios do *Ancien*

⁶²⁴ Sobre a igualdade na época pré-constitucional, cfr. Martim de Albuquerque, *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, p. 11-43.

⁶²⁵ “That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.”

⁶²⁶ “All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness.”

⁶²⁷ “No Title of Nobility shall be granted by the United States: And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State.

⁶²⁸ “La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse.

Régime. Nesse passo, o prefácio da Constituição francesa, de 1791, extinguiu de forma irrevogável as instituições ofensivas da liberdade e da igualdade de direitos⁶²⁹, propósito reafirmado nos posteriores textos constitucionais franceses, notadamente as declarações de direitos, de 1793⁶³⁰ e de 1795⁶³¹.

É verdade que a emblemática afirmação de igualdade entre todas as pessoas, a qual marca as primeiras declarações de direitos – e, até os dias de hoje, remanesce nas constituições e nos instrumentos jurídicos internacionais –, acumula relevante carga emocional e revolucionária. A extensão da igualdade, no entanto, jamais foi defendida, quer filosófica, quer juridicamente, como *igualdade de todos em tudo*, mas como ideal de justa distribuição de bens e direitos para todas as pessoas, e não apenas àquelas pertencentes a determinados grupos sociais detentores do poder.

É nessa linha evolutiva, de efetiva *universalização*, que, ao longo do tempo, ao princípio igualitário no seu sentido jurídico, vão se aglutinando novos conteúdos, identificando-se no presente estudo os sentidos formal, material e procedimental da igualdade.

1.1. Igualdade formal

As experiências das Revoluções da França e dos Estados Unidos da América, no século XVIII, consolidaram as bases para a afirmação jurídico-constitucional do princípio da igualdade na sua vertente genuinamente formal – também denominado igualdade perante a lei

Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

⁶²⁹ “L’Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu’elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l’égalité des droits.

- Il n’y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d’ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivait, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l’exercice de leurs fonctions.

- Il n’y a plus ni vénalité, ni hérédité d’aucun office public.

- Il n’y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français.

- Il n’y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers.

- La loi ne reconnaît plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution.”

⁶³⁰ “Article 3: Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi”. “Artigo 4: La loi est l’expression libre et solennelle de la volonté générale; elle est la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse; elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible.”

⁶³¹ Article 3: L’égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. L’égalité n’admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs.”

– determinante de um tratamento igualitário, *sem distinções, privilégios ou benefícios de qualquer natureza*.

Nessa senda, em sua fase embrionária, a normatização do princípio da igualdade centralizou-se na proibição de privilégios fundados na descendência ou na classe social dos indivíduos, sobrelevando o dogma da meritocracia, que elege o mérito individual como critério para a distribuição dos bens jurídicos. Assim, o conteúdo jurídico da igualdade formal institucionaliza uma sociedade meritocrática, fulcrada no princípio do *achievement* – baseado na capacidade individual –, e não mais no princípio da *ascription* – estabelecido a partir de regalias hereditárias. O objetivo central era o desaparecimento das diferenças estamentais na aplicação da lei, com a conseqüente superação da fragmentação do ordenamento jurídico em função da posição social das pessoas, buscando-se, desse modo, o alcance geral da lei e de seus efeitos em relação aos seus destinatários. O princípio da igualdade apregoa, então, que o direito vigente deve ser aplicado igualmente a todos, sem exceção.

Em seu nascedouro, o princípio da igualdade perante a lei correspondia à imposição de *igualdade na aplicação da lei*, e tinha como principais destinatários os operadores do direito – notadamente a Administração Pública, os juízes e tribunais –, que ficavam, portanto, obrigados a aplicar a lei de igual maneira a todos, sem considerar o sujeito implicado. Sob essa ótica, inicialmente, o princípio da igualdade perante a lei não tinha como foco a vinculação do Poder Legislativo.

Com efeito, como nesse momento histórico a lei advém de um parlamento eleito mediante sufrágio censitário, no qual a burguesia tinha importante papel, não era exatamente o conteúdo das leis que preocupava os revolucionários liberais⁶³². Tal concepção de *igualdade absoluta* – e, por isso, meramente formal e fictícia entre as pessoas – impunha uma postura de neutralidade do Estado, compatível com a construção teórico-formalista da própria lei, geral e abstrata, concebida e aplicada de forma igual para todos. O valor igualitário não ultrapassava uma mera abstração de igualdade natural e generalizante de todos os indivíduos, justificando um tratamento jurídico idêntico⁶³³.

Nesse contexto, a liberdade configurava-se como primado das aspirações revolucionárias, que, em linhas gerais, enalteciam a supremacia dos direitos de caráter civil e

⁶³² Cfr. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 32.

⁶³³ Segundo Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p.42, a burguesia “fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”. O constitucionalista ressalta que, a partir do momento em que se tornou classe dominante, detentora do poder político, à burguesia não interessava mais manter a prática da universalidade dos princípios que outrora havia defendido.

político, resultando numa ideia individualista de cidadania. O axioma supremo da liberdade não podia ser relativizado em favor de outro valor jurídico, daí porque a vertente meramente jurídico-formal da igualdade era convenientemente suficiente.

Por conseguinte, primariamente, o princípio da igualdade traduzia-se numa exigência de generalidade da lei que, independentemente do seu teor, devia prevalecer para regular igualmente a vida de todos os cidadãos. Eventuais desigualdades na lei, no conteúdo da norma, eram tidas como compatíveis com o princípio da igualdade perante a lei. Tratava-se quase de uma presunção absoluta de justiça ou de legitimidade da norma, supondo-se que o legislador sempre trataria de forma igual aqueles que se encontrassem em situações semelhantes ou pertencessem à mesma categoria. Mas aos aplicadores do direito não era atribuída a mesma confiança, razão pela qual o princípio da igualdade perante a lei objetivava impedir que fossem por eles feitas distinções não estabelecidas previamente pelo legislador.

A partir do século XX, difundiu-se a ideia de que a igualdade deveria vincular também os órgãos de criação do Direito, agregando ao princípio da igualdade formal um novo significado para além da igualdade na aplicação da lei: a igualdade na lei, ou seja, no conteúdo da lei.

A construção dogmática do princípio da igualdade, na vertente referente à igualdade na lei, passa a incorporar certo conteúdo material à igualdade formal. Assim, o mandato da igualdade vinculatório do legislador consubstancia-se na obrigação de conferir igual tratamento⁶³⁴ àqueles que se encontram em igual situação, exigindo-se também um tratamento diferenciado sempre que justificado. Nesse sentido, a noção de igualdade na lei não implica a abstração, por parte do legislador, de todo e qualquer elemento diferenciador de relevância jurídica. Ao contrário, requer que, respeitado o princípio da proibição de arbitrariedade, o legislador trate *igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*.

Desse modo, nem toda desigualdade de trato normativo é vedada ao legislador, que tem obrigação de aplicá-la em determinados casos, sob pena de infringir o princípio da igualdade, em sua vertente relacionada ao conteúdo normativo.

Muito embora a observância da igualdade na lei não dispense certo conteúdo material – no sentido de que as diferenças devem ser consideradas pelo legislador, se

⁶³⁴ Para Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade – vol. II*, p. 32, a igualdade deve ser considerada como uma “exigência de igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade da aplicação do direito, isto é, a igualdade das pessoas perante a lei; mas equivale também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual, e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual”.

juridicamente relevantes na regulação de determinada matéria –, o mandato da igualdade formal não se confunde com o mandato da igualdade material, que tem natureza complementar à daquele⁶³⁵.

Do modo como é compreendido atualmente, o princípio da igualdade formal dirige-se tanto ao legislador – proibindo-o de elaborar normas ilegítimas e arbitrariamente discriminatórias –, quanto ao operador (intérprete/aplicador) do direito – que deve interpretar e aplicar as leis de maneira a não criar tratamentos diferenciados não legitimados constitucionalmente. Configura-se, então, como uma exigência de igualdade na criação e na aplicação do direito; de igualdade na lei e perante a lei⁶³⁶, vinculando diretamente todos os poderes públicos, quer desempenhem atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

A igualdade formal firmou-se, então, como um dos princípios-chave do Estado liberal burguês, difundindo-se pelo constitucionalismo do século XIX. Nessa conjuntura, a consagração da igualdade estava intrinsecamente relacionada ao postulado da neutralidade estatal, axioma considerado de máxima relevância para o ideário liberal oitocentista⁶³⁷. Segundo a concepção de igualdade do liberalismo clássico, a abolição jurídica dos privilégios permitiria que cada indivíduo desenvolvesse livremente suas capacidades, sem necessidade de intervenção estatal nas questões socioeconômicas.

1.2. Igualdade material

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, ao princípio igualitário agrega-se o mandado da igualdade substantiva, real ou efetiva, mais conhecido como princípio da igualdade material, que tem nos direitos sociais uma de suas mais importantes formas de concretização.

Gradativamente, constata-se que as desigualdades nos pontos de partida acabavam reconduzindo, em muitas circunstâncias, a sociedade meritocrática à sociedade de privilégios do *Ancien Régime*. Nota-se que a postura passiva dos poderes públicos não garantia, antes

⁶³⁵ Para María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, “el mandato de la igualdad formal obliga a los poderes publicos a que, com su actuación, no coloquen a sujetos iguales en situaciones diferentes, sin que exista una justificación para ello, porque eso sería dar-lhes um trato discriminatório. El mandato de la igualdad material, por su parte, opera de outra forma, no obliga a los poderes públicos a que actúen de una determinada manera, sino a que, actuando como éstos consideren más adecuado – respetando siempre las restantes prescripciones constitucionales –, avancen en el logro de la igualdad real y efectiva”.

⁶³⁶ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 426-427.

⁶³⁷ Cfr. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ações afirmativas: aspectos jurídicos*, p. 126.

minava, a efetiva igualdade no gozo de direitos essenciais. A *livre disputa* por bens jurídicos perpetuava a marginalização dos grupos vulnerabilizados, impedidos de desenvolver plenamente suas aptidões, em virtude das desigualdades de condições nos pontos de partida. Ora, se o desenvolvimento da plena capacidade do indivíduo e, portanto, do seu merecimento, dependia do acesso aos bens jurídicos essenciais que era obstaculizado àqueles que não descendiam das classes privilegiadas, então a sociedade meritocrática constituía verdadeira reminiscência da sociedade classista.

Sob essa ótica, se o método de distribuição dos bens exclusivamente de acordo com a fórmula “a cada um segundo seus méritos” não garante a otimização da justa igualdade, torna-se necessário considerar também a repartição dos bens “a cada um conforme suas necessidades”. Dessa maneira, aos poderes públicos impôs-se a observação da realidade social e das diferenças essenciais caracterizadoras de cada grupo, para intervenção nos casos em que tais diferenças dessem origem a uma desigual distribuição de bens materiais e imateriais. A realização do mandato da igualdade material – que ganhou relevo a partir da Constituição de Weimar, de 1919 – requer, então, a intervenção do Estado no sentido de corrigir as desigualdades fáticas que se mantêm com o estrito cumprimento do mandato da igualdade formal⁶³⁸.

Assim, a partir da ascensão do Estado Social de Direito, o princípio igualitário é complementado – e não superado –, em sua vertente genuinamente formal, pelo ideal de igualdade substancial, fundado nas desigualdades concretas existentes entre as pessoas e não numa visão neutra do ser humano. Representa, pois, uma vertente positiva da cláusula igualitária⁶³⁹ que impõe a atuação do Estado na promoção da igual dignidade dos indivíduos. Nesse sentido, ao próprio princípio da igualdade de todos perante a lei atribui-se mais equanimidade, uma vez que, consideradas as iniquidades dos pontos de partida e reconhecidas

⁶³⁸ Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – tomo I*, p. 220, não há contraposição, antes complementaridade, entre igualdade jurídica e igualdade real. “Porque há desigualdades de facto (físicas, económicas, geográficas, etc.) importa que o poder público e a sociedade civil criem ou recriem as oportunidades e as condições que a todos permitam usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres”.

⁶³⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – tomo I*, p. 222-223, entendem que o sentido positivo do princípio da igualdade desdobra-se em cinco corolários: “(i) tratamento igual de situações iguais; (ii) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; (iii) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; (iv) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazenda da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade *através da lei*); (v) consideração do princípio não como uma ‘ilha’, antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição”.

as diferenças fático-jurídicas essenciais, doravante os indivíduos devem ser tratados igualmente *perante a lei, na lei e por meio da lei*.

No período pós-guerra se desenvolve, ao lado do discurso da cidadania individualista – concentrado na liberdade –, a noção de cidadania social⁶⁴⁰, centrada no princípio da solidariedade e nos valores igualitários. Ultrapassa-se uma visão homogeneizada da pessoa humana para reconhecer que, diante das especificidades e peculiaridades de certos grupos sociais, os indivíduos a estes pertencentes devem ser tratados de maneira diferenciada, admitindo-se mesmo um *direito à diferença*. Os poderes públicos, legitimados pelos novos valores constitucionais igualitários renunciam, paulatinamente, à postura neutra de meros observadores das relações sociais, passando a atuar positivamente em prol da concretização da igualdade substancial⁶⁴¹.

Essa evolução do princípio da igualdade – sem prejuízo da relevância da igualdade na construção e na aplicação da lei – trouxe consigo a compreensão de que todos devem ser considerados iguais em dignidade, embora os seres humanos sejam naturalmente diferentes. Avança-se para uma concepção de complementaridade entre igualdade formal e igualdade material, que permite um tratamento legitimamente desigual, fundado justamente nas diferenças motivadoras das desigualdades sociais. Nessa conjuntura, a aspiração à igualdade real implica o reconhecimento de situações desiguais a serem igualizadas⁶⁴².

Diante da complexidade que envolve o valor igualdade, sua gradativa evolução jurídico-filosófica fez com que a ele se outorgassem concepções distintas, segundo o propósito almejado. A *igualdade formal*, conforme já exposto, diz respeito à primeira configuração jurídico-positiva do princípio igualitário que, em nítida oposição à sociedade dos privilégios, instaura o igual tratamento de todos perante a lei. Impõe-se que os poderes públicos editem e apliquem as leis sem distinções de qualquer ordem. A *igualdade material* ou *substancial*, por sua vez, intenciona o alcance de igualdade real, valendo-se das circunstâncias fáticas como parâmetro para adotar critérios de *discrímen* entre as pessoas⁶⁴³. Tratar igualmente os iguais e

⁶⁴⁰ Cfr. Flávia Piovesan, *Desafios e perspectivas dos Direitos Humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 159-160, que observa o ineditismo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pela unificação do discurso liberal com o discurso social da cidadania, demarcatória da concepção contemporânea de direitos humanos.

⁶⁴¹ Discorrendo sobre as ações afirmativas e a necessária renúncia à neutralidade estatal em prol da promoção da cláusula igualitária, Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 37, ressalta que as proclamações jurídicas, por si sós, são insuficientes para reverter uma estrutura social fundada na “concepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação”.

⁶⁴² Cfr. Léon Ingber, *D'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*, p. 907.

⁶⁴³ Para Rosa Maria Ricoy Casas, *El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo*, p. 1.659, “la igualdad formal o ante la ley (...) no es un límite, sino un presupuesto – necesario, pero no suficiente – de la

desigualmente os desiguais – ou seja, a simples aplicação da regra de justiça – é dever, em certa medida, já imposto pelo princípio da igualdade formal. Aplicar penas diversas a criminosos que cometem crimes diferentes; conceder direitos que não são previstos para indivíduos do sexo masculino à mulher gestante; restringir o direito ao trabalho de adolescentes. Não se trata de medidas voltadas para correção de iniquidades fáticas, mas de concessão de tratamento diverso àqueles que se encontram em situações diversas.

O princípio da igualdade material vai além, visa corrigir desigualdades existentes no mundo fático. Objetiva igualizar aqueles que não deveriam ser tratados como desiguais em virtude de suas diferenças, mas que, na prática, o são, resultando em restrição, negação ou violação de direitos fundamentais. O alcance da igualdade material passa, portanto, pelo reconhecimento das diferenças e das desigualdades fáticas delas decorrentes, para, então, lograr a redistribuição equitativa dos bens e direitos essenciais. Nesse sentido, a ideia de igualdade substancial entre as pessoas constitui conceito elementar na busca pela igual dignidade de todos, enquanto fim precípua do valor dignitário.

1.2.1. Igualdade material e neutralidade estatal

Os ideais do liberalismo clássico são comumente relacionados à neutralidade como elemento determinante da política estatal, atrelado à igualdade abstratamente considerada.

Note-se, entretanto, que é a partir da consolidação da liberdade religiosa que emerge o princípio da neutralidade estatal – enquanto imposição de ausência de coação no âmbito das crenças dos indivíduos –, que se difunde, ao longo do tempo, para outros campos⁶⁴⁴. Sobrelevava-se, nesse ponto, a liberdade do indivíduo de seguir o seu próprio plano de vida de acordo com suas convicções pessoais, sem a ilegítima interferência do Estado.

O pensamento liberalista absorveu o princípio da neutralidade também nos domínios político e econômico. A filosofia econômica do *laissez faire, laissez aller, laissez passer* alastrou-se de modo a alcançar as relações entre o ente estatal e os indivíduos, determinando uma dissociação entre Estado e sociedade. Por conseguinte, os poderes públicos deveriam permanecer alheios aos conflitos e vicissitudes do organismo social, em meio ao qual se

igualdad real e efectiva (...), esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos.”

⁶⁴⁴ Cfr. José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 57.

perpetuavam, inevitavelmente, desigualdades sociais, muitas das quais supostamente fulcradas nas diferenças naturais entre as pessoas.

A noção rígida de neutralidade política tinha tradicionalmente por alicerce o princípio igualitário na sua vertente meramente formal. Se todos deveriam ser tratados de modo indistintamente idêntico, homogêneo, fungível, as diferenças e as iniquidades deveriam permanecer irrelevantes, sob pena de violação do preceito neutral.

Com o advento do modelo estatal de bem-estar social e com a constatação da insuficiência da igualdade jurídica abstrata para reverter situações estruturais de desigualdade fática, emerge a concepção de igualdade substancial, a partir da qual a noção de neutralidade estatal deve sofrer readaptação. Estado e sociedade, gradativamente, reconciliam-se, assumindo aquele o papel de conformação do tecido social, em busca de uma justiça social redistributiva. O Estado Social de Direito, comprometido com a transformação social, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, incorrerá em omissão se tolerar a reprodução de discriminações ilegítimas, em especial quando se constata que o próprio ente estatal, em muitos casos, foi responsável pelo estabelecimento e conservação de normas jurídicas segregacionistas.

Seguindo essa linha de raciocínio, importa ressaltar que, contemporaneamente, não há sentido em associar a neutralidade estatal a um valor absoluto, condescendente com toda ideologia política possível. Se assim fosse, o Estado não estaria, ele próprio, autorizado, por exemplo, a atuar no sentido de concretização dos valores jurídico-constitucionais, uma vez que estes, a rigor, também sintetizam modos ou concepções de bem⁶⁴⁵.

A neutralidade da atuação dos poderes públicos reside, portanto, na proibição de fundamentação baseada em aspirações ou opiniões particulares da *vida boa*. Mas tal postulado não corresponde à afirmação de que o ente estatal é indiferente a qualquer expressão de *mundividência*, antes estando atrelado às noções de bem-estar e de *vida boa*, legitimamente concebidas pela ordem jurídica e especialmente orientadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, nota-se, de logo, que o tratamento isonômico não implica tratamento fundado numa neutralidade rígida. Ao contrário, a indiferença estatal diante de certas

⁶⁴⁵ Guilherme Machado Dray, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*, p. 77, sustenta que o Direito não deve “assumir uma postura axiologicamente neutra, devendo orientar-se pela prossecução da Justiça, pela salvaguarda da dignidade humana e pela eticização das suas normas e princípios (...)”.

especificidades humanas pode reforçar e perpetuar desigualdades violadoras do ideal igualitário.

Desse modo, à ficção jurídica de que todos são iguais perante a lei, deve-se agregar uma noção substancial de igualdade, a qual redundaria no reconhecimento de que todos são igualmente dignos perante a lei, na lei e por meio da lei, gerando mesmo um *dever de tratamento desigual*⁶⁴⁶, na medida da desigualdade dos indivíduos e grupos. Ao revés de um sistema de *homologação jurídica* das desigualdades pautadas nas diferenças, impõe-se um sistema de *igual valoração jurídica das diferenças*⁶⁴⁷.

A questão da neutralidade – que, mesmo se afastando de uma concepção absoluta, não deixa de ser complexa⁶⁴⁸ – pressupõe a identificação de uma situação de possível conflito de interesses. Afirmar que os poderes públicos devem permanecer neutros sem fazer referência ao contexto jurídico-político é o mesmo que defender uma ilegítima inércia estatal. É dizer, a adoção sistemática de atitude neutral por parte do Estado não deixa de ser uma forma de favorecer as forças prevalentes ou dominantes, ou, a depender das circunstâncias fáticas, de propiciar a manutenção do *status quo*.

A posição de neutralidade está relacionada à possibilidade de exercer efetiva influência em meio a uma situação conflituosa; à capacidade de o agente causar impacto relevante, por meio do seu poder de decisão⁶⁴⁹, a partir de um comportamento ativo ou passivo.

Estabelecidas essas premissas, conclui-se que a assunção de uma posição de neutralidade política deve ser compreendida não como equivalente à inércia ou indiferença⁶⁵⁰ estatal, mas sim como uma postura ponderada de otimização do processo de igualização das partes envolvidas, levando-se em consideração, de forma equitativa, os interesses e as diferentes forças pré-existentes⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 409.

⁶⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y Diferencia*, p. 74-76. O autor distingue quatro modelos de configuração jurídica das diferenças: a) modelo da indiferença jurídica das diferenças; b) modelo de diferenciação jurídica das diferenças; c) modelo de homologação jurídica das diferenças; d) modelo da igual valoração jurídica das diferenças.

⁶⁴⁸ O exemplo dado por Alan Montefiore *et al*, *Neutrality and impartiality: the university and political commitment*, p. 7, é elucidativo da complexidade inerente à conceituação da neutralidade. Os autores referem-se a uma situação em que um pai é interpelado a intervir numa disputa entre dois de seus filhos. A recusa do pai em intervir garantiria a vitória do filho mais velho, mais forte e detentor de mais recursos. De outro modo, a intervenção equitativa – seja por meio de ajuda ou de obstáculos iguais – em favor de ambos, redundaria no mesmo resultado, uma vez que as forças e fraquezas próprias de cada indivíduo atuariam da mesma maneira desigual na resolução do conflito. Em termos práticos, para garantir igual chance de sucesso aos dois filhos em disputa, caberia, a rigor, ao pai ajudá-los de forma desigual, a fim de equilibrar as forças inicialmente vigentes.

⁶⁴⁹ Cfr. Alan Montefiore *et al*, *Neutrality and impartiality: the university and political commitment*, p. 5.

⁶⁵⁰ Sobre a concepção de indiferença, cfr. José d'Assunção Barros, *Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções*, p. 363 e ss.

⁶⁵¹ Segundo Paulo Mota Pinto, *Nota sobre o "imperativo de tolerância" e seus limites*, p. 763, o imperativo de neutralidade está associado não aos efeitos da atuação estatal, mas à sua fundamentação.

Nesse ponto, e tendo em conta o conceito de neutralidade delineado, convém distingui-lo de duas figuras afins: a indiferença e a imparcialidade. A primeira diz respeito à ausência de interesse diante de determinadas situações. A rigor, não se pode dizer genericamente que o Estado – em especial quando compreendido no âmbito do modelo de Estado Social – deva atuar de forma desinteressada ou indiferente. Isso porque os poderes estatais devem ter sempre os valores constitucionais como norte. Onde há dever de atuação estatal teleologicamente orientada não se pode falar, precisamente, em indiferença ou ausência de preferência, salvo nas hipóteses em que o caso concreto esteja dissociado do interesse público.

A imparcialidade, por sua vez, pode ser compreendida como a renúncia a preferências ou interesses pessoais em prol da persecução da objetividade decisória. Nesses termos, uma atuação estatal neutra – na concepção adotada linhas antes – deve nortear-se sempre pela imparcialidade. Trata-se, então, de qualificação do comportamento neutro⁶⁵².

De acordo com as conclusões até aqui estabelecidas, não há incompatibilidade incontornável entre medidas igualitárias positivas e os valores da neutralidade e imparcialidade. Isso porque estes não se confundem com indiferença dos poderes públicos diante das desigualdades de fato; nem o princípio da igualdade circunscreve-se ao seu âmbito puramente formal. Ainda que tenha as chamadas *minorias* como destinatárias, a atuação estatal deve continuar sendo neutra e imparcial. Ou seja, a adoção de tratamento diferenciado não implica automaticamente a ausência de critérios objetivos de decisão. O que se deve analisar é se a medida teve, ou não, como força motriz interesses pessoais – sejam estes afetivos, ideológicos ou políticos – do agente emissor do ato, bem como se foram consideradas as circunstâncias fáticas e as forças inerentes ao conflito de interesses envolvidos.

Em linhas gerais, portanto, a neutralidade estatal é compatível com a busca da justiça social por meio da garantia de igual dignidade humana no gozo dos direitos fundamentais⁶⁵³, sem, no entanto, apelar para uma *cegueira estatal* diante das diferenças.

⁶⁵² Note-se que podem ocorrer situações em que, embora o Estado atue com imparcialidade – ou seja, respeite o seu dever de decidir com objetividade e sem propósito tendencioso – e neutralidade – sopesando equitativamente os interesses e forças em questão –, o ato resulte, na prática, em violação ao princípio da igualdade, sendo, portanto, inválido, embora teoricamente imparcial e neutro. Isso pode ocorrer tendo em vista a pluralidade de interpretações possíveis, em especial quando se trata de conceitos complexos como aqueles envolvendo o princípio da igualdade. Nesse caso, prevalecerá a interpretação da ordem jurídica – sempre associada às circunstâncias fáticas – efetuada pelo Poder Judiciário, com recurso ao princípio da proporcionalidade.

⁶⁵³ Para Brian Barry, *Why social justice matters*, p. 17, o objeto primário da justiça não são as instituições em si mesmas, mas a distribuição dos direitos, oportunidades e recursos existentes na sociedade. O autor afirma discordar da concepção de John Rawls, segundo a qual as instituições seriam o próprio objeto da justiça, embora admita que elas sejam a chave para a realização da justiça social.

Sob essa perspectiva, pode-se fazer alusão à figura mitológica grega de *Themis*, representativa da Justiça, que, com os olhos vendados, exhibe numa das mãos uma espada; na outra, uma balança. A venda, ao invés de simbolizar a *cegueira* da Justiça, exprime o propósito de objetividade, de imparcialidade das decisões judiciais. Todavia, não se trata de enaltecimento da neutralidade estatal, no sentido de indiferença diante das peculiaridades dos indivíduos ou grupos de pessoas, mas sim de *fazer justiça sem olhar a quem*, ou seja, garantir a todos o acesso igualitário aos direitos, independentemente de suas diferenças. Por vezes, a deusa *Themis* é caracterizada de olhos abertos, para que certas singularidades não lhe escapem à percepção. Metaforicamente, desvendar os olhos da Justiça pode simbolizar a revelação das diferenças entre as pessoas, o reconhecimento das desigualdades fáticas e a subsequente ascensão da igualdade jurídica, no seu sentido material. A balança, sempre representada com os pratos nivelados, associa-se ao equilíbrio e, conseqüentemente, à igualdade, sinonímia da própria justiça na filosofia aristotélica. *Enxergando* o mundo circundante, à Justiça e ao Direito competem reequilibrar as relações fáticas por meio do *desequilíbrio ponderado da balança jurídica*, para, enfim, alcançar a efetiva estabilidade, correspondência ou equivalência entre os pratos da balança. A espada, por sua vez, significa a força coercitiva do Direito, indispensável para a manutenção da paz social, o que a torna instrumental – teleologicamente orientada –, incompatível com a ideia de poder como fim em si mesmo.

1.3. Igualdade procedimental

Com o Estado Democrático de Direito, o eixo deontológico do Constitucionalismo – que, no liberalismo clássico, tinha como foco a garantia da liberdade e, no Estado Social, o ideal igualitário – assume aspiração de equilíbrio entre esses dois princípios. O significado do princípio da igualdade passa a ser orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, voltando-se também para a *inclusão do outro* – reconhecidas as suas particularidades e especiais necessidades –, em busca da consagração do ideal de *igualdade em dignidade*.

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito, ao conteúdo do princípio igualitário somam-se, ainda, novas orientações inclusivas consubstanciadas na noção de *igualdade procedimental* que – agregando-se às igualdades formal e material – estabelece a garantia de igual condição de participação de todos os cidadãos nas práticas e decisões

estatais⁶⁵⁴. Trata-se de assegurar que a postura estatal corresponda aos verdadeiros anseios de seus destinatários, que deverão ter *vez e voz* na produção de políticas públicas, ao invés de serem sempre submetidos à heteronomia majoritária. Assim, do princípio da igualdade podem-se inferir novos sentidos, associados ao paradigma procedimentalista próprio de uma democracia deliberativa e participativa.

Nessa linha de entendimento, sem prejuízo da individualidade dos cidadãos, estes devem ser considerados como verdadeiros atores sociais, cujas vozes ecoam e se orientam, nos espaços públicos de discussão, para um entendimento intersubjetivo. A pluralidade de opiniões que compõem as arenas discursivas permite a identificação dos problemas que afetam a sociedade como um todo, legitimando, assim, a práxis estatal.

As modernas sociedades democráticas são marcadas pela centralidade do indivíduo e pela necessidade não apenas de coexistência, mas também de convivência de diferentes concepções do bem, permitindo-se o reconhecimento de projetos de vida que destoam do *ideal majoritário* e que, ainda assim, devem ser respeitados e ter sua realização viabilizada. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se, então, como verdadeiro estado pluralista.

Nesse contexto, os direitos fundamentais – enquanto prerrogativas que os cidadãos devem reconhecer reciprocamente uns aos outros – visam à máxima participação, tanto formal quanto materialmente, de cada falante no processo de produção do direito^{655 656}. Sob essa ótica, é a existência de mecanismos de promoção da igual participação no processo de produção do direito que confere legitimidade ao ordenamento jurídico, de modo que os destinatários das normas se reconheçam, simultaneamente, como autores destas e, portanto, democraticamente corresponsáveis.

⁶⁵⁴ Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*, p. 12, “a igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da Sociedade”.

⁶⁵⁵ Para Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre faticidade e validade – vol. I*, p. 59, o Sistema de Direitos, que garante legitimidade ao ordenamento jurídico estatal engloba: “a) direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação; b) direitos fundamentais que resultem da elaboração politicamente autônoma do status de membro em uma associação voluntária sob o direito; c) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma e da proteção jurídica individual; d) direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas, nas quais cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo; e) direitos fundamentais a provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas a serem reconhecidos caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados anteriormente não podem ser sonogados aqueles direitos que garantam as condições materiais e culturais para a inserção de cada falante no discurso”.

⁶⁵⁶ Cfr. Marcelo Campos Galuppo e Rafael Faria Basile, *O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito – O problema das cotas*, p. 100.

Assim, é preciso estabelecer políticas de efetiva participação dos grupos vulnerabilizados nas decisões jurídico-políticas, reconhecendo-os como parte constitutiva do corpo social, e, por isso, coautores dos rumos desse *organismo vivo*. A igualdade não pode ser imposta de cima para baixo ou de fora para dentro, mas deve se fundar na participação ativa que decorre do reconhecimento e do autorreconhecimento de cada cidadão como politicamente responsável por uma comunidade de pessoas livres e iguais⁶⁵⁷.

Mas é preciso admitir que a efetiva participação de todos no processo democrático de decisão pressupõe a formação de cidadãos com capacidade, ao menos elementar, de atuação discursiva, no âmbito de uma sociedade constituída por indivíduos *minimamente livres e iguais*. Isso porque o poder de influência do sujeito nas decisões políticas estatais – por meio de discursos racionais capazes de influenciar as ações estatais – é mitigado, quando não inteiramente obstaculizado, quando este não tem acesso às condições mínimas de existência digna.

Remete-se aqui à noção de *mínimo dignificante* – que agrega o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas não apenas dos sociais, como já visto –, pontuando-o como condição para a efetiva consagração da igualdade procedimental. Com efeito, o mero acesso a bens básicos não se mostra suficiente para capacitar o indivíduo para uma ativa participação no processo jurídico-político. Ninguém duvida de que, se não tem saciadas as suas necessidades básicas, o ser humano não consegue dedicar-se a outro propósito que não ao da própria sobrevivência. Mas a garantia desta pelos poderes públicos – dissociada dos bens imateriais igualmente dignificantes –, associa-se mais a uma concepção paternalista, e não democrática, de Estado.

Não se quer dizer com isso que aqueles que se encontram desprovidos de elementares condições materiais e imateriais devam ser alijados do processo decisório democrático, mas que o princípio igualitário, no seu atual estágio de configuração evolutiva, deve compreender mecanismos de inclusão socioeconômica e política tendentes a garantir a autonomia participativa dos grupos vulnerabilizados. Nesse sentido, deve-se promover uma concepção verdadeiramente inclusiva da igualdade, que englobe sob o manto protetivo dos direitos fundamentais o maior número possível de pessoas, ainda que para tanto seja necessária a implementação de mecanismos de inclusão consistentes numa especial aplicação dessas prerrogativas jusfundamentais.

⁶⁵⁷ Cfr. Jürgen Habermas, *A inclusão do outro*, p. 280.

Sob essa perspectiva, as ações afirmativas surgem como legítimas políticas públicas que buscam a inserção de grupos excluídos dos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas⁶⁵⁸, tornando-os, conseqüentemente, sujeitos ativos na promoção e fruição de seus direitos fundamentais, bem como na autorrealização responsável de seus projetos de vida.

2. Igualdade e proteção das *minorias*: reconhecimento, redistribuição e participação

2.1. Igualdade e (in)diferença

Viu-se que a afirmação da igualdade, em seu sentido formal – corolário das declarações de direitos do século XVIII –, configura-se como mero ponto de partida de caráter abstrato que se mostra insuficiente para transpor as desigualdades fáticas que obstaculizam a igual dignidade de todos. A partir especialmente do século XX, o princípio igualitário passou a ser almejado numa dimensão também substancial, com consagração de direitos especiais voltados para a proteção de certos grupos, a partir de suas especificidades e vulnerabilidades.

A proteção internacional das minorias teve como marco histórico inicial os conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII⁶⁵⁹, que buscavam mais a celebração da paz do que a salvaguarda de grupos minoritários, a exemplo do Tratado de Paz de Vestfália que declarou igualdade entre católicos e protestantes.

A Conferência de Paris (1919) – que, com o fim da I Guerra Mundial, resultou na assinatura de diversos tratados de paz – tratou da situação das minorias étnicas que integrariam os Estados multiétnicos em formação, declarando formalmente seus direitos e liberdades nos Tratados das Minorias⁶⁶⁰.

No plano das convenções internacionais, a proteção de minorias ganhou espaço

⁶⁵⁸ Cfr. Marcelo Campos Galuppo e Rafael Faria Basile, *O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito – O problema das cotas*, p. 102.

⁶⁵⁹ Cfr. Gil Remillard, *Les droits des minorités*, p. 14.

⁶⁶⁰ Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*, p. 315, explica que os tratados assinados ao fim da Primeira Guerra “aglutinaram vários povos num só Estado, outorgaram a alguns o *status* de ‘povos estatais’ e lhes confiaram o governo, supuseram silenciosamente que os outros povos nacionalmente compactos (como os eslovacos na Tchecoslováquia ou os croatas e eslovenos na Iugoslávia) chegassem a ser parceiros no governo, o que naturalmente não aconteceu e, com igual arbitrariedade, criaram com os povos que sobraram um terceiro grupo de nacionalidades chamadas minorias, acrescentando assim aos muitos encargos dos novos Estados o problema de observar regulamentos especiais, impostos de fora, para uma parte de sua população. (...) Os Estados recém-criados, por sua vez, que haviam recebido a independência com a promessa de plena soberania nacional, acatada em igualdade de condições com as nações ocidentais, olhavam os Tratados das Minorias como óbvia quebra de promessa e como prova de discriminação (...)”.

com o fim da Primeira Guerra Mundial, quando o Tratado de Versailles estabeleceu consideráveis mudanças nas fronteiras europeias, criando novos Estados. A instabilidade gerada com a formação de novas minorias impulsionou a construção de mecanismos de proteção de grupos minoritários, sob a chancela da Liga das Nações. Todavia, imposto apenas a determinados Estados – e não às grandes potências – esse sistema de proteção perdeu credibilidade quando a ideia de proteção das minorias foi utilizada pelo regime nazista alemão como fundamento para sua expansão. A sistemática exploração do discurso da proteção das minorias para fins escusos resultou, após a Segunda Guerra Mundial, na relutância dos Estados em incluírem expressamente os direitos das minorias no emergente catálogo de direitos humanos⁶⁶¹. Desse modo, a Carta das Nações Unidas teve como foco os direitos humanos de cunho individual, sob o argumento de que estes também garantiam proteção às pessoas pertencentes a minorias.

Apenas com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966⁶⁶², mais precisamente no seu artigo 27, é que, efetivamente – embora de forma ainda restrita – se estabelece, no âmbito das Nações Unidas, a proteção das minorias étnicas, religiosas e linguísticas.

Com o fim da Guerra Fria, a Europa testemunhou a expansão de formas extremadas de nacionalismo e foi palco de conflitos étnicos e religiosos devastadores, fatores que impulsionaram as demandas pelo desenvolvimento de mecanismos especiais de proteção das minorias, em complementação às normas já existentes. O primeiro organismo europeu a se ocupar do tema foi a Conferência para Segurança e Cooperação na Europa – posteriormente renomeada de Organização para a Segurança e Cooperação na Europa –, cujos membros adotaram, em 1990, o primeiro documento vinculativo contendo um conjunto detalhado de compromissos em relação às minorias. Evoluiu-se, anos depois, para a elaboração e aprovação pelo Conselho da Europa da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995.

Em termos político-filosóficos, pode-se afirmar que com a contemporaneidade dá-se expressiva ascensão das diferenças entre os indivíduos e da própria noção de diversidade. Enquanto no mundo moderno o indivíduo era homogeneizado, tendo suas singularidades e suas identidades pessoais desprezadas, no mundo contemporâneo as diferenças passam a ser

⁶⁶¹ Cfr. Hans-Joachim Heintze, *Collective Rights in the Context of EU Accession*, p. 43

⁶⁶² Note-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não menciona expressamente direitos das minorias.

consideradas⁶⁶³. As sociedades contemporâneas distinguem-se pelo reconhecimento das diferenças entre os indivíduos, bem como das variadas esferas identitárias residentes em cada pessoa. Sob essa perspectiva, o sujeito pós-moderno não possui identidade fixa ou essencial, mas uma variedade de identidades preponderantes em conformidade com o momento e o meio social⁶⁶⁴. Logo, dá-se a substituição da fantasiosa identidade unificada, coerente e completa da modernidade por uma *celebração móvel*⁶⁶⁵ das múltiplas identidades do sujeito, o que envolve a liberdade na assunção destas, ainda que contrapostas aos *rótulos socialmente impostos*.

Do fenômeno de particularização do indivíduo decorrem significativas consequências de ordem, social, política e jurídica. O Estado, que tradicionalmente executava suas políticas públicas de maneira homogeneizada, passa a reconhecer a diferença como um dos parâmetros na criação e execução de seus programas sociais. Dito de outro modo, a implementação indistinta de ações governamentais dá lugar à consideração de fatores identitários – como sexo, raça, etnia, origem e, mais recentemente, orientação sexual e identidade de gênero – no desenvolvimento de políticas públicas. Sob outra perspectiva, os próprios movimentos sociais passam a exigir o reconhecimento das diferenças como ponto de partida para a promoção de igualdade de oportunidades pelos entes públicos.

Contemporaneamente, as constituições também são influenciadas por esse fenômeno e passam a reconhecer as diferenças, a partir da absorção de valores tendentes à redução das desigualdades fáticas. Com efeito, a organização dos textos constitucionais contemporâneos demonstra que os legisladores constituintes não permaneceram alheios ao processo de *especificação do sujeito de direito*⁶⁶⁶, havendo nítida preocupação em tratar de forma especial os direitos de determinados grupos socialmente vulnerabilizados, como crianças, idosos, mulheres, grupos étnico-raciais e portadores de deficiência, dentre outros.

Na esfera internacional, há uma mitigação do universalismo abstrato nos instrumentos de proteção dos direitos humanos – que, antes, refletiam o temor das diferenças –, com correspondente intensificação da proteção particularizada conferida a determinados

⁶⁶³ Stuart Hall, *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 7, aborda essa questão, afirmando que “as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado”.

⁶⁶⁴ Cfr. Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, p. 130. Em sentido semelhante, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 23, ressalta que a ampliação e evolução dos direitos humanos se dão a partir da passagem do *homem abstrato* para o *homem concreto*, “através de um processo de gradativa diferenciação ou especificação dos carecimentos e dos interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção”.

⁶⁶⁵ A expressão é de Stuart Hall, *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 8.

⁶⁶⁶ A respeito desse processo na Constituição Brasileira, de 1988, cfr. Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, p. 132.

grupos⁶⁶⁷. É nesse sentido que são produzidos instrumentos internacionais especializados, a exemplo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção (1981), e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

À primeira vista, a afirmação da diferenciação como vertente do princípio igualitário pode parecer inconciliável com o próprio direito à igualdade, não fosse a complexidade dos valores em questão. Como poderia o princípio igualitário – que tem como fim, em linhas gerais, a *igualização fático-jurídica* dos indivíduos – orientar-se para o reconhecimento das diferenças entre as pessoas, sem sufocar ou aniquilar a consagração da própria igualdade? Ou, em sentido contrário, a imposição da igualdade no âmbito jurídico não seria contraposta à valorização das diferenças?

Sob uma perspectiva material do valor igualitário, os critérios de diferenciação que revelam distinções subjetivas específicas não permitem igual tratamento e igual proteção, sob pena de se alcançar uma igualdade injusta, alheia ao conflito de forças inerentes ao corpo social. Desse modo, deve-se consolidar o axioma da igualdade com o respeito às diferenças pela consagração da pluralidade de ideias e diversidade social. A diferença deixa de ser fundamento para aniquilação de direitos e passa a figurar como alicerce para sua efetiva proteção e promoção. Em poucas palavras, também o princípio igualitário dinamiza-se da *uniformidade para a diferenciação*⁶⁶⁸.

O reconhecimento das diferenças, o respeito às identidades diferenciais e a valorização da diversidade são marcos contemporâneos da igualdade e, nessa perspectiva, não admitem mais a simples indiferença estatal diante das especificidades de determinados grupos sociais. A festejada neutralidade do Estado, nessa seara, converte-se em omissão ou, dito de outra maneira, em atuação ratificadora do *status quo* de hierarquização social. Mas a diversidade deve ser contemporizada com a necessidade de convivência – e não apenas coexistência – com o diverso, destacando-se a partir do recíproco (re)conhecimento e enriquecimento que é capaz de proporcionar. Caso contrário, poderá ser subvertida a partir de

⁶⁶⁷ Pierre Mertens, *Égalite et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme «situé»*, p. 274 e ss., expõe como ocorreu tal fenômeno no âmbito da Organização das Nações Unidas, alertando que a discussão sobre que *homem situado* deve ter seus direitos protegidos envolve mais concretamente o problema das desigualdades.

⁶⁶⁸ A expressão é de Maria Glória F. P. D. Garcia, *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caím e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*, p. 15. Nas palavras da autora, o princípio da igualdade, fundado numa perspectiva relativa da igualdade, engloba “o tratamento diferenciado de situações objectivamente consideradas diferentes, na medida exacta da diferença”.

ideais segregacionistas que, supostamente igualitários – como a doutrina do *separate but equal* –, sobrelevam negativamente as diferenças e isolam grupos sociais distintos, de modo a perpetuar as desigualdades fáticas social e historicamente fabricadas a partir de certas especificidades. Dessa maneira, um tratamento uniformizante pode resultar na valorização de determinadas formas de vida e, em contrapartida, na desvalorização de outras, autonomamente eleitas ou mesmo inevitavelmente vivenciadas por indivíduos pertencentes a grupos minoritários, em evidente violação da igual dignidade humana, princípio impositivo nas sociedades democráticas.

No Estado Democrático de Direito, a ordem constitucional tem como relevante função a eliminação de incentivos políticos, jurídicos e institucionais a discriminações e hierarquizações fundadas nas diferenças entre as pessoas. Nessa conjuntura, diversas constituições contemporâneas, como é o caso da brasileira, assumiram caráter compromissário, traduzindo uma *síntese dialética de concepções*⁶⁶⁹, que retratam, no plano normativo, o pluralismo axiológico vigente na sociedade. Essa miríade de valores abre espaço para a diversidade, numa tradução da vertente dignitária do reconhecimento recíproco, dimensão indissociável do princípio igualitário, em sua complexidade.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da igualdade não é compreendido na sua inteireza sem o reconhecimento das diferenças e do próprio *direito à diferença*, condição indispensável para a efetiva proteção e promoção dos *direitos das minorias*.

2.2. Concepção de minorias: especificidade, vulnerabilidade e identidade

Além dos motivos já mencionados, a recente positivação internacional de direitos dos grupos minoritários deve-se também à dificuldade na conceituação do termo minorias⁶⁷⁰ e à relutância de alguns países – em especial, França e Turquia – em aceitar a existência de minorias em seus territórios, em nome da unidade nacional e do combate ao seccionismo.

Em 1977, Francesco Capotorti – membro especial da Subcomissão para Prevenção de Discriminações e para a Proteção das Minorias da ONU – definiu minorias como

“grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – nacionais do Estado – possuem, do ponto de vista étnico, religioso ou linguístico,

⁶⁶⁹ A expressão é de Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 22.

⁶⁷⁰ Hans-Joachim Heintze, *Collective Rights in the Context of EU Accession*, p. 46, revela que os organismos europeus envolvidos nas discussões consideraram que a definição de minorias era um problema delicado, cuja solução seria não incluir uma definição específica no texto da Convenção-Quadro para Proteção das Minorias Nacionais, mas adotar uma abordagem pragmática, fundada no sentido usual atribuído ao termo.

características que diferem daquelas do resto da população e manifestam mesmo que de forma implícita um sentimento de solidariedade, direcionada a preservar sua cultura, tradições, religião ou língua”.⁶⁷¹

Essa concepção – que é adotada pela doutrina majoritária e replicada em instrumentos jurídicos internacionais –, de certo modo, nega proteção específica a determinados grupos, por não atenderem aos requisitos de natureza objetiva e subjetiva nela contidos.

Primeiramente, verifica-se o critério objetivo de inferioridade numérica para caracterização das minorias. Com efeito, tradicionalmente, consideravam-se minorias aqueles grupos que, portadores de características próprias, fossem numericamente inferiores à parcela da população considerada majoritária. Desse modo, eram desconsiderados os grupamentos que, embora representassem maior parcela da população, permaneciam em posição de subordinação na escala de relações de poder.

Nada obstante, e diante da atual conjuntura histórico-política, entende-se, no presente trabalho, como equivocada a vinculação de políticas inclusivas ao termo *minorias*, em sentido numérico. Muitas dessas medidas especiais são destinadas para grupos que, apesar de não representarem uma minoria quantitativa da população de um Estado, são socialmente desfavorecidos e sub-representados nos mais diversos setores da sociedade, em especial nos espaços de poder e decisão, bem como nos postos socioeconômicas de maior vantagem. Acolhe-se, então, uma concepção ampla do termo, mais qualitativa do que quantitativa. No que se refere a dados numéricos, a quantidade inferior de membros do grupo dito minoritário não deve ser, portanto, auferida na população em geral, mas em determinadas esferas de atuação na sociedade, denotando a inferioridade numérica evidente sub-representação e consequente marginalização social.

Outro critério objetivo apontado diz respeito à vinculação do *grupo minoritário* ao Estado analisado. Assim, para a configuração de uma minoria, além de numericamente inferiores, os membros do grupamento precisariam estar fixados territorialmente em dado Estado, cuja nacionalidade compartilhassem. É nesse sentido que a *cidadania*⁶⁷² e a longa permanência no território têm sido considerados critérios para a identificação de beneficiários dos direitos das minorias no âmbito dos Estados europeus.

⁶⁷¹ *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, p. 2. Disponível em «http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

⁶⁷² Referenciada diversas vezes, tanto na Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias, quanto na Recomendação 1201 do Conselho da Europa.

No entanto, diante da complexa formação das populações dos Estados contemporâneos – decorrente da abertura de fronteiras, da aceleração dos fluxos migratórios e do fenômeno da globalização (econômica e cultural) –, não se deve restringir o reconhecimento das minorias à vinculação jurídica dos seus membros aos Estados nacionais em que se encontram. Primeiro porque se abre espaço para a ausência de proteção específica em situações jurídicas típicas, como o acolhimento de refugiados e de trabalhadores imigrantes e que refletem decisivamente na formação de minorias étnicas, linguísticas e religiosas, dentre outras. Tais minorias podem não ser constituídas por indivíduos nacionais dos Estados em que estão estabelecidos, e ainda assim merecem proteção específica diante das vulnerabilidades a que podem estar sujeitas, no contexto das sociedades de acolhimento. Ademais, nem sempre é possível identificar apenas um território ou Estado-Nação de acolhimento de um *grupo minoritário*, notadamente quando se trata de *minorias itinerantes*, como os ciganos e os refugiados. Por tudo isso, a nacionalidade e a vinculação territorial a um Estado podem ser considerados elementos complementares, mas não essenciais, da definição de minorias. Dessa maneira, a identificação de um *grupo minoritário* no território de um Estado, ainda que não justifique a adoção de políticas de inclusão – em observância à transitoriedade de certas situações –, pode, ao menos, suscitar o respeito aos direitos específicos das minorias verificadas, ainda que não reconhecidas formalmente pelos poderes públicos em questão.

Podem-se apontar, ainda, as *especificidades* ou *características diferenciais* enquanto fator constituinte das minorias. Assim, quando comparados com o restante da população, os indivíduos integrantes dos grupos minoritários possuem propriedades que permitem distingui-los. De acordo com a doutrina tradicional, tais especificidades se limitam a características étnicas, linguísticas e religiosas, corrente que tem prevalecido nos instrumentos jurídicos e na jurisprudência internacionais. Não é, no entanto, o entendimento aqui defendido. Isso porque diversas outras peculiaridades – além da etnia, da língua e da religião – podem ser atribuídas a membros de certos grupos que, em virtude destas, são submetidos a vulnerabilidades que não apenas legitimam, mas tornam imperativas ações positivas estatais no sentido de minimizar as desigualdades decorrentes.

Nessa senda, de acordo com a concepção esposada neste trabalho, os atributos que conferem especificidades às pessoas pertencentes a minorias podem ser naturais ou artificiais, visíveis ou invisíveis, modificáveis ou imodificáveis. Em linhas gerais, as características físicas

tendem a ser visíveis e imutáveis, como a raça⁶⁷³ e o sexo⁶⁷⁴, enquanto aquelas que se afastam das propriedades corpóreas, são, via de regra, invisíveis e mutáveis, a exemplo da religião. As especificidades podem ainda ser naturais – quando inatas, inerentes, produzidas pela natureza –, em contraposição àquelas que são artificialmente criadas. Ainda que, em muitos casos, se possam distinguir as características naturais – como sexo, etnia, idade – das artificiais – como ideologia política e religião – é preciso compreender que a valoração das especificidades, qualquer que seja a sua classificação, é sempre resultado de uma construção histórico-cultural-política-social. Na linha de intelecção aqui estabelecida, pode-se afirmar que, nas sociedades contemporâneas, é possível distinguir diversos grupos minoritários elegíveis enquanto destinatários de medidas de ação positiva, muitas das quais são direcionadas para membros de grupos identitários definidos com base em características involuntárias – em geral elementos físicos e/ou culturais determinados pelo nascimento e raramente alteráveis, como raça e etnia.

Outro elemento de identificação das minorias é a *vulnerabilidade*, que estabelece a dominação ou subordinação de determinados grupos por outros, resultando na exclusão ou restrição da participação ativa e autônoma dos grupos vulnerabilizados nas relações de poder. Opta-se pelo uso do termo vulnerabilizados, ao invés de vulneráveis, por se entender que esses grupos não se encontram em posição de desvantagem voluntariamente, mas sim em virtude da imposição social, cultural, política e/ou histórica de subalternização a que são submetidos.

O fator vulnerabilidade está umbilicalmente associado ao elemento especificidade, de modo que aquela é estabelecida justamente em função da valoração negativa atribuída às peculiaridades de certos grupos. Note-se que a vulnerabilidade a que são submetidas as minorias não diz respeito apenas às condições materiais, mas também pode se traduzir em exclusão/restricção política, jurídica e social.

Determinados contextos históricos – como o regime do *apartheid* na África do Sul – impulsionaram a centralidade do fator vulnerabilidade em detrimento do critério quantitativo, exigindo, desse modo, atenção especial dos poderes públicos a grupos antes tidos como majoritários e, por isso, excluídos das políticas públicas de promoção da igualdade. A adoção da vulnerabilidade ou subordinação como elemento basilar da definição de grupos minoritários,

⁶⁷³ Conforme será visto linhas adiante, já se confirmou que a raça é uma construção social e não um dado genético. Dito de outro modo, em termos biológicos, não se pode falar na existência de raças humanas, o que não afasta a existência de *classificações raciais* socialmente construídas e de desigualdades nelas fundamentadas. Nessa linha de intelecção, é importante pontuar que, a depender do contexto sócio-histórico, nem sempre a raça será característica visível ou perceptível pela simples apresentação externa ou traços fenotípicos do indivíduo. Aponte-se, por exemplo, o caso dos judeus e dos ciganos.

⁶⁷⁴ Convém ressaltar, todavia, que, com a evolução na seara da medicina, há a possibilidade de redesignação do sexo de pessoas transexuais, o que tornaria o sexo apenas parcialmente imutável, também em termos jurídicos.

afasta a clássica ideia de associação das minorias a critério meramente numérico, mitigando também a associação do termo somente a fatores étnicos, linguísticos e religiosos⁶⁷⁵. Nessa senda, no presente trabalho, emprega-se a expressão grupos vulnerabilizados como equivalente ao termo minorias, por se entender que o elemento vulnerabilidade é determinante na definição das coletividades destinatárias das políticas de promoção da igualdade.

A especificidade e a vulnerabilidade devem ser analisadas levando-se em consideração determinado contexto histórico para que, então, seja possível definir as minorias existentes em dada sociedade e que, uma vez reconhecidas, devem ser objeto de proteção estatal diferenciada em busca do equilíbrio nas relações de poder estabelecidas. Com efeito, a identificação de minorias depende da estrutura socioeconômica e política em apreciação, razão pela qual somente a partir da análise estrutural de cada sociedade será possível identificar os grupos minoritários existentes, distinguindo-os de outros e reconhecendo-lhes direitos especiais que possam minimizar as desigualdades geradas a partir de suas especificidades e vulnerabilidades. Todavia, certos grupos, como os negros, os judeus, os ciganos e as mulheres, costumam ser abstratamente considerados como exemplos de minorias, diante do extenso processo de desigualdade e exclusão a que foram submetidos ao longo da história das sociedades.

Pelo que já foi até aqui abordado, percebe-se que, embora não seja adequada – diante da necessidade de contextualização histórica, política, social e cultural – uma conceituação definitiva de minorias, dois elementos fundamentais de caráter objetivo podem servir de baliza para a identificação desses grupos vulnerabilizados: a especificidade e a vulnerabilidade.

Além desses fatores, há o critério de cunho subjetivo apontado como elemento conceitual das minorias. Diz respeito notadamente ao sentimento de solidariedade que une os membros do *grupo minoritário* em torno de seus valores e características peculiares, no sentido de preservá-los. Essa condição subjetiva pressupõe a existência de *identidade minoritária* compartilhada pelos integrantes da minoria, estabelecendo a pertença destes ao grupo⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Andréa Semprini, *Multiculturalismo*, p. 44, adota um conceito amplo de minorias, e afirma que elas se definem a partir de “reivindicações de grupos que não têm necessariamente uma base ‘objetivamente’ étnica, política ou nacional. Eles são movimentos sociais estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte”.

⁶⁷⁶ Para Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 46, “a política da identidade assenta em três processos básicos: diferenciação, auto-referência e reconhecimento”.

A determinação da pertença a uma dada minoria pode se dar de maneira autônoma, heterônoma ou, ainda, de forma composta⁶⁷⁷. Ocorre de modo autônomo quando a atribuição de pertença a determinado grupo minoritário cabe ao próprio indivíduo. Já a heterodeterminação da *identidade minoritária* do indivíduo dá-se a partir de manifestação heterônoma – seja dos poderes públicos, seja dos sujeitos privados ou mesmo do próprio *grupo minoritário* –, sem consideração do sentimento de pertença do indivíduo. Por fim, a definição da pertença do sujeito a uma minoria pode ocorrer, ainda, de maneira composta, combinando-se a autodeterminação com mecanismos de heterodeterminação, que podem assumir a função de verificar ou validar a autoatribuição.

Em linhas gerais, defende-se a autodeterminação identitária, por ser critério que preconiza a autonomia do indivíduo ao qual não se deve impor certa identidade à sua revelia. A prevalência – nos sistemas de proteção das minorias – desse ou daquele modo de definição da identidade não deve, no entanto, impedir a equilibrada proteção de pessoas e grupos sujeitos a vulnerabilidades. É possível que um indivíduo, embora não se perceba como parte de determinada minoria, seja socialmente tratado como tal e, por isso, submetido às mesmas vulnerabilidades socialmente impostas ao *grupo minoritário*.

Outra questão que se coloca quanto à definição da identidade é se, uma vez constatada a autodeclaração de pertença por parte do indivíduo, haveria também necessidade de reconhecimento do *grupo minoritário*, como forma de ratificação ou convalidação. Tal condição seria cabível apenas nas hipóteses de minorias diminutas e particularmente coesas e integradas, configuração cada vez menos provável, diante da complexidade das relações sociais vivenciadas nas sociedades atuais, que testemunham a multiplicação e fluidez da formação de grupos minoritários, muitas vezes geográfica e ideologicamente dispersos, sem que tais circunstâncias resultem na mitigação ou desconsideração das vulnerabilidades socialmente construídas e a eles impostas.

Ainda no que concerne à questão da identidade, é imperioso destacar que, diante do dinamismo inerente às sociedades atuais, somado ao processo de especificação do sujeito em âmbito internacional e nos Estados, um mesmo indivíduo define-se a partir de perspectivas diversas, podendo assumir diferentes identidades, complementares ou contraditórias, conforme as circunstâncias. Nessa linha de entendimento, é possível que um sujeito pertença a grupos

⁶⁷⁷ Quanto à forma de identificação dos membros dos grupos elegíveis, na Índia a identidade minoritária é fixada pela autoridade governamental, e a certificação é feita por meio de um processo que inclui a verificação da origem, do nascimento ou da residência permanente. Nos Estados Unidos, contrariamente, o processo de definição do beneficiário depende simplesmente da autoidentificação.

vulnerabilizados distintos, cuja combinação de especificidades e vulnerabilidades pode ensejar políticas públicas especiais. É o que tem sido reconhecido, no Brasil, em relação às mulheres negras⁶⁷⁸, que, em virtude do *processo de valoração negativa* das especificidades raciais e de gênero que as distinguem, merecem ser contempladas com programas diferenciados de combate à discriminação e de promoção da igualdade. Com efeito, raça, classe e gênero são vulnerabilidades sobrepostas⁶⁷⁹ que devem ser observadas pelo Direito e pelo sistema de justiça, sob pena de se manter a conveniência de uma neutralidade supostamente universal. Não se trata de *hierarquizar opressões* ou de estabelecer *primazia de uma categoria sobre as outras*, mas de (re)conhecer que elas se relacionam mutuamente e se cruzam⁶⁸⁰, de forma a – a depender do modo como o poder articula tais identidades⁶⁸¹ –, produzir o reforço de desigualdades no acesso a direitos, bens e espaços de poder.

É importante novamente afirmar que a formação de grupos minoritários – e de suas correlatas identidades minoritárias –, por ser produto da evolução histórica das sociedades, é fenômeno marcado pelo dinamismo e pela continuidade. No atual contexto sociopolítico do continente europeu, por exemplo, a grande onda de refugiados que migraram para a Europa, nos últimos anos, certamente resultará na formação de novas minorias nos países de acolhimento.

Outro ponto que – embora não vá ser explorado no presente trabalho – merece destaque diz respeito a eventuais conflitos entre os membros de uma minoria e o *grupo minoritário* em si. Ocorre, por exemplo, quando, apesar de se autodefinir como parte do grupo

⁶⁷⁸ Na esfera do mercado de trabalho, por exemplo, segundo dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, a taxa de desemprego era de 4,4% para homens brancos; de 6,4% para homens negros; de 7,9% para mulheres brancas; e de 12,2% para mulheres negras. Ainda segundo dados oficiais, o salário médio de um homem negro no Brasil corresponde a aproximadamente 52% do salário médio do homem branco, e o da mulher negra a 38,5% disso. Tais distorções não podem ser atribuídas apenas às diferenças no grau de instrução, já que persistem entre brancos e negros com o mesmo nível de escolaridade. Com efeito, o salário de um homem negro com o ensino fundamental incompleto, corresponde a 68,2% do que é pago ao homem branco na mesma situação, enquanto o da mulher negra equivale a apenas 44% disso. Do mesmo modo, o valor pago a um homem negro com nível superior completo equivale a 70,2% do que é pago ao branco nas mesmas condições, e o da mulher negra a somente 40,6% disso. Ver Censo Demográfico 2010. Disponível em «<http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>». Acesso em 7 de janeiro de 2017. Para uma análise dos dados do Censo 2010, com recorte de raça e gênero, cfr. Tatiana Dias Silva, *Panorama social da população negra*.

⁶⁷⁹ Sobre interseccionalidade na discriminação de raça e gênero, ver Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*. Carla Akotirene, *O que é interseccionalidade?*, p. 61, observa que “as leis antirracistas, assim como as pautas do movimento negro também ignoram o marcador de gênero informante da opressão, assim como nos movimentos feministas a insistência pelo marcador de gênero não enxerga raça acentuando as experiências de opressão feminizadas”. Ver, ainda, as contribuições de Lélia Gonzalez, *Mulher negra*; Patricia Hill Collins, *Epistemologia feminista negra*; e Oyèrónké Oyèwùmí, *Conceitualizando gênero: a fundação eurocêntrica de conceitos feministas e o desafio das epistemologias africanas*.

⁶⁸⁰ Ver Angela Davis, *As mulheres negras na construção de uma nova utopia*.

⁶⁸¹ Cfr. Djamila Ribeiro, *O que é lugar de fala?*, p. 31.

em virtude de suas especificidades e decorrentes vulnerabilidades, o indivíduo não concorda em se submeter a certas práticas tradicionalmente estabelecidas pela coletividade a que pertence⁶⁸². Nessas hipóteses, a lógica dos direitos humanos – fundada no liberalismo filosófico, na valorização da dignidade da pessoa humana e na centralidade do indivíduo – tende a dar primazia à proteção dos direitos do indivíduo em detrimento da proteção grupal. Posicionamento contrário, alicerçado na tônica da máxima proteção da coletividade, permitiria casos extremos de violação de direitos individuais, com evidente desconsideração da autodeterminação do indivíduo e da sua própria dignidade. Nada obstante, é certo que, nesse contexto, é relevante a questão do relativismo cultural, a fim de que intervenções externas em grupos minoritários não se legitimem simplesmente a partir de uma leitura ocidentalizada dos direitos e interesses em suposta tensão.

2.3. A inclusão das minorias e os limites da tolerância

A discussão em torno do pluralismo e do direito à diferença envolve importantes reflexões acerca da noção de tolerância e seus limites, haja vista a faticidade prática do princípio da igualdade caso, embora existentes e condicionantes do igual e livre acesso das minorias aos direitos fundamentais, as diferenças continuarem sendo desprezadas – ou meramente toleradas – quer jurídica, quer socialmente⁶⁸³.

Identifica-se como ponto de partida da filosofia da tolerância o desenvolvimento dos direitos e liberdades individuais, mais precisamente da liberdade religiosa. Como consequência da Reforma Protestante e das guerras entre religiões ocorridas na Europa central, a uniformidade religiosa que regia as sociedades medievais cedeu espaço para a multiplicidade e conflitualidade religiosas.

Nesse contexto, nomes como Jean Bodin, na França, e John Locke, na Inglaterra, passaram a defender a necessidade de separação entre Estado e Igreja, com reserva das questões

⁶⁸² Pode-se mencionar a situação das mulheres muçulmanas que resistem ao uso da burka ou das mulheres pertencentes a determinadas minorias étnico-raciais e/ou religiosas que se recusam a ser submetidas à mutilação genital feminina.

⁶⁸³ Para José Bada, *La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia*, p. 35, a consciência da identidade pessoal ou coletiva implica a percepção da diferença adiante do outro, mas não contra o outro. Para o autor, a percepção da diferença é uma condição para a deferência e o respeito ao outro. No entendimento de Primo Mazzolari, *Sobre a tolerância e outros ensaios*, p. 37, “um regime tolerante, reconhecendo a igualdade e dissemelhança dos cidadãos, move-se na liberdade; um regime intolerante, negando a igualdade e suprimindo a dissemelhança, impõe a conformidade”. José-Román Flecha Andrés, *Cristianismo y Tolerancia*, p. 21, observa que a tolerância não equivale à indiferença, mas antes pressupõe convicções firmes e respeito pelas convicções alheias.

de convicção religiosa à esfera privada do indivíduo. O vínculo entre o Estado e seus cidadãos deveria se restringir aos aspectos jurídico-políticos.

A partir dos ideais libertários próprios da Revolução Liberal, gradativamente, evolui-se de um modelo estatal fulcrado na unidade teológica para um Estado *tolerante* às diferentes religiões; que abandona a imposição de crenças, para reconhecer a liberdade religiosa do indivíduo. No século XVIII, dá-se, então, a consagração do princípio da tolerância a partir do iluminismo e do racionalismo, destacando-se o conhecido *Traité sur la tolérance*, de Voltaire, que se dedica a demonstrar que a intolerância religiosa não tem fundamento na tradição judaica nem na tradição cristã⁶⁸⁴.

Difundindo-se por outras esferas do comportamento humano, a tolerância passa a ser concebida como elemento instrumental para evitar situações de conflito e de violência⁶⁸⁵, tendo como principal finalidade a busca pela paz social. Assim, embora inicialmente associada à ideia de liberdade religiosa⁶⁸⁶, atualmente a filosofia da tolerância tem sido defendida enquanto fundamento de pacificação social; de garantia da convivência pacífica das minorias nas sociedades contemporâneas.

Apesar da plurivocidade do termo tolerância⁶⁸⁷, pode-se afirmar que tolerar significa suportar, aguentar, aceitar, permitir; pressupondo que aquele que tolera se encontra em posição de superioridade em relação ao objeto da tolerância, e que possui razões – seja de ordem ideológica, cultural, moral ou religiosa – para se opor àquilo ou àquele que é tolerado. A prática da tolerância somente se concebe, então, a partir das relações de poder entre *tolerante* e *tolerado*⁶⁸⁸, o que denota a existência de divergência entre opostos⁶⁸⁹, bem como de poder de interferência no objeto da tolerância. Nessa senda, a postura tolerante implica a admissão de ideias e comportamentos divergentes julgados censuráveis, bem como a abdicação do poder de ingerência. Os que não detêm poder algum sobre aqueles que dissentem de suas convicções,

⁶⁸⁴ Cfr. Voltaire, *Tratado sobre a tolerância*.

⁶⁸⁵ José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 54, observa a utilidade da noção de tolerância para a burguesia liberal, que pretendia evitar conflitos que impedissem a materialização de seus interesses.

⁶⁸⁶ Cfr. Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, p. 17.

⁶⁸⁷ Gregorio Robles, *Tolerancia y sociedad multicultural*, p. 128-129, observa que o termo tolerância é ambíguo, podendo ter significação positiva ou negativa, razão pela qual os ingleses e americanos distinguem dois vocábulos: *tolerance* – que possui sentido negativo de permitir ou ser indulgente com um mal – e *toleration* – associado à qualidade de aceitação das diferenças. Sobre o conceito de tolerância, cfr. José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 59; Diogo Pires Aurélio, *Um Fio de Nada – Ensaio sobre a Tolerância*, p. 23 e ss.; José-Román Flecha Andrés, *Cristianismo y Tolerancia*, p. 21. Distinguindo tolerância individual de tolerância institucional, cfr. Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, p. 21 e ss.;

⁶⁸⁸ Cfr. Michael Walzer, *On Toleration*, p. 52 e ss.

⁶⁸⁹ Como lembra José Bada, *La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia*, p. 88, tanto a tolerância como o seu oposto, a intolerância, não são concebíveis num contexto de unanimidade social de crenças ou de convicções.

não praticam a tolerância, que pressupõe, portanto, dissenso e poder. Vislumbra-se, nessa linha de entendimento, a vulnerabilidade daqueles que são tolerados e não possuem domínio sobre a conversão da tolerância – que lhes é, precariamente, concedida como benesse – em intolerância. Esta, por seu turno, é expressão da vontade de “assegurar coesão de tudo que se considera parte do eu, do que é idêntico a si mesmo, e destruir tudo que se oponha a sua supremacia absoluta”⁶⁹⁰. Desse modo, a intolerância simboliza a recusa da diferença percebida no *outro*, que é visto como potencial adversário, como instrumento de desestabilização do *status quo* que legitima as *verdades absolutas* do eu.

Embora a intolerância possua diversas origens – até mesmo, como já se mencionou, a própria natureza humana –, não se pode negar que no âmbito jurídico-político, em grande medida, associa-se indubitavelmente à propagação de *valores universais eurocêntricos*, que desconsideram as histórias, demandas e contributos particulares de outros povos⁶⁹¹.

Sob essa perspectiva, percebe-se estreito vínculo entre a concepção de (in)tolerância e as relações entre minorias (toleradas) e majorias (tolerantes), com impactos na seara dos direitos dos grupos minoritários. Nas últimas décadas – marcadas pelo incremento dos fluxos migratórios para os países ocidentais e pelo desenvolvimento dos movimentos sociais –, à exigência de reconhecimento das diferenças associou-se o *discurso da tolerância* nas sociedades multiculturais⁶⁹².

Costuma-se, no estudo da tolerância, estabelecer distinção entre a esfera privada e a esfera pública, aplicando-se a esta, em linhas gerais, normas comuns às quais devem aderir todos os membros da comunidade política. Já o domínio da vida privada – supostamente impassível de regulação pelo Estado – deveria ser regido pelo princípio da tolerância, virtude a ser praticada na sociedade civil.

Se, de um lado, vislumbra-se a não interferência do Estado nas opções dos cidadãos como decorrência do princípio da autonomia individual, de outro, nota-se que determinadas especificidades tidas como meramente particulares alcançam expressão e valor públicos, de forma a afetar a convivência pacífica nas sociedades democráticas. Diante disso, essa dicotomia entre domínio público e privado não pode ser estabelecida com precisão, sendo certo que não

⁶⁹⁰ Cfr. Françoise Héritier, *El yo, el otro y la intolerancia*, p. 22.

⁶⁹¹ Cfr. Guillermo Almeyra, *Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo*, p. 10.

⁶⁹² Decerto que as sociedades multiculturais são potencialmente mais conflituosas, haja vista a tendência do ser humano em se identificar e desenvolver empatia com os que considera seus semelhantes. Para Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses, *Epistemologias do Sul – Introdução*, p. 9, o multiculturalismo refere-se a uma cultura dominante que aceita, tolera ou reconhece a existência das demais no espaço cultural em que predomina. Já a interculturalidade funda-se no reconhecimento recíproco e na disponibilidade para o enriquecimento mútuo entre as diversas culturas que partilham do mesmo espaço cultural.

há consenso absoluto sobre o que deve ser mantido estritamente na esfera da vida privada dos indivíduos, e, portanto, isento de intervenção estatal. A título de exemplo, convicções religiosas e práticas culturais que, *a priori*, seriam fatores imunes à regulação estatal porque situados no âmbito de atuação privada do indivíduo, têm motivado tanto a violação quanto a restrição de direitos fundamentais dos grupos minoritários. Com efeito, diferenças culturais e religiosas – muitas associadas a determinadas raças ou etnias –, que deveriam ser irrelevantes para a definição do tratamento sócio-político-jurídico das pessoas, têm ultrapassado o espectro privado dos indivíduos para condicionar o igual acesso a prerrogativas jusfundamentais.

Nesse contexto, a tolerância tem sido vista como ponte entre o liberalismo e o pluralismo, notadamente diante da diversidade enquanto provável característica permanente de inúmeras sociedades democráticas⁶⁹³. No entanto, apesar da disseminação do termo em meio às ciências sociais, jurídicas e políticas, não se deve defender a assimilação acrítica da ideia de tolerância, sem reflexão sobre seus limites na construção do delicado entrelaçamento entre democracia e pluralismo.

Com frequência, as minorias são vistas como as principais beneficiárias do *processo de tolerância*, uma vez que teriam permitidas suas práticas e convicções minoritárias ofensivas ou contrárias aos princípios adotados pela maioria. A tolerância seria, nesse sentido, o preço pago pela maioria à custa de seus valores morais, culturais, religiosos ou econômicos. Em contrapartida, as minorias representariam a negação da identidade majoritária; a violação da ordem moral vigente.

No entanto, a tolerância, da maneira como é frequentemente praticada nas sociedades contemporâneas, impõe relevantes custos às minorias que muitas vezes excedem os benefícios que deveria prover a esses grupos minoritários⁶⁹⁴. Não que a tolerância mínima não seja uma virtude desejável. Mas a presunção de sua suficiência é ilusória e traz riscos à convivência positiva entre os *diferentes*.

Limitada à filosofia do *live and let live*, a tolerância funciona como *falsa caridade*⁶⁹⁵ que, se de um lado permite que as minorias conservem seus peculiares modos de vida, de outro, impedem-nas de participar efetivamente das deliberações políticas, mantendo-as social e politicamente enclausuradas. Daí a importância de se discutir os limites e reflexos da tolerância

⁶⁹³ Cfr. Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 117.

⁶⁹⁴ Cfr. Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 119.

⁶⁹⁵ É nesse sentido que a tolerância pode ser compreendida como falsa caridade, como pontua Paulo Freire, *Pedagogia do Oprimido*, p. 31 e ss., já que, por si só, não se funda na alteração das causas geradoras da opressão, mas numa forma de concessão mínima tendente à manutenção do *status quo*, na manutenção do poder da maioria opressora.

para a efetiva autonomia e igual liberdade dos grupos vulnerabilizados. Há de se distinguir se a atitude de tolerância vem acompanhada de valoração positiva daquele que é tolerado – permitindo uma respeitosa convivência capaz de promover o enriquecimento recíproco – ou se se limita a simplesmente suportar o diferente, estabelecendo mera coexistência pacífica, porém com isolamento⁶⁹⁶.

Nesse sentido, a multiplicidade de modos de vida e a exigência de reconhecimento normativo das diferenças põem em xeque a separação estanque entre esfera pública e esfera privada do indivíduo, exigindo novo debate acerca da noção de tolerância enquanto ideal político, uma vez que se impõe sua associação com as demandas de inclusão e validação identitárias⁶⁹⁷. De fato, a simples tolerância não pressupõe, necessariamente, respeito às diferenças; pode até mesmo ser acompanhada de desvalorização e desrespeito⁶⁹⁸. Trata-se, sob essa ótica, de condescendência implícita que admite a existência do diferente, sem, no entanto, buscar compreendê-lo ou conferir-lhe igual dignidade àquela que o *tolerante* atribui a si mesmo⁶⁹⁹. Dito de outro modo, a mera tolerância não garante que as minorias sejam reconhecidas como iguais participantes na comunidade política, como também não evita que sejam excluídas do processo ativo de comunicação e *manipuladas* como simples objeto das deliberações políticas das majorias.

Nessa toada, a tolerância pode representar a afirmação do pluralismo, mas não garante a convivência interativa e solidária entre os diferentes *núcleos de diversidade*. A tolerância mínima – dissociada da ideia de solidariedade recíproca – não constitui campo profícuo para o *engajamento dialógico*⁷⁰⁰ das minorias nas deliberações da comunidade política e na construção de políticas inclusivas. Ademais, permite a persistência do *efeito silenciador* provocado pela monopolização dos meios e processos de comunicação, o que reforça a indiferença às perspectivas, necessidades e valores minoritários e mina a diversidade e o pluralismo no debate público.

⁶⁹⁶ Note-se que, praticada dessa maneira, a tolerância produz o mesmo efeito de exclusão do diferente promovido pela intolerância.

⁶⁹⁷ Cfr. Giuseppe Zaccaria, *Tolerancia y política de reconocimiento*, p. 111.

⁶⁹⁸ É o que Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 120 e ss., denomina de *tolerância paternalista*, que paradoxalmente parece anunciar o direito das minorias de fazer parte da política, ao tempo em que anuncia a sua marginalidade, por não levá-las a sério nem as considerar dignas de serem incluídas num diálogo.

⁶⁹⁹ Cfr. Guillermo Almeyra, *Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo*, p. 7.

⁷⁰⁰ Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 125, afirma que a principal queixa dos grupos minoritários é a concepção de que seus interesses são vistos como especiais, estreitos e privados, enquanto a cultura e a filiação étnica da maioria é assumida, implícita ou explicitamente, como representação do interesse geral.

Também o sistema jurídico-normativo – não raras vezes e ainda que de maneira reflexiva – adota os padrões culturais, raciais, étnicos e morais da maioria como valores compartilhados por todos, ao tempo em que invisibiliza os interesses e valores das minorias. É sob o manto da legalidade, da aplicação neutra da lei, que os grupos objeto de tolerância permanecem excluídos; a partir de normas concebidas, no mais das vezes, sem consideração às *minorias toleradas*⁷⁰¹, ou mesmo diretamente contra estas. Por óbvio que os comportamentos intolerantes – especialmente quando tolhem ou violam prerrogativas essenciais – devem enfrentar medidas de prevenção e repressão, mas o contraponto da intolerância, num Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, não deve se restringir à mera tolerância.

Daí a afirmação de que as sociedades multiculturais e multiétnicas ditas democráticas precisam reconciliar pluralismo e solidariedade, na forma de uma *solidariedade pluralística*⁷⁰², o que envolve também o processo de compartilhamento de identidades⁷⁰³. Sob essa perspectiva, à atitude tolerante precisa ser incorporado igual respeito e consideração pelas minorias e seus membros, com o envolvimento destes num permanente diálogo construtivo e participativo⁷⁰⁴. O reconhecimento da igual dignidade do outro requer uma atitude de empatia recíproca, que transcenda a mera postura tolerante de quem enxerga o diverso como um estranho. Exige a capacidade de colocar-se no lugar do outro, não para dominá-lo ou substituí-lo, mas para compreender o seu ponto de vista sem prejulgamentos, o que apenas é possível por meio do diálogo que imprime a busca por uma verdade – ou verdades – que serve(m) a todos, mas que nenhuma das partes a(s) possui(em) ou detém(êm)⁷⁰⁵.

A constatação dos limites da tolerância para a efetiva inclusão social das minorias nas sociedades democráticas não afasta, no entanto, a sua relevância nos ordenamentos jurídicos. Decerto que o princípio da tolerância é valor essencial à democracia. Mas, com vista à estabilidade dos regimes democráticos no contexto de potencial conflitualidade inerente à expansão da diversidade, o princípio da tolerância deve ter como alicerce a ideia de respeito entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente como dotados de igual dignidade. Nesse

⁷⁰¹ Cfr. Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 122.

⁷⁰² Cfr. Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 122.

⁷⁰³ Adeno Addis, *On human diversity and the limits of toleration*, p. 127 e ss., denomina de identidade compartilhada um processo que permite a conexão de minorias e majorias num diálogo institucional contínuo, no qual diferentes grupos culturais e étnicos são capazes de formar redes de comunicação e desenvolver, ainda que provisória e contingencialmente, vocabulários comuns de emancipação. Para o autor, nesse processo discursivo – definidor não apenas da identidade compartilhada, mas também da própria justiça –, há três instituições centrais: o sistema educacional, os *medias* e a lei.

⁷⁰⁴ Para José Bada, *La tolerancia entre el fanatismo e La indiferencia*, p. 96, dado que vivemos em comunicação, precisamos de uma virtude pública para a vida pública; uma virtude solidária que ultrapasse os justos limites da tolerância e se funda na confiança e no cuidado recíprocos.

⁷⁰⁵ Cfr. José Bada, *La tolerancia entre el fanatismo e la indiferencia*, p. 97.

sentido, a tolerância, como valor constitucional orientativo da convivência entre as pessoas nas sociedades democráticas, deve ser entendida, numa perspectiva jurídico-constitucional, como *imperativo constitucional de tolerância*⁷⁰⁶; como princípio que encerra fundamento normativo da garantia de igual liberdade e dignidade de todos⁷⁰⁷.

Nesse mesmo contexto, insere-se a questão do imperativo de neutralidade estatal diante das forças em tensão nas sociedades democráticas contemporâneas. Como já visto linhas atrás, o Estado não pode assumir mera postura de indiferença, tendo antes o dever de, por meio de uma política de reconhecimento, promover o diálogo construtivo entre os diferentes grupos, em respeito aos direitos fundamentais de todos. Com efeito, é fundamental o papel do Estado de guardião da tolerância entre os grupos e indivíduos, sem assumir a defesa de qualquer das *pretensões em tensão*, de maneira a trazer desequilíbrios às divergências socialmente estabelecidas⁷⁰⁸. A postura dos poderes públicos, para além da indispensável atuação como protetores e multiplicadores da ideia de tolerância e respeito entre os indivíduos e grupos, deve corresponder, nos casos de resolução de conflitos, a uma atuação conforme a ordem jurídica e a justiça, as quais, por seu turno, devem refletir o respeito pela igual dignidade de todos⁷⁰⁹. Assim, o imperativo de neutralidade estatal deve ser flexibilizado para garantir o equilíbrio entre as partes, mormente em situações de desigualdade fundadas em elementos como raça e etnia.

Para além da ideia de coexistência pacífica entre os indivíduos, a *gestão da tolerância* pelo Estado deve atentar-se também para a demanda de visibilidade pública e reconhecimento daqueles que vêm sendo objeto de discriminação⁷¹⁰. A consolidação de um Estado Democrático requer não apenas o reconhecimento das diferenças e a proteção da diversidade e pluralidade, mas também a implementação de mecanismos capazes de garantir a

⁷⁰⁶ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*, p. 750 e ss.

⁷⁰⁷ Para Jónatas Eduardo Mendes Machado, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 256-257, a tolerância é “princípio positivamente conformador do efeito externo ou horizontal do direito à liberdade religiosa, servindo naturalmente como *critério auxiliar (Hilfskriterium)* para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais”.

⁷⁰⁸ Parte da doutrina distingue a *tolerância vertical* da *tolerância horizontal*. Aquela englobaria não apenas o dever de o Estado garantir a postura de não discriminação dos poderes públicos, mas também de assumir o papel de guardião da tolerância, adotando as medidas necessárias para a manutenção do respeito mútuo entre os cidadãos. Já a tolerância horizontal refere-se à reciprocidade e solidariedade que devem reger as relações entre os grupos e os indivíduos que os compõem. Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *Some Remarks on the Concept of Toleration*, p. 128 e ss.

⁷⁰⁹ Para Paulo Mota Pinto, *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*, p. 761, o Estado deve guiar-se pelas regras sobre o justo para assegurar a convivência pacífica entre os membros da sociedade. Para ele, “tais regras não implicam a defesa de qualquer concepção ética do ‘bem’, de qualquer particular mundividência ou forma de condução da vida; antes visam assegurar um equilíbrio de partida entre elas (...)”.

⁷¹⁰ Para Giuseppe Zaccaria, *Tolerancia y política de reconocimiento*, p. 120-121, “los problemas de la tolerância em las sociedades multiculturales aparecen (...) ligados a la exclusión, la discriminación, la invisibilidad pública de grupos y culturas”.

convivência e o diálogo entre os diversos grupos, assegurando também às minorias o efetivo e pleno exercício de seus direitos fundamentais. Desse modo, para que se promova a igual dignidade dos grupos vulnerabilizados, o contraponto da intolerância não deve ser a mera tolerância⁷¹¹, mas uma ascendente agregação de valores que passa pela compreensão, respeito e alteridade entre indivíduos e grupos que se consideram igualmente dignos em suas diferenças.

2.4. Igualdade para as *minorias*: reconhecimento, redistribuição e participação

O princípio da igualdade em seu sentido substancial figura como fundamento filosófico-jurídico para a proteção específica das minorias, programa de justiça que envolve três vertentes: o reconhecimento, a redistribuição e a participação.

Nancy Fraser sustenta um conceito amplo de justiça capaz de acomodar redistribuição e reconhecimento, integrando os aspectos emancipatórios das duas problemáticas num modelo abrangente e singular⁷¹². Segundo Fraser, para que a combinação de tais elementos tenha êxito, é preciso romper com a identidade enquanto modelo padrão de reconhecimento, evitando, de um lado, o separatismo e o fechamento dos grupos em si mesmos e, do outro, incentivando mais interação entre eles⁷¹³. Nessa senda, o reconhecimento deve ser, de modo alternativo, entendido não como a identidade específica de um grupo, mas como uma questão de *status* social, retratada na condição dos membros do grupo como *parceiros integrais na*

⁷¹¹ Guillermo Almeyra, *Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo*, p. 8, explica que “*tolerar* no es lo mismo que *comprender* o *respetar*: en el primer término hay una carga de rechazo, de obstinación y arbitrio individualistas, mientras que en *comprender* está implícito el esfuerzo por entrar en el modo de pensar y de actuar del Otro, al cual se le atribuye, potencialmente, por diferente que sea, la misma capacidad y dignidad. Y *respetar* también significa ver un elemento de igualdad en la diversidad”. (grifos do autor).

⁷¹² Para Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?*, p. 103, redistribuição ou reconhecimento, política de classe ou política de identidade, multiculturalismo ou igualdade social são falsas antíteses, já que para a realização da justiça, tanto redistribuição, quanto reconhecimento, por si sós, não são suficientes. A autora explica, p. 104-105, que os alinhamentos filosóficos respectivos dificultam a integração entre redistribuição e reconhecimento. Os teóricos deontológicos – que alinham justiça distributiva à moralidade kantiana –, em sua maioria, rejeitam as reivindicações pelo reconhecimento da diferença por entendê-las como violações da neutralidade liberal, concluindo que a justiça distributiva esgota por completo a moralidade política. De outro modo, muitos dos teóricos do reconhecimento – que o associam à ética hegeliana – aderem à ética contra a moralidade, defendendo que o reconhecimento demanda julgamentos qualitativos de valor que excedem as capacidades dos modelos distributivos.

⁷¹³ Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?*, p. 106-107, afirma que o modelo da identidade é profundamente problemático, notadamente por, muitas vezes, impor uma “identidade de grupo singular e drasticamente simplificada que nega a complexidade das vidas dos indivíduos, a multiplicidade de suas identificações e as interseções de suas várias afiliações (...)”, além de reificar a cultura e ignorar as interações interculturais, tratando as culturas como profundamente definidas, separadas e não interativas. Como resultado, há tendência em promover o separatismo e o enclausuramento dos grupos, ao invés de fomentar interações entre eles.

*interação social*⁷¹⁴. Desse modo, o não reconhecimento significa *subordinação social* que priva ou restringe a participação do membro de um grupo como um igual na vida social.

No modelo de *status* proposto por Fraser, reparar a injustiça requer uma política de reconhecimento que – dissociada de uma política de identidade – vise superar a subordinação, tornando o sujeito capaz de participar equitativamente como membro integral da sociedade. Quando os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem os atores sociais como parceiros capazes de participar como iguais na vida social, verifica-se *reconhecimento recíproco* e *igualdade de status*. Quando, ao contrário, certos autores são concebidos como inferiores, excluídos ou invisíveis – ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social –, constata-se o *não reconhecimento* e a *subordinação de status*, elementos impeditivos da paridade de participação⁷¹⁵. O não reconhecimento é, nesse sentido, uma questão de justiça – e não de ética –; de violação da justiça, porque nega a alguns indivíduos e grupos a condição de parceiros integrais na interação social, constituindo uma forma de *subordinação institucionalizada*. Nessa linha de entendimento, uma concepção polarizada de justiça – que dissocia as dimensões da redistribuição e do reconhecimento – não seria capaz de promover efetiva igualdade para as chamadas *coletividades bivalentes*⁷¹⁶, como, por exemplo, os grupos raciais.

Boaventura de Sousa Santos parte da distinção entre desigualdade – associada a fatores socioeconômicos – e exclusão – resultado de manifestações socioculturais⁷¹⁷ – e aponta a justiça distributiva e o reconhecimento das diferenças como remédios para a superação de fenômenos de hierarquização, como o racismo e o sexismo. Para o autor, contemporaneamente,

⁷¹⁴ Cfr. Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?* p. 107.

⁷¹⁵ Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?*, p. 118-119, aponta pelo menos duas condições para que a paridade de participação seja possível. Primeiro, a *condição objetiva da paridade participativa*, de acordo com a qual a distribuição de recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes, excluindo, desse modo, formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Em segundo lugar, a *condição intersubjetiva da paridade participativa*, que requer que os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes, assegurando igual oportunidade para alcançar estima social.

⁷¹⁶ Segundo Nancy Fraser, *Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça*, p. 174, grupos subordinados bivalentes são aqueles que “sofrem tanto com a má distribuição quanto com o não-reconhecimento, de tal forma, que nenhuma dessas injustiças é o efeito indireto da outra, mas são ambas primárias e co-originárias. No caso delas, assim, nem uma política de redistribuição sozinha, nem uma política de reconhecimento sozinha bastará. Grupos subordinados bivalentes necessitam de ambas”.

⁷¹⁷ De acordo com Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 2, “a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. No sistema da desigualdade, a pertença dá-se pela integração subordinada enquanto que no sistema de exclusão a pertença dá-se pela exclusão. A desigualdade implica um sistema hierarquizado de integração social Quem está embaixo está dentro e a sua pertença é indispensável. Ao contrário, a exclusão assenta num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio da exclusão: pertence-se pela forma como se é excluído. Quem está embaixo, está fora. Estes dois sistemas de hierarquização social, assim formulados, são tipos ideais, pois que, na prática, os grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois sistemas, em combinações complexas”.

não se reconhece, a princípio, legitimidade à desigualdade e à exclusão⁷¹⁸ nos processos sociais, exigindo-se, pois, que, em busca de justiça social, as políticas públicas visem minimizá-las.

Segundo Boaventura, a *gestão controlada das desigualdades e exclusões* no sistema capitalista está alicerçada fundamentalmente no universalismo, que pode assumir duas formas contraditórias: o universalismo antidiferencialista – baseado na negação das diferenças que se opera com esteio na norma da homogeneização – e o universalismo diferencialista – que, calcado no relativismo, absolutiza as diferenças e nega a possibilidade de compará-las por meio de um diálogo intercultural. O primeiro modelo gera inferiorização pelo excesso de semelhança; o segundo, pelo excesso de diferença⁷¹⁹.

Boaventura aponta a existência de uma *crise da gestão controlada dos processos de desigualdades e exclusões* no sistema capitalista; gestão esta que se pauta nas políticas redistributivas do Estado-Providência e nas políticas de reconhecimento das diferenças. Diante disso, é proposta a concepção de um *metadireito intercultural* que, a partir de nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade, negue a homogeneização cultural e a ideia de unidade cultural nacional do Estado, sem, contudo, cair na fragmentação pura e simples⁷²⁰. É nesse sentido que o autor enuncia um imperativo categórico capaz de articular horizontalmente as políticas de igualdade e de identidade segundo o qual “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”⁷²¹.

O projeto de justiça social que traz em sua concepção a inclusão dos grupos vulnerabilizados deve englobar não apenas aspectos gerais – voltados para a proteção de todos os indivíduos, independentemente de pertença a qualquer grupo –, mas também aspectos particulares, capazes de equalizar as oportunidades e o acesso aos direitos fundamentais, culminando no efetivo *empoderamento* das minorias⁷²². A proteção universal, que considera a

⁷¹⁸ Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 2, explica que “se a desigualdade é um fenómeno sócio-económico, a exclusão é, sobretudo um fenómeno cultural e social (...)”.

⁷¹⁹ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 6.

⁷²⁰ Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 20 e ss., explica que o universalismo antidiferencialista é muito menos universal e antidiferencialista do que, à primeira vista, possa parecer. É que, no âmbito do Estado nacional moderno, o universalismo configura-se, na sua gênese, na especificidade, particularismo ou diferença de um grupo social, de classe ou étnico determinado, que consegue impor-se a outras diferenças e, assim, universalizar-se. Trata-se, portanto, da universalização da identidade de um grupo dominante.

⁷²¹ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 44.

⁷²² Joice Berth, *O que é empoderamento*, p. 12, explora a concepção do termo empoderamento, evidenciando, a partir de Hannah Arendt, o sentido coletivo de poder, que norteia seu significado social e subjetivo e que fundamenta a necessidade de empoderar grupos minoritários. Nessa linha de entendimento, para a autora, p. 14, “o conceito de empoderamento é instrumento de emancipação política e social e não se propõe a ‘viciar’ ou criar

igualdade em seu viés meramente formal, não é capaz de alcançar a igualização das minorias, sem complementação por meio de medidas específicas de proteção diferenciada e de promoção dos direitos dos grupos vulnerabilizados. Não se trata de *privilégio protetivo*, mas de atenção especial voltada para o alcance de igual proteção, especialmente quando se considera que as vulnerabilidades podem afetar de forma decisiva a autonomia dos indivíduos pertencentes às minorias. Sob essa ótica, a mera *declaração universal* de direitos fundamentais sem a adoção de mecanismos que garantam que grupos vulnerabilizados – aliados de poder social, econômico e político – possam deles usufruir, redundando na restrição de acesso a tais prerrogativas, que acabam por ser efetivamente exercidas prioritariamente, ou exclusivamente, por aqueles que já se encontram em situação de vantagem.

A justiça (re)distributiva – importante vertente da igualdade material – constitui, então, elemento indissociável da efetiva proteção das minorias. De fato, a equitativa redistribuição de bens e direitos é etapa necessária, porém não suficiente, para uma aproximação do ideal da igual dignidade de todas as pessoas. Entretanto, uma concepção de justiça social atinente aos direitos das minorias não se funda apenas em reivindicações de redistribuição, mas antes as concilia com pleitos de reconhecimento e participação.

Decerto que, quando se discutem políticas de igualdade, surge o questionamento sobre quais diferenças devem ser reconhecidas e quais devem ser desconsideradas pelos poderes públicos. Primeiramente, é preciso pontuar que o Estado não pode desconhecer as diferenças que dão origem à inferiorização de determinados grupos – e que, por conseguinte, obstaculizam a inserção de seus membros enquanto participantes autônomos e plenos da sociedade. Os próprios programas de redistribuição devem levar em consideração o reconhecimento dessas diferenças a fim de alcançarem o objetivo maior de inclusão e igualização dos grupos vulnerabilizados, meta que não se restringe a aspectos socioeconômicos. São, portanto, essas as diferenças que devem nortear as medidas de ação afirmativa, que, sob essa ótica, têm por base *especificidades inferiorizantes*.

Nada obstante, há diferenças que, embora não deem azo à inferiorização, também não devem ser desprezadas, justamente por se prestarem à valorização das minorias naquilo que marca a sua especialidade, pertença ou essência distintiva. A política de igualdade que nega tais

relações paternalistas, assistencialistas ou de dependência entre indivíduos, tampouco traçar regras homogêneas de como cada um pode contribuir e atuar para as lutas dentro dos grupos minoritários”. Não se trata, portanto, p. 16, de “retirar o poder de um para dar a outro a ponto de se inverter os polos de opressão, mas sim de uma postura de enfrentamento da opressão para eliminação da situação injusta e equalização de existências em sociedade”. Desse modo, p. 42-43, enquanto fator resultante da iniciativa de indivíduos, o processo contínuo de empoderamento individual deve culminar em *empoderamento prático da coletividade*, resultando em transformações sociais que serão desfrutados por todos e todas.

diferenças – assim como aquela que peca pela excessiva atribuição de diferenças – acaba por se converter em política de desigualdade⁷²³, que também cria barreiras à condição de participantes e parceiros integrais na construção da sociedade⁷²⁴.

Embora se reconheça a intercomplementaridade entre reconhecimento, redistribuição e participação, no campo jurídico-político de promoção dos direitos das minorias, a redistribuição parece ser o elemento mais prioritário, notadamente nas hipóteses em que a exclusão decorre de processos históricos arraigados, como em geral ocorre nos casos de sociedades regidas por um racismo estrutural. Isso porque, em termos de garantia do *mínimo dignificante*, esperar que o reconhecimento (em especial o reconhecimento social) seja elemento condicionante da inclusão é o mesmo que permitir a persistência de discriminações historicamente condensadas e, conseqüentemente, do *status quo* de exclusão e dominação. Daí a necessidade de medidas de ação afirmativa que, apesar da ausência de reconhecimento – cuja consolidação social costuma ser lenta – podem impulsionar a inclusão, em mais curto espaço de tempo, concretizando um *mínimo dignificante* e incrementando a representatividade e participação das minorias, o que implica gradativa construção de reconhecimento.

Não se quer, com isso, minimizar a importância do elemento reconhecimento, mas salientar que políticas públicas de igualdade de oportunidades não devem estar sempre condicionadas ao prévio reconhecimento social das minorias, sob pena de corroborar a submissão destas à *sanha majoritária* de manutenção da subalternização dos grupos vulnerabilizados, e do constante adiamento da concretização de seus direitos fundamentais. Assim, embora em termos ideais reconhecimento, participação e redistribuição devam ser elementos perseguidos para a concretização de políticas de igualdade para as *minorias*, a emergência do gozo de direitos que garantam um *mínimo dignificante* pode, na prática, resultar na necessidade de priorização da redistribuição. Nos Estados Unidos da década de 1960 – mesmo após importantes decisões judiciais contrárias à segregação racial –, eram comuns protestos racistas contra a integração racial nas escolas e nos bairros majoritariamente brancos. No Brasil, as cotas raciais para negros no acesso ao ensino superior não impedem que estudantes negros cotistas continuem a sofrer práticas institucionalmente racistas nas universidades. Em outras palavras, nos contextos apontados, as políticas de redistribuição/inclusão não resultam necessariamente no reconhecimento dos grupos discriminados pela sociedade, ao menos não em curto prazo, o que demonstra o caráter estrutural das relações de poder/subordinação

⁷²³ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção intercultural da igualdade e da diferença*, p. 44.

⁷²⁴ Cfr. Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?*, 119-120.

estabelecidas. Em realidades como essas, as políticas de redistribuição podem ser cruciais até mesmo para a aceleração do próprio reconhecimento, sem prejuízo de ações institucionais concretas também em busca desse último elemento.

De todo modo, as demandas por reconhecimento devem ser avaliadas de maneira pragmática e contextualizada, com observância ao objetivo de *dignificação das minorias*, o que passa pela adoção das medidas necessárias, em cada caso, para a promoção da paridade de participação social dos grupos vulnerabilizados. As políticas de reconhecimento dependerão, portanto, dos obstáculos enfrentados em cada contexto para a efetivação da paridade participativa das minorias e de seus membros⁷²⁵. O equilíbrio entre as políticas de reconhecimento e as políticas de redistribuição é de fundamental importância para a definição das medidas de ação afirmativa e a delimitação do conteúdo do direito à diferença no âmbito do ordenamento jurídico estatal.

Mais do que uma questão de estima social – que embora seja relevante, notadamente na esfera da psicologia das relações sociais, em termos de justiça social é insuficiente –, o reconhecimento deve ter poder impositivo sobre as entidades públicas e privadas, porque sua ausência pode resultar em exclusões juridicamente indefensáveis e deontologicamente corrigíveis e/ou reprimíveis.

A marginalização social não se resume a dimensões puramente econômicas e legais, razão pela qual a busca pela justiça social plena não deve se limitar à justa redistribuição de recursos e direitos⁷²⁶, sem se atentar para políticas de reconhecimento. Nessa linha de intelecção, a justiça (re)distributiva por si só não é capaz de sanar distorções socialmente construídas – como aquelas decorrentes, por exemplo, do racismo, do sexismo, da homofobia – e que impedem igualdade de participação na vida social.

Dessa maneira, a inclusão dos grupos vulnerabilizados diz respeito também aos direitos de cidadania, no seu sentido substantivo de gozo do *status* de *membro pleno da sociedade*, que se traduz na capacidade de usufruir dessas prerrogativas e das oportunidades sociais decorrentes. Em termos de justiça social, a igual participação enquanto membro da sociedade é, nesse sentido, condição para a inclusão integral das minorias, objetivo que não

⁷²⁵ Cfr. Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?* p. 23.

⁷²⁶ Para Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?* p. 116, “nem toda ausência de reconhecimento é um resultado secundário da má distribuição ou da má distribuição agregada à discriminação legal”. Defende a autora que, para lidar com casos como o do banqueiro afro-americano de Wall Street que não consegue pegar um táxi, uma teoria da justiça deve considerar se os padrões institucionalizados de valoração cultural impedem a paridade de participação na vida social.

pode ser alcançado a partir de uma perspectiva jurídico-política de neutralidade estatal liberal⁷²⁷.

Assim, a negação aos membros dos grupos minoritários de igual participação e de acesso equitativo aos meios para igual participação na interação social, requer políticas de reconhecimento e de igualdade de oportunidades que, associadas à justa redistribuição dos bens e direitos, promovam, enfim, uma *paridade participativa autônômica* – e não apenas formalmente concebida e heteronomamente concedida –, que decorra de um processo de autodignificação, autodesenvolvimento e auto(co)rresponsabilização das minorias⁷²⁸.

3. Igualdade de oportunidades e critérios de justiça

A noção de igualdade de oportunidades, também conhecida como igualdade de chances ou igualdade nos pontos de partida, constitui-se como uma das tônicas do Estado de democracia social⁷²⁹. Aplicada a práticas comuns da vida cotidiana, a igualdade de oportunidades nada mais é do que a garantia de paridade de armas àqueles que competem entre si⁷³⁰, não gerando grandes discussões acerca da necessidade de seu emprego para que a competição seja justa.

Quando se parte para a realidade das relações sociais, observa-se que a demanda por bens escassos gera tensões e conflitos de interesses de difícil resolução, especialmente quando se leva em consideração que a *livre competição* entre os sujeitos de direitos sofre condicionamentos impostos pelas desigualdades sociais e econômicas, não raras vezes reforçadas por diferenças como sexo, raça e origem. Dito de outro modo – como decorrência das relações de poder e das iniquidades delas decorrentes –, os indivíduos, muitas vezes, não se encontram, à partida, munidos das mesmas armas para competirem pelo acesso aos bens necessários para uma vida digna. Trata-se, então, de paridade na dotação inicial dos instrumentos necessários para que o sujeito enfrente lealmente a competição social⁷³¹ e, assim,

⁷²⁷ Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, *Toleration as recognition*, p. 193.

⁷²⁸ A Recomendação Geral nº 32 do CEDR sobreleva a importância da participação autônômica das minorias nos processos de reconhecimento das diferenças e de promoção da igualdade, ao estabelecer que os Estados-Partes devam assegurar que as medidas especiais sejam projetadas e implementadas após consulta com as comunidades beneficiárias e com a participação ativa delas.

⁷²⁹ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 24.

⁷³⁰ Nas palavras de Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 25, “non vi è nulla di particolarmente progressivo o regressivo nel fatto che i giocatori di scopa o di tarocchi abbiano in partenza lo stesso numero di carte o i giocatori di scacchi lo stesso numero e lo stesso tipo di pedine, che i duellanti siano forniti della stessa arma, i corridori partano della stessa linea, o i partecipanti a un concorso abbiano lo stesso titolo di studio, debbano portare all’esame gli stessi libri, siano tutti quanti messi nella condizione di non conoscere il tema che dovranno svolgere”.

⁷³¹ Cfr. Augusto Cerri. *L’eguaglianza*, p. 130.

tenha meios de realizar seus próprios planos de vida, desenvolvendo plenamente suas capacidades.

Sob essa perspectiva, a igualdade de oportunidades objetiva assegurar que todos os membros de uma sociedade possuam condições de participar da *corrida* pela conquista dos bens essenciais da vida, partindo de posições minimamente iguais⁷³². Uma vez que as desigualdades fáticas tornam a competição social injusta, para garantir condições equivalentes nos pontos de partida, pode fazer-se necessária a adoção de medidas que compensem aqueles concorrentes que se encontrem em situação de desvantagem, a fim de proporcionar a paridade de armas. Nesse sentido, exige-se a ausência de barreiras jurídicas – e mais do que isso, a transcendência de obstáculos de fato pela ordem jurídica –, para que a todos seja oportunizado livre acesso às almeçadas esferas da vida social.

Essas medidas – que apenas podem ser compreendidas a partir de uma noção substancial de igualdade – não buscam a igualdade de uns em detrimento da de outros; não cristalizam *conflitos de direitos e dignidades*⁷³³, antes são necessárias, mas não suficientes, para a reconciliação destes em prol da igual dignidade de todos. Se a dignidade humana absorve no seu conteúdo uma dimensão de reconhecimento, a validação da igualdade de oportunidades supõe, na relação eu/outro, um acordo de mútua dignificação que potencializa a consciência reflexiva. Nessa linha de entendimento, a dignidade humana é desprezada quando há injusto tratamento fundado nas características ou situações pessoais dissociadas das necessidades, capacidades e méritos da pessoa. Mas não quando as políticas públicas são sensíveis às necessidades, capacidades e méritos individuais, levando em conta o contexto subjacente às diferenças entre as pessoas.

A ideia de igualdade de oportunidades – sob pena de burlar o sentido próprio do instituto, ferindo, assim, o princípio igualitário, ao invés de concretizá-lo – deve ser entendida não como igual probabilidade de aceder a certos bens, mas como igualdade de condições efetivas para que cada membro da sociedade possa desenvolver suas habilidades e competir, de acordo com elas, por uma distribuição das recompensas sociais⁷³⁴. Não se deve partir do entendimento de que a garantia de igualdade de oportunidades presta-se a anular as capacidades naturais próprias de cada indivíduo. De certo que, mesmo diante de iguais instrumentos para o desenvolvimento de suas habilidades, as pessoas inclinar-se-ão para atividades diversas, de

⁷³² Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 26, observa que as condições sociais e materiais que permitam considerar que os concorrentes partem de igual posição variam de sociedade a sociedade.

⁷³³ Cfr. Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 178.

⁷³⁴ Cfr. Augusto Cerri, *L'eguaglianza*, p. 131.

acordo com seus talentos, capacidades e aspirações, e, diante disso, permanecerá sempre viva a diversidade e, portanto, certas desigualdades naturais e funcionais⁷³⁵. O que se quer impedir é que, embora possuam seus próprios talentos e aspirações, os membros dos grupos coletivos em desvantagem não possam aceder a certos bens da vida, em virtude da ausência de instrumentos para o desenvolvimento de suas habilidades naturais.

Desse modo – a partir da constatação da insuficiência da igualdade em direitos para a concretização da igualdade de chances –, legitima-se a criação de mecanismos de ação positiva, de tal modo que a desequiparação torne-se instrumento a serviço do princípio da igualdade para correção de desigualdades precedentes⁷³⁶. Em poucas palavras, recorre-se a uma desigualdade de direitos para corrigir desigualdades fáticas⁷³⁷, diante da insuficiência da igualdade meramente formal para estabelecer a participação proporcional dos grupos nas diferentes esferas da vida social. Assim, os poderes públicos passam a ter o dever de intervir nas relações sociais com vista à promoção do bem comum e da paz social, a partir de políticas que objetivam assegurar a todos a igualdade de oportunidades no acesso aos bens essenciais. Admitir o contrário seria legitimar uma posição omissa dos poderes públicos, consagradora das injustas desigualdades estabelecidas nas relações sociais.

O princípio da igualdade de oportunidades pode valer-se de diferentes critérios de justiça para alcançar a necessária paridade de armas entre os membros da sociedade. Como já se pontuou, a escolha dos critérios de igualdade mais justos depende da situação a ser regulada⁷³⁸, considerando-se, dentre outros fatores, a configuração de cada ordem social, os *bens em disputa* e as condições dos *concorrentes*. É comum e, em certas hipóteses, até mesmo necessário o temperamento e sobreposição de critérios para o alcance de objetivos distributivos mais justos.

Desse modo, a igualdade de oportunidades se associa à ideia de justiça distributiva que não descarta, mas vai além da simples repartição de recompensas fundada no mérito. Nesse sentido, ao menos nos ditos pontos de partida, requer-se certa amenização do critério de

⁷³⁵ Tratando da ideologia da igualdade social, Georges Ripert, *Les forces créatrices du Droit*, p. 304, afirma que “il est pourtant certain qu’aucun régime legal ne saurait parvenir à détruire les inégalités naturelles ou fonctionnelles. Celles qui naissent de l’injustice doivent être corrigées; les autres doivent être subies et aucun progrès technique ne pourra les faire disparaître”.

⁷³⁶ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 26. Para o jurista, a nova igualdade é resultado da igualação de duas desigualdades.

⁷³⁷ Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l’emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 177.

⁷³⁸ Na esfera da saúde, por exemplo, tem-se como critério substancial mais justo de distribuição de cuidados a necessidade dos indivíduos, enquanto que, na esfera do emprego costuma-se distribuir os postos de trabalho de acordo com os méritos e capacidades individuais.

distribuição conforme o mérito individual. É certo que a seleção segundo o mérito – em especial em searas como o acesso ao trabalho e ao ensino superior – é mais justa do que aquela fundada no nepotismo ou na discriminação arbitrária. No entanto, a distribuição puramente meritocrática não é capaz de assegurar a satisfação de certos imperativos de justiça social, mormente se a aquisição, a manutenção e a valorização de aptidões não são acessíveis a todos de forma equitativa. Mesmo porque os méritos não podem ser compreendidos como atributos estritamente individuais e estáticos, uma vez que são também produzidos, transmitidos e atribuídos socialmente⁷³⁹.

Entretanto, ainda que mitigado o critério meritocrático, a justa distribuição de bens, direitos e posições sociais não deve ser amparada sistematicamente no *produto final*, a partir da concessão de *benesses estatais*. Estas podem servir de suporte para a garantia do mínimo existencial enquanto se desenvolvem políticas de justa repartição dos mecanismos de base para a autonomização do indivíduo.

A igualdade de chances pode ser concebida a partir de três vertentes distintas e complementares: a formal, a procedimental e a substancial⁷⁴⁰. Sob uma perspectiva formal, busca-se a ampliação das possibilidades de mobilidade social a partir de políticas públicas de caráter geral fincadas nas aptidões e na livre concorrência entre os indivíduos, como programas de educação e formação, por exemplo. Já sob um enfoque procedimental, as medidas de igualização se fixam na adaptação dos modos de seleção, adotando práticas como o estabelecimento de *currículo anônimo*⁷⁴¹ e o incremento do número de membros das minorias nas equipes de recrutadores. A igualdade de chances de caráter substancial, por sua vez, emprega medidas mais específicas que buscam efeitos reais, que mais a aproximam da chamada igualdade de resultados. Traduz-se em instrumentos como metas cifradas – para remediar a sub-representação de certas categorias preliminarmente identificada em determinados setores – e contratação preferencial de membros de grupos minoritários nos casos de empate (em termos de aptidão) com outros concorrentes. O que se deve buscar, nessas medidas, é um equilíbrio entre as concepções de igualdade formal – caracterizada como simétrica ou individual⁷⁴² – e

⁷³⁹ Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 204.

⁷⁴⁰ Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 188-189.

⁷⁴¹ Prática adotada na França e na Bélgica, segundo a qual os currículos enviados para seleção não devem conter nome, sexo, endereço ou fotografia, mas apenas dados sobre a trajetória escolar e profissional do candidato, tudo com vistas a evitar a exclusão preliminar de indivíduos em virtude de fatores como raça, sexo e classe social.

⁷⁴² Essa forma de aplicação da igualdade é marcada pela *neutralidade estatal* e pela centralidade no indivíduo – e, portanto, nos méritos e deméritos individuais –, sem considerar os contextos histórico e político de real distribuição de vantagens na sociedade.

igualdade substancial – dita assimétrica ou grupal⁷⁴³, para garantia de uma real igualdade de oportunidades entre os postulantes.

A partir da garantia de acesso equitativo aos meios básicos, reverte-se, em grande medida, também para o indivíduo a responsabilidade pelo aperfeiçoamento de sua dignidade, por meio do desenvolvimento de suas capacidades e consequente alcance de resultados. Exige-se, pois, uma ação de reequilíbrio contundente e constante da ordem social, cuja complexa estrutura, de um lado, impõe a contínua readaptação dos mecanismos de igualdade de oportunidades; de outro, limita-os para manutenção de liberdade no âmbito da competição social.

É preciso salientar que a implementação do princípio da igualdade de oportunidades pressupõe a observância das necessidades peculiares dos indivíduos pertencentes aos grupos sociais em desvantagem, mas, no entanto, não se converte num *dever de autodignificação*⁷⁴⁴, antes consagra a liberdade de capacitação e de resultados, a cargo da autodeterminação do sujeito. Por isso, a partir das políticas públicas de igualdade nos pontos de partida, não se pode pretender como contraprestação o alcance dos resultados heteronomamente idealizados, quer pelo Estado, quer pela sociedade.

Sob essa perspectiva, as ações afirmativas – enquanto instrumento de equalização das oportunidades – fundamentam-se não apenas no estímulo à diversidade e na promoção da igual participação de todos no processo democrático, mas, sobretudo, na garantia de *igual liberdade de escolha*⁷⁴⁵.

4. Ações afirmativas e promoção da igual liberdade

A partir do que já foi até aqui explorado, pode-se admitir que as ações afirmativas são medidas fundadas no reconhecimento de determinadas diferenças e na correção das desigualdades fáticas delas decorrentes, para promover a inserção social das *minorias*, buscando, assim, a concretização do ideal de igual dignidade de todos os seres humanos⁷⁴⁶.

⁷⁴³ A abordagem substancial de igualdade observa os meandros da conjuntura social, histórica e política, com vistas a reparar desvantagens de fato, a partir de medidas de tratamento pontualmente assimétrico que permitam a igualização de oportunidades para os membros do grupo excluído.

⁷⁴⁴ Considerando-se aqui a noção de dignidade dinâmica explorada no primeiro capítulo do trabalho, segundo a qual, não obstante a dignidade essencial inerente a cada ser humano, esta pode ser, ainda, aperfeiçoada a partir da livre atuação do próprio indivíduo.

⁷⁴⁵ Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 182.

⁷⁴⁶ Para Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p.40-41, as ações afirmativas constituem “um conjunto de políticas públicas

Assim, são considerados fatores como sexo, etnia, raça, origem, orientação sexual, idade, limitações físicas e mentais, dentre outros, na implementação de políticas voltadas para a igualdade de oportunidades dos grupos em situação de desvantagem, tendo em vista a configuração das relações sociais da atualidade.

Inicialmente previstas na Constituição da Índia, de 1950, as ações afirmativas – no sentido atualmente empregado⁷⁴⁷ – ganharam notoriedade nos Estados Unidos⁷⁴⁸, sendo atualmente empregadas em diversos países, como Canadá, África do Sul, Malásia, Brasil, Colômbia, Costa Rica e Argentina⁷⁴⁹.

e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens, como educação e emprego”. Sidney Madruga, *Discriminação positiva: ações afirmativas à brasileira*, p. 62, conceitua a discriminação positiva como “(...) políticas, de caráter temporário ou definitivo, concebidas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, direcionadas para uma determinada parcela da população excluída socialmente, em função de sua origem, raça, cor, gênero, compleição física ou mental, idade, etnia, opção sexual, religião, ou condição econômico-social, as quais objetivam corrigir ou ao menos minimizar as distorções ocorridas no passado e propiciar a igualdade de tratamento e de oportunidades no presente, em especial as relacionadas às áreas de educação, da saúde e do emprego”. Segundo Renata Malta Vilas-Bôas, *Ações Afirmativas e princípio da igualdade*, p. 29, “ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade”. Para María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 29, “se trata de medidas dirigidas a conseguir una mayor igualdad de grupos o colectivos entre los cuales existe una situación de desigualdad real, porque un colectivo está en una posición más ventajosa o favorable que outro”.

⁷⁴⁷ A expressão ação afirmativa (*affirmative action*) teria sido empregada pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1935, na *National Labor Relations Act*, que estabelecia que o empregador que fosse flagrado discriminando membros ou organizadores de sindicatos deveria cessar a discriminação e adotar ação afirmativa para colocar as vítimas na posição em que deveriam estar, caso não tivessem sido submetidas à discriminação. Cfr. James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 191. A primeira vez que o termo é empregado com conotação racial, nos Estados Unidos, na *Executive Order* nº 10.925, de março de 1961, do então presidente John Kennedy. O documento, que instituiu *The President's Committee On Equal Employment Opportunity*, determinava que todas as agências contratadas pelo governo deveriam incluir determinadas disposições antidiscriminatórias, dentre as quais a seguinte: “(1) *The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. (...)*”. Disponível em «<https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022. Note-se que ainda se tratava de uma política antidiscriminatória, fundada na igualdade abstrata, e não promotora da igualdade racial.

⁷⁴⁸ Desde o período posterior à Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos – impulsionados pelas reivindicações da população negra estadunidense – passaram a desenvolver as premissas do chamado de *direito antidiscriminatório*, com inclusão de políticas de igualdade que, a partir dos anos 60, transcenderam a esfera racial para incluir considerações relativas a fatores como sexo, religião e origem nacional, e, mais recentemente, orientação sexual, idade, deficiências físicas e mental, bem como *status social*.

⁷⁴⁹ No tocante às ações afirmativas de gênero, os Estados da América Latina concentraram-se na participação política ativa das mulheres, instituindo, por meio de leis infraconstitucionais, cotas eleitorais para cargos públicos eletivos. Nesse aspecto, a Argentina se tornou, em 1991, o país pioneiro na adoção de tal medida especial, que foi gradativamente adotada por outros países latino-americanos. Dentre estes, a Costa Rica foi um dos que apresentou resultados práticos bastante relevantes. Cfr. Xiomara E. Lado Fontes, *Las acciones positivas em Latinoamérica: el caso Costarricense*, p. 51.

Também denominadas de ação positiva⁷⁵⁰, políticas compensatórias, tratamento preferencial, discriminação compensatória ou, ainda, discriminação protetiva são medidas vastamente discutidas na doutrina do direito comparado, que diverge quanto aos seus fundamentos, legitimidade, constitucionalidade e, até mesmo, nomenclatura.

No Brasil tem sido tradicionalmente adotada a expressão *ações afirmativas* para designar tais políticas, embora não seja rara a utilização indiscriminada de denominações correlatas, notadamente *discriminação positiva*. No presente trabalho, dá-se primazia ao uso do nome *ações afirmativas*, uma vez que parece mais adequado a indicar um gênero de políticas de promoção da igualdade que não necessariamente envolvem tratamento preferencial, e que, nesses casos, não configuram verdadeira *discriminação positiva*.

Tratados esses aspectos preliminares, importa estabelecer breve distinção entre discriminação direta e indireta⁷⁵¹, de modo a compreender o papel das ações afirmativas enquanto mecanismos de promoção da igualdade.

A discriminação de natureza direta consiste em *tratamento* desfavorável conferido a uma pessoa ou grupo, em razão de suas *características protegidas*⁷⁵². Para que se configure, não é imprescindível que o motivo do tratamento discriminatório seja expressamente declarado, mas, ao menos, demonstrado por meio de comparação. Desse modo, para se constatar a discriminação direta, compara-se o tratamento atribuído ao indivíduo supostamente discriminado com aquele que seria dado, em situação semelhante, a pessoas não portadoras das mesmas características ditas protegidas. Nas hipóteses de discriminação direta, em geral, as chamadas leis antidiscriminatórias estabelecem punição – de natureza administrativa, cível e criminal, alternativa ou cumulativamente – para o ofensor, funcionando, portanto, e prioritariamente, como mecanismos de repressão.

A discriminação indireta⁷⁵³, por seu turno, é identificada a partir dos *efeitos* desfavoráveis que incidem sobre os possuidores de determinadas *características protegidas*, sem que haja necessariamente concreto tratamento diferenciado. Nesse tipo de discriminação,

⁷⁵⁰ Expressão normalmente empregada no Reino Unido.

⁷⁵¹ Cfr. **Handbook on European non-discrimination law** – European Union Agency for Fundamental Rights, 2018 edition, p. 43 e ss. Disponível em «<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/494aec98-2803-11e8-ac73-01aa75ed71a1>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

⁷⁵² Em inglês: *protected grounds*. A legislação europeia antidiscriminação entende características protegidas como atributos inerentes ao indivíduo, as quais deveriam ser irrelevantes, sendo injustificável tratamento diferenciado prejudicial em virtude dessas características. A diretiva antidiscriminatória da União Europeia apresenta um rol taxativo dessas características, quais sejam: sexo, orientação sexual, deficiência, idade, religião ou convicções, origem racial e étnica. A Convenção Europeia de Direitos do Homem, contudo, contempla outras situações que não as expressas pela Convenção (artigo 14º da CEDH).

⁷⁵³ Sobre discriminação indireta, ver também T. Loenen, *Adverse Impact. Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*; M. Selmi, *Indirect Discrimination: a Perspective from the United States*.

os membros de grupos vulnerabilizados são tratados da mesma forma que pessoas que não estão em posição de desvantagem, desconsiderando-se os elementos de partida que trazem desequilíbrio às situações fáticas. Assim, atos aparentemente neutros geram efeitos negativos para a *coletividade protegida* e reforçam a manutenção do *status quo* de hierarquização social.

Enquanto na discriminação direta o tratamento desfavorável é o mote da violação ao princípio da igualdade, na discriminação indireta ocorre justamente o inverso: é o tratamento igual – indiscriminado ou supostamente neutro de pessoas em situações diversas – que fere o princípio igualitário, por gerar efeitos desiguais. A demonstração da discriminação indireta foca-se nos efeitos nocivos, nas injustificáveis desigualdades fáticas constatadas em determinados setores – como, por exemplo, certos seguimentos do mercado de trabalho –, pouco importando o elemento volitivo.

A verificação das hipóteses de discriminação indireta requer análise mais abrangente e crítica da conjuntura social – até mesmo por meio da *disparidade estatística*⁷⁵⁴ –, a fim de que se possam constatar as consequências nocivas que atingem determinadas categorias de pessoas. Nesse contexto, a teoria do impacto desproporcional figura como importante concepção para a fundamentação de intervenção nos contextos em que opera a discriminação indireta.

Surgida nos Estados Unidos dos anos 1970, após o fim das políticas públicas de segregação racial⁷⁵⁵, a teoria do impacto desproporcional adquiriu notoriedade, em 1971, com o julgamento do caso *Griggs vs. Duke Power Co.*⁷⁵⁶, e teve como foco inicial o mercado de trabalho que, com medidas aparentemente neutras, gerava efeitos negativos para os negros americanos. A partir dessa teoria, pode-se concluir pela violação do princípio da igualdade material quando determinadas normas jurídicas e práticas sociais, aparentemente neutras em sua concepção, geram efeitos nocivos, com impacto desproporcional, especialmente sobre

⁷⁵⁴ Demonstração, por meio de dados estatísticos, da exclusão ou sub-representação de determinados grupos minoritários em certos setores de atividade. Cfr. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 133. Ver também James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 210 e ss.

⁷⁵⁵ Daniel Sarmento, *O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro. Discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas*, p. 243 e ss.

⁷⁵⁶ 401 U.S. 424 (1971). O litígio em questão ocorreu na Carolina do Norte e envolvia os trabalhadores negros contra a *Duke Power Co.*, que exigia para admissão de funcionários diploma do colegial e pontuação em testes de inteligência. Os impetrantes da ação alegaram que essas exigências os afetavam de forma negativa e desproporcional, dado que os afro-americanos, em sua maioria, estudaram em escolas segregadas, de nível de ensino inferior, e, por isso, não poderiam concorrer em condições de igualdade com os candidatos brancos que tiveram melhores oportunidades de estudo. Tais exigências, mesmo que não discriminassem de forma direta, mantinham a exclusão dos afro-americanos na aquisição de melhores postos de trabalho. Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que práticas ou testes aparentemente neutros não podem operar na perpetuação do *status quo*. Cfr. Elaine W. Shoben, *Disparate Impact Theory in Employment Discrimination: What's Griggs Still Good For? What Not?*

certos grupos vulnerabilizados⁷⁵⁷. Essa teoria tem sido importada, por diversos países⁷⁵⁸, como suporte à impugnação de medidas públicas ou privadas prejudiciais a minorias sociais, embora ainda não haja uma sistematização de critérios como a construída no seu país de origem.

Michael J. Perry diferencia a teoria do impacto desproporcional da teoria da ação afirmativa. Para o autor, a teoria do impacto desproporcional – ao contrário da teoria da ação afirmativa – não requer a alocação de bens e recursos escassos por parte do Estado em favor das minorias, mas pauta que o governo, para atingir seus objetivos governamentais, não deve intensificar os efeitos de discriminações históricas, a partir de leis ou práticas que tenham um impacto desproporcional sobre grupos historicamente discriminados⁷⁵⁹. Pontuada tal distinção, importa afirmar que as ações afirmativas se configuram como mecanismos de prevenção e reversão de manifestações indiretas de discriminação, detectáveis, em muitos casos, a partir da teoria do impacto desproporcional⁷⁶⁰.

Com efeito, nas hipóteses de discriminação direta, em que os atos discriminatórios são explícitos, os ordenamentos jurídicos costumam munir-se de normas de caráter repressivo, de forma a punir as manifestações orientadas a indivíduos pertencentes a grupos vulnerabilizados. Quando, no entanto, a discriminação é indireta – e, muitas vezes, institucionalizada – não atinge um indivíduo de maneira orientada, mas causa efeitos nocivos para uma coletividade de pessoas, revelando-se as ações afirmativas como medidas essenciais para evitar a perpetuação do *status quo* discriminatório. Nesse sentido, para corrigir os efeitos produzidos por meio da discriminação indireta, o Estado e a iniciativa privada devem aplicar medidas compulsórias ou voluntárias que levem em consideração as especificidades dos grupos

⁷⁵⁷ Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 24, a teoria do impacto fundamenta-se na ideia de que “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provido de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência da sua aplicação, resultarem efeitos nocivos, de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”.

⁷⁵⁸ No Brasil, a teoria do impacto desproporcional vem aparecendo como fundamentação de algumas medidas judiciais, como, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, impetrada pelo Procurador Geral da República (PGR) no que se refere à possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099, de 1995 (que instituiu os Juizados Especiais com competência para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo) aos casos de violência doméstica (Lei nº 11.340, de 2006, Lei Maria da Penha). A petição apresentou dados estatísticos que atestavam que 70% dos processos julgados pelos Juizados Especiais eram referentes à violência doméstica, sendo que, na maioria dos casos, havia conciliação entre as partes. O PGR argumentou que, embora não incida em discriminação direta, a conciliação, nessas hipóteses, causa efeitos desproporcionalmente nocivos às mulheres vítimas de violência doméstica, circunstância que, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade e de reforço à discriminação contra a mulher. Também a ADI 1946-DF utiliza argumentação com base na teoria do impacto desproporcional.

⁷⁵⁹ Michael J. Perry, *The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination*, p. 576.

⁷⁶⁰ Cfr. Santiago Falluh Varella, *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*, p. 280.

protegidos, para promoção do princípio da igualdade na sua vertente material. Não há como negar que as manifestações discriminatórias indiretas, estabelecidas de forma estrutural e institucionalizada nas sociedades contemporâneas, cerceiam os direitos fundamentais das *minorias*, notadamente o direito à liberdade, minando a autonomia dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários, ao limitar-lhes o livre arbítrio sobre os modos de vida a seguir e sobre os meios para o desenvolvimento de suas capacidades.

Nessa linha de entendimento, as ações afirmativas, enquanto política de *promoção da igual liberdade de todos* – configuram-se como mecanismo de concretização do princípio igualitário, capaz de conciliar e realizar as dimensões formal, material e procedimental da igualdade. Pode-se asseverar, então, que as ações afirmativas são expressão da – e não exceção à – igualdade⁷⁶¹.

Abordados esses pontos fulcrais, importa aprofundar o estudo sobre as ações afirmativas, para melhor compreender seus elementos e, mais à frente, sua aplicação à seara da igualdade racial.

4.1. Modalidades de ações afirmativas⁷⁶²

O estudo das modalidades de ações afirmativas revela-se de fundamental importância, uma vez que, superada a questão da necessidade de intervenção dos poderes públicos – e, em determinados contextos, também das entidades privadas – em favor de certo *grupo minoritário*, há de se indagar a respeito da adequação da medida concreta adotada.

Weisskopf ressalta que a análise sobre a política de ação afirmativa deve ser feita a partir de uma estrutura metodológica que considere os potenciais custos e benefícios sociais de sua implementação. Para o autor, é fundamental que o modo como a política é formulada busque a maximização de benefícios e a minimização de custos⁷⁶³. No entanto, há de se perquirir, com cautela, acerca dessa complexa relação, até mesmo no que diz respeito aos sujeitos que suportam os custos e àqueles que gozam dos benefícios. Isso porque, do ponto de vista dos grupos hegemônicos – beneficiários de privilégios sociais preservados historicamente –, os custos de medidas positivas de equilíbrio e igualização dos grupos vulnerabilizados serão

⁷⁶¹ Cfr. Delphine Tharaud e Véronique van der Plancke, *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?*, p. 191.

⁷⁶² Item desenvolvido a partir de tópico da dissertação de mestrado da autora. Cfr. Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, *Ações afirmativas: aplicação às políticas de saúde para a população negra*, p. 74 e ss.

⁷⁶³ Thomas E. Weisskopf, *Affirmative Action in the United States and India – A comparative perspective*, p. 45 e ss.

altos demais, por representarem redistribuição de bens, direitos e posições sociais antes tidas como exclusivas.

Embora exijam, com frequência, o desenvolvimento de políticas públicas socialmente ativas, das medidas afirmativas nem sempre resulta uma prestação social por parte do Estado, sendo certo que também não se restringem ao sistema de cotas. Os *programas de conscientização e sensibilização*⁷⁶⁴, por exemplo, podem figurar como importantes instrumentos de combate à discriminação, consistindo num primeiro passo para a efetivação do direito fundamental à promoção da igualdade⁷⁶⁵. Deveras, esse tipo de medida tem sido adotado com frequência, especialmente em favor das mulheres, dos deficientes físicos e das minorias étnico-raciais. Embora não sejam suficientes, os programas de conscientização podem se revelar indispensáveis para o êxito de ações posteriores em favor de grupos minoritários. Apesar de envolverem intervenção positiva dos poderes públicos ou das instituições privadas comprometidas – até mesmo na identificação das minorias e das restrições de bens e direitos que enfrentam –, tais medidas não introduzem um tratamento diferenciado ou preferencial, razão pela qual não costumam provocar conflitos jusfundamentais.

Hão de se considerar, ainda, as chamadas *medidas de incentivo*, frequentemente implementadas por meio de programas governamentais no intuito de estimular entidades privadas a – voluntariamente e mediante vantagens econômico-financeiras – incrementar em seus quadros a participação de membros de coletivos em situação de desvantagem. Pode-se mencionar como exemplo o incentivo fiscal concedido a empresas que demonstrem seguir planos de contratação, formação e/ou promoção de profissionais pertencentes aos grupos minoritários indicados⁷⁶⁶. Da mesma forma, merecem destaque as subvenções ou ajudas, sejam

⁷⁶⁴ Para José García Añón, *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo*, as medidas de conscientização são medidas de formação ou de caráter publicitário que pretendem criar um estado de opinião ou uma sensibilização para o problema.

⁷⁶⁵ Note-se que as medidas de conscientização e sensibilização podem ser adotadas no âmbito de diversos outros direitos e, mais especificamente no que se refere ao direito à igualdade racial, podem compor políticas públicas voltadas para a efetivação das diversas dimensões que o compõe.

⁷⁶⁶ A esse respeito, importa mencionar decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 1276, ajuizada contra a Lei nº 9.085, de 17 de fevereiro de 1995, do Estado de São Paulo, que institui incentivo fiscal para as pessoas jurídicas domiciliadas no Estado que, na qualidade de empregadoras, possuam pelo menos 30% de seus empregados com idade superior a 40 anos. Um dos fundamentos da ação foi a violação do princípio da igualdade, que veda a discriminação instituída em razão da idade, sendo que estímulo ao emprego dos trabalhadores com mais de quarenta anos, corresponderia, de outro lado, à segregação do grupo dos mais jovens. A decisão afastou a alegação de ofensa ao princípio da igualdade, salientando que “ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos de idade, por meio da Lei nº 9.085/95, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo procurou atenuar um quadro característico do mercado de trabalho brasileiro: os obstáculos para que as pessoas de meia-idade consigam ou mantenham seus empregos. Pretende, assim, compensar uma vantagem que, notadamente, os mais jovens possuem no momento de disputar vagas no mercado de trabalho”. Para a Corte, “a Casa Legislativa Paulista utilizou-se, legitimamente, do caráter extrafiscal que pode ser conferido

totais ou parciais, bem como os prêmios concedidos nos mesmos moldes assinalados. Outras hipóteses que se enquadram nessa modalidade de ações afirmativas são as cláusulas de desempate nos processos licitatórios, aplicadas em favor das empresas licitantes que demonstrem possuir em seus quadros maior número de membros de certas minorias.

As medidas de incentivo são aplicadas preponderantemente no âmbito laboral com o propósito de fomentar programas que promovam a inserção social das minorias. Apesar da não compulsoriedade, quando acolhidas por entidades privadas de grande influência no mercado de trabalho, tais ações logram êxito na remoção de obstáculos que impedem a ascensão social em igualdade de oportunidades de membros dos grupos discriminados. Nessas hipóteses, não há afetação significativa de outros bens ou valores constitucionais quando se considera que tais medidas não introduzem propriamente um tratamento diferenciado em favor dos sujeitos envolvidos e, portanto, não se alega, com frequência, a existência de conflito com o direito à igualdade dos indivíduos de grupos não favorecidos⁷⁶⁷.

Outra importante modalidade de ação afirmativa são as denominadas *metas (goals)*. Trata-se de fixar diretrizes a serem alcançadas em prol de determinados grupos sociais, sendo aplicadas, sobretudo, no mercado de trabalho e em setores em que tais grupos se encontram sub-representados. Constituem-se, por exemplo, quando empresas privadas, de modo compulsório ou facultativo, estabelecem metas de incremento da quantidade de empregados pertencentes a determinado grupo vulnerabilizado, sem instituir, necessariamente, reserva de vagas. As metas também podem ser adotadas em razão de certas prioridades socioeconômicas, com a finalidade de alterar índices estatísticos, como, por exemplo, a redução dos índices de feminicídios; a atenuação da mortalidade infantil entre imigrantes; a redução dos índices de pobreza extrema em meio à população negra; a diminuição das taxas de analfabetismo e evasão escolar dos indivíduos pertencentes à etnia cigana; e o aumento do número de alunos negros nas universidades.

Por fim, as ações de promoção da igualdade de maior relevância – seja pelos visíveis resultados produzidos, seja pela complexidade e polêmica associadas à sua implementação – são as medidas denominadas de *discriminação positiva*. Consistem em introduzir um tratamento diferenciado na atribuição de bens escassos e, por isso, fortemente disputados –

aos tributos, para estimular uma conduta por parte do contribuinte, abrindo mão de uma parte da receita do Estado, para tentar equilibrar uma situação de desigualdade social”.

⁷⁶⁷ Cfr. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 49.

como candidaturas a listas eleitorais, postos de trabalho e vagas em universidades –, intervindo de forma a beneficiar os membros do grupo em desvantagem.

Ao mesmo tempo em que se configuram como forma de concretização do direito à igualdade, promovendo-a de forma interventiva –, as medidas de discriminação positiva podem resultar em conflitos latentes com o próprio direito à igualdade (direito à não discriminação), que fica lesionado quando a medida é injustificada. Nessa linha de entendimento, a discriminação positiva – também denominada por alguns autores de discriminação inversa⁷⁶⁸ – deve ter como elementos definitórios: a) a criação de benefício ou vantagem em favor de indivíduos pertencentes a um grupo que é objeto de discriminação adversa; b) a consequente redução dos privilégios dos grupos hegemônicos; c) mais aproximação da igualdade de resultados (pontos de chegada) do que outras ações afirmativas, mais associadas à igualdade nos pontos de partida. Diante de suas especificidades, a discriminação positiva aplica-se a situações pontuais envolvendo disputa por bens escassos, associadas à concreta sub-representatividade da minoria beneficiária, com vista a atenuar os efeitos negativos atuais de discriminações adversas institucional e estruturalmente disseminadas na sociedade.

As medidas de discriminação positiva podem consistir no estabelecimento de determinado grau de preferência em processos seletivos para indivíduos pertencentes a certos grupos sociais, especialmente aqueles sub-representados nos espaços de poder. Dita preferência pode se revestir na concessão de pontuação extra a tais indivíduos, que concorrem com todos os demais candidatos, ou mesmo na instituição de reserva ou cotas de vagas a serem ocupadas apenas por membros dos grupos minoritários^{769 770}.

Com efeito, embora sempre marcadas pelo tratamento diferenciado, há diversos tipos de medidas de discriminação positiva, que guardam entre si importantes diferenças.

⁷⁶⁸ Bernardo Gonzalo González, *El principio de la igualdad y la excepción de la “discriminación inversa”*, p. 630, propõe a substituição da expressão discriminação positiva pela fórmula discriminação inversa, menos suscetível a intervenções sectárias. Para o autor, a segunda denominação não suscita grandes dúvidas acerca da equidade da figura a que se refere, além de ressaltar o propósito de imparcialidade, supondo a existência de outras discriminações que devem ser neutralizadas. Para Alfonso Ruiz Miguel, *La discriminación inversa y el caso Kalanke*, p. 133, o problema da fórmula tradicional reside fundamentalmente no termo discriminação, e não no adjetivo que o qualifica.

⁷⁶⁹ Thomas E. Weisskopf, *Affirmative action in the United States and India – A comparative perspective*, p. 4.

⁷⁷⁰ Vera Lúcia Carapeto Raposo, *O Poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva*, p. 320-321, apresenta uma classificação das cotas em rígidas e flexíveis. Aquelas consistem na reserva de vagas aos grupos beneficiários, de maneira que seus membros ficam imunes à concorrência com os demais grupos, potencialmente rivais. As cotas flexíveis, por sua vez, são, segundo a jurista, aquelas em que o “benefício” é mantido desde que haja igualdade de circunstâncias entre os dois grupos, mantendo-se, em parte, o critério do mérito. Para a autora as cotas são a modalidade mais radical de ações afirmativas, motivo pelo qual devem ser adotadas apenas quando medidas menos intrusivas de ações afirmativas não se mostrem mais idôneas.

Uma das formas de tratamento diferenciado adotada nos processos seletivos é a concessão de pontuação extra aos membros do grupo discriminado. Desse modo, aos outros elementos de mérito relevantes para a seleção, soma-se uma pontuação fixa apenas àqueles candidatos pertencentes à minoria beneficiária, concedendo-se-lhes posição de vantagem em relação aos outros aspirantes. Outra forma é a regra de desempate, que garante preferência ao candidato do coletivo desfavorecido, quando enfrenta aspirantes com o *mesmo nível de méritos e capacidades*.

O sistema de cotas⁷⁷¹ é o tipo mais conhecido – e também o mais polêmico – de ações afirmativas. Constitui-se como mecanismo de reserva de vagas para determinados grupos vulnerabilizados, com fundamento na sua marginalização ou escassez de oportunidades quando em comparação com outros grupos. Aplicam-se para casos especiais de discriminação, notadamente aquelas que envolvem características imutáveis dos indivíduos, como a raça e o sexo. Sua aplicação mais usual tem sido adotada na área eleitoral – por meio das chamadas cotas eleitorais, que reservam vagas a cargos eletivos para candidatas do sexo feminino –, no mercado de trabalho – com percentuais de vagas reservadas em concursos públicos para pessoas negras, mulheres e pessoas com deficiência) e no acesso ao ensino superior – por meio de cotas raciais e/ou sociais.

A expressão *políticas de reservas (reservation policies)* foi empregada originariamente na Índia, tendo sempre sido compreendida, no contexto indiano, como reserva de assento ou posições, em determinada instituição ou ocupação, para membros de grupos sub-representados em tais esferas⁷⁷². Não se devem confundir tais medidas de tratamento preferencial com o sistema de cotas, enquanto modalidades de ações positivas. As políticas de reservas supõem uma situação de semelhança entre dois sujeitos no ponto de partida, sendo que um deles goza de favorecimento em virtude de sua pertença a um *grupo minoritário*. O sistema de cotas, por sua vez, consiste na concessão de tratamento diferenciado àquele que se encontra, à partida, numa situação de desvantagem e que, em regra, não obteria o posto almejado se não fosse beneficiado pela medida.

Sob outra ótica, as ações afirmativas podem ainda ser classificadas como compulsórias – quando são impostas pelo Estado, quer a seus órgãos, quer às entidades privadas

⁷⁷¹ Saliente-se que ao sistema de cotas devem ser associados outros instrumentos *afirmativistas*, como medidas para a *ascensão* de grupos marginalizados, garantindo-se a complementação ou continuidade dessa política de reparação. Cite-se como exemplo as universidades que adotam o sistema de cotas. É preciso implementar mecanismos que assegurem não apenas o acesso de *grupos minoritários* ao ensino superior, mas também a permanência dos cotistas, como programas de bolsas e de reforço escolar.

⁷⁷² Thomas E. Weisskopf. *Affirmative action in the United States and India*, p. 4.

– ou facultativas – quando instituídas voluntariamente pela própria instituição ou pelos poderes públicos, de modo indicativo ou propedêutico, sem qualquer mecanismo de imposição.

As ações afirmativas são, pois, gênero de uma gama de medidas que objetivam suplantar as desigualdades fáticas, sejam estas de caráter social, econômico, de gênero, ou étnico-racial, estabelecendo mecanismos que reduzam os obstáculos para a garantia de igualdade de oportunidades.

4.2. Objetivos das ações afirmativas

Por tudo que já foi dito até aqui, já se pôde antever que o objetivo primordial das ações afirmativas está relacionado com a inclusão social de grupos marginalizados e, conseqüentemente, com a correção das desigualdades verificadas no presente – sejam elas decorrentes, ou não, de um passado histórico⁷⁷³.

Para além de seu objetivo principal, as ações afirmativas agregam também outras como, por exemplo: i) promover a convivência com a diversidade⁷⁷⁴; ii) promover integração social e diálogo de saberes; iii) impulsionar a mobilidade social, possibilitando, gradativamente, a ascensão social dos grupos minoritários, o que torna a sociedade *mais igualitária em termos gerais*⁷⁷⁵; d) o favorecer o desenvolvimento econômico, especialmente em países onde grupos vulnerabilizados compõem a maioria ou significativa da população, como é o caso do contingente negro no Brasil, e dos imigrantes, em países como Portugal, Espanha e França; e) estimular outros membros do grupo, por meio de *exemplos vivos de mobilidade social ascendente*⁷⁷⁶; f) desconstruir estereótipos negativos, perpetuadores do estigma de inferioridade dos membros dos grupos vulnerabilizados.

⁷⁷³ Ressalte-se que tais desigualdades não raro são estruturais como reflexo de um histórico de opressão e discriminação. Entretanto, é preciso salientar que nem todo *grupo vulnerabilizado* destinatário de políticas afirmativas foi vítima de processos históricos de discriminação, como é o caso, por exemplo, das pessoas albinas – portadoras de anomalia congênita (albinismo) caracterizada pela redução ou ausência total do pigmento da pele, olhos e cabelos – que, em virtude das peculiaridades inerentes à patologia de que são portadoras, podem necessitar de medidas especiais que garantam sua inclusão social.

⁷⁷⁴ Sidney Madruga, *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*, p. 75.

⁷⁷⁵ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 349.

⁷⁷⁶ Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 49, afirma que as ações afirmativas contribuiriam para a formação de personalidades emblemáticas, que serviriam de exemplo às gerações mais jovens. Desse modo, a ação afirmativa também seria um mecanismo institucional na criação de exemplos de mobilidade social ascendente, conseqüentemente incentivando a educação e aprimoramento profissional dos grupos que se percebem representados por meio desses exemplos.

4.3. Transitoriedade

Em termos ideais, as ações afirmativas são, em geral, concebidas como medidas emergenciais a serem implementadas em conjunto com outras políticas públicas – de cunho social, jurídico-político e econômico – tendentes a mitigar o sistema discriminatório no seu âmago. Objetivam reduzir desigualdades estruturais, geralmente fundadas em processos históricos de dominação e opressão que preservam seus efeitos no presente.

Nesse sentido, as políticas de ação positiva não possuem – ou não devem assumir – mero caráter assistencialista e não devendo, desse modo, ser aplicadas como mecanismos paliativos a maquiagem a segregação sociorracial existente. Precisam, ao contrário, refletir o ideal de busca da igual liberdade e dignidade de toda pessoa humana, gerando reflexos estruturais, ainda que gradativamente, no seio social.

A temporalidade das políticas de ação afirmativa não é fator pacífico na doutrina, principalmente quando se verificam as origens e o caráter de fragilidade de certos grupos marginalizados⁷⁷⁷. Com efeito, há grupos minoritários que necessitam do constante aperfeiçoamento dessas políticas, requerendo um lapso temporal extenso, senão definitivo.

Defende-se, porém, neste trabalho, que tais medidas devem ser – de acordo com seus objetivos e com a situação de desigualdade fática a ser mitigada – temporárias. Isso porque, a despeito de constituírem mecanismos de efetivação do princípio da igualdade material, as ações afirmativas não podem servir de pretexto para justificar a persistência dos problemas estruturais que a motivaram. Nessa perspectiva, no momento em que os coletivos beneficiados superarem a situação de vulneração a que estavam submetidos, as ações afirmativas devem ser extintas, sob pena de se converterem em medidas inconstitucionais e ilegítimas.

Com efeito, se seu objetivo central é garantir equidade, mediante o estabelecimento de ações positivas, quando o (re)equilíbrio necessário for alcançado, seus fundamentos não mais subsistem. De todo modo, é preciso pontuar que, a depender das raízes – muitas vezes estruturantes – das discriminações que resultam nas desigualdades fáticas a serem mitigadas,

⁷⁷⁷ Para o historiador Eric Hobsbawm, *Era dos extremos: o breve século XX*, p. 311, a ação afirmativa “somente se coaduna à noção de igualdade caso se suponha que se trata de uma medida temporária, a ser abandonada aos poucos, quando se houver atingido o acesso igual pelos próprios méritos”. Sidney Madruga, *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*, p. 60, no entanto, observa que há programas de discriminação positiva que, em razão das especificações de seus beneficiários, devem figurar como medidas constantes, como é o caso das comunidades indígenas no Brasil. Para Louis Favoreu, *Principio de igualdad y representación política de mujeres*, p. 21, em matéria de representação política, as cotas para mulheres configuram-se como medidas de caráter definitivo, que levam em consideração personagens e, consequentemente, diferenciações permanentes.

poucas décadas de aplicação de medidas positivas raramente serão capazes de alcançar os resultados almejados. Tome-se como exemplo a desigualdade racial na sociedade brasileira que, enraizada no racismo estruturante das relações sociais e ancorada em quase quatrocentos anos de escravização de pessoas negras, não será efetivamente desconstruída com apenas duas décadas de aplicação de cotas raciais.

Enfim, o fator temporalidade das ações afirmativas é relevante, devendo ser respeitado, a depender do público destinatário e das características próprias da sociedade na qual venham a ser adotadas. Sob essa ótica, é importante que seja estabelecido prazo para a sua implementação, findo o qual a medida deve ser avaliada, analisando-se seus efetivos resultados e eventuais falhas, balanço que sustentará a decisão pela necessidade, ou não, de sua continuidade, com ou sem ajustes.

4.4. Fundamentos das ações afirmativas

Diversos são os argumentos jurídicos, filosóficos e mesmo morais utilizados para fundamentar a adoção de ações afirmativas, notadamente a promoção dos princípios da diversidade e do pluralismo inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O argumento do pluralismo refere-se à relevância da convivência real e paritária com diferentes culturas e modos de vida, de maneira especial em sociedades multiétnicas e multiculturais. Essas políticas também objetivam o aumento da diversidade e representatividade de grupos minoritários, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. Nessa senda, as instituições que adotam medidas positivas reproduziriam com mais facilidade a configuração da sociedade, tornando mais legítimas suas ações diante da abertura aos interesses de diferentes grupos sociais, e contribuindo para a eliminação das *barreiras sociais invisíveis* que obstaculizam a ascensão social das minorias.

Quanto aos fundamentos jurídico-políticos das ações afirmativas, há, essencialmente, dois posicionamentos doutrinários. Parte da doutrina entende que as ações afirmativas possuem natureza restauradora dos direitos dos grupos destinatários, como forma de ressarcimento pelos danos historicamente sofridos. Desse modo, os grupos minoritários devem ser compensados pela opressão que lhe foi infligida no passado. Trata-se da teoria denominada *justiça reparatória* ou *justiça compensatória*, de natureza restauradora, tendente a corrigir o desequilíbrio existente.

À tese compensatória são dirigidas críticas que dizem respeito, principalmente, às dificuldades de sua consecução.⁷⁷⁸ É que, se há uma dívida, uma reparação a ser feita, deve-se identificar quem são as vítimas e quem será responsável pelo ressarcimento. Ademais, a ideia de reparação pode demandar a mensuração do dano a ser ressarcido. Para alguns críticos, seria imprescindível a individualização das vítimas diretas do dano – que seriam as únicas que teriam direito de exigir reparação – e a atribuição de responsabilidade pelo dano causado, imputando-se o dever de ressarcimento apenas a quem praticou o ato danoso. Nessa linha de entendimento, questiona-se se os indivíduos de hoje poderiam ser responsabilizados por injustiças cometidas em passado distante e para as quais não concorreram diretamente. Da mesma maneira, contesta-se o direito ao ressarcimento por parte dos descendentes dos ofendidos, que, a rigor, não experimentaram prejuízo imediato.

Embora tais argumentos possam, à primeira vista, dificultar a aplicação da teoria compensatória às medidas positivas⁷⁷⁹, não a ilidem, sob pena de se admitir uma visão excessivamente individualista das relações sociais e jurídicas, que – não se pode olvidar – possuem também dimensão intergeracional e institucional (responsabilização do Estado e, até mesmo das entidades privadas). Além disso, muito embora se possa alegar que os descendentes de grupos hegemônicos não devem ser responsabilizados pelos processos históricos de subalternização de membros de grupos vulnerabilizados, é certo que, em grande medida, aqueles acabam por gozar, no presente, dos privilégios que decorrem da manutenção do *status quo* historicamente determinado.

Sob outra perspectiva, a justiça compensatória não deve ser compreendida de maneira tão restrita, associada sempre a reparações financeiras, embora, no contexto de indenizações pagas pelos danos causados a grupos historicamente explorados, tais medidas não deixem de configurar modalidade de ação afirmativa. Apenas para exemplificar, podem-se mencionar as discussões envolvendo o pagamento de indenizações pelo Estado alemão aos descendentes de judeus, em decorrência das barbáries praticadas no período do holocausto. Ações como essas pressupõem o reconhecimento das peculiaridades de certos grupos minoritários, tendo resultados coincidentes, em muitos aspectos, com os objetivos das medidas positivas, antes apontados.

⁷⁷⁸ Segundo Luisa Cristina Fonseca Frischeisen, *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, p. 95, o objetivo da justiça compensatória seria a recomposição de uma situação preexistente, sem que a fonte normativa do deslinde apresente qualquer função de intervenção na realidade social.

⁷⁷⁹ Luisa Cristina Fonseca Frischeisen, *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, p. 65.

Nada obstante, para além das compensações financeiras, *compensações jurídico-políticas* são comuns às ações afirmativas como forma de corrigir distorções históricas que tornam injusta a *competição* por bens, posições e direitos.

Outra corrente doutrinária entende que as ações afirmativas têm caráter de distribuição ou de outorga de direitos, bens e posições sociais, concretizando a chamada *justiça distributiva*, voltada para a promoção da “redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade”⁷⁸⁰.

A justiça distributiva se fundamenta na construção de um sistema social que deve se estruturar de maneira mais justa e igualitária, transcendendo a mera igualdade formal em busca de igual oportunidade para todos. A diferença crucial em relação ao fundamento anterior é a de que as políticas distributivas se centram em desigualdades verificadas no presente, não em injustiças passadas. Constatar que determinado grupo é tratado desigualmente no presente é o suficiente para a adoção de medidas que visem sanar o desequilíbrio social detectado.

A crítica que se faz à justiça distributiva é a de que, ao enfatizar as desigualdades presentes na atualidade, diluiria a relevância histórica de determinadas formas de discriminação. De outro modo, condicionar a adoção de políticas afirmativas a fatores históricos resultaria na desconsideração de grupos vulnerabilizados contemporâneos, surgidos a partir das constantes transformações sociais, ou mesmo do seu tardio reconhecimento pelos poderes públicos. Ademais, o objetivo da justiça social, enquanto distributiva, não é mitigar a importância de discriminações historicamente estabelecidas, e sim de englobar outras manifestações discriminatórias, sob pena de consentir que grupos igualmente vulnerabilizados continuem à margem da sociedade.

Embora se afirme a natureza compensatória das ações afirmativas, uma vez que, em geral, elas visam corrigir desigualdades historicamente perpetuadas, pode-se dizer que seu caráter distributivo é preponderante, voltando-se para a realização da justiça distributiva, de acordo com as circunstâncias atuais⁷⁸¹. As medidas afirmativas pretendem garantir que a

⁷⁸⁰ Luisa Cristina Fonseca Frischeisen, *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, p. 66.

⁷⁸¹ Para Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: é justa?*, pág. 606, as ações afirmativas se voltam para o futuro, tendo como justificativas principais a diversidade e a justiça social. Nas palavras do autor, “as justificativas compensatórias presumem que a ação afirmativa é necessária, conforme explicou Scalia, para ‘compensar’ as minorias pelos danos a sua raça ou classe no passado, estava certo ao assinalar o erro de se supor que uma raça ‘deve’ compensação a outra. Mas as universidades não aplicam os critérios de admissão sensíveis à raça para compensar indivíduos nem grupos: a ação afirmativa é um empreendimento voltado para ao futuro, e não retroagirem, obrigatoriamente, vítimas, individuais de nenhuma injustiça do passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós”.

nenhum indivíduo sejam negadas oportunidades simplesmente em virtude de sua pertença a determinado grupo. Desse modo, as ações afirmativas não constituem necessariamente mecanismos de promoção da igualdade de oportunidades destinadas a grupos marginalizados por processos históricos. Dito de outro modo, não se resumem à *quitação de dívidas* acumuladas historicamente, ou compensação de opressões sofridas no passado.

É certo que, em regra, a situação de exclusão e discriminação suportada por certos grupos inferiorizados é resultado de processos históricos, cujos efeitos se perpetuam nas relações sociais da atualidade. Porém, o fator histórico não deve ser o único elemento determinante para a implementação de ações afirmativas. As desigualdades que hoje representam critérios legítimos de *discrimen*, justificando a adoção de políticas inclusivas, podem se tornar ilegítimas⁷⁸², a partir da paulatina transformação da estrutura social que inicialmente determinou a adoção da política de ação afirmativa. Deve haver, por conseguinte, uma necessária correlação entre os acontecimentos do passado, seus reflexos na atualidade e os princípios constitucionais, de modo que a justiça distributiva⁷⁸³ esteja atrelada à busca por igualdade material.

4.5. Condições das ações afirmativas⁷⁸⁴

Em linhas gerais, considerados, abstratamente, os elementos que devem ser observados na adoção de medidas de ação afirmativa – e, portanto, avaliados pelos tribunais quando do controle das políticas públicas pertinentes – são os seguintes:

⁷⁸² A discriminação dita ilegítima reveste-se do traço da ilegalidade; constitui discriminação de cunho odioso, inversa aos valores de igualdade consagrados na ordem constitucional, fundando-se em privilégios e distinções desarrazoadas. A discriminação legítima, por sua vez, é aquela que atende aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, com o propósito de garantir igualdade de oportunidades a grupos socialmente fragilizados. Dito de outra maneira, o princípio da igualdade não proíbe de maneira absoluta a desigualdade de tratamento, mas tão somente as discriminações arbitrárias, não alicerçadas no espírito principiológico da Constituição. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ações Afirmativas e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p.21-22, aponta duas hipóteses de discriminação legítima. A primeira, nas situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, ou em virtude de exigências específicas para certas funções, ou tendo em vista das características pessoais dos indivíduos envolvidos. O autor assevera que esse tipo de discriminação legítima ocorre com mais frequência nas relações de emprego. A segunda hipótese apontada por Gomes é justamente ação afirmativa de natureza redistributiva e restauradora.

⁷⁸³ Para John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 303, “o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social”, que deve ser estruturado de forma que a distribuição decorrente seja justa. Segundo Rawls, para que esse objetivo seja atingido, “é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo. Faltarão a equidade do contexto”.

⁷⁸⁴ Item desenvolvido a partir de tópico da dissertação de mestrado da autora. Cfr. Livia Maria Santana e Sant’Anna, *Ações afirmativas: aplicação às políticas de saúde para a população negra*, p. 133 e ss.

4.5.1. Eleição de características ou especificidades relevantes como critérios de diferenciação

De fato, as diferenças eleitas como critério de *desigualação* não podem ser arbitrárias (princípio da proibição do arbítrio), antes devem ser pautadas na relevância do termo de comparação escolhido, tanto no seu aspecto jurídico-político, como no seu aspecto social.

O reconhecimento constitucional da situação de desvantagem de certos grupos, por meio dos critérios suspeitos elencados nas Constituições, facilita a identificação de características relevantes para a adoção de mecanismos de ação afirmativa. Outras especificidades, todavia, podem justificar tais medidas, ainda que não possam ser extraídas diretamente das proibições concretas de discriminação contidas nos textos constitucionais⁷⁸⁵. Com efeito, há hipóteses em que a Constituição, embora não liste certos critérios por ocasião da proclamação da cláusula geral da igualdade, reconhece a situação de inferioridade ou desvantagem em outros dispositivos constitucionais. Tal ocorre, por exemplo, na Constituição espanhola (artigo 49) e na Constituição portuguesa (artigo 71), as quais dedicam dispositivo constitucional próprio aos deficientes físicos.

Há doutrinadores que consideram imprescindível que a característica eleita como fator de *discrímen* seja involuntária e imodificável. Em outras palavras, a pertença do indivíduo ao *grupo minoritário* beneficiado não poderia ser voluntária e modificável – como, por exemplo, nos casos de adesão a determinada religião ou ideologia política –, uma vez que poderia dar lugar a contínuas fraudes⁷⁸⁶. Por esse prisma, mesmo critérios explicitados nas cláusulas de igualdade – desde que não sejam marcados pela involuntariedade e imodificabilidade – não poderiam servir de base para adoção de ações positivas. Note-se, todavia, que as crenças religiosas têm sido, ao longo da história das sociedades, fator de graves conflitos e exclusão social de grupos religiosos minoritários, não se podendo, nesse contexto, rechaçar a possibilidade de ações afirmativas, simplesmente pelo caráter modificável da característica geradora de *status* de vulnerabilidade.

Mencione-se, ainda, que tais características não devem dizer respeito a um indivíduo isoladamente. Ao contrário, devem ser comuns a grupos de pessoas que, em virtude de suas

⁷⁸⁵ Ademais, recorde-se, como dito alhures, o caráter exemplificativo e não taxativo de tais proibições, o que permite que outros critérios sejam equiparados aos genuinamente ditos odiosos ou suspeitos, tanto para efeito antidiscriminatório, como para efeito de identificação de grupos em desvantagem.

⁷⁸⁶ Cfr. María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 46.

especificidades motivadoras de processos de exclusão/subalternização, mereçam *tratamento diferenciado*.

A determinação dos destinatários das ações afirmativas guarda relação direta com a necessidade de intervenção dos poderes públicos em favor de grupos vulnerabilizados. Assim, devem ser beneficiárias pessoas que se encontrem em situação de desvantagem por sua pertença a um grupo ou coletivo discriminado. As medidas adotadas terão como destinatários todos os sujeitos que pertençam ao grupo coletivo eleito, independentemente das circunstâncias concretas vivenciadas pelo indivíduo que, na prática, venha a ser favorecido.

4.5.2. Pertinência da correlação entre o fator de discriminação e a ação afirmativa

O presente requisito está intrinsecamente ligado ao primeiro requisito apresentado. Isso porque só se pode definir de modo conclusivo a relevância do critério de diferenciação eleito, situando-o no tempo e no espaço, a partir de sua correlação com o tratamento diferenciado que se pretende implementar⁷⁸⁷.

A título de exemplo, é possível que o critério raça seja relevante para o tratamento diferenciado no que diz respeito ao acesso à educação de nível superior. Entretanto, pode ser completamente injustificável em outras hipóteses, como na hipótese de discriminação no acesso a locais públicos.

4.5.3. Idoneidade do mecanismo implementado, quando relacionado à finalidade da ação afirmativa

Mesmo que seja verificada a pertinente correlação entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado, deve-se perquirir, ainda, a respeito da idoneidade do mecanismo implementado. Ou seja, a depender da finalidade da política – cuja legitimidade exige harmonia com as aspirações constitucionais –, será mais adequada essa ou aquela modalidade de ação afirmativa.

⁷⁸⁷ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 17, “(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.

Deve-se, nessa perspectiva, atender ao princípio da proporcionalidade, sobretudo no que diz respeito à relação de conformidade entre os meios e os fins pretendidos (princípio da adequação) ⁷⁸⁸.

4.5.4. Observância da proporcionalidade no que tange à representatividade dos grupos minoritários

Já foi mencionado aqui o caráter qualitativo do termo *minorias*, uma vez que se relaciona não necessariamente com uma menor quantidade dos indivíduos quando em comparação com o grupo dito dominante. Trata-se, portanto, de termo relacionado às fragilidades e/ou vulnerações de certos grupos sociais. Assim, muitas vezes, os *grupos minoritários* podem representar numericamente a maioria da população, como no caso das mulheres e das pessoas negras, no Brasil.

No que tange ao sistema de cotas, por exemplo, ainda que se reconheça a idoneidade do mecanismo adotado para o alcance dos fins pretendidos, deve-se indagar, ainda, se a representatividade social do grupo destinatário da medida guarda proporcionalidade com o percentual de reserva de vagas implementado.

Sob essa ótica, o critério da *disparidade estatística* é importante elemento de demonstração da sub-representação dos *grupos minorizados*, podendo contribuir para a definição da proporcionalidade entre a representatividade populacional do grupo destinatário e a instituição de medidas afirmativas.

4.5.5. Combate às desigualdades verificadas no presente

Já se afirmou que as políticas públicas de ação afirmativa devem se voltar para corrigir as desigualdades verificadas no presente, de maneira a distribuir ou promover a outorga de direitos, em busca da justiça social e da concretização da igualdade em seu sentido material. Nesse sentido, a situação de desvantagem ou inferioridade do *grupo minoritário* beneficiado

⁷⁸⁸ Cfr. Léon Ingber, *De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*, p. 910, citando jurisprudência da Cour d'Arbitrage de Belgique: "Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé".

deve ser verificada no momento da aprovação da medida⁷⁸⁹. Daqui deriva um dos elementos das ações positivas, abordado anteriormente, qual seja, a temporalidade. Diluindo-se o contexto discriminatório/excludente, não será mais necessária – e, portanto, tornar-se-á ilegítima – a intervenção dos poderes públicos. Do mesmo modo, a alteração das circunstâncias iniciais que fundamentaram a medida poderá justificar certos ajustes, a partir da periódica revisão das ações afirmativas adotadas.

Nessa linha de intelecção, as medidas positivas não são aplicadas a situações discriminatórias passadas e já superadas. Nesse sentido, os grupos destinatários, o período de aplicação da medida, o instrumento eleito e seus critérios específicos dependerão das relações sociais verificadas na atualidade, embora muitas das desigualdades detectadas no presente decorram efetivamente de processos históricos e estruturais de discriminação.

4.5.6. Harmonia entre a ação afirmativa aplicada e os valores absorvidos pela ordem constitucional

Trata-se de condição primordial para a implementação das ações afirmativas, pois, uma vez violados os valores constitucionais, o mecanismo adotado deve ser expurgado, com a devida correção dos eventuais efeitos danosos.

Nessa senda, as medidas positivas devem ser harmônicas com os princípios e valores sobrelevados pela Constituição, sejam estes explícitos ou implícitos, de forma que se voltem para a realização de fins constitucionalmente desejáveis.

5. Igualdade *versus* Liberdade?

Liberdade e igualdade são valores radicados na compreensão do indivíduo enquanto pessoa humana, como ser único e distinto de todos os demais seres vivos.

A liberdade é própria da natureza humana, sendo condição do desenvolvimento do sujeito e da própria sociedade. Trata-se de uma força espontânea que, por si só, não conhece freios, limites ou medidas⁷⁹⁰. A igualdade, por sua vez, não decorre espontaneamente da

⁷⁸⁹ No mesmo sentido, María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva – Principio de igualdad y derechos fundamentales*, p. 46-47.

⁷⁹⁰ Cfr. Henri Buch, *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 208. Para o autor, a liberdade é uma força natural que não traz em si a norma, sendo mesmo hostil a esta.

natureza humana⁷⁹¹. Ao contrário, nasce de uma obrigação, de uma demanda ou necessidade social⁷⁹².

A força natural e irresistível da liberdade impulsiona o ser humano a lutar para se libertar da opressão e a aspirar igual liberdade àquela gozada pelos dominadores, pelos detentores do poder. Em poucas palavras, é a ânsia pela (igual) liberdade que gera a luta pela igualdade. Diferentemente da liberdade, o valor igualdade não se refere a um estado ou qualidade individual, mas indica, sobretudo, um atributo da pessoa enquanto ser social. Diz respeito, portanto, à relação estabelecida entre os entes que compõem a humanidade⁷⁹³. Daí a afirmação de que a liberdade indica um estado, e a igualdade, uma relação⁷⁹⁴.

Nessa linha de intelecção, a efetiva igualdade apenas é possível entre pessoas livres. Em contrapartida, a liberdade ilimitada compromete a igualdade⁷⁹⁵. É que a liberdade – que, diante de sua força irresistível, pretende-se absoluta –, além de propulsora da busca pela igualdade (igual liberdade), também pode funcionar como bússola para a desigualdade.

A liberdade é, pois, o motor da igualdade, numa relação dialética e complementar⁷⁹⁶. A igualdade, nessa conjuntura, surge como antítese da liberdade, modificando-a, limitando-a, submetendo-a à norma, conduzindo, enfim, à formação de uma síntese dos dois valores⁷⁹⁷. É a limitação da liberdade de cada indivíduo que permite o exercício da liberdade pelos demais. Igualdade e liberdade estão, portanto, indissociavelmente ligadas; caminham entrelaçadas numa relação de interveniência recíproca⁷⁹⁸. Sem liberdade – tônica do ser humano enquanto

⁷⁹¹ De acordo com Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. IX, “gli uomini desiderano essere liberi piuttosto che schiavi, ma desiderano anche comandare piuttosto che ubbidire. L’uomo ama l’eguaglianza, ma ama anche la gerarchia, se si trova a essere sui grandini più alti”.

⁷⁹² Cfr. Henri Buch, *La notion d’égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 209.

⁷⁹³ Nas palavras de Maren Guimarães Taborda, *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*, p. 79, “liberdade e igualdade constituem, assim, o conteúdo material do ideal de Justiça, uma vez que a liberdade é um valor para o homem enquanto indivíduo, e igualdade um bem ou valor para o homem enquanto ser genérico, como um ser pertencente a determinada classe ou grupo – a humanidade.”

⁷⁹⁴ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. VII, “L’uomo come «persona», o, per essere considerato come persona, deve essere, in quanto individuo nella sua singolarità, libero, in quanto essere sociale, deve essere con gli altri individui in un rapporto di eguaglianza”.

⁷⁹⁵ Cfr. Henri Buch, *La notion d’égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 211.

⁷⁹⁶ Para Christian Starck, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 208, “a realização da igualdade social encontra seus limites ali onde ela paralisa a vontade de liberdade. Com referência à liberdade de zelar por si mesma, a igualdade social não pode ser negligenciada. Uma relação equilibrada entre os três objetivos principais do Estado, a saber, paz, liberdade e igualdade social, só pode ser encontrada e assegurada por meio do respeito à dignidade do homem concreto”.

⁷⁹⁷ Cfr. Henri Buch, *La notion d’égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 212.

⁷⁹⁸ Cfr. Henri Buch, *La notion d’égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 225.

indivíduo – e sem igualdade – tônica do ser humano enquanto ser social – não há sociedade justa⁷⁹⁹.

Desse modo, apesar da histórica relação conflituosa absorvida pelas divergências entre as teorias igualitaristas e as teorias liberalistas, igualdade e liberdade não são valores excludentes, mas complementares, numa complexa relação dialética de interdependência⁸⁰⁰. Enquanto exigências da própria justiça, liberdade e igualdade precisam ser concebidas num esquema integrado de concessões recíprocas, tendente a minimizar os conflitos entre tais valores, de modo a se alcançar uma resolução equacional mais justa quanto possível.

O intercâmbio entre o ideal libertário e o igualitário revela-se complexo. Como visto, os discursos da *liberté* e *égalité* mostram-se, por um lado, opostos; por outro, complementares, impulsionando, ao longo da história, a oscilação dos modos e limites da intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos.

O ideal da igualdade configura-se como uma busca constante e, em certo ponto, utópica, já que irrealizável de forma definitiva, diante da perpétua transformação das relações sociais e de poder, no tempo e no espaço. A busca, então, não é por uma igualdade perfeita – e, por isso, ilusória –, mas pelo estabelecimento de um equilíbrio harmonioso entre igualdade e liberdade, capaz de pacificar os elementos do corpo social, minimizando as tensões entre os indivíduos e os grupos. E esse equilíbrio apenas pode ser viabilizado a partir da inclusão do valor solidariedade (*fraternité*) nessa complexa equação. Isso porque sem a conjugação da fraternidade recíproca nesse contexto, o conflito entre igualdade e liberdade tende a se resolver de forma individualista e egoística, com a ampliação da liberdade do mais forte, em detrimento do anseio dos demais. Dito de outro modo, ausente a solidariedade, a concessão ponderada entre igualdade e liberdade dá espaço para o conflito intransigente, no qual cada indivíduo preocupa-se apenas com sua própria liberdade.

⁷⁹⁹ Nas palavras de Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. 8, “la libertà è il valore supremo dell’individuo rispetto al tutto, mentre la giustizia è il bene supremo del tutto in quanto composto di parti. In altre parole, la libertà è il bene individuale per eccellenza e la giustizia è il bene sociale per eccellenza”.

⁸⁰⁰ Henri Buch, *La notion d’égalité dans les principes généraux du Droit*, p. 212, afirma que “dans la société humaine la liberté a un besoin vital de l’égalité pour exister, pour se développer, pour dépasser son stade premier (...)”.

6. Igual liberdade e igual dignidade no Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais

Ao final desta primeira parte do trabalho, que buscou explorar os fundamentos da igualdade racial, convém refletir sobre o ponto de equilíbrio entre liberdade e igualdade no âmbito de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais. Embora não se tenha a pretensão de trazer à baila o enquadramento histórico conceitual de cada elemento componente do paradigma de Estado indicado, algumas considerações são relevantes para a compreensão da concepção apresentada.

O Estado pode ser estudado a partir de vertentes variadas: desde o ponto de vista histórico, que trata do seu processo de formação; estrutural, que explora os elementos constitutivos e sua organização; funcional, que se dedica a analisar os seus fins; dentre outras⁸⁰¹. Nada obstante, para os fins estabelecidos sob essa rubrica, da vasta significação do Estado, extraia-se a sua concepção moderna como complexa forma de organização jurídico-política de uma sociedade. Sendo concebido como órgão necessariamente jurídico – uma vez que regido pelo ordenamento jurídico que no seu âmbito é produzido –, o Estado também não pode ser compreendido desagregado da sociedade e das relações sociais subjacentes. Disso evidencie-se que o Estado jamais pode ser um fim em si mesmo, mas deve existir em função do conjunto social para o qual seus objetivos devem ser orientados.

Desse ponto de partida, avança-se para agregar ao Estado a adjetivação de democrático. A igualdade e a liberdade são axiomas basilares ou princípios inspiradores do Estado Democrático, servindo como critérios de determinação do nível de democracia atingido pela sociedade. Isso porque esta será tanto mais democrática, quanto mais livres e iguais entre si forem os indivíduos que convivem no âmbito do corpo social⁸⁰². *A contrario sensu*, quanto mais tolhida for a liberdade dos cidadãos e mais desigualdades infundadas entre eles houver, mais se aproxima a organização social de uma forma aristocrática ou absolutista.

Não há como compreender a democracia afastada da noção de igualdade. Um regime democrático pressupõe o igual direito-poder dos destinatários das decisões políticas de contribuir para a formação de tais decisões. Uma participação desigual ou fulcrada no privilégio desnaturaliza o caráter da democracia.

⁸⁰¹ Cfr. Norberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 53 e ss.

⁸⁰² Para Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. VIII, segundo uma concepção de democracia que leve em conta os seus princípios inspiradores, esta se configura como “una società regolata in modo che gl’individui che la compongono sono più liberi ed eguali che in qualsi asi altra forma de convivenza”.

A igualdade democrática vincula-se, então, com o direito de o indivíduo desenvolver sua plena capacidade de livremente contribuir para a construção do bem comum, para o desenvolvimento da organização social. Então, também a liberdade é pressuposto indissociável da concepção de democracia, porque a efetiva participação do indivíduo no processo político depende de sua decisão racional autônoma e, portanto, livre de condicionamentos que tornem sua vontade subordinada⁸⁰³. Nessa linha de entendimento, não se pode dissociar o regime democrático da função do Estado de remover os obstáculos para a realização do pleno desenvolvimento do indivíduo, bem como de promover os meios para que ele seja alcançado. Tal constatação impõe uma reflexão acerca das tarefas do Estado que, em busca da justiça social, deve evoluir para fazer frente aos novos conflitos de interesses emergentes do dinamismo das relações sociais.

No atual estágio da história das sociedades, a democracia se apresenta como regime político hegemônico e não é ameaçada, em grande escala, por nenhum outro rival externo. Todavia, a própria democracia pode produzir ameaças internas que, por invocarem o espírito democrático, revestem-se de aparente legitimidade⁸⁰⁴. Com efeito, os elementos constitutivos do regime democrático devem se ajustar mutuamente, de maneira a formar um complexo e dinâmico organismo. A absolutização ou emancipação de qualquer desses elementos – até mesmo a liberdade e a igualdade – representa um risco à própria ideia de democracia⁸⁰⁵. Desse modo, a liberdade descomedida é capaz de subjugar o bem-estar da coletividade à tirania dos indivíduos ou grupos de indivíduos, minando a democracia com a injeção de certas características típicas do totalitarismo⁸⁰⁶. Nessa linha de entendimento, também o princípio democrático e a própria democracia devem encontrar limites, sob pena de se instaurar um *totalitarismo democraticamente legitimado*⁸⁰⁷, com exponencial potencial esmagador das minorias.

⁸⁰³ Cfr. Michelangelo Bovero, *Democracia y derechos fundamentales*, p. 26.

⁸⁰⁴ Cfr. Tzvetan Todorov, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 14.

⁸⁰⁵ Para Tzvetan Todorov, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 16-17, quando os elementos da democracia são erigidos a únicos ou absolutos, escapando às limitações recíprocas, transformam-se em ameaças como o populismo, o ultraliberalismo e o messianismo: são os chamados inimigos íntimos da democracia. Nas palavras do autor, “o primeiro adversário da democracia é a simplificação que reduz o plural ao único, abrindo assim o caminho para o descomedimento”.

⁸⁰⁶ Cfr. Tzvetan Todorov, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 89 e ss. Paulo Otero, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, p. 151 e ss., aborda a questão da “subtil e paulatina impregnação totalitária da democracia”, referindo-se a um tipo de democracia fundada num cruzamento com elementos de configuração totalitária.

⁸⁰⁷ Cfr. Paulo Otero, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, p. 172.

Nas modernas sociedades democráticas, não raras vezes, esse processo interno de contaminação se dá quando a liberdade é posta não como um valor a ser matizado em equilíbrio com os demais, mas como fundamento irrestringível da democracia. É indispensável, então, abandonar a insensatez dos extremismos. Não é preciso decidir entre o tudo ou nada: nem a tirania do Estado; nem a tirania do indivíduo. A democracia se mantém sã por meio da harmonização constante de seus elementos, numa mútua limitação dos abusos cometidos, quer pelo indivíduo, quer pelos poderes públicos⁸⁰⁸.

O sentido moderno atribuído à democracia exige, assim, certos elementos indispensáveis para a consagração de um regime democrático. Primeiramente, importa destacar a necessidade de mecanismos de proteção dos interesses das minorias ou grupos minoritários, a fim de evitar uma *tiranía democrática* ou *tiranía da maioria*. De fato, um sistema político que conceba a democracia apenas como método⁸⁰⁹, tende a esmagar os interesses individuais e minoritários, em defesa da *vontade suprema da maioria*. Ademais, a noção de democracia pressupõe, em termos simples, um método de aferição da vontade da maioria dos indivíduos que compõe uma sociedade política. Daí o seu significado: governo da maioria. Entretanto, essa vontade da maioria deve ser teleologicamente orientada para o bem comum. Não se trata simplesmente de medir forças entre maioria e minoria, mas de construir legitimamente o bem comum, almejando a paz e a justiça social. E o sentido da democracia está justamente em atribuir essa legitimidade não a um grupo diminuto e privilegiado de pessoas – o que a converteria num regime aristocrático –, mas à maioria dos componentes do corpo social, que, por suas decisões, representará todo o povo, considerado em sua globalidade, incluindo as minorias ideológicas, étnico-raciais, de gênero e de classe social.

Às minorias deve-se assegurar o direito ao dissenso e à participação nas decisões majoritárias, sob pena de se instituir um (falso) regime democrático pautado na crença de valores absolutos ditados pela maioria. Esse direito ao dissenso é inerente à dialética das decisões democráticas, que devem observar o controle recíproco e a possibilidade de alternância maioria-minoria-maioria⁸¹⁰. Assim, não há como se conceber uma democracia moderna sem

⁸⁰⁸ Cfr. Tzvetan Todorov, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 149, “nada nos obriga a limitar-nos à escolha entre ‘o Estado é tudo’ e ‘o indivíduo é tudo’: precisamos defender os dois, Estado e indivíduo, cada um limitando os abusos do outro”.

⁸⁰⁹ Na análise de Enzo Sciacca, *Interpretación de la democracia*, p. 13 e ss., o modelo democrático proposto por John Locke centrava-se numa concepção de democracia enquanto método de aferição da vontade da maioria. Nesse sentido, a vontade de uma parte da sociedade (isso porque a maioria, na realidade, é apenas uma parte) era compreendida sempre como a vontade soberana e inafastável da coletividade. Um tal sistema, que não preveja instrumentos de aferição e de proteção dos interesses minoritários, pode acabar por tornar-se uma democracia falaciosa ou uma verdadeira tirania democrática.

⁸¹⁰ Cfr. Enzo Sciacca, *Interpretación de la democracia*, p. 58.

considerar os direitos das minorias perante o poder atribuído à maioria. É nesse sentido que se afirma que o nível democrático de um sistema político é medido mais pelas liberdades e garantias que possuem as minorias que pelos poderes de que goza a maioria⁸¹¹. Para além dos poderes da maioria, devem-se considerar também seus deveres ante as minorias, corporificados em grande medida pela consagração dos direitos fundamentais que, nesse aspecto, funcionam como verdadeiros trunfos dos grupos minoritários.

Num Estado Democrático, a estabilidade política e social não se funda essencialmente na coação e na força – como nos Estados totalitários –, mas antes se estrutura na busca do consenso⁸¹², na disponibilidade de adesão dos indivíduos a um conjunto de valores, em termos de cooperação equalizadora.

Necessário agregar mais um elemento à concepção de Estado em proposição, que, não sendo alheio às principais carências materiais da sociedade, não pode deixar de assumir caráter social. A própria ideia de Estado Democrático, nos moldes apresentados, permanece imperfeita, ou mesmo inviável, se aos indivíduos não se buscam garantir condições mínimas que lhes permitam participação paritária na comunidade política. A atividade prestacional do Estado deve se orientar para a igual liberdade de todos, de modo a cumprir suas finalidades enquanto instrumento de promoção do desenvolvimento do cidadão, não apenas nos seus aspectos individuais, mas também sociais. Se, de um lado, a socialidade inerente ao Estado não autoriza a instrumentalização do indivíduo para atendimento dos interesses sociais, também não se coaduna com a exaltação do individualismo, que absolutiza a liberdade do indivíduo como se dissociado estivesse da sociedade. Dessa maneira, a despeito de centrar-se no valor da pessoa humana, o Estado não existe para atender aos anseios individualistas do cidadão, antes sendo responsável por gerir a convivência pacífica, solidária e igualitária entre os sujeitos, conferindo-se-lhes igual dignidade. Trata-se de um Estado Democrático e Social, cujos objetivos de igualação material não se confundem com o paradigma providencialista, mas também não são alheios à concretização do *mínimo dignificante* que torna cada indivíduo membro efetivo do corpo social.

Explorada a noção que se quer estabelecer de Estado Democrático e Social; importa ressaltar que a qualificação de uma organização jurídico-política como de Direito é insuficiente para complementar a ideia de Estado aqui proposta. O simples fato de submeter-se à lei – ou

⁸¹¹ Cfr. Enzo Sciacca, *Interpretación de la democracia*, p. 61.

⁸¹² Para Michelangelo Bovero, *Democracia y derechos fundamentales*, p. 28, a função da democracia é produzir decisões envolvendo os interesses da coletividade que sejam tomadas com o máximo possível de consenso e o mínimo possível de imposição.

mesmo ao Direito, num sentido mais amplo – não garante que o organismo estatal atue conforme as finalidades sociais que justificam a sua *potestas*, mesmo porque o ordenamento jurídico estatal pode estar eivado de arbítrio e privilégios e assegurar apenas um Estado de legalidade. Sendo o Estado, seu(s) poder(es) e sua ordem jurídica voltados para a proteção e desenvolvimento do corpo social e, portanto, dos indivíduos que o compõe, o verdadeiro Estado de Direito não pode ser compreendido sem a finalidade precípua de salvaguarda dos direitos fundamentais, convertendo-se, então, em verdadeiro Estado de Direitos Fundamentais. Neste, sobressai-se a centralidade da dignidade da pessoa humana enquanto valor que rege a ordem jurídico-política e os direitos fundamentais como *limites externos* à democracia⁸¹³ para a composição harmoniosa do que se quer denominar de *Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais*.

Num Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, os critérios de igualdade compatíveis com o ideal de igual liberdade e autonomia de cada sujeito de direito devem ser levados em consideração. A liberdade apenas pode ser efetiva – e, portanto, resultar numa igual dignidade, por meio do livre exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos –, se aplicados os critérios de igualdade necessários para que seja atingido tal fim. Nessa linha de entendimento, a concepção de democracia exige uma compreensão da igualdade que transcende os aspectos formais e materiais do princípio igualitário, para alcançar a inclusão nos procedimentos democráticos de participação autônoma de todos⁸¹⁴.

Na esfera de atuação de um Estado Democrático de Direitos Fundamentais, a consagração da igual dignidade requer esforços no sentido de compor a contínua tensão e interconexão entre liberdade e igualdade⁸¹⁵, entre solidariedade e individualismo, entre cidadania individualista e cidadania social, entre interesses majoritários e minoritários.

Embora uma sociedade de pessoas inteiramente livres e iguais seja utópica⁸¹⁶, é a busca desse ideal, desejável e inalcançável, que permite evoluções ao longo da história da humanidade. Portanto, ao menos teoricamente, num Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais não se pode defender uma prevalência, seja absoluta, seja *prima facie*, do

⁸¹³ Cfr. Michelangelo Bovero, *Democracia y derechos fundamentales*, p. 32.

⁸¹⁴ Para Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, p. 183, no paradigma procedimentalista do Direito, que leva em consideração a proteção das condições do procedimento democrático, “a idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana”.

⁸¹⁵ Cfr., entre outros, Maria Glória F. P. D. Garcia, *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caím e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*, p.13; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 237; Flávia Piovesan, *Desafios e perspectivas dos Direitos Humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 162 e ss.

⁸¹⁶ Cfr. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, p. VII.

princípio da liberdade em detrimento do princípio da igualdade⁸¹⁷. Ao contrário, num universo democrático do *dever-ser*, igualdade e liberdade se complementam, de forma que se deva buscar a otimização de igual liberdade para os indivíduos enquanto seres sociais. No sistema de valores constitucionais, as garantias da liberdade e da igualdade encontram-se lado a lado, equilibradas e sem hierarquização recíproca. Caberá ao legislador – e, em última instância, ao Estado-Juiz – disciplinar de forma racional o conflito existente entre liberdade e igualdade, observados os parâmetros da Constituição e os meandros do caso concreto em apreciação.

De qualquer modo, entendido da maneira apresentada, o Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais é terreno profícuo para o desenvolvimento do indivíduo na comunidade política, percorrendo-se a tríade de liberdade, igualdade e participação, e fixando-se a essencialidade da busca de máxima igualdade possível entre os sujeitos. Nesse paradigma, igual dignidade e igual liberdade são tónicas que devem orientar a vida em sociedade e, consequentemente, a atuação dos entes estatais.

⁸¹⁷ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 54-55, alerta que no atual estágio do Estado de Direito, a máxima *in dubio pro libertate* perde sua razão de ser, uma vez que resultaria numa concretização constitucional inadequada, em prejuízo da igual liberdade de todos.

Parte II – Da igualdade racial

– CAPÍTULO I – A RAÇA E O DIREITO

“Uma mulher negra diz que ela é uma mulher negra. Uma mulher branca diz que ela é uma mulher. Um homem branco diz que é uma pessoa”.

Grada Kilomba

Explorados, na primeira parte do trabalho, os fundamentos da igualdade racial – indicando a confluência destes para o reconhecimento de igual liberdade e igual dignidade humana e a conseqüente promoção da dignificação de todas as pessoas em suas diferenças, notadamente no contexto de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais –, parte-se, nesta etapa, para a análise e compreensão de premissas que permitirão o estudo do direito fundamental à igualdade racial.

Esse percurso será iniciado com o debate sobre a inexistência, em termos biológicos ou científicos, de raças humanas, constatação que tem servido de pretexto para a deslegitimação de pleitos e direitos consagrados a minorias étnico-raciais. Diante disso, subsistiria a raça como questão juridicamente relevante? Afinal, quais seriam os efeitos sociais e jurídicos de tal descoberta da genética?

Uma das principais questões preliminares surgidas a partir da escolha do tema central deste estudo foi a relação entre raça e Direito. Objeto de estudo frequente em outras áreas do conhecimento, as relações raciais passaram a ser abordadas pelas ciências jurídicas muito recentemente e ainda de modo incipiente. Não que elas não tenham alicerçado – tanto explicitamente, quanto nas entrelinhas – a estruturação das ordens jurídicas e até mesmo as próprias teorias sobre o surgimento dos direitos humanos. O Direito foi pensado e elaborado, em grande medida, de modo racializado, ao se pautar a branquitude como padrão de

normalidade e universalidade. Nessa perspectiva, serviu – e ainda está propenso a servir – mais à manutenção da hegemonia branca, do que à efetiva emancipação de todas as pessoas.

Esse *exclusivismo* pode ser constatado pela própria construção e validação das normas jurídicas e princípios considerados universais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tem inegável propósito inovador e universalista, ao invocar a igualdade entre todos os seres humanos, atribuindo-lhes capacidade para o gozo dos direitos e liberdades, independentemente de fatores como raça, cor, idioma e origem nacional, entre outros. No entanto, ao que parece, a repetida expressão “todo ser humano” não foi pensada para, ou, pelo menos, não logrou êxito em incluir os homens africanos – muito menos as mulheres africanas –, cujos países, no contexto histórico de proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estavam sob o jugo colonial. A leitura contextualizada, sobretudo do artigo 13⁸¹⁸, impõe reflexões importantes. Quem é esse *homem universal* reconhecido e protegido pela declaração? Sob uma perspectiva atenta para as questões raciais historicamente determinantes, o direito à liberdade de locomoção – “deixar qualquer país” e a ele regressar – mais parece forjado, em termos práticos, para ser usufruído pelos colonialistas europeus do que para servir à efetiva emancipação de todas as pessoas.

Em contrapartida, por que não se considera a Constituição haitiana, de 1805, como um documento de direitos humanos? A Constituição Imperial do Haiti – documento de fundamental importância histórica na luta por igualdade racial – declarou extinta para sempre a escravidão naquele país. Instaurou a liberdade de culto e ousou criticar os conceitos de propriedade e de escravatura; “levou até às últimas consequências as ideias, na altura revolucionárias, de igualdade racial e de liberdade universal⁸¹⁹. O *apagamento* do texto constitucional haitiano dos livros de história do Direito revela muito sobre o modo como a questão racial condicionou não apenas a evolução e o reconhecimento dos direitos humanos, mas também a própria validação do conhecimento não hegemônico⁸²⁰. A impensável aplicação

⁸¹⁸ Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

⁸¹⁹ Cfr. Achille Mbembe, *Crítica da Razão Negra*, p. 36, que afirma, ainda, que “contrariamente aos outros movimentos de independência, a Revolução Haitiana resulta de uma insurreição de escravos. A ela se deve, em 1805, uma das mais radicais constituições do Novo Mundo”.

⁸²⁰ Grada Kilomba, *Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism*, p. 25-26, recorda que os conceitos de conhecimento, erudição e ciência estão intrinsecamente ligados ao poder e à autoridade racial. Falando sobre a falácia da neutralidade racial no espaço acadêmico, a autora afirma: “Black people have been denied the privilege to speak. Historically, it is a space where we have been voiceless and where *white* scholars have developed theoretical discourses that formally constructed us as the inferior. (...) It is not that we have not been speaking, but rather our voices – through a system of racism – have been either systematically disqualified as invalid

dos princípios revolucionários do iluminismo francês pelos negros e para os negros do Haiti faz recordar a ideia (e também sua subversão) de que o subalterno não está autorizado a falar⁸²¹.

A concepção de um contrato social firmado entre os seres humanos – *livres e iguais* – para o reconhecimento e a proteção de seus direitos de liberdade por parte do Estado desconsidera a colonização, o genocídio, a escravização e a subjugação das *raças não hegemônicas*. Trata-se, nesse sentido, não de um acordo de vontades entre os seres humanos, mas exclusivamente entre os *homens brancos*, e, nessa perspectiva, não de um contrato social, mas de um *contrato racial*⁸²².

Do uso da raça como forma de opressão – aqui explicitamente, desde a oficialização da escravização até as leis segregacionistas e genocidas – para o seu emprego como meio de reconhecimento do racismo e da necessidade de promoção da igualdade racial; da objetificação das pessoas negras pela ordem jurídica para sua consagração como sujeito de direito para além da letra fria da lei, ainda há um longo caminho a percorrer.

Nessa senda, esta segunda e fulcral parte da tese pretende imergir na concepção de igualdade racial, sua evolução, seus fundamentos, sua constitucionalização, admitindo-a como um (talvez) utópico devir pós-colonial, mas ao mesmo tempo abordando-a enquanto realidade imprescindível à missão emancipatória e democratizante do Direito.

Assim, discutir-se-á, ainda, nesta fase do estudo sobre a delicada questão da classificação racial pelas ciências jurídicas que, antecipe-se, deve buscar o equilíbrio e o espectro protetivo e de promoção da igualdade, a fim de evitar o reforço negativo da categorização das pessoas em raças.

Em seguida, serão apresentados apontamentos sobre as lutas pela igualdade racial para, então, descortinarem-se a natureza e o conteúdo do direito à igualdade racial, nas suas diversas dimensões, elucidando as relações entre estas e o conteúdo mínimo da prerrogativa jusfundamental estudada.

Esta etapa será, enfim, concluída com a abordagem da constitucionalização da igualdade racial, no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e também nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

knowledge; or else represented by *whites* who, ironically, become the ‘experts’ no ourselves. (...) In this sense, academia is neither a neutral space nor simply a space of knowledge an wisdom, of science and scholarship, but also a space of v – i – o – l – e – n – c – e.”

⁸²¹ Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the subaltern speak?*, p. 28, responde negativamente à pergunta que dá título à obra, afirmando que, no contexto da produção colonial, o subalterno não tem história e nem pode falar.

⁸²² Ver Charles W. Mills, *The racial contract*.

1. Existem raças humanas?

1.1. Raça e termos correlatos

Ao termo raça têm sido atribuídas diversas acepções, não apenas na seara jurídica, mas também no domínio das ciências sociais e biológicas. Reconhecendo-se o caráter polissêmico do vocábulo raça – e de muitos outros que lhe são associados –, convém diferenciá-la de algumas figuras afins, para, então, elucidar a concepção adotada neste estudo.

Em linhas gerais, o vocábulo *raça* designa um agrupamento de indivíduos que apresentam um conjunto de caracteres hereditários comuns, determinantes de variações no âmbito da mesma espécie. Dito de outro modo, o conceito de raça está associado à categorização de diferentes populações de uma mesma espécie, tendo por base suas características fenotípicas⁸²³. No entanto, tal concepção não encerra o caráter polissêmico da palavra, sendo necessário recorrer ao campo compreensivo, a fim de revelar os múltiplos sentidos que o termo pode adquirir, conforme a área de conhecimento e o contexto observado.

Biologicamente, a noção de raça aproxima-se, em parte, do significado atribuído pelo senso comum, sendo sinônimo de subespécies delimitadas a partir da diferenciação genética, possibilitando a identificação de linhagens distintas na mesma espécie. Ao invés de centrar-se, no entanto, na aparência exterior ou fatores morfológicos dos indivíduos – para distribuí-los nesse ou naquele grupo racial –, a Biologia estuda a pertença racial com foco na análise dos genes, sua transmissão hereditária e suas variações.

Num sentido sociológico, raça diz respeito a uma categoria de indivíduos socialmente definida – em geral, a partir de suas características físicas – e reconhecida como tal, numa determinada sociedade, num dado momento histórico⁸²⁴. Com efeito, a concepção de raça e a categorização racial no seio das sociedades dependem não só das circunstâncias históricas e sociais, mas também das ideologias e intenções políticas, econômicas e religiosas dos grupos envolvidos⁸²⁵. Enfatiza-se, sob o enfoque das ciências sociais, que as classificações raciais decorrem de *construções sociais*. É com esse propósito que se utiliza a expressão *raça social* como designativa de grupos sociais definidos pela *visibilidade somática*⁸²⁶. A raça, portanto, diz respeito ao conjunto de características que compõem a aparência exterior do

⁸²³ As características fenotípicas ou fenótipo dizem respeito aos aspectos observáveis de um organismo, a exemplo dos caracteres morfológicos e fisiológicos.

⁸²⁴ Cfr. João Filipe Marques, *Racismo, etnicidade e nacionalismo – que articulação?*, p. 106.

⁸²⁵ Cfr. João Filipe Marques, *Racismo, etnicidade e nacionalismo – que articulação?*, p. 104.

⁸²⁶ Cfr. Pierre van den Berghe, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 454-455.

indivíduo, por associação a um grupo de pessoas com características semelhantes, transmissíveis hereditariamente. Importa, nesse ponto, ressaltar que, embora o fator hereditário seja evidente – uma vez que o fenótipo é proveniente de gerações anteriores –, por si só, não determina a raça do indivíduo. Dito de outro modo, não basta descender de pessoas de dada raça para ser socialmente considerado pertencente a esta⁸²⁷. De todo modo, a raça, enquanto aparência exterior transmitida hereditariamente, somente se torna objeto de interesse da sociologia quando se apresenta como fator que influencia as relações comportamentais em sociedade, estabelecendo e condicionando relações de dominação⁸²⁸.

No sentido antropológico, o termo raça costuma ser utilizado para fazer referência a grupos de pessoas diferenciadas por marcadores físicos – como estatura, cor da pele, traços faciais, dimensões cranianas, dentre outros –, aos quais se procurou, durante muitos anos, associar características comportamentais. Conforme será visto no item a seguir, tais associações tinham como marco as diferenças observáveis entre agrupamentos humanos, a estas se vinculando supostos graus de capacidades físicas, psíquicas e intelectuais.

Tratadas, ainda que sinteticamente, as acepções conferidas à palavra raça, convém ainda a distinguir de algumas noções que lhe são conexas. Isso porque, embora não haja coincidência entre raça e os termos cor, etnia, origem e nacionalidade, estes são, muitas vezes, empregados de maneira indistinta, ou com a mesma finalidade protetiva, notadamente na esfera jurídica.

A *cor* – reiteradamente elencada nas normas jurídicas como fator de proibição concreta de discriminação – diz respeito à coloração natural da pele humana, sendo determinada pela maior ou menor concentração de melanina, substância que confere pigmentação à pele. A cor da pele humana representa um dos aspectos morfológicos que, associado a outros, resulta na classificação racial. No Brasil, por exemplo, o critério para determinação da pertença racial, estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), tem como base principal a cor da pele, ao distribuir a população nos seguintes grupos raciais: branco, negro (pretos e pardos), amarelos e indígenas.

⁸²⁷ Por exemplo, o fato de um indivíduo possuir bisavós negros não pode ser considerado como elemento exclusivo na definição de sua raça, mesmo porque, morfológicamente, suas características podem até mesmo destoar daquelas atribuídas aos negros. Tal questão – de fundamental importância na seara jurídica, especialmente no contexto de medidas afirmativas de cunho raciais – será aprofundada linhas adiante, no item sobre classificação racial.

⁸²⁸ Cfr. Philippe Poutignat e Jocelyne Streiff-Fenart, *Teorias da etnicidade*, p. 37.

O vocábulo *etnia*⁸²⁹ – frequentemente utilizado de forma ambígua⁸³⁰ ou como termo eufemístico substitutivo do signo raça – designa, em síntese, uma comunidade humana definida por semelhanças linguísticas e culturais. Assim, enquanto a raça se refere aos fatores morfológicos – como a cor da pele, os traços faciais e a textura dos cabelos –, a etnia abrange, ainda, os elementos relacionados a aspectos psicológicos e intelectuais, como a cultura, a língua, a religião, as tradições, a afiliação tribal, dentre outros⁸³¹. Um grupo étnico é, pois, caracterizado pela existência de algum *grau de coerência*, bem como pelas origens e interesses comuns partilhados pelos seus membros⁸³². Apesar da associação de aspectos geográficos à definição de etnia, pontue-se que a aglutinação territorial não deve ser considerada elemento conceitual inafastável. Primeiro porque a ancestralidade e a origem territorial comuns – embora, muitas vezes, objetivamente presentes – não figuram como pressupostos da noção de etnia e podem decorrer apenas da crença subjetiva compartilhada pelos seus membros, sem que, com isso, se desnature o grupo étnico. Ademais, no atual contexto mundial de fluxos migratórios – somado a relevantes fatores históricos específicos de determinadas etnias – é comum a ramificação territorial de grupos étnicos que, nem por isso, têm desconsiderada a sua pertença a uma mesma raiz etnológica⁸³³. Acentue-se, ainda, a suscetibilidade da correlação entre raça e etnia, não sendo difícil constatar grupos que, além de possuírem membros portadores de fenótipos comuns – sendo possível associá-los a uma raça específica –, também guardam entre si elementos comportamentais e psíquicos típicos de uma etnia.

A palavra *origem*, por sua vez, relaciona-se com a procedência ou proveniência do indivíduo, a partir da identificação do seu local de nascimento (continente, país, região ou cidade). Daí a sua distinção em relação ao termo *nacionalidade*, que se refere ao vínculo jurídico de direito público estabelecido entre uma pessoa e um Estado, seja em decorrência do nascimento ou da naturalização.

⁸²⁹ O vocábulo etnia deriva do termo grego *ethnikos*, adjetivo de *ethos*, sendo utilizado, na sua origem, para designar povo ou nação. Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 196.

⁸³⁰ Philippe Poutignat e Jocelyne Streiff-Fenart, *Teorias da etnicidade*, p. 33, ressaltam que, desde sua criação, no início do século XIX, a noção de etnia também se encontra mesclada – com relações ambíguas nos debates contemporâneos – com noções conexas como as de povo, raça e nação.

⁸³¹ Para Kabengele Munanga, *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*, p. 28, “o conteúdo da raça é morfobiológico e o da etnia é sócio-cultural, histórico e psicológico. Um conjunto populacional dito raça ‘branca’, ‘negra’ e ‘amarela’, pode conter em seu seio diversas etnias. Uma etnia é um conjunto de indivíduos que, histórica ou mitologicamente, têm um ancestral comum; têm uma língua em comum, uma mesma religião ou cosmovisão; uma mesma cultura e moram geograficamente num mesmo território”.

⁸³² Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 197.

⁸³³ Ainda que se esteja aqui diante da possibilidade de determinação ou nomeação exógena de determinado grupo como sendo uma só etnia. Isso porque, apesar da importância das designações e identidade partirem dos próprios grupos, de maneira, portanto, endógena – e valorizadora da autonomia das minorias –, o modo como a sociedade considera e trata estes deve ser considerada, especialmente para fins de proteção jurídica.

Convém ainda traçar a distinção entre preconceito, racismo, discriminação racial e xenofobia, fenômenos normalmente associados à noção de raça e que podem estar, ou não, agregados, a depender do contexto social e das relações inter-raciais observadas.

O uso corrente da palavra *preconceito*⁸³⁴ está associado a um conceito precipitado e infundado; a uma opinião formada sem ponderação, sem análise crítica. Nessa senda, agir de maneira preconceituosa equivale a formar uma opinião antecipada – favorável ou desfavorável⁸³⁵ – sobre algo ou alguém, sem a devida consideração dos fatores envolvidos. O comportamento preconceituoso costuma se pautar em generalizações ou estereótipos, sem observância das características individuais dos membros de certos grupos sociais. O preconceito não se dirige necessariamente a grupos étnico-raciais, podendo atingir outros grupos vulnerabilizados – como mulheres, idosos, homossexuais etc. –, ou mesmo grupos não vulnerabilizados.

O *racismo*, por sua vez, constitui um complexo sistema de opressão que confere superioridade a uma raça em detrimento de outras⁸³⁶. Atribui significado social a determinadas características fenotípicas, imputando-se atributos negativos e inferiores ao grupo com padrões considerados *desviantes*. Em outras palavras, o racismo resulta na imputação – ainda que não declarada – de atributos deterministas de inferioridade ligados, em geral, a padrões fenotípicos⁸³⁷. Essas diferenciações oscilam conforme as características *eleitas* em função dos fundamentos políticos, das vantagens econômicas e das ideologias dominantes em cada contexto social e histórico, para justificar a disparidade de tratamento e a segregação.

⁸³⁴ Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 438, define preconceito como “o conjunto de crenças e valores aprendidos, que levam um indivíduo ou um grupo a nutrir opiniões a favor ou contra os membros de determinados grupos, antes de uma efetiva experiência com estes”.

⁸³⁵ Note-se, no entanto, que o termo é correntemente utilizado num sentido negativo, especialmente no âmbito das relações raciais.

⁸³⁶ Para A. Bracinha Vieira, *Racismo e teoria*, p. 23, “o olhar racista tem duas características dominantes: por um lado, cai sobre os outros grupos humanos como um *a priori* que, antes de qualquer investigação rigorosa, já os tornou desiguais em capacidades (logo em méritos, e por fim em direitos), partindo a procurar neles aspectos de diversidade que, por interposição de uma teoria suscitada para o efeito, possa converter em formas profundas de diferenças. Por outro lado, assume-se, e à sua cultura, como modelo de perfeição resultante de traços biológicos ideais, como se materializasse o destino de uma evolução orientada.”.

⁸³⁷ Abordando a colonialidade – enquanto sistema fincado em relações racistas de poder que, tendo início na América, foi imposto mundialmente –, Anibal Quijano, *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, p. 107-108, diz que “as diferenças fenotípicas foram usadas, definidas, como expressão externa das diferenças ‘raciais’. Num primeiro período, principalmente a ‘cor’ da pele e do cabelo e a forma e cor dos olhos. Mais tarde, nos séculos XIX e XX, também outros traços, como a forma da cara, o tamanho do crânio, a forma e o tamanho do nariz”. O autor enfatiza que “a ‘cor’ da pele foi definida como marca ‘racial’ diferencial mais significativa, por ser mais visível, entre os dominantes/superiores ou ‘europeus’, de um lado, e o conjunto dos dominados/inferiores ‘não-europeus’, do outro. Desse modo, a escala de gradação entre o ‘branco’ da ‘raça branca’ e cada uma das ‘cores’ de pele, foi assumida como uma gradação entre o superior e o inferior na classificação social ‘racial’”.

Interessa, nesse ponto, salientar que sendo a raça uma construção social, determinados grupos de indivíduos podem ser socialmente reconhecidos ou vistos como pertencentes a uma raça, sem que guardem, necessariamente, semelhanças fenotípicas entre si. Daí a necessidade de se analisarem as subjetividades do contexto social, histórico e político correspondente, a fim de compreender as *relações raciais* em dada sociedade. Uma das ideologias racistas mais conhecidas na história das sociedades foi a difundida pelo nazismo, que resultou na morte de milhões de judeus, que, no entanto, não compartilhavam necessariamente fenótipo comum⁸³⁸. Foi justamente a partir dessa noção da raça enquanto construção social simbólica que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prática do crime de racismo contra judeus, no conhecido caso *Siegfried*, que será mais adiante retomado.

A discriminação, por seu turno, envolve a diferenciação, a distinção, que pode ou não ter contornos negativos de separatismo ou segregação. A *discriminação*⁸³⁹ racial, especificamente, importa em segregar, apartar indivíduos que pertençam a determinados grupos raciais. Trata-se, portanto, da expressão ativa ou comportamental do racismo⁸⁴⁰, tendo como consequência a restrição do acesso igualitário a direitos, bens e recursos escassos. A política do *apartheid*, vivenciada até a década de 90 na África do Sul, retrata de forma explícita uma das mais marcantes experiências de discriminação racial oficializada pelo Estado na história recente da humanidade.

É preciso salientar que preconceito, racismo e discriminação racial são fatores que podem não estar obrigatoriamente associados. A atitude preconceituosa nem sempre é revestida de verdadeiro propósito segregacionista ou da ideologia (consciente) de superioridade/inferioridade das raças humanas. De outro lado, a discriminação racial – embora normalmente associe-se a uma concepção ou julgamento precipitados em relação a determinados grupos étnico-raciais – pode existir sem que necessariamente se pregue, ao menos conscientemente, uma ideologia racista. Também se deve refletir acerca do racismo, propriamente dito, que embora, em regra, esteja associado ao preconceito e a comportamentos discriminatórios, nem sempre logra significativo êxito, na prática, em sua pretensão separatista – especialmente quando defendido por grupos isolados. Nada obstante, e apesar das distinções conceituais, na prática, nota-se que o racismo alimenta-se do preconceito e da discriminação

⁸³⁸ Com efeito, no caso dos judeus que, em virtude da impertinência das características físicas e comportamentais que lhes eram atribuídas pelos nazistas, eram obrigados a usar um sinal distintivo – a Estrela de Davi costurada às vestes, tendo ao centro a palavra *jude*, que significa judeu, em alemão – para facilitar a sua identificação.

⁸³⁹ Assim como o vocábulo preconceito, a palavra discriminação costuma ser empregada no seu sentido negativo de produção de desvantagem para o grupo alvo. No entanto, o termo também pode assumir conotação afirmativa para designar justamente o contrário. É nesse sentido que se utiliza a expressão *discriminação positiva*.

⁸⁴⁰ Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 171-172.

raciais, que, manifestados na reiteração de comportamentos que replicam ideias racistas, acabam por naturalizar o tratamento desigual e a inferiorização de determinadas raças.

Xenofobia – derivada do grego *xenos* (estranho) *phobia* (medo) – significa, no seu sentido literal, medo de estrangeiros. Diz respeito à aversão ou antipatia destinada especialmente a indivíduos de nacionalidade, origem ou grupo étnico diversos daqueles do agente discriminador. Contemporaneamente, o vocábulo ganhou mais relevância a partir da década de 90, quando os movimentos migratórios impulsionaram a formação de sociedades multirraciais e multiétnicas, particularmente na Europa. Fazendo um paralelo entre os fatores anteriormente estudados e os comportamentos que deles resultam, poder-se-ia dizer que o racismo está para as raças assim como a xenofobia está para as origens, nacionalidades, regionalidades ou etnias. Comportamentos xenofóbicos, que, em seu extremo, levam a atitudes de violência, impulsionaram a produção de instrumentos jurídicos internacionais, voltados para o combate da xenofobia, do racismo e da discriminação racial.

Compreendidos os principais elementos relacionados ao termo raça, convém centrar esforços na análise do surgimento e fortalecimento de discursos rracicos, a fim de compreender a evolução da questão racial, e sua incorporação à seara jurídica.

1.2. Da classificação racial à negação da existência de raças humanas

Há quem indique a expulsão dos judeus e dos mouros da Península Ibérica, a partir de finais do século XV, como grande marco da emergência de fatores rracicos nas relações entre os homens⁸⁴¹. De outro lado, também a colonização das Américas – em especial pelos portugueses e espanhóis –, como evento que impulsionou a escravização dos negros africanos, é apontada como acontecimento histórico responsável por inaugurar a questão das raças humanas⁸⁴².

⁸⁴¹ Cfr. João Filipe Marques, *O estilhaçar do espelho. Da raça enquanto princípio de compreensão do social a uma compreensão sociológica do racismo*, p. 39.

⁸⁴² Sérgio D. J. Pena, *Humanidade sem raças?*, p. 10, identifica a emergência de tal fenômeno com o início do tráfico de escravos para as Américas e com a diluição do espírito religioso em favor das interpretações científicas da natureza. Defendendo que a questão racial nas relações humanas constitui realidade mais remota, Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 170, afirma que a escravidão nas Américas constitui “a primeira experiência histórica em que uma raça inteira foi especificamente almejada para a escravidão”. O autor explica que o tráfico negreiro transatlântico e a escravidão racial nas Américas foram o suporte para o surgimento da ordem capitalista mundial, construindo as bases para a planetarização do racismo contemporâneo. Com efeito, é a partir do comércio transatlântico de africanos escravizados – maior migração forçada de pessoas na história da humanidade – que se operou, de maneira peculiar, a racialização e a comercialização da escravidão.

É certo que já havia escravidão na Grécia e Roma Antigas; contudo, tal prática estava especialmente associada ao aprisionamento de inimigos de guerra, estrangeiros – considerados bárbaros –, sem que fosse, necessariamente, fundada numa relação de superioridade/inferioridade em termos puramente raciais. A constatação da ausência de divisão da sociedade greco-romana em raças, no entanto, não significa negar a ideia de diferenças naturais – até mesmo fenotípicas⁸⁴³ – entre as pessoas, como suporte ou justificativa filosófica/intelectual para a manutenção determinista da condição do estrangeiro como escravo⁸⁴⁴ e do grego como superior. Esse contexto supostamente neutro em termos raciais mudaria com a expansão do imperialismo helenístico e romano, quando Grécia e Roma se tornam impérios multirraciais, a partir da colonização de partes da África do Norte e do Oriente Médio⁸⁴⁵.

Carlos Moore busca fundamento para afirmar que as origens do racismo podem ser verificadas em épocas longínquas, a partir de graves conflitos entre povos melanodérmicos (negros) e leucodérmicos (brancos) pela posse de recursos básicos de subsistência, conjuntura em que o fenótipo teria constituído irrevogável elemento de demarcação entre grupos antagônicos⁸⁴⁶. Os protorracismos teriam, então, surgido em diversas partes do mundo antigo, de maneira independente, no âmbito de estruturas sociais fenotipocêntricas⁸⁴⁷.

A consagração da classificação da espécie humana em raças, no entanto, aparece como fato historicamente mais recente⁸⁴⁸, estando diretamente ligada a propósitos econômicos e políticos, os quais, muitas vezes, apoiaram-se no contributo da própria ciência.

A *ciência da classificação da humanidade* teve como um dos seus precursores Carolus Linneaus, que, em sua obra *Systema Naturae*, de 1767, apresentou a primeira *ordenação taxonômica da espécie humana*. Linneaus identificou quatro principais raças

⁸⁴³ Note-se a presença de algumas referências a aspectos morfológicos nos escritos de Aristóteles, *Tratado da Política*, p. 13-14, no seguinte trecho: “A natureza imprimiu a liberdade e a escravidão nos próprios hábitos corporais. (Uns com) corpos robustos talhados para transportar fardos (...) e, pelo contrário, outros mais bem feitos, mas mais delicados incapazes de tais tarefas, próprios somente para a actividade política (...)”.

⁸⁴⁴ Importa fazer referência aos escritos de Aristóteles, *Tratado da Política*, p. 12-13, que argumentava que o comportamento submisso representaria uma demonstração da condição natural de escravo do indivíduo, nos seguintes termos: “(...) todos os seres, desde o primeiro instante de seu nascimento, estão marcados pela natureza, uns para mandar, outros para obedecer (...). O homem que, por natureza, não pertence a si próprio, mas a outro, é por natureza escravo: é um objecto de posse e um instrumento para agir separadamente e sob as ordens do seu patrão (...). Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que não tem alma nem meios para se decidir”.

⁸⁴⁵ Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 45 e ss., elenca diversos textos produzidos na Antiguidade para demonstrar a existência, já naquele período, de uma visão racializada, entre gregos e romanos.

⁸⁴⁶ Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 130.

⁸⁴⁷ Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 196.

⁸⁴⁸ Natalina Graça Grilo de Bastos Silva Domingues, *O sonho de Martin Luther King, Jr. na América de George W. Bush*, p. 62, observa que o próprio termo raça surgiu tardiamente nas línguas ocidentais, por volta da segunda metade do século XVI, sem que se possa atribuir sua origem às literaturas gregas, romanas ou hebraicas. Segundo a autora, p. 63, apenas no final do século XVII o termo passou a ter conotação semelhante à de *grupo étnico*.

humanas, distinguindo-as de acordo com o que seriam suas características mais marcantes: a) *homo sapiens europeanus* (europeu) – caracterizado por ter cabelo louro/castanho leve, ser branco, forte, belo, amável, sério, perspicaz, inventivo, coberto com vestes e governado por leis; b) *homo sapiens asiaticus* (asiático) – identificado como sendo amarelo, melancólico, avaro, amante do luxo e do dinheiro; c) *homo sapiens africanus* (africano) – descrito como negro, impassível, preguiçoso, negligente e indolente; d) *homo sapiens americanus* (americano) – cujos traços essenciais eram a pele vermelha, e o temperamento bilioso, colérico, mal-humorado e violento⁸⁴⁹.

Foi particularmente durante o século XIX que foram desenvolvidas diversas teorias científicas – posteriormente denominadas de racismo científico –, baseadas no determinismo biológico das diferentes raças humanas⁸⁵⁰ e que serviram de argumento para ideologias políticas racistas. Os teóricos do chamado *darwinismo racial* procuraram estabelecer correlação entre os atributos externos (físicos) e os internos (morais), considerando a raça como elemento ontológico⁸⁵¹.

Nesse período, a noção de raça seguiu apoiando-se na Antropologia Física clássica⁸⁵². Esta sustentava que as diferenças comportamentais entre os homens eram justificadas pela identificação de uma natureza imutável e nitidamente observável a partir de características morfológicas, como a cor da pele, o formato dos dentes, olhos e lábios, as dimensões cranianas e a textura dos cabelos.

O ápice do racismo científico – que não se limitou ao campo da Antropologia, mas se disseminou pela Biologia, Psicologia e Genética – coincide com o processo de abolição da escravidão e do tráfico negreiro, fornecendo bases para a expansão do imperialismo europeu, a partir da defesa de uma hierarquia racial passível de justificar a dominação das raças e civilizações consideradas inferiores. Com efeito, diversos estudiosos, nesse período,

⁸⁴⁹ Cfr. Caroli Linnaei, *Systema Nature – tomus I*, p. 20 e ss.; Sérgio D. J. Pena, *Humanidade sem raças?*, p. 12; A. Bracinha Vieira, *Racismo e teoria*, p. 25; João Filipe Marques, *O estilhaçar do espelho – Da raça enquanto princípio de compreensão do social a uma compreensão sociológica do racismo*, p. 41.

⁸⁵⁰ Sobre outras teorias científicas acerca da classificação humana em raças, cfr. Sérgio D. J. Pena, *Humanidade sem raças?*, p. 21 e ss.; Rosa Cabecinhas, *Preto e Branco – A naturalização da discriminação racial*, p. 28 e ss.; Natalina Graça Grilo de Bastos Silva Domingues, *O sonho de Martin Luther King, Jr. na América de George W. Bush*, p. 85 e ss. Acerca da influência do pensamento darwiniano e do surgimento do darwinismo social, cfr. A. Bracinha Vieira, *Racismo e teoria*, p. 26 e ss.; João Filipe Marques, *O estilhaçar do espelho – Da raça enquanto princípio de compreensão do social a uma compreensão sociológica do racismo*, p. 44-45; Natalina Graça Grilo de Bastos Silva Domingues, *O sonho de Martin Luther King, Jr. na América de George W. Bush*, p. 100 e ss.; Michael Banton, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 159-162.

⁸⁵¹ Cfr. Lilia Moritz Schwarcz, *Racismo no Brasil*, p. 22.

⁸⁵² Para Claude Lévi-Strauss, *Raça e História*, p. 10, “o pecado original da antropologia consiste na confusão entre a noção puramente biológica da raça (...) e as produções sociológicas e psicológicas das culturas humanas”. Acerca da responsabilidade da Antropologia pela emergência das novas formas de racismo na Europa, cfr. João Filipe Marques, *O neo-racismo europeu e as responsabilidades da Antropologia*.

desenvolveram, em suas áreas de conhecimento, teses tendentes à hierarquização das raças humanas. Não sendo este o espaço para se proceder a uma extensa revisão bibliográfica sobre tais estudos, ao menos se mencionam os mais relevantes e difundidos, com vista a demonstrar a persistência da defesa científica da racialização hierarquizada da humanidade.

O médico e cientista natural dos Estados Unidos, Samuel George Morton, partindo da tese de que o tamanho do crânio era indicador de inteligência, dedicou-se à análise de amostras na tentativa de comprovar a hierarquia entre as raças. Em seus estudos, *Crania americana* (1839) e *Crania aegyptiaca* (1844), Morton concluiu que os caucasianos possuíam os melhores resultados, enquanto os negros e ameríndios, ocupavam as posições inferiores⁸⁵³.

Também o médico, anatomista e antropólogo francês, Pierre Paul Broca baseou-se no estudo de crânios e na anatomia cerebral para identificar diferenças intelectuais, comparando homens maduros e idosos, mulheres, e raças *superiores* e *inferiores*. Para Broca – que fundou a Sociedade Antropológica de Paris, em 1854 – havia correspondência entre o volume cerebral e a inteligência humana⁸⁵⁴.

Em 1852, o conde Joseph Arthur de Gobineau – diplomata francês que representou a França no Brasil, onde sua teoria exerceu grande influência – publicou o seu *Essai sur l'inégalité des races humaines*, um dos primeiros ensaios sobre eugenia e racismo do século XIX, e que lhe rendeu a reputação de um dos mais importantes teóricos do racismo do seu tempo. A principal tese defendida no ensaio relaciona a história das sociedades à desigualdade entre as raças humanas. Gobineau inicia sua teoria afirmando que os fatores determinantes do progresso e decadência das nações não eram o fanatismo religioso, a corrupção, o luxo ou a ausência de virtudes, e sim a raça⁸⁵⁵. Para o conde, as demais circunstâncias exerciam influência sobre os destinos dos povos, mas a causa decisiva dos rumos das sociedades humanas ao longo da história seria a raça. No entendimento de Gobineau, a decadência de uma nação decorria da perda do seu valor, e tal degenerescência devia ser atribuída aos cruzamentos e mestiçagens sucessivas que impediam a conservação da pureza racial dos povos⁸⁵⁶. Se a raça fosse boa, a manutenção de sua pureza seria condição essencial para evitar a decadência da nação. De modo contrário, a mistura resultaria na morte inevitável da civilização⁸⁵⁷. No intuito de demonstrar sua tese, Gobineau argumentava que a desigualdade das raças poderia ser verificada historicamente, pelo fato de existirem raças que, ao longo do tempo, permaneceram na barbárie,

⁸⁵³ Cfr. Stephen Jay Gould. *Darwin e os grandes enigmas da vida*, p. 82 e ss.

⁸⁵⁴ Cfr. Stephen Jay Gould. *Darwin e os grandes enigmas da vida*, p. 115.

⁸⁵⁵ Cfr. Arthur de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, p. 45 e ss.

⁸⁵⁶ Cfr. Arthur de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, p. 199 e ss.

⁸⁵⁷ Cfr. Arthur de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, p. 330.

mantendo formas de vida selvagem, mesmo diante de ambientes favoráveis. Nessa linha de pensamento, o ensaísta identificou três grandes raças humanas – a branca, a amarela e a negra –, sendo a raça branca a superior, especialmente o ariano⁸⁵⁸, que, no entanto, ao submeter outras raças, cruzou-se com estas, diluindo suas nobres qualidades ao longo das gerações. Todos os homens seriam, então, no futuro, semelhantes física e moralmente, gerando verdadeiros *rebanhos humanos*. Como consequência do inevitável cruzamento da raça ariana, já quase desaparecida, o declínio da sociedade humana seria paulatino, até a inexorável morte da civilização.

No campo da criminologia, o médico italiano Cesare Lombroso fundou a antropologia criminal, com base na teoria da criminalidade inata, associada a dados antropométricos. Segundo a teoria de Lombroso – que afirmava o caráter hereditário do crime –, o criminoso nato, marcado por um atavismo evolutivo físico (traços atávicos simiescos) e mental, poderia ser reconhecido a partir dos estigmas de sua anatomia⁸⁵⁹. Em *l'Uomo delinquente*, de 1876, Lombroso elencava caracteres físicos/fisiológicos e comportamentais típicos do homem delinquente, como mandíbulas grandes, orelhas em forma de alça, arcos superciliares proeminentes, pele mais escura, baixa sensibilidade à dor, gosto por tatuagens, preguiça, dentre outros. Em sua obra, Lombroso atribuía a povos tidos como inferiores – negros, ciganos e selvagens americanos – algumas das características imputadas pelo determinismo biológico ao homem delinquente⁸⁶⁰.

Em 1887, o paleontólogo estadunidense Edward Drinker Cope, a partir de bases recapitulacionistas, formulou, no seu *The origin of the fittest – essays on evolution*, teses evolucionistas das raças humanas. Na representação da evolução humana de Cope, mulheres, europeus meridionais e pobres assumiam posição inferior, pelo infantilismo que lhes era atribuído, a partir da comparação de seus estágios de desenvolvimento anatômico e psicológico aos da infância dos europeus brancos nórdicos⁸⁶¹. Mas, segundo o determinismo biológico de Cope, em grau de evolução ainda mais inferior, encontravam-se os negros, descritos como portadores de anatomia imatura, carentes de elementos de beleza e incapazes de erguer civilizações complexas⁸⁶². Com sua doutrina da superioridade nórdica, Cope posicionava-se contrariamente à entrada de imigrantes judeus e europeus meridionais nos Estados Unidos⁸⁶³.

⁸⁵⁸ Cfr. Arthur de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, p. 322.

⁸⁵⁹ Cfr. Stephen Jay Gould, *A falsa medida do homem*, p. 123.

⁸⁶⁰ Cfr. Stephen Jay Gould, *A falsa medida do homem*, p. 125-126.

⁸⁶¹ Cfr. Edward Drinker Cope, *The origin of the fittest – essays on evolution*, p. 281 e ss.

⁸⁶² Cfr. Edward Drinker Cope, *The origin of the fittest – essays on evolution*, p. 148 e ss.

⁸⁶³ Cfr. Stephen Jay Gould, *A falsa medida do homem*, p. 113.

No Brasil, a difusão científica de concepções fundadas nas diferenças raciais teve a importante influência do discurso médico e jurídico de Raymundo Nina Rodrigues. Em *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, publicado em 1894, Nina defendeu a relativização da responsabilidade penal das raças inferiores⁸⁶⁴ (negros, índios e mestiços), associando-as a comportamentos criminosos e insanos. Para o médico jurista, apenas a psicologia das raças era capaz de oferecer critérios adequados para a elaboração das regras de direito⁸⁶⁵, que deveriam levar em consideração as diferenças naturais entre as raças humanas⁸⁶⁶ e suas respectivas fases de evolução mental⁸⁶⁷. A responsabilização criminal, que tem por base a vontade livre – enquanto critério e fundamento da imputabilidade penal – também deveria se ajustar às contingências da evolução da mentalidade humana, variável conforme as raças. Estas seriam antropologicamente distintas e progrediriam intelectual e moralmente de maneira gradual, das fases mais inferiores às superiores⁸⁶⁸. Como consequência, em termos gerais, a responsabilidade penal das raças inferiores não poderia ser equiparada à das raças brancas civilizadas⁸⁶⁹, o que justificaria a existência de dois Códigos Penais no Brasil⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ Segundo Nina Rodrigues, as raças apresentavam diferentes graus de evolução, desenvolvimento, cultura e inteligência, sendo que cada grau evolutivo correspondia a uma moral. Desse modo, o autor refutava a consagração de valores universais, já que uma lei universal pressupõe identidade total entre os indivíduos que compõem a sociedade. Cfr. Gislene Aparecida dos Santos, *A invenção do “ser negro”: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros*, p. 132 e ss.

⁸⁶⁵ Assim, para Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 27, “é obvio que a inconsciência do direito e do seu correlativo o dever pode revestir duas formas distintas. A inconsciência temporária e transitória como no caso da menoridade, e a inconsciência do direito e do dever nos casos de colisão de povos em fases muito diferente da evolução sociológica”. Nessa linha de entendimento, Nina, p. 29, conclui que “tão absurdo e iníquo, do ponto de vista da vontade livre, é tornar os bárbaros e selvagens responsáveis por não possuir ainda essa consciência, como seria iníquo e pueril punir os menores antes da maturidade mental por já não serem adultos, ou os loucos por não serem sãos de espírito”.

⁸⁶⁶ De acordo com Raymundo Nina Rodrigues, *Os africanos no Brasil*, p. 12, “o critério científico da inferioridade da Raça Negra nada tem de comum com a revoltante exploração que dele fizeram os interesses escravistas dos Norte-americanos. Para a ciência não é esta inferioridade mais do que um fenômeno de ordem perfeitamente natural, produto da marcha desigual do desenvolvimento filogenético da humanidade nas suas diversas divisões ou seções”. Tratando mais especificamente da formação do povo brasileiro, o autor, p. 14-15, afirma que “a Raça Negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontestáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo”.

⁸⁶⁷ Nesse sentido, Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 31, “a evolução mental pressupõe nas diversas fases do desenvolvimento de uma raça, uma capacidade cultural muito diferente, embora de perfectibilidade crescente, mas ainda afirma a impossibilidade de oprimir a intervenção do tempo nas suas adaptações e a impossibilidade, portanto, de impor-se, de momento, a um povo, uma civilização incompatível com o grau do seu desenvolvimento intelectual”.

⁸⁶⁸ Cfr. Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 12

⁸⁶⁹ Cfr. Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 50. Importa ressaltar, no entanto, que, para Nina Rodrigues, o problema da imputabilidade penal não deveria ser resolvido, de forma genérica, em termos raciais, exigindo, ao contrário, a apreciação das individualidades. Admitindo a existência de negros e índios que valem mais do que brancos, Nina defende que, nessas raras hipóteses, a responsabilidade penal deveria ser completa.

⁸⁷⁰ Cfr. Lilia Moritz Schwarcz, *Racismo no Brasil*, p. 24.

Foi também em 1894 que o psicólogo francês Gustave Le Bon lançou sua obra *Les lois psychologiques de l'évolution des peuples*, na qual teorizava sobre as características e evolução dos povos, a partir da tese de superioridade da raça branca. No seu livro, Le Bon analisava a sociedade brasileira e ressaltava a decadência dos resultados dos cruzamentos interraciais ocorridos no Brasil, que conduziriam inevitavelmente à eterna anarquia⁸⁷¹.

O filósofo e sociólogo inglês Herbert Spencer – admirador da obra e contemporâneo de Charles Darwin – pretendeu aplicar à sociologia concepções extraídas das ciências naturais. Suas ideias foram reproduzidas de forma distorcida, a ponto de lhe ter sido imputado o papel de criador do *darwinismo social*, embora jamais tenha diretamente utilizado tal expressão em sua obra. A teoria da evolução de Spencer, que afirmava a *sobrevivência do mais apto*, jamais preconizou a extinção dos mais fracos, antes defendia a primazia do indivíduo sobre o Estado e sobre a sociedade. É importante pontuar que, assim como Spencer, diversos cientistas tiveram suas teses convenientemente interpretadas para a confirmação do racismo e a subjugação das raças tidas como inferiores.

De todo modo, pode-se afirmar que o determinismo biológico estigmatizou de maneira decisiva a ciência moderna, também fincando raízes profundas no senso comum. Com efeito, a classificação científica da humanidade em raças reforçou intensamente o ordenamento racializado das relações sociais, das quais emerge escalonamento valorativo das pessoas, de acordo com a raça a que pertencem. As características atribuídas aos grupos raciais são estendidas de forma generalizada a todos os seus membros, sendo o comportamento individual sempre determinado pela pertença racial ou étnica.

No sistema de hierarquização racial dos grupos humanos, sempre prevalecia a supremacia intelectual e moral do branco europeu, o que justificava a extensão do seu padrão civilizacional às raças inferiores. Assim, a diferenciação valorativa das raças humanas serviu de justificativa para a dominação dos grupos ditos *inferiores* pelos *superiores*.

Nessa conjuntura, as ideologias racistas deram suporte a movimentos políticos nacionalistas, como o nazismo, que encontrou *embasamento científico* para concretizar o Holocausto, que sacrificou milhões de judeus e ciganos.

⁸⁷¹ Cfr. Gustave Le Bon, *Les lois psychologiques de l'évolution des peuples*, p. 45, “tous les pays qui présentent un trop grand nombre de métis sont, pour cette seule raison, voués à une perpétuelle anarchie, à moins qu'ils ne soient dominés par une main de fer. Tel sera fatalement le cas du Brésil. Il ne compte qu'un tiers de blancs. Le reste de la population se compose de nègres et de mulâtres. Le célèbre Agassiz dit avec raison «qu'il suffit d'avoir été au Brésil pour ne pas pouvoir nier la décadence résultant des croisements qui ont eu lieu dans ce pays plus largement qu'ailleurs. Ces croisements s'effacent, dit-il, les meilleures qualités, soit du blanc, soit du noir, soit de l'Indien, et produisent un type indescriptible dont l'énergie physique et mentale s'est affaiblie»”.

Na linha do que já havia sido defendido por Arthur de Gobineau, Houston Stuart Chamberlain, inglês radicado na Alemanha, pregava a superioridade da raça ariana, à qual caberia dar continuidade à tradição clássica dos povos germânicos, a partir da ruptura com as degradantes influências semitas. Em *The Foundations of the Nineteenth Century*, de 1899, Chamberlain defendia que a raça ariana era ancestral de todas as classes superiores europeias e subsistia em estado puro na Alemanha e no norte da Europa. O racismo científico de Chamberlain – para quem o conceito de humanidade era algo vazio, devendo-se sobrelevar a noção de raças⁸⁷² – amoldava-se perfeitamente aos objetivos do nacionalismo racista da Alemanha nazista, tendo sua obra influenciado o pensamento de Hitler e seus seguidores, cujos principais inimigos eram os judeus.

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou uma reação em larga escala contra os modelos de divisão da humanidade em raças, culminando em estudos interdisciplinares e declarações internacionais, com o nítido propósito de desmistificação da ideia de hierarquia entre as raças humanas.

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada pela ONU, invocando a igualdade entre todas as pessoas e atribuindo capacidade para o gozo dos direitos e liberdades estabelecidos em seus dispositivos, independentemente de fatores como raça, cor, idioma, origem nacional, entre outros.

Embora ratificada por diversos países, a DUDH parecia não surtir efeitos práticos. Por conseguinte, a memória das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial em nome da *pureza racial* e a constatação da persistência do ódio racial nos Estados Unidos da América e na África do Sul levaram a Unesco a divulgar a Primeira Declaração sobre Raça, em 1950. O documento declara que os cientistas estão de acordo sobre a pertença de todos os seres humanos à espécie *homo sapiens*, afirmando que as semelhanças genéticas entre os indivíduos são muito maiores que as diferenças. Há preocupação em estabelecer que fatores como a personalidade, o caráter e o intelecto não são determinados pelas distinções genéticas hereditárias, mas pelo meio social e pela história cultural de cada grupo. Alertando para o caráter dinâmico das diferenças entre as pessoas, a Declaração recomenda a substituição da palavra *raça* – haja vista os equívocos que o seu emprego ocasionou – pela expressão *grupo étnico*. Desse modo, desde a década de 50, em decorrência dos estudos multidisciplinares realizados pela ONU, o termo *raça* é considerado inaplicável aos seres humanos, do ponto de

⁸⁷² Cfr. Houston Stuart Chamberlain, *The Foundations of the Nineteenth Century*, p. 206-207.

vista científico ou biológico, com pretensão da adoção do termo etnia como designação alternativa ao signo raça.

Apesar de se reconhecer o propósito antirracista e antidiscriminatório da medida, a simples alteração de nomenclatura não tem o condão de diluir a profunda assimilação dos valores de inferioridade atribuídos ao *outro*. É dizer, o fim do racismo científico não coincide com o fim do *racismo social* e seus efeitos segregacionistas nos mais diversos espaços geográficos. Nos Estados Unidos da América, apenas em 1964 foi assinado, não sem resistência, o *Act of Civic Rights*, mediante intensa participação e ativismo político dos afro-americanos. O *apartheid*, regime separatista oficialmente instituído na África do Sul, só viria a ser extinto em 1990.

Como visto, a aplicação de métodos genéticos no estudo das populações humanas ensejou a desvalorização das classificações biológicas e antropológicas até então desenvolvidas, afastando o próprio conceito científico antes atribuído às raças humanas. De fato, a constatação da impossibilidade de isolamento reprodutivo – necessário para caracterizar biologicamente as subespécies – na espécie humana torna o conceito científico de raças humanas desprovido de sentido. A variabilidade genética do *homo sapiens* representa, nos subgrupos continentais, apenas 6,3% da variabilidade total, o que resulta na ausência de diferenciação capaz de dar origem a diferentes raças⁸⁷³. Em contrapartida, essa variabilidade

⁸⁷³ Sérgio D. J. Pena, *Humanidade sem raças?*, p. 14, afirma que o genoma humano é formado por cerca de 20 mil genes, dos quais apenas poucas dúzias são responsáveis pela pigmentação da pele e pela aparência física dos humanos. Um dos temas que, em geral, os cientistas sociais e biólogos deixam de abordar é a suposta existência de *doenças étnicas*, conceituadas como enfermidades atribuídas preponderantemente a determinados grupos raciais. Estela Maria García de Pinto da Cunha e Alberto Augusto Eichman Jakob, *Diferenças raciais nos perfis e estimativas de mortalidade para o Brasil*, p. 199, alertam para o fato de que existem grandes desafios a serem enfrentados que considerem, conjuntamente, os “possíveis aspectos genéticos como um dos condicionantes do processo de saúde-doença-morte”, aliados às condições de acesso aos serviços de saúde, derivados das condições socioeconômicas a que está exposta a população negra. Apesar do reconhecimento de que, cientificamente, raças humanas não existem – tendo em vista que as diferenças genéticas impossibilitam tal distinção –, determinadas doenças são preponderantes entre indivíduos negros e, outras tantas, em indivíduos brancos. As pessoas negras, por exemplo, sofrem com mais frequência das chamadas doenças das artérias pequenas – entre as quais a hipertensão –, além de constituírem também o grupo étnico de maior incidência da anemia falciforme. As pessoas de pele escura também são acometidas, com mais frequência, de doenças renais e diabetes do tipo II, do que pessoas de pele clara. Sobre a anemia falciforme cfr. Suely Rosenfeld e Vera Lúcia Edais Pepe, *Guia terapêutico ambulatorial*, p. 162 e ss. Para Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p. 8, “a alegação de que biologicamente só existe uma raça humana pode ser politicamente correta, mas é extremamente problemática. Está certo que a maior parte do genoma dos indivíduos parece ser igual. Entretanto, os humanos também compartilham grande parte do genoma dos chimpanzés, que são uma espécie completamente distinta. Será que com base nesse intenso compartilhamento genético as pessoas estariam dispostas a considerar que os humanos e os chimpanzés fazem parte de uma só espécie? O conjunto de informações genéticas que diferencia espécies e indivíduos de uma mesma espécie pode ser diminuto, mas é importante. Dos bilhões de nucleotídeos que compõem o DNA, apenas uma pequena sequência de cento e poucos deles é responsável pela forma das hemácias do sangue. Porém, indivíduos que tenham apenas alguns desses nucleotídeos fora da ordem normal podem vir a ter talassemia ou anemia falciforme, o que tornará a vida e o sangue dessas pessoas completamente diferentes das demais”.

genômica é compartilhada por todas as populações e por todos os continentes, sendo que as diferenças genéticas dentro de cada grupo continental equivalem a 85,4%⁸⁷⁴. Tais conclusões resultam na classificação do *homo sapiens* como uma espécie monotípica, ou seja, uma espécie que não se subdivide em raças, o que significa dizer que a raça se confunde com a própria espécie. Dito de outro modo, não haveria diferenças genéticas relevantes entre as pessoas, mas apenas variações biofisiológicas ou fenotípicas.

A divulgação de estudos científicos que demonstram a suposta inexistência de raças humanas não foi, no entanto, capaz de impedir recentes manifestações de opiniões e novas teses que inferiorizam a capacidade intelectual de determinados grupos raciais.

De autoria do psicólogo Richard Herrnstein e do cientista político Charles Murray, o livro *The Bell Curve*, publicado em 1994, faz uma análise das variações de inteligência na sociedade estadunidense – a partir de diversos aspectos, incluindo o recorte racial – e chama a atenção para os efeitos dessas variações, propondo políticas para a mitigação destes. A partir da avaliação de dados compilados do *National Longitudinal Study of Youth* (NLSY), realizado pelo *United States Department of Labor's Bureau of Labor Statistics*, os autores argumentam que a inteligência é mensurável por meio de elementos raciais, linguísticos e nacionais, e se configura como um dos fatores mais importantes correlacionados ao sucesso geral, econômico e profissional nos Estados Unidos. Ademais, defendem que sendo a inteligência, em grande parte, hereditária (de 40% a 80%), manipulações externas, a partir de fatores ambientais, têm efeitos improváveis no incremento significativo do quociente de inteligência (QI) de um indivíduo. Dentre os seus diversos argumentos controversos, a *teoria da curva do sino* estabelece relações entre o baixo nível de inteligência, o comportamento social e componentes genéticos, para justificar os resultados inferiores observados nos afro-americanos, quando em comparação com resultados obtidos pelos brancos⁸⁷⁵. Herrnstein e Murray afirmam, ainda, que o QI médio dos EUA está em declínio, devido à tendência dos mais inteligentes a terem menos filhos que os menos inteligentes, além da imigração em larga escala de pessoas com baixo quociente de inteligência. Para os autores, uma melhor compreensão da natureza da inteligência e de seus efeitos sociais correlatos é necessária para orientar futuras políticas públicas nos Estados Unidos.

⁸⁷⁴ Cfr. Sérgio D. J. Pena, *Humanidade sem raças?*, p. 37-38. O autor analisa os estudos realizados pelo geneticista americano Richard Lewontin, em 1972, sobre o Projeto Genoma e a origem comum da humanidade moderna na África.

⁸⁷⁵ Cfr. Richard J. Herrnstein e Charles Murray, *The Bell Curve*, p. 317 e ss.

Mais recentemente, o geneticista James Watson – ganhador do prêmio Nobel de Medicina, em 1962, pela descoberta da estrutura do DNA –, em entrevista publicada em 14 de outubro de 2007 no jornal britânico *The Sunday Times*, atribuiu o atraso do continente africano à menor capacidade intelectual dos negros.

Constata-se, então – não apenas pela persistência de ideias de inferioridade de grupos raciais determinados, mas pelas constatações estatísticas, que serão oportunamente pontuadas – que o racismo, longe de ter sido extinto ou mesmo se esmaecido pela simples declaração da inexistência biológica de raças humanas, apresenta-se como fenômeno complexo, que encontra variadas formas de manifestação e perpetuação.

Nessa senda, não são as raças humanas que originam o racismo. Pelo contrário, é o racismo que impulsiona a *divisão* dos homens em raças definidas⁸⁷⁶. Na linha do quanto defendido por Carlos Moore, é do enfrentamento e conseqüente repulsa entre povos fenotipicamente distintos que emerge a diferenciação inferiorizante de determinados grupos, a partir do olhar etnocêntrico e *fenotipocêntrico* do dominador. Trata-se (o racismo) de fenômeno que antecede a sua própria definição⁸⁷⁷. O racismo surge, então, como fenômeno de ordem histórica, social e cultural, que emerge das relações entre *civilizações* distintas, para, posteriormente, desenvolver-se enquanto ideologia política – fundada nas ciências sociais e da natureza – mantenedora do *status quo* de dominação e superioridade de grupos associados a certos fenótipos. Efetivamente, é a partir da consolidação do racismo que são desenvolvidas as primeiras classificações raciais humanas na ciência, que formalizam e perpetuam as construções simbólicas extraíveis das relações sociais, retroalimentando-as e difundindo-as para as mais variadas vertentes da vida em sociedade, até mesmo no campo jurídico⁸⁷⁸.

Importa salientar, nesse ponto, que, embora de fato esteja associada, sobretudo a fatores fenotípicos, a raça – enquanto construção social – pode não se basear exclusivamente em características físicas, mas também em determinadas especificidades de ordem linguística, religiosa ou cultural. Assim, reunidos e batizados como raça, tais fatores são agrupados e homogeneizados sob a rubrica dos fenômenos biológicos, numa sociedade marcada pela sacralização da ciência. Incrustada nas relações sociais, pautada também em interesses políticos de dominação, a noção de raça segue cambiante, moldada pelas mais diversas manifestações do

⁸⁷⁶ É nesse sentido que Jean-Paul Sartre, *Réflexions sur la question juive*, p. 75, afirma que “c’est l’antisémite qui fait le Juif” (grifo do autor).

⁸⁷⁷ Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 31.

⁸⁷⁸ Para Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 17, “o discurso e a prática do racismo se inserem nas estruturas do chamado Estado Democrático de Direito, perpassando as plataformas dos partidos políticos de direita e esquerda, e orientando os estereótipos veiculados pela grande indústria de massa audiovisual, que, por sua vez, alimenta o imaginário e a linguagem popular”.

racismo, que, convenientemente, atribuem à *pertença racial* certos comportamentos e padrões morais. Dessa maneira, ao longo da história da humanidade, o racismo – enquanto sistema de opressão – cria e recria as raças e os fundamentos de sua subalternização, vulnerabilizando tantos grupos quantos forem os desviantes do padrão hegemônico do colonialismo/imperialismo branco europeu: negros, indígenas, judeus, árabes, ciganos, asiáticos⁸⁷⁹.

Desse modo, muito embora cientificamente tenha sido aplacado o determinismo biológico aplicado aos seres humanos – crédito das descobertas da Genética, que afirma a inexistência de raças humanas –, não se pode concluir que o racismo tenha, com isso, perdido sua intensidade e seu poder de determinar, em relevantes aspectos, as relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas⁸⁸⁰.

2. A persistência da raça e sua relevância jurídica

Assentada a conclusão de que a raça não é mais definida em termos biológicos, pode-se dela extrair a extinção das raças humanas? A resposta é negativa. A raça persiste enquanto construção sociopolítica e sua inconformidade enquanto conceito aplicável às ciências biológicas não elimina os estigmas que ela é capaz de (re)produzir, no âmbito das relações sociais⁸⁸¹.

Desde os tempos mais longínquos, o fluxo migratório dos povos em busca de recursos básicos e melhores condições de sobrevivência resultou no encontro conflituoso entre

⁸⁷⁹ Sobre o não reconhecimento, pelo colonizador branco, de igual *status* ontológico e moral das pessoas não brancas, Charles Mills, *The racial contract*, explica que: “By virtue of their complete nonrecognition, or at best inadequate, myopic recognition, of the duties of natural law, nonwhites are appropriately relegated to a lower rung on the moral ladder (the Great Chain of Being). They are designated as born *unfree* and *unequal*. A partitioned social ontology is therefore created, a universe divided between persons and racial subpersons, *Untermenschen*, who may variously be black, red, brown, yellow – slaves, aborigines, colonial populations – but who are collectively appropriately known as ‘subject races’. And these subpersons – niggers, injuns, chinks, wogs, greasers, blackfellows, kaffirs, coolies, abos, dinks, googoos, gooks – are biologically destined never to penetrate the normative rights ceiling established for them below white persons”.

⁸⁸⁰ Nas palavras de Colette Guillaumin, “*Ya lo sé...pero*” o los avatares de la noción de raza, p. 59, “limitado a sí mismo, el rechazo de la noción de raza puede jugar el papel de simple *denegación* (...). Negar su existencia de *categoría empíricamente válida* es una cosa – verdadera – que no suprime para nada la realidad estatal y la realidad social de esta categoría, que no acalla para nada el hecho de que, si bien no es empíricamente válida, es sin embargo *empíricamente efectiva*. Afirmar que una noción presente en el vocabulario de una sociedad, es decir en su forma de organizar lo real”.

⁸⁸¹ Oscar Alfredo Agüero, *Sociedades indígenas, racismo y discriminación*, p. 257, afirma que mostrar “la inconsistencia científica de una categoría como ésta es insuficiente para hacerla desaparecer de las categorías mentales, no sólo de la mayor parte de la gente sino también de aquellos que están intelectualmente persuadidos de su inexistencia in tanto que hecho natural. Que la raza sea um ‘hecho natural’ o no, que sea un ‘hecho mental’ o no, lo que sí que es hoy en día, en el Siglo XX, es una realidad jurídica, política, históricamente inscrita en la realidad, y que juega un papel efectivo y constringente en las sociedades concernidas”.

civilizações com profundas diferenças culturais e morfofenotípicas. Nessas circunstâncias de disputa, o fenótipo das civilizações rivais era marco distintivo essencial e objetivo, que gerava não apenas estranheza diante do desconhecido, mas também sentimento de repulsa. Desse modo, as referências físicas serviam, a um só tempo, de baliza para o autorreconhecimento e aglutinação de indivíduos e para a autoafirmação de superioridade ante a necessidade de subjugação do outro.

O racismo surge, então, como *forma de consciência grupal historicamente determinada*, a partir de confrontos civilizatórios ocorridos autonomamente em diferentes realidades temporais e geográficas, o que explica a sua atemporalidade e universalidade⁸⁸².

Entendido desse modo, o racismo estabelece relações racializadas entre sociedades e intrassociedades, sem que seja possível fixar um marco temporal específico; sem que se possa determinar seu sujeito criador. Sem abandonar a natureza de forma de conscientização grupal de ordem histórica, social e cultural, o racismo também adquire, ao longo do tempo, vestes ideológicas (ideologias racistas), a partir da sua consolidação cientificamente fundamentada, evoluindo, ainda, para a seara política, em certos casos, com normatização jurídica formal.

Esse extenso processo sistêmico de ordenação das sociedades em raças – às quais se atribui superioridade/inferioridade inata – modula, até os dias de hoje, as relações intergrupais e interpessoais, numa lógica de hierarquização racial conforme o fenótipo das pessoas.

Com efeito, as diferenças morfofenotípicas continuam sendo uma das mais básicas e imediatas formas de identificação do indivíduo⁸⁸³ na sociedade. A *figura externa* com a qual a pessoa se apresenta para o mundo, no que diz respeito à raça, é fator natural e imodificável, que independe da vontade do sujeito. Isso quer dizer que o racismo sujeita as pessoas identificadas como pertencentes às raças inferiores à discriminação, pré-julgamento e exclusão, automaticamente, pelo mero contato visual; promove a desqualificação do outro pelos seus atributos irrenunciáveis; pela simples imagem que carrega. De fato, diferentemente de outros elementos que também costumam motivar comportamentos preconceituosos, intolerantes e discriminatórios – como a religião, a nacionalidade, ideologia política, classe social, dentre

⁸⁸² Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 192 e ss.

⁸⁸³ Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 30. Moore, p. 36-37, explica que “as características distintivas das chamadas raças teriam surgido, majoritariamente, como respostas adaptativas aos diferentes ambientes aos quais se viram expostos os *Homo sapiens* enquanto migravam por todo o planeta. Dessa maneira, as populações leucodérmicas – brancos e amarelos – não poderiam ter surgido de outra forma, senão como uma variação adaptativa das populações de pele escura”. Para o autor, p. 39, a descoberta da origem comum africana da humanidade impacta “favoravelmente no imaginário social – onde precisamente se enraíza o racismo –, na medida em que sublinham com força o fato de que todos os humanos partilhamos do mesmo patrimônio genético, procedemos de um berço geográfico comum e usufruímos de uma longa história genética comum”. (grifos do autor).

outros atributos modificáveis –, em linhas gerais, a raça desperta tais sentimentos e reações pela simples imagem do sujeito.

Não que a raça – no que diz respeito à existência de diferenças morfofenotípicas entre as pessoas – seja, por si só, perniciosa. Trata-se – assim como o gênero, a origem e a faixa etária – de fator de autorreconhecimento e agrupamento de pessoas, a partir de diferenças/semelhanças naturais observáveis. O problema não está na raça em si, mas na valoração que se lhe atribui – com (re)produção de *verdades sociais normatizadoras*⁸⁸⁴ – para justificar relações de poder e dominação, com indúvidos reflexos no acesso a bens, colocações e direitos.

Dessa maneira, a concepção contemporânea de raça está associada especialmente às searas social e jurídica, de sorte que as diferenças humanas fundadas, notadamente, em aspectos fenotípicos marcadores da raça influenciam as relações sociais, gerando consequências nas mais diversas esferas da vida em sociedade, a exemplo do trabalho, da educação, da moradia e da saúde. O racismo funciona, portanto, como mecanismo – individual e/ou coletivo – de dominação; como fator estruturante da vida social, política e socioeconômica, na forma de privilégios e vantagens conforme o *status racial* das pessoas⁸⁸⁵.

Não se pode deixar de pontuar os efeitos psicológicos⁸⁸⁶ ocasionados pelo racismo, capaz de incutir e reproduzir, por gerações, sentimentos de inferioridade/superioridade reforçados pelos meios de comunicação, pelo sistema de ensino e pelas instituições públicas e privadas, além das religiosas – e que contribuem para a perpetuação dos estigmas e normatizações sociorraciais. Muitas vezes, o racismo se encontra tão impregnado nas estruturas sociais, que a reprodução de comportamentos racialmente hierarquizantes nem sempre ocorre com deliberado desígnio ou de forma absolutamente consciente. Aquele que se beneficia de um sistema social racializado pode até mesmo não defender ou ratificar a superioridade racial do grupo a que pertence, mas, ainda assim, usufrui dos privilégios e vantagens que esse sistema

⁸⁸⁴ Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p.191.

⁸⁸⁵ Neusa Santos Souza, *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*, p. 20, observa as funções simbólicas (valorativas e estratificadoras) que a raça exerce em sociedades de classes multirraciais e racistas, como a brasileira. Desse modo, “a categoria racial possibilita a distribuição dos indivíduos em diferentes posições na estrutura de classe, conforme pertençam ou estejam mais próximos dos padrões raciais da classe/raça dominante”.

⁸⁸⁶ Para uma abordagem psicológica dos efeitos do racismo, ver Frantz Fanon, *Peau noir, masques blancs*. Abordando o racismo contra o negro no Brasil, numa perspectiva da *emocionalidade*, Neusa Santos Souza, *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*, propõe a criação de um discurso do negro sobre o negro. Nas palavras da autora, p. 17-18, “saber-se negra é viver a experiência de ter sido massacrada em sua identidade, confundida em suas perspectivas, submetida a exigências, compelida a expectativas alienadas. Mas é também, e sobretudo, a experiência de comprometer-se a resgatar sua história e recriar-se em suas potencialidades”.

lhe proporciona. De outro modo, ocorre, não raras vezes, um processo de internalização do racismo pelas próprias vítimas da discriminação racial, que acabam por absorver mecanismos de reprodução comportamental desse fenômeno sistêmico.

No mundo contemporâneo, a resistência e difusão do racismo encontram respaldo também na própria negação de sua existência, acompanhada da afirmação de *mitos de democracia racial* e de *vitimização* dos grupos raciais vulnerabilizados. Decerto que o reconhecimento é condição necessária para o enfrentamento e desconstrução do racismo, e sua negação apenas contribui para que seja mantido o *status quo* de monopolização de recursos e poder em favor das *raças superiores*.

O atual estágio de desenvolvimento da humanidade em termos de expansão da educação, acesso à informação e progresso científico e tecnológico, à primeira vista, poderia gerar expectativas de apaziguamento do racismo. Entretanto, o que se testemunha, no século XXI, é o recrudescimento do racismo no mundo, inserido na dinâmica socioeconômica globalizante, com manifestações de ódio racial cada vez mais intensas e disseminadas⁸⁸⁷.

Fosse o racismo, de fato, apenas uma criação ideológica, uma elaboração intelectual, sua desconstrução seria algo previsível e controlável, por meio de descobertas científicas e propagação do conhecimento. Mas, tratando-se de fenômeno surgido historicamente da disputa entre povos distintos, o racismo parece se reoxigenar em torno dos novos conflitos por recursos, bens e poder, nas sociedades contemporâneas. No mundo globalizado parece ter ocorrido também a *globalização do racismo*, que não encontra mais fronteiras para sua perpetuação, apesar de avanços antirracistas significativos em determinados países e no âmbito do sistema normativo internacional.

Admitida a persistência da raça e de seus efeitos no século XXI, importa ressaltar que a identificação de agrupamentos raciais dependerá, em certa medida, das circunstâncias sociais e das intenções políticas e ideológicas. Isso porque – eufemismos à parte – o emprego do vocábulo raça depende do contexto, bem como do modo e da finalidade com que se

⁸⁸⁷ Nas palavras de Octávio Ianni, *Dialética das relações raciais*, p. 22, “Mais uma vez, no início do século XXI, muitos se dão conta de que está novamente em curso um vasto processo de racialização do mundo. O que ocorreu em outras épocas, a começar pelo ciclo das grandes navegações, descobrimentos, conquistas e colonizações, torna a ocorrer no início do século XXI, quando indivíduos e coletividades, povos e nações, compreendendo nacionalidades, são levados a dar-se conta de que se definem, também ou mesmo principalmente, pela etnia, a metamorfose da etnia em raça, a transfiguração da marca ou traço fenotípico em estigma”.

emprega⁸⁸⁸, podendo servir tanto a ideologias racistas quanto a ideologias antirracistas e igualitárias⁸⁸⁹.

Se assim não fosse, estariam também os sistemas jurídico-normativos contemporâneos impedidos de empregar o termo raça. Afinal, se não existem raças humanas, por que os textos jurídicos continuam a fazer uso da palavra cujo emprego chegou a ser *rejeitado* pelas Nações Unidas? Não estaria o Direito, ao insistir na utilização do vocábulo e na abordagem da questão racial, reforçando, de algum modo, ideologias racistas; juridicizando uma ordem social racializada e excludente? Finalmente, qual a relevância jurídica da raça?

Se a raça se apresenta como realidade que, no contexto das sociedades atuais, continua servindo como elemento balizador de *normatizações sociais hierarquizantes*, que promovem o bloqueio sistemático do igual desfrute de garantias e direitos fundamentais a grupos que reúnem determinadas características fenotípicas, o Direito deve, sim, continuar abordando a questão racial. Aliás, se as ciências jurídicas permanecerem alheias à questão racial estarão, por omissão, validando os sistemas de iniquidades raciais observados nas mais diversas sociedades da atualidade.

Já se pontuou, no decorrer deste estudo, que o princípio igualitário, gradativamente, conquistou espaço nas teorias filosóficas, políticas e jurídicas, sem, no entanto, apresentar, à partida, empecilhos à ratificação das desigualdades raciais pelos ordenamentos estatais. Com efeito, as aspirações liberais igualitárias eram convenientemente alheias ao fenômeno da escravidão, redundando numa consagração restritiva do princípio da igualdade perante a lei. Tratava-se, verdadeiramente, de igualdade estabelecida não apenas conforme a raça, mas também conforme o gênero, traduzindo-se, a rigor, numa máxima de igualdade de todos os *homens brancos* perante a lei, conforme a sua *capacidade*⁸⁹⁰.

Todavia, a *intervenção negativa* dos poderes públicos no domínio das relações raciais não se limitou à proclamação de normas jurídicas formalmente igualitárias. Não bastasse a ratificação estatal do processo de inferiorização das minorias raciais, por meio da glorificação

⁸⁸⁸ Para Ellis Cashmore, *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 451, raça “é um significante mutável que significa diferentes coisas para diferentes pessoas em diferentes lugares na história e desafia as explicações definitivas fora de contextos específicos”.

⁸⁸⁹ Em sentido contrário, considerando que “todas as sociedades que reconhecem raças sociais são invariavelmente racistas”, Pierre L. van den Berghe, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 455-456. No mesmo sentido, entendendo que a atribuição de significado social a variações fenotípicas nem sempre tem conteúdo ideológico, sendo, portanto, necessário analisar o conteúdo do significado atribuído, Robert Miles, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 457.

⁸⁹⁰ É nesse sentido que Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 254, aponta três principais contradições do princípio liberal da igualdade, quais sejam: a) o alheamento da igualdade liberal à escravatura e à subjugação das populações negras; b) o não reconhecimento do estatuto igualitário às mulheres; c) o estabelecimento, mesmo no âmbito da população masculina, de critérios capacitários de participação política.

da neutralidade e do abstencionismo, o Estado, em muitos casos, passou, ele mesmo, a garantir a perpetuação de sistemas sociais discriminatórios, oficializando-os legalmente. Foi o que ocorreu, para citar alguns casos, no sistema de segregação racial dos Estados Unidos, após a Guerra de Secessão, no Holocausto nazista da Alemanha *hitlerista* e no *apartheid* sul-africano. Isso para mencionar apenas três exemplos entre os mais conhecidos internacionalmente, diante de tantas outras barbáries cometidas em nome da pureza étnico-racial⁸⁹¹.

A partir de um fato histórico não muito remoto, porém pouco recordado, conhecido como *caso Tuskegee*, pode-se enfatizar como fatores raciais constituíram o motor de posturas estatais ligadas à coisificação das raças tidas como inferiores. Na primeira metade do século XX, as fundações privadas e o governo federal estadunidense começaram a centralizar esforços no combate a doenças venéreas⁸⁹². Nesse intuito, de 1932 a 1972, o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América (*United States Public Health Service*), com a colaboração do Instituto Tuskegee, realizou, no condado de Macon, Estado do Alabama, uma pesquisa científica denominada Estudo Tuskegee da Sífilis não tratada em Homens Negros (*Tuskegee Study of Untreated Syphilis in the Negro Male*), para a qual foram *selecionados* 600 homens negros – dos quais, 399 já estavam infectados.

O programa tinha como objetivo estudar a evolução, a longo termo, da patologia livre de qualquer tratamento⁸⁹³. O estudo foi realizado sem o consentimento *livre e esclarecido* dos pacientes, os quais não foram informados de que eram portadores de sífilis, quais eram os efeitos da doença, nem que não estavam sendo tratados⁸⁹⁴.

40 anos após o início dos experimentos, somente 74 pessoas sobreviveram; 28 pessoas morreram diretamente de sífilis e outras 100 de complicações decorrentes da doença. Durante o período em que se desenvolvera os estudos, 40 esposas e 19 recém-nascidos se contaminaram⁸⁹⁵. Em 1973, foi ajuizada uma ação coletiva em nome dos participantes da

⁸⁹¹ Note-se que, desde 1950, ocorreram genocídios associados à questão racial, em diversas partes do mundo, como em Bangladesh, Cambodja, Bósnia e Ruanda.

⁸⁹² A questão surgiu quando, durante a Primeira Guerra Mundial, o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos detectou que muitos dos recrutas militares, brancos e negros, estavam infectados pela sífilis. Em decorrência, foi formada uma Divisão de Doenças Venéreas (*Division of Venereal Disease*) para promover a educação sanitária nas comunidades. Cfr. Susan Lynn Smith, *Sick and tired of being sick and tired: black women's health activism in America – 1890-1950*, p. 108.

⁸⁹³ Cfr. Susan Lynn Smith, *Sick and tired of being sick and tired: black women's health activism in America (1890-1950)*, p. 86 e ss.; Robert V. Smith, *Graduate research: a guide for students in the sciences*, p. 131-132.

⁸⁹⁴ Frise-se que, a partir de 1950, já havia efetivo tratamento contra a sífilis, a partir do uso de antibióticos. Cfr. Robert V. Smith, *Graduate research: a guide for students in the sciences*, p. 131. Pela participação no estudo – inicialmente projetado para durar seis meses –, os pacientes receberam exames médicos gratuitos, refeições e assistência funerária. Ver também informações disponíveis em <<http://www.cdc.gov/tuskegee/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

⁸⁹⁵ Em 1997, o então presidente Bill Clinton pediu desculpas formais aos apenas oito sobreviventes e às famílias dos demais participantes do estudo. Cfr. JET – A Johnson Publication, *President Apologizes at White House for*

pesquisa e de seus familiares, resultando na condenação do governo dos Estados Unidos ao pagamento do importe de 10 milhões de dólares em indenizações⁸⁹⁶.

A descoberta e divulgação dos reais propósitos e dos resultados da pesquisa deram origem à aprovação, pelo Congresso estadunidense, do *National Research Act*, de 1974, que estabeleceu as bases para a regulação da conduta ética e profissional biomédica no desenvolvimento de pesquisas⁸⁹⁷.

Embora seja difícil conceber que fatos como esses aconteceram num passado não muito distante, descobriu-se recentemente que não se tratou de um evento isolado⁸⁹⁸. Em 1940, experimentos semelhantes foram realizados, também pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América, dessa feita envolvendo participantes guatemaltecos. Durante as pesquisas, 696 pacientes foram intencionalmente infectados com sífilis e gonorreia, para fins experimentais. O objetivo do estudo era observar os efeitos de tais enfermidades sexualmente transmissíveis e a potencialidade da penicilina para combatê-las. No curso da fase de observação, morreram pelo menos 71 guatemaltecos infectados com as doenças, sem que os arquivos permitam afirmar a *causa mortis*.

Para além desse gênero de eventos pontuais situados na esfera da saúde, o século XX testemunhou momentos de completa subversão ao valor da dignidade humana, muitos dos quais tiveram o fator racial como ponto de irrupção.

Nada obstante, a história demonstra – como será possível constatar no capítulo seguinte – que o Direito avançou do uso restritivo ao uso garantista do termo raça, que já serviu de mote para a institucionalização de ideologias racistas em diversos países.

Errors in Tuskegee Case. A lembrança de casos como este demonstra a necessidade de reversão do ainda persistente quadro de coisificação dos indivíduos pertencentes a minorias raciais, garantindo-lhes o *status* de verdadeiros sujeitos de direitos. Em atenção aos familiares dos participantes da pesquisa, os Estados Unidos mantêm o Programa de Benefícios de Saúde Tuskegee (*Tuskegee Health Benefit Program*).

⁸⁹⁶ Em atenção aos familiares dos participantes da pesquisa foi criado o Programa de Benefícios de Saúde Tuskegee (*Tuskegee Health Benefit Program*). Informações disponíveis em «<http://www.cdc.gov/tuskegee/>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

⁸⁹⁷ Robert V. Smith, *Graduate research: a guide for students in the sciences*, p. 132.

⁸⁹⁸ Os dados foram divulgados após a publicação de um estudo realizado por Susan Reverby (professora de história da medicina do *Wellesley College*) – e publicado em setembro de 2010 –, tendo por base os arquivos de John Cutler, um dos responsáveis pelo experimento. Trata-se do mesmo pesquisador que liderou o Estudo Tuskegee. Após a publicação do estudo, o governo dos Estados Unidos, no dia 1º de outubro de 2010, pediu desculpas, publicamente, à Guatemala pelas pesquisas “trágicas e antiéticas”. O resultado do estudo realizado por Susan Reverby pode ser consultado em «<http://www.wellesley.edu/WomenSt/Reverby%20Normal%20Exposure.pdf>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022. Ver também «<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,eua-se-desculpam-por-experimento-com-sifilis-na-guatemala-nos-anos-40,618383,0.htm>». Publicado em 1º de outubro de 2010. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

A embaraçosa coexistência de ideologias estatais, fulcradas na coisificação das *raças inferiores* com as Constituições garantistas e Declarações de Direitos Humanos⁸⁹⁹, e a desaprovação, em âmbito internacional, das barbáries cometidas em defesa da pureza racial não foram capazes de interromper os conflitos raciais que persistem, com intensidades oscilantes, até os dias de hoje.

Tais constatações reforçam a necessidade de reconhecimento da esfera substancial do princípio da igualdade, bem como da relevância jurídica da questão racial. Por conseguinte, a consolidação de uma postura estatal conformadora não só das relações sociais, mas também das relações raciais, reflete-se na constitucionalização de valores orientados para a igual dignidade de todas as pessoas, alcançável a partir da distribuição racialmente equitativa dos bens, direitos e *status*.

Desse modo, o Estado, que antes exercia políticas de forma teoricamente homogeneizada, passa a levar em consideração as especificidades dos grupos vulnerabilizados protegendo as *minorias raciais*, num processo de revisão e complementação de sua postura anterior. É, então, com o desenvolvimento do Estado Social, e a partir da verificação de que os fatores raciais, que outrora justificaram barbáries, continuavam a condicionar o acesso aos direitos fundamentais, que as diferenças raciais passam a ser juridicamente relevantes – em sentido, agora, positivo –, servindo de alicerce até mesmo para a adoção de medidas de ação afirmativa.

A eliminação do termo raça ou a simples afirmação de que, cientificamente, inexitem raças humanas não tem o condão de destruir o potencial discriminatório – e muitas vezes genocida – que as práticas sociais a elas relacionadas adquiriram em meio à sociedade⁹⁰⁰.

Enquanto houver racismo, haverá raças humanas⁹⁰¹. Portanto, ao importante – embora insuficiente – discurso científico de inexistência de raças humanas, deve ser associada

⁸⁹⁹ Recorde-se que o Estado nazista alemão, numa das mais deploráveis barbáries da história da humanidade, sacrificou milhões de judeus e ciganos, a despeito do extenso rol de direitos fundamentais, até mesmo sociais, previstos na então vigente Constituição de Weimar, de 1919.

⁹⁰⁰ Colette Guillaumin, *“Ya lo sé...pero” o los avatares de la noción de raza*, p. 60, afirma que, embora a raça não exista cientificamente continua a produzir mortos. Nas palavras da autora, “produce muertos y continua asegurando el armazón de los sistemas feroces de dominación. (...) Es un medio de racionalizar y de organizar la violencia asesina y la dominación de los grupos sociales poderosos sobre otros grupos sociales reducidos a la impotencia”.

⁹⁰¹ Kabengele Munanga, *Uma Abordagem Conceitual das Noções de Raça, Racismo, Identidade e Etnia*, p. 12-13, afirma, a nosso ver acertadamente, que o racismo “continua a se basear em crença na existência das raças hierarquizadas, raças fictícias ainda resistentes nas representações mentais e no imaginário coletivo de todos os povos e sociedades contemporâneas”. Para o autor, “o racismo hoje praticado nas sociedades contemporâneas não precisa mais do conceito de raça ou da variante biológica, ele se reformula com base nos conceitos de etnia, diferença cultural ou identidade racial, mas as vítimas de hoje são as mesmas de ontem e as raças de ontem são as etnias de hoje. O que mudou na realidade são os termos ou conceitos, mas o esquema ideológico que subentende a dominação e a exclusão ficou intacto”.

a promoção da igual dignidade racial de todas as pessoas, em especial no meio jurídico. Assim, o papel das ciências jurídicas é justamente no sentido de reconhecer eventuais condicionamentos que as *raças socialmente construídas*⁹⁰² exercem na distribuição dos bens e no acesso aos direitos fundamentais. Esse é o ponto de partida para lograr a minimização das iniquidades raciais fáticas, por meio do direito.

A simples tolerância das diferenças e a afirmação da diversidade não são suficientes para implementar as profundas mudanças de paradigmas necessárias à paulatina desconstrução do racismo contemporâneo e das estruturas sociais hierarquicamente racializadas que dele decorrem. A diversidade, embora importante, não passa de uma constatação incapaz de instituir, por si só, significativos avanços nas relações sociorraciais. É preciso que a diversidade seja promovida em todas as esferas da vida em sociedade, acompanhada do reconhecimento e da validação das diferenças, para, a partir daí, buscar-se efetiva dignidade para todos.

Nas sociedades da atualidade, marcadas pela multiracialidade e por ordens racialmente hierarquizadas, pregar o mero discurso do universalismo indiferente às diferenças corresponde à defesa da manutenção do *status quo*, no qual a igualdade é direito preferencial das *raças superiores*. Da mesma maneira, atribuir toda sorte de iniquidades enfrentadas por determinados grupos raciais exclusivamente a condicionantes socioeconômicas, significa negar a especificidade e particularidade da questão racial. Raça e classe social são questões distintas, com efeitos e enfrentamentos diferentes, apesar de suas possíveis e complexas imbricações, a depender do contexto sociorracial em análise.

É a partir de todas essas considerações que se deve perquirir acerca da relevância jurídica do termo raça, possibilitando a compreensão da necessidade de sua subsistência nos textos jurídicos nacionais e internacionais.

O que é preciso fixar nessa etapa do estudo é a persistência da raça em seus sentidos social, histórico e cultural, com efeitos de hierarquização racial das estruturas sociais, de modo a tornar a abordagem jurídica da questão racial não apenas relevante, mas imprescindível na busca pela igual dignidade de todas as pessoas. Nessa senda, a igualdade racial somente poderá ser construída se, para além das políticas públicas universalizantes, forem consideradas as condicionantes de ordem racial que afetam o acesso racialmente equitativo aos bens da vida.

⁹⁰² Nas palavras de Kabengele Munanga, *Uma Abordagem Conceitual das Noções de Raça, Racismo e Etnia*, p. 6, “se na cabeça de um geneticista contemporâneo ou de um biólogo molecular a raça não existe, no imaginário e na representação coletivos de diversas populações contemporâneas existem ainda raças fictícias e outras construídas a partir das diferenças fenotípicas como a cor da pele e outros critérios morfológicos. É a partir dessas raças fictícias ou “raças sociais” que se reproduzem e se mantêm os racismos populares”.

2.1. Concepção jurídica de raça

Para que desempenhe o seu papel de efetivação da justiça e igual dignidade para todas as pessoas, o Direito não pode permanecer alheio à concepção de raça e os efeitos que discriminação racial produz no acesso e distribuição de direitos fundamentais. Desse modo, evoluiu-se, primeiramente, no âmbito da ordem normativa internacional, para um sistema especial de proteção de grupos raciais vulnerabilizados, cujo marco é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR), adotada pela Resolução nº 2.106-A (XX), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965.

O artigo 1º da CIEDR considera discriminação racial:

“toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”.

Também a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, no seu artigo 1º, nº 1, conceitua discriminação racial como

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer âmbito público ou privado, que tenha o objetivo ou efeito de anular ou limitar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos ou liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”.

A Convenção Interamericana ainda acrescenta que “a discriminação racial pode estar baseada em motivos de raça, cor, linhagem ou origem nacional ou étnica”.

Note-se que a noção de discriminação racial adotada pelas Convenções Internacionais não se restringe aos casos de distinção, exclusão, restrição ou preferência fundados exclusivamente na raça, enquanto fator demarcatório das características fenotípicas das pessoas.

De maneira semelhante, e apenas a título de exemplo, as legislações infraconstitucionais brasileira e portuguesa também adotam conceitos amplos de discriminação racial.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a *discriminação racial ou étnico-racial* é conceituada pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 12.288, de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial), como sendo

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

O ordenamento jurídico português, nos termos do artigo 3º, nº 1, da Lei nº 134, de 1999, também adota concepção abrangente de discriminação racial, conceituando-a como sendo:

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência em função da raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica, que tenha por objectivo ou produza como resultado a anulação ou restrição do reconhecimento, fruição ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos, sociais e culturais”.

No *Habeas Corpus* nº 82.424-2-RS, o Supremo Tribunal Federal, enfrentou a questão da concepção de raça e, por conseguinte, de racismo, considerando, casuisticamente, os judeus enquanto grupo racial. No caso posto à análise da Corte, após recurso do Ministério Público⁹⁰³, Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹⁰⁴ pela prática do crime de racismo, em virtude da edição e publicação de livros de cunho antissemita, nos quais fazia apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra judeus. Impetrado *habeas corpus* pelos advogados do réu, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem e manteve a condenação, bem como o posicionamento sobre a imprescritibilidade do crime⁹⁰⁵. A defesa do réu argumentou que a inexistência de diferenças biológicas entre os seres

⁹⁰³ A ação penal proposta pelo Ministério Público foi julgada improcedente em primeira instância, tendo o magistrado consignado que as manifestações antissemitas contidas nas publicações de Siegfried estavam no âmbito da liberdade de expressão, constitucionalmente protegida.

⁹⁰⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, enfatizando os limites constitucionais da liberdade de expressão, proveu o recurso do Ministério Público contra a absolvição do réu, e o condenou a uma pena de dois anos – com *sursis* por quatro anos –, determinando, ainda, a destruição do material apreendido.

⁹⁰⁵ Note-se que, até essa instância, o judiciário não havia emitido entendimento acerca da concepção de raça. De fato, o acórdão do STJ entendeu que as ações descritas no tipo penal do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 não devem ser diferenciadas para fins de configuração de delito de racismo. A ementa é elucidativa: “CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS

humanos impedia a classificação dos judeus como categoria ou grupo racial. Assim, se os judeus não constituíam uma raça, contra estes não poderia ser praticado o crime de racismo capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade⁹⁰⁶. Em seu acórdão, o Supremo Tribunal Federal adotou uma concepção de raça, levando em consideração fatores históricos, culturais e sociais, que, em conjunto, formam a definição jurídica do termo. A partir desse entendimento, segundo a Corte, os judeus são reconhecidos como raça podendo, portanto, ser vítimas de racismo. A decisão – que, por maioria, confirmou a condenação do réu pela prática do crime de racismo – refere-se, ainda, aos limites morais e jurídicos do direito à liberdade de expressão, que, para os magistrados, não poderia servir de veículo para a prática de condutas ilícitas e contrárias aos valores constitucionais⁹⁰⁷.

PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA. I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam uma raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*. II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração. IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. V. Ordem denegada”. (STJ, *Habeas Corpus* 15155 RS 2000/0131351-7).

⁹⁰⁶ O artigo 5º, inciso XLII, da CRFB, estabelece que a prática do racismo é “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁹⁰⁷ “Ementa: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei nº 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei nº 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas

Desse modo, constata-se que, na decisão mencionada, os judeus são considerados um grupo racial para o enquadramento e repressão do crime de racismo – e consequente proteção do direito à não discriminação racial, – sem que tal grupo conste do rol oficial de raças para fins de estatística populacional e indicadores sociais.

Verifica-se, desse modo, que, apesar das já pontuadas distinções entre raça e termos conexos, os textos normativos antidiscriminação – com nítido intuito protetivo – englobam no conceito de *discriminação racial* outros fatores de vulneração que não estão necessariamente associados às características fenotípicas das pessoas.

que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações áéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal, de 1988, impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada." (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

Em linhas gerais, não há prejuízo na opção por uma noção ampla de discriminação racial, desde que alguns aspectos relevantes sejam pontuados. Primeiramente, deve-se observar que, apesar da amplitude da concepção, não há completa absorção conceitual entre os elementos elencados. Dito de outro modo, os demais fatores identitários listados não são incorporados à noção de raça, de modo a perderem suas especificidades, mesmo porque não deixam de ser indicados *de per se*. O que se almeja, efetivamente, com tal conceituação normativa *lato sensu* é a proteção contra atos discriminatórios que afetem as principais características identitárias essenciais do indivíduo.

Ver-se-á, quando do estudo do conteúdo do direito à igualdade racial, que muitas das premissas aplicáveis à discriminação motivada pela raça podem ser adaptadas aos demais tipos de discriminação identitárias, ressaltando-se, no entanto, a necessidade de se observarem as noções e atributos próprios do fator identitário violado no caso concreto. Essa cautela é especialmente importante quando se trata da promoção da igualdade e do direito à diferença, dimensões que envolverão conteúdos mais ou menos amplos, conforme o elemento identitário em questão. Por exemplo, em sede de direito à diferença e à promoção da igualdade étnica, é pertinente que sejam considerados fatores culturais e linguísticos, para além dos marcadores de cunho morfofenotípicos.

Sob essa ótica, é preciso ressaltar que a necessidade de proteção contra outras formas de opressão com base na identidade das pessoas não pode dar espaço para equívocos conceituais. Nem todo grupo social vulnerabilizado constitui uma raça, embora possa ser também destinatária da devida proteção pela ordem jurídica. Abarcar todas as formas de opressão na categoria raça pode ocasionar uma leviana *racialização das minorias* – ou mesmo a *desracialização* do racismo – o que, além de invisibilizar os avanços conceituais já alcançados na esfera das relações raciais, pode gerar uma cegueira ou indiferença para as especificidades das demandas jurídico-políticas de outros grupos identitários.

De todo modo, é importante ressaltar que a concepção jurídica de raça deve se pautar em fatores sociais, históricos e culturais – e não meramente genéticos ou antropológicos –, atentando-se para os elementos concretos que geram a hierarquização racial das pessoas e, portanto, a discriminação racial, no contexto fático. São justamente os fatores que desencadeiam a discriminação racial que devem servir de parâmetro para a implementação de medidas jurídico-políticas de combate ao racismo e de promoção da igualdade racial.

2.2. A classificação racial pelo Direito

Estabelecido que os sistemas jurídicos – sob uma perspectiva protetiva, emancipatória e materialmente igualitária – devem continuar se ocupando da raça e do racismo, com vista à correção do acesso racialmente desigual a bens, direitos e oportunidades, surge a problematização da classificação racial pelo Direito. Isso porque o histórico de categorização dos indivíduos a partir da raça – tanto pelas ciências naturais, como pelas ciências jurídico-políticas – é marcado por delicado estigma eugenista e segregacionista. Diante das máculas historicamente vivenciadas pela racialização das sociedades pelo Estado, como o Direito deve lidar com a necessidade de determinação da classificação racial dos indivíduos, dessa feita para fins de promoção da igualdade racial?

Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, a definição da pertença racial do indivíduo não se faz relevante apenas no âmbito de medidas de promoção da igualdade racial. Mesmo na tutela do direito à não discriminação racial, a classificação racial e a própria concepção de raça podem ser condição *sine qua non* para a atuação preventiva e repressiva de atos discriminatórios por parte do sistema de justiça. Com efeito, uma interpretação restritiva do termo raça ou mesmo o não reconhecimento de que o indivíduo discriminado pertence a determinado grupo racial vulnerabilizado pode influenciar decisivamente na aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

Feito esse alerta, é relevante frisar que a classificação racial se mostra indispensável para a adoção de políticas públicas de promoção da igualdade racial e, conseqüentemente, para as normas jurídicas correspondentes. Já foi dito que o Estado deve garantir a igualdade de oportunidades nos contextos sociais em que se observa a desigualdade de tratamento dos grupos vulnerabilizados. O mesmo se aplica aos poderes públicos nas ordens sociais racialmente hierarquizadas, sob pena de, a partir de sua inação, estar o Estado chancelando o racismo e as iniquidades sociorraciais verificadas.

Mas para promover políticas de igualdade racial, é preciso que se definam os grupos raciais que se encontram representados na sociedade, analisando as relações de poder entre estes estabelecidas, as quais podem condicionar o igual gozo de liberdades e oportunidades pelos indivíduos. A formulação e a operacionalização de tais políticas públicas dependem também de informações cadastrais e análises estatísticas que considerem o elemento raça, a fim de que sejam determinados os grupos raciais que devem ser destinatários de medidas afirmativas.

Não se pode olvidar, no entanto, que, assim como podem servir à justa implementação de políticas públicas de promoção da igualdade, as técnicas de classificação

racial podem ser formuladas – ou suas informações podem ser omitidas nas estatísticas e registros públicos⁹⁰⁸ – de modo a atender aos interesses hegemônicos, invisibilizando determinados grupos vulnerabilizados e, por conseguinte, as iniquidades a que são submetidos.

Atualmente, diversos países da América Latina – cuja miscigenação supostamente teria evitado a fragmentação racial das sociedades – afastaram-se da noção elaborada de democracia racial e passaram a incluir nos seus censos categorias raciais, como indígena, negro e afrodescendente. Tais mudanças são resultado das crescentes demandas dos movimentos sociais, bem como da constatação, por meio de indicadores sociorraciais, da persistência de desigualdades socioeconômicas fundadas na raça e/ou etnia.

Um estudo sobre a *Pigmentocracia nas Américas* demonstrou, a partir de dados estatísticos, como a cor da pele dos indivíduos reflete no acesso à educação. A análise mostra que, com raras exceções, em todas as regiões estudadas, as pessoas de pele mais clara possuem maior grau de escolaridade que aquelas de pele mais escura, sendo que, mesmo em países considerados multirraciais, a relação negativa entre a cor da pele e o êxito acadêmico é independente de variáveis socioeconômicas⁹⁰⁹. Concluiu-se, portanto, que a cor da pele, enquanto medida central da raça, ainda é importante elemento de estratificação social nas Américas, nos dias de hoje, o que permite a caracterização de maior parte desses países como *pigmentocracias*⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Na década de 1970, no Brasil – período da ditadura militar – houve supressão da cor no recenseamento geral e na certidão de nascimento (a partir de alterações na Lei de Registros Públicos), sob a justificativa da miscigenação e democracia racial reinantes no País. Karin Sant’Anna Kössling, *As Lutas Anti-racistas de Afro-descendentes sob Vigilância do DEOPS/SP (1964-1983)*, p 113, recorda que “o IBGE não teria divulgado dados referentes à presença do racismo nas relações de trabalho segundo matéria do jornal Folha de São Paulo, de 22/1/82. A reportagem denunciou que o IBGE tinha conhecimento, desde 1980, sobre o racismo no mercado de trabalho, dificuldades na contratação e salários menores para os negros e pardos, mas essa pesquisa do Departamento de Estudos e Indicadores Sociais foi mantida em sigilo. Essas medidas revelam a preocupação de sigilo que o regime militar manteve em relação aos movimentos negros que, por certo, se tivesse conhecimento desses dados, fortaleceriam os seus argumentos e a sua própria luta”.

⁹⁰⁹ Considerando a variabilidade e fluidez racial em determinados contextos, bem como a possível subjetividade da autoidentificação racial, o estudo leva em consideração a cor da pele como critério relativamente objetivo que retrata mais fielmente a forma como o indivíduo é percebido socialmente. Desse modo, o Barômetro das Américas usou como base uma paleta de cores de pele em onze tons diferentes, como forma de oferecer uma perspectiva única acerca da raça em 23 países da América Latina. Cfr. Edward Telles e Liza Steele, *Pigmentocracia en las Américas: ¿cómo se relaciona el logro educativo con el color de piel?*, p. 2 e ss.

⁹¹⁰ Cfr. Edward Telles e Liza Steele, *Pigmentocracia en las Américas: ¿cómo se relaciona el logro educativo con el color de piel?*, p. 7. O conceito de pigmentocracia foi empregado academicamente pelo filósofo chileno Alejandro Lipschütz, *El problema racial en la conquista de América*, para contextualizar a estratificação social nas colônias espanholas na América, fundada principalmente na cor da pele, elemento gerador e reproduzidor de hierarquização sociorracial. Para o autor chileno, a pigmentocracia foi um dos fatores centrais de legitimação da dominação e exploração a que foi submetida a população indígena durante o processo de colonização, relegando aos índios e mestiços – marcados por padrões fenotípicos destoantes daqueles atribuídos ao europeu de origem espanhola – a base da estrutura social.

Já se pontuou que quando a desigualdade jurídica é estabelecida com base em *critérios suspeitos* – como sexo, raça, etnia, compleição física etc. – exige-se do julgador mais rigor na análise da medida correspondente, para afastar a presunção de inconstitucionalidade que se atribui às leis/atos que empregam tais elementos de *discrímen*.

Dos critérios de discriminação apontados como suspeitos pelas cláusulas de *proibição concreta de discriminação*, a raça se apresenta dentre aqueles que possuem perfil específico a legitimar a implementação de ações afirmativas. Isso porque a discriminação racial adversa reveste-se de caráter especialmente odioso ao se fundar em características imodificáveis do sujeito e que independem de sua livre escolha, de seu mérito ou de sua trajetória individual. A identidade racial das pessoas é um dado que, em geral, não se pode ocultar ou alterar e, quando é fator determinante de estigmatização social, não há possibilidade de o sujeito vitimado (direta ou indiretamente) desvincular-se do grupo a que pertence, a fim de permanecer incólume a tais concepções socialmente construídas.

Sob essa perspectiva, a igualdade envolve, também, a classificação dos entes em categorias com atributos semelhantes. Dito de outro modo, “igualar é criar classes ou grupos”⁹¹¹. E a identificação de tais grupos depende, de outro lado, do reconhecimento de outros com estes contrastantes⁹¹². Embora, à primeira vista, pareça simples definir se um indivíduo integra esse ou aquele grupo, a questão abarca o complexo problema da atribuição de pertença.

A classificação racial consiste no conjunto de categorias em que se podem enquadrar os sujeitos⁹¹³, e se distingue dos denominados métodos de identificação. Estes dizem respeito aos modos de definição de pertença dos indivíduos aos grupos racialmente estabelecidos. A classificação racial é mutável de acordo com a realidade sociorracial e a formação populacional de cada país, podendo sofrer alterações ao longo do tempo, especialmente quando se considera o fenômeno das migrações.

No Brasil, por exemplo, o primeiro censo nacional – com a denominação de Recenseamento da População do Império do Brasil – foi realizado em 1872 com um sistema de classificação racial que identificava quatro categorias: branco, preto, pardo e caboclo⁹¹⁴.

⁹¹¹ Cfr. José Reinaldo de Lima Lopes, *Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras*, p. 74.

⁹¹² Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, *Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras*, p. 72, “só me torno negro diante do branco, só me torno índio diante do branco, só me torno brasileiro diante do estrangeiro, só me torno judeu diante do gentio, só me torno muçulmano diante do infiel e assim sucessivamente”.

⁹¹³ Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p. 7.

⁹¹⁴ José Luís Petruccelli, *Classificação racial e políticas de ação afirmativa nas universidades*, p. 146. De acordo com o autor, no âmbito da identificação racial, os civis eram divididos entre livres e escravos, sendo que as pessoas livres se autotransferiam e os escravos eram classificados pelos seus proprietários.

Em 1890, quando da realização do segundo censo nacional – e por influência das teorias racistas que se ocupavam da noção de mestiçagem, acarretada pela mistura de raças – a nomenclatura da categoria *pardo* foi alterada para *mestiço*, sem alterações das demais, gerando a seguinte classificação: branco, preto, caboclo e mestiço. Nos censos seguintes, de 1900 e 1920⁹¹⁵, não houve inclusão de classificação racial, cuja retomada se deu apenas no levantamento estatístico populacional de 1940. Este excluiu a classe mestiço e passou a considerar a categoria amarelo – mantida até os dias atuais –, devido à imigração japonesa ocorrida entre 1908 e 1929. As categorias, então, eram: branco, preto, amarelo e pardo (para os que não se enquadravam nas três classes anteriores). Desde o Censo de 1940⁹¹⁶ até o de 1991, a classificação se referia apenas à *cor*⁹¹⁷, sendo que, a partir do Censo de 1991, com a inclusão da categoria *indígena*⁹¹⁸, a classificação passou a ser denominada de *cor ou raça*. Em 2010, ano do último Censo, foram repetidas as mesmas categorias de classificação (branco, preto, pardo, amarelo e indígena), mantidas no atual sistema classificatório racial do IBGE^{919 920}.

Apesar das categorias raciais oficialmente reconhecidas em determinado Estado – que, em tese, dizem respeito à representatividade desses grupos na formação populacional de cada país –, é possível que sejam juridicamente reconhecidas outras para fins de proteção jurídico-legal. Primeiramente porque os direitos fundamentais – no seu atual estágio de desenvolvimento e reconhecimento pelos Estados democráticos contemporâneos e pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos – não socorrem apenas os nacionais do Estado, podendo haver identificação, casuisticamente, de outros grupos raciais que não aqueles distinguidos pelos órgãos oficiais, mormente para garantia do direito à não discriminação do estrangeiro em trânsito. Em segundo lugar, mesmo em se tratando de fato ocorrido no território nacional, envolvendo cidadãos nacionais, pode ser necessário reconhecer a existência de outra

⁹¹⁵ Note-se que nos anos de 1910 e 1930 não houve realização de censo no Brasil.

⁹¹⁶ Trata-se do primeiro censo realizado pelo IBGE, fundado em 1938.

⁹¹⁷ Embora em 1970 tenha havido coleta censitária, foi excluído o dado cor. Para Hédio Silva Jr. e Mário Rogério Silva, *Classificação racial: um pressuposto para adoção de políticas de promoção da igualdade racial*, p. 32, a exclusão pode ser atribuída à ditadura militar, que perseguiu lideranças do movimento negro, e reforçou o mito da democracia racial no Brasil.

⁹¹⁸ José Luís Petruccelli, *Classificação racial e políticas de ação afirmativa nas universidades*, p. 147, afirma que, com relação aos indígenas, a justificativa dada foi a de que essa categoria se referia à raça, e não à cor, daí a sua tardia inclusão.

⁹¹⁹ Cfr. Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p.20, aponta semelhanças entre as classificações dos Estados Unidos, Canadá e Brasil. Retirando-se os detalhes com relação aos imigrantes orientais, aos imigrantes do pacífico e aos nativos dos territórios nacionais, ter-se-iam essencialmente brancos, negros, orientais e indígenas. A única diferença é que somente no Brasil existe uma categoria para os mestiços, a parda.

⁹²⁰ Para uma cronologia da coleta dos censos brasileiros e suas categorias, ver Hédio Silva Jr. e Mário Rogério Silva, *Classificação racial: um pressuposto para adoção de políticas de promoção da igualdade racial*, p. 29 e ss.

categoria ou grupo racial, notadamente quando se leva em consideração a consolidação da noção sociológica de raça. Foi o que ocorreu no já retratado caso *Siegfried*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

Ao contrário da classificação racial – cuja adaptabilidade permite o estabelecimento de tantos grupos raciais quantos sejam aqueles formadores da população de um Estado –, os métodos de identificação pouco se modificam. Duas são as principais modalidades de identificação racial: a autoatribuição e a heteroatribuição de pertença, havendo possibilidade, ainda, de combinação desses dois métodos. Na autoatribuição, o indivíduo é o responsável pela declaração acerca de sua pertença racial, enquanto na heteroatribuição o sujeito é classificado por terceiros.

É possível, ainda, a utilização de métodos biológicos, a exemplo da análise do DNA, para classificação dos sujeitos de acordo com os seus ascendentes próximos, resultado que pode não ser compatível com as características morfofenotípicas e, portanto, com a raça socialmente atribuída ao indivíduo. De fato, não há necessariamente correspondência direta entre a classificação biológica do sujeito e a categoria racial na qual este é percebido pela sociedade, conforme a *hierarquização racialmente ordenada* de seus membros. É a aparência externa que prevalece para o *enquadramento sociorracial* da pessoa e para que se determine se esta é, ou não, potencial vítima de discriminação racial no contexto social em que vive.

De todo modo, é fundamental que se ratifique que, no que tange à identificação racial, importam as características fenotípicas dos indivíduos – e que determinam sua vulnerabilidade à discriminação racial – e não apenas a sua ascendência ou composição genética⁹²¹. O racismo, portanto, afeta as pessoas em virtude de sua raça, ou seja, em razão de dado objetivo⁹²², que é o seu fenótipo, e não tendo em conta sua configuração genética.

A inadequabilidade do critério da ancestralidade reside no fato de que o racismo não se fundamenta exclusivamente na ascendência genética, ou seja, no fato de o indivíduo possuir ascendentes pertencentes ao grupo racial inferiorizado. Isso é válido especialmente nos contextos em que a hierarquização racial da sociedade se dá com base no que Oracy Nogueira denomina de *preconceito de marca*, como é o caso do Brasil. Para o autor, a discriminação racial, no contexto brasileiro, é distinta daquela que se dá nos Estados Unidos da América, onde

⁹²¹ Cfr. Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p.12: “Ou, então, criar-se-ia o novo e esotérico problema de se definir qual a percentagem de ascendência africana que permitiria o enquadramento de uma pessoa como negra. Também não valeria a pena empregar algo como uma escala Pantone para identificar a cor da pele: ter-se-ia inúmeras gradações de cores completamente desprovidas de significado sociológico: em que, para todos os efeitos, algo como um ‘marrom escuro’ se distinguiria de um preto? Ambos seriam objetos potenciais do mesmo preconceito”.

⁹²² Cfr. Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 19.

uma *gota de sangue* é capaz de determinar a identidade racial do sujeito⁹²³, de maneira que, nessa hipótese, a origem torna-se elemento de acentuada relevância, para além das características fenotípicas. Diz-se para além das características fenotípicas porque, embora haja preponderância entre um tipo e outro de preconceito, conforme as circunstâncias histórico-sociais, ambos se encontram conectados. Por óbvio que em realidades nas quais prepondera o preconceito racial de origem, este se soma ao preconceito racial de marca. É que marca e origem estão associadas, embora não sejam necessariamente correspondentes. Um indivíduo negro sempre terá ascendência negra, não havendo, nos casos de características fenotípicas evidentes, necessidade de se recorrer à sua origem para a definição de sua pertença racial e, conseqüentemente, para que se produzam os efeitos do racismo e da discriminação racial. No caso do preconceito racial de origem, os descendentes do grupo discriminado são afetados também em virtude de sua ascendência. Mesmo com a miscigenação, o sujeito resultante dessa relação é visto como pertencente ao grupo discriminado, ainda que apresente fenótipo mais próximo daquele do próprio discriminador⁹²⁴.

Nas realidades em que predomina o preconceito racial de marca, é a imagem da pessoa, sua aparência física – e não sua ancestralidade, por si só – o fator determinante para que sofra discriminação racial. Nesses contextos sociorraciais, é comum que a inferiorização racial se acentue, gradativamente, na proporção em que as características fenotípicas se afastam daquelas consideradas típicas do grupo dominante. Em outras palavras, quanto mais desviante do *padrão fenotípico hegemônico*, maior chance tem o indivíduo de sofrer discriminação racial.

Efetivamente, há diferenciações baseadas na pigmentação da cor da pele, numa espécie de escala de tons, na qual os indivíduos de pele mais escura figuram na base da pirâmide sociorracial, em contraposição àqueles que possuem a pele mais clara, aos quais é reservado, gradativamente, *status* dominante^{925 926}.

⁹²³ Cfr. Oracy Nogueira, *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*, p. 290 e ss.

⁹²⁴ Cfr. Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p.21.

⁹²⁵ Refletindo sobre a associação entre os tons de pele e as classificações raciais e seus reflexos para o alcance de *status* social, Trina Jones, *Shades of Brown: the law of skin color*, p. 1.493 e ss., diferencia colorismo de racismo, nos seguintes termos: “thus, with colorism, it is the social meaning afforded one’s color that determines one’s status. With racism, it is the social meaning afforded one’s race that determines one’s status. People often confuse skin color and race because skin color is used to assign people to racial categories. Indeed, colors are commonly used to describe racial categories”. Para a autora, p. 1.498-1.499, o colorismo pode se manifestar tanto *intrarracialmente* quanto *interracialmente*, sendo que “intrarracial colorism occurs when a member of one racial group makes a distinction based upon skin color between members of her own race. Thus, when elite Black social clubs denied membership to applicants who were too dark in the nineteenth and early twentieth centuries, they were practicing intrarracial colorism. Interracial colorism occurs when a member of one racial group makes a distinction based upon skin color between members of another racial group”.

⁹²⁶ Carlos Moore, *Racismo & Sociedade*, p. 260, denomina de sistema pigmentocrático e fenotipofóbico a estrutura em que diferenciações de tons de pele, texturas de cabelo, forma dos lábios e nariz vão ser determinantes na alocação do *status* coletivo e individual dos sujeitos na sociedade. Para o autor, p. 277, há uma ordem hierárquica

É importante pontuar, ainda, que pode haver fronteiras fluidas entre as categorias raciais – notadamente quando a abrangência destas permite uma gradação interna entre os indivíduos a estas pertencentes, como no caso dos pretos e pardos no Brasil, que constituem a categoria negros. Não se pode falar, portanto, em fenótipo ideal desse ou daquele grupo ou, dito de outro modo, não há *identificação racial matemática*, sendo necessária uma análise de acordo com os contextos relacionais locais⁹²⁷.

Nos casos de sujeitos *fenotipicamente ambíguos*⁹²⁸ quanto à pertença racial, aumenta o grau de subjetividade quanto à atribuição da raça e, conseqüentemente, de divergência entre os diferentes métodos de classificação. Efetivamente, não há garantia de convergência de classificação racial entre os três métodos (autoatribuição, heteroatribuição e método genético), sendo mais provável que apontem para a pertença à mesma categoria racial nas hipóteses em que o sujeito for fenotipicamente mais próximo ao grupo considerado.

Nesse contexto, o critério da autoidentificação tem sido considerado como o mais adequado para determinação da pertença racial do indivíduo – especialmente no contexto jurídico-político de Estados Democráticos de Direito – o que, conforme será visto, não o torna absoluto e impassível de verificação heterônoma.

A Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR) – órgão ao qual incumbe a interpretação e fiscalização do cumprimento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR) – entende que, salvo sob justificação em contrário, a definição da pertença do indivíduo a determinada raça, etnia ou outra característica referente à identidade dos sujeitos, deve se basear na autoidentificação. Para os membros da Comissão, tal método impediria que se excluísse da proteção jurídico-política grupos étnico-raciais não reconhecidos pelo Estado.

O caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*⁹²⁹, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, envolve justamente a questão da classificação racial atribuída pelo Estado. Dois distritos escolares de Seattle adotaram voluntariamente planos de diversidade e combate ao isolamento racial, que, com base na atribuição racial individualizada dos estudantes, definiam que escola estes deveriam frequentar. O Tribunal entendeu que, embora promover a diversidade e evitar o isolamento racial sejam interesses do Estado, os distritos escolares não demonstraram, no caso concreto, que o meio escolhido –

que funciona a partir de dois polos que se excluem, e entre eles existe uma grande variedade de *identidades flutuantes, nebulosas e desconexas*, que se referenciam a partir do segmento considerado *racionalmente superior*.

⁹²⁷ Cfr. Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p. 35.

⁹²⁸ Cfr. Rafael Guerreiro Osorio, *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*, p. 8.

⁹²⁹ 551 U.S. 701 (2007).

distinção baseada unicamente na classificação racial dos estudantes – justificava os fins pretendidos. O juiz Anthony Kennedy enfatizou os riscos da proliferação de classificações raciais individuais mecanicamente atribuídas aos cidadãos, afirmando que “ser forçado a viver sob um rótulo racial imposto pelo Estado é incompatível com a dignidade dos indivíduos”⁹³⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas que estabelecem cotas raciais nos concursos públicos e para acesso às universidades adotam o critério da autodeclaração dos candidatos. A Lei Federal nº 12.990, de 2014, por exemplo, reserva 20% “das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” para candidatos negros, assim considerados aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, conforme quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE.

É certo que a autoatribuição deve ser o critério primordial de identificação racial do indivíduo, especialmente com os objetivos de fortalecer a diversidade e o reconhecimento do direito à diferença e de evitar arbitrariedades de identificações externas que tenham o propósito de discriminação rracica. Nada obstante, não há empecilho à verificação posterior da autodeclaração, sendo mesmo imprescindível nas hipóteses de políticas públicas de ação afirmativa. Nesse sentido, o Ministério Público e os tribunais brasileiros têm decidido que a autodeclaração – embora seja o critério prevalente de atribuição racial dos indivíduos – não se reveste de caráter absoluto, podendo ser submetida à verificação, notadamente diante dos inúmeros casos de fraudes identificadas casuisticamente. Isso porque, nessas circunstâncias, em que a atribuição racial não se dá em contexto desinteressado e resulta em benefício juridicamente reconhecido, ao deixar de verificar a veracidade da autodeclaração, a Administração Pública valida ato que pode estar eivado de falsidade⁹³¹.

Os métodos de identificação não passaram despercebidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186-2, em 26 de abril de 2012, ocasião em que o plenário da Corte decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras. Naquela oportunidade, decidiu-se que o critério da autoatribuição poderia ser aplicado de modo combinado com o critério da heteroatribuição. Esse entendimento foi ratificado no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 41, julgada em 8 de junho de 2017.

⁹³⁰ *Justice Kennedy, Cmty. Schs v. Seattle Sch. Dist.* nº. 1, 551 U.S. 701, 797 (2007).

⁹³¹ O tema será explorado de maneira mais aprofundada na terceira parte deste estudo, quando a obrigação de fiscalização será abordada na condição de proteção do direito à promoção da igualdade racial.

Decerto que a autoidentificação é fator importante na construção da identidade racial – e até mesmo política⁹³² – do indivíduo, revelando a forma como este se percebe e se define para a sociedade. No entanto, a autoatribuição não adquire verdadeiro sentido nas relações sociorraciais se dissociada da heteroatribuição. É que as restrições jurídico-políticas e sociais as quais se impõem em função da raça dizem mais respeito a como as pessoas são percebidas e classificadas racialmente pela sociedade do que à autoidentificação racial isoladamente considerada. Com efeito, o fato de um indivíduo branco se autodeclarar negro não fará com que, unicamente a partir da sua autodeclaração, passe a ser percebido socialmente como tal e, conseqüentemente, deixe de gozar dos privilégios que a cor da sua pele lhe outorga numa realidade racialmente hierarquizada. Do mesmo modo, uma pessoa negra que se autodeclare branca não deixará, em virtude de sua autodeclaração, de ser socialmente percebida como negra e, em consequência, submetida aos efeitos do racismo.

Evidenciados os principais pontos referentes à temática, impende reforçar que a classificação racial é condição para o desenvolvimento de políticas públicas de promoção da igualdade racial. Nesse sentido, o Direito deve se pautar pelo contexto sociorracial, revelado principalmente a partir de dados estatísticos e indicadores sociais, para, por meio da interpretação emancipatória dos direitos fundamentais, assegurar a igual dignidade de todas as raças.

⁹³² Alessandra Santos Nascimento e Dagoberto José Fonseca, *Classificações e identidades: mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça*, p. 51, ressaltam que a opção de certa categoria racial pelos indivíduos revela-se também como estratégia, seja individual ou coletiva, para buscar uma equiparação de forças no plano político.

– CAPÍTULO II –
**LUTAS ANTIRRACISTAS E A EVOLUÇÃO DAS IDEIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
ACERCA DA IGUALDADE RACIAL:
BREVES APONTAMENTOS**

“Qu'est-ce donc que vous espérez,
quand vous ôtiez le bâillon qui fermait ces bouches noires?
Qu'elles allaient entonner vos louanges?”

Jean-Paul Sartre

“Pousser d'une telle raideur le grand cri nègre,
que les assises du monde en seront ébranlées”

Aimé Césaire

Abordada a noção de raça – bem como de racismo e outros termos correlatos – e a sua relevância em meio às ciências sociais e jurídicas, considera-se essencial dedicar algumas linhas às lutas antirracistas que impulsionaram importantes concepções jurídico-políticas sobre a igualdade racial.

Poder-se-iam apontar inúmeros eventos históricos que culminaram, direta ou indiretamente, numa reflexão acerca das relações raciais e, conseqüentemente, na evolução das ideias jurídico-políticas – mas também filosóficas e sociológicas – a respeito da igualdade racial. Desse modo, algumas escolhas precisarão ser feitas para objetivar o estudo.

Conforme será mais bem explorado linhas adiante, a colonialidade, que marcou a dominação colonizatória/civilizatória dos povos não europeus, fincou profundas raízes, em escala mundial, nas relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Essa estruturação racializada das relações de poder persiste até os dias de hoje, tendo, ao longo da história das

sociedades, servido de motor para graves violações de direitos humanos dos grupos subalternizados.

Muito embora as diferenças étnico-raciais tenham se configurado como elemento determinante dos processos colonizatórios, somente a partir da exploração comercial das Américas, o colonialismo escravagista ganhou proporções globais. Com efeito, a partir da *descoberta* do Novo Mundo por Cristóvão Colombo, a racialização dicotômica (brancos/homens de cor; europeus/não europeus) da humanidade foi naturalizada em extensa parte do globo, *justificando* o domínio dos *povos inferiores*.

O comércio atlântico – fundado na *necessária* expansão da economia capitalista e do Estado-Nação enquanto desdobramentos da modernidade europeia – constituiu-se por processos de domínio, expropriação e desterritorialização. No trajeto inicial do colonialismo moderno, os ameríndios – cuja *natureza humana* foi amplamente discutida pelos hispânicos⁹³³ – foram dizimados. A necessidade de outra fonte de mão de obra em larga escala para atender à demanda do sistema de *plantations*, associada aos conflitos internos na África – em especial na sua região ocidental – resultou na escravização de negros africanos, *naturalizados* como *escravos*⁹³⁴.

A escravização dos negros tornou-se elemento indissociável da economia atlântica, estabelecendo-se como vínculo entre a Europa, a África e as Américas. O lucrativo trabalho escravo, aliado à indiferença ao sofrimento dos negros escravizados – cuja inferioridade na escala hierárquica das raças equivalia a uma sub-humanidade – fez com que a escravidão perdurasse até finais do século XIX.

Nessa conjuntura do moderno colonialismo, não há dúvidas de que os negros figuraram como principal grupo racial subalternizado, e, como consequência, permanecem sendo alvo de mecanismos sistemáticos de exclusão social nos países outrora colonizados. Por isso, nesta etapa do trabalho, terá destaque em meios às lutas antirracistas e pela igualdade racial aquelas associadas aos negros, concentrando esforços em determinadas realidades históricas

⁹³³ Recorde-se o conhecido debate entre Sepúlveda e Las Casas. Ver Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevíssima Relación de la Destrucción de las Indias*. Christian Delacampagne, *Une histoire du racisme – des origines à nos jours*, p. 114 e ss., observa como os índios eram, de certo modo, comparados a animais – seus cabelos se assemelhavam a crinas de cavalos – e como a cor da pele dos nativos causava estranheza. Não eram brancos, nem negros. Pareciam situar-se numa escala intermediária entre ambos.

⁹³⁴ Walter Mignolo, *A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade*, p. 40, afirma que “(...) a etno-racialidade transformou-se na engrenagem da diferença colonial configurada a partir da exclusão dos mouros e dos judeus, dos debates sobre o lugar dos ameríndios na economia da cristandade e, por último, pela exploração e silenciamento dos escravos africanos. Foi com – e a partir do – circuito comercial do Atlântico que a escravidão se tornou sinônimo de negritude”.

que, marcadas pela dominação colonialista, mas também pela resistência contra as iniquidades raciais, exerceram relevante influência nas relações jurídico-políticas e sociais abordadas.

Nada obstante, serão explorados, ainda, outros processos históricos que podem contribuir, de maneira particular, para a compreensão da articulação da ordem jurídica com a raça, inicialmente utilizada para reforçar a subalternização de determinados grupos raciais, para, então, alcançar o escopo protetivo e de promoção da igualdade racial.

Assim, os próximos tópicos tratarão, nesta ordem: a) da questão indígena; b) da revolução haitiana pela igualdade racial; c) do Estado racista do III Reich; d) do conflito racial nos Estados Unidos da América; e) do regime do *apartheid* na África do Sul; e f) do sistema de castas na Índia.

1. A questão indígena: da doutrina da *humanização dos índios das Américas* à persistente *supremacia racional civilizacional*

Os direitos dos indígenas enquanto povos originários têm merecido espaço nas constituições contemporâneas e em instrumentos jurídicos internacionais. Em que pese o importante avanço registrado em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas no cenário internacional, os destinatários desse arcabouço jurídico normativo, muitas vezes, desconhecem tais mecanismos, realidade que evidencia também a sua não participação nas decisões que envolvem não apenas os seus direitos, mas também sua própria sobrevivência.

Sob essa perspectiva, é preciso que sejam exploradas algumas questões que podem dar pistas acerca das relações de poder persistentes no que toca aos direitos dos povos nativos. Ainda que se possa admitir a importância do reconhecimento de determinadas prerrogativas, esse processo não pode desconsiderar a persistente supremacia dos ditos *povos civilizados* em relação aos *povos indígenas*. A *mera concessão de direitos* não estaria a indicar a corroboração de uma espécie de *supremacia racional civilizacional* com origem em fatores racionais?

1.1. A doutrina da *humanização* dos índios das Américas⁹³⁵

Durante os séculos VI e VII, período da incursão colonialista europeia pelo Novo Mundo, é digna de nota a reflexão cristã em torno da dignidade humana⁹³⁶, no contexto do tratamento cruel dispensado pelos colonos aos nativos das Américas. Efetivamente, a partir da colonização dos povos locais surgem questões de ordem moral⁹³⁷ a respeito do relacionamento entre colonizadores e *índios americanos*, particularmente no que se refere à evangelização forçada, à submissão ao trabalho escravo e à expropriação das terras indígenas.

Embora a problemática dos ameríndios possa ser situada também no campo religioso – uma vez que envolveu a intervenção de teólogos católicos, especialmente os frades dominicanos e os missionários jesuítas –, é inegável a influência da doutrina humanista no âmbito jurídico-político. Nesse contexto, devem ser destacados os pensamentos de Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria, Francisco de Suárez e António Vieira⁹³⁸.

Os relatos de Cristóvão Colombo sobre o descobrimento das América e dos seus povos originários representam uma espécie de graduação valorativa do *status racial* dos ameríndios, que não tardaram a ser equiparados a animais. Inicialmente, os *homens jovens, bem feitos e de belos corpos* são considerados depravados por conta de sua nudez, mas plenamente evangelizáveis. Os escritos seguintes já dão conta de índios rebeldes a todo tipo de assimilação, os quais recusavam a cultura espanhola e a religião cristã: verdadeiros canibais⁹³⁹.

Em 27 de dezembro de 1512, foram promulgadas em Burgos, Espanha, as Leis de Burgos (*Leyes de Burgos*), primeira codificação legal destinada a reger o comportamento dos colonos espanhóis na América em relação aos índios nativos. Tratava-se, em poucas palavras, de um sistema de direitos e deveres sobre as comunidades indígenas, atribuído pelo rei da

⁹³⁵ Desenvolvido a partir de tópico do Relatório da disciplina Direitos Fundamentais do doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Cfr. Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas*.

⁹³⁶ Sobre a contribuição da Doutrina Social da Igreja para a solidificação das noções de pessoa e dignidade humanas, cfr. Cleber Francisco Alves, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*; Giorgio Filibeck, *Direitos do Homem de João XXIII a João Paulo II*, p. 99-115. Sobre a postura crítica da Igreja Católica perante a ideologia liberalista, cfr. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 290 e ss.

⁹³⁷ Cfr. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 122.

⁹³⁸ João Viegas, *O Padre António Vieira e o direito dos índios*, p. 403, aponta contradições nas ideias aparentemente humanistas dos autores que escreveram sobre a questão dos índios das Américas, uma vez que, ao mesmo tempo em que pregavam a humanização dos índios, aceitavam a escravatura dos negros africanos.

⁹³⁹ Cfr. Christian Delacampagne, *Une histoire du racisme – des origines à nos jours*, p. 114 e ss. O autor observa como os índios eram, de certo modo, comparados a animais – seus cabelos se assemelhavam a crinas de cavalos – e como a cor da pele dos nativos causava estranheza. Não eram brancos, nem negros. Pareciam situar-se numa escala intermediária entre ambos.

Espanha aos conquistadores e a seus descendentes⁹⁴⁰. Dentre outras medidas, as leis criavam o regime de *encomiendas*, o qual autorizava o agrupamento de índios – obrigados a trabalhar nas propriedades dos senhores coloniais, embora formalmente fossem considerados súditos livres do rei da Espanha e, portanto, não escravos. As normas legais também proibiam os maus-tratos e apoiavam a conversão dos nativos ao catolicismo, mas, na prática, nunca foram efetivamente aplicadas pelos *encomenderos*, gerando denúncias por parte dos missionários católicos.

Chamado posteriormente de *profeta do reconhecimento dos direitos devidos a todos os homens*, Frei Bartolomé de las Casas⁹⁴¹ defendeu princípios que se tornaram paradigmáticos no tratamento dos índios que sobreviveram ao massacre resultante da conquista das Américas pelos europeus. Denunciou o genocídio e a escravidão dos ameríndios perpetrados pelos colonizadores, aos quais se referia como *carniceiros e derramadores de sangue humano*⁹⁴². Em contrapartida, imputava aos índios virtudes como delicadeza, humildade, paciência, humanidade e caridade⁹⁴³. Embora nunca tenha se distanciado por completo do projeto colonizatório, Las Casas afirmava a igualdade entre os povos indígenas e os colonizadores, preconizando a dignidade, a humanidade, o direito à vida e à liberdade dos *gentios*.

Se, por um lado, Bartolomé de las Casas reconhecia a humanidade dos ameríndios, seu opositor Juan de Sepúlveda atribuía a estes o status de *bruta animalia e non veri homines*, com fundamento, entre outros argumentos, na ausência dos índios na representação evangélica das raças humanas⁹⁴⁴. Para essa corrente doutrinária, o tratamento dispensado aos índios era justificado, portanto, pela sua condição de não-humanos. Usando como fonte o pensamento aristotélico, Juan de Sepúlveda opunha às ideias defendidas por Las Casas a concepção de que os índios eram *escravos por natureza*⁹⁴⁵.

Em 2 de junho de 1537, o Papa Paulo III promulgou a bula papal intitulada *Sublimis Deus*, por meio da qual condenava a escravidão dos índios das Américas, declarando-a nula.

⁹⁴⁰ Cfr. Christian Delacampagne, *Une histoire du racism – des origines à nos jours*, p. 116.

⁹⁴¹ Bartolomé de las Casas (Sevilha, 1474-Madrid, 1566) cruzou o Atlântico pela primeira vez em 1502, fixando-se na ilha Hispaniola (atualmente República Dominicana e Haiti), onde – ainda cético quanto às questões morais já suscitadas na Universidade de Salamanca – adaptou-se ao modo de vida dos colonizadores, tendo ele próprio tomado para si alguns índios como escravos. De volta à ilha em 1510, dessa feita como missionário, influenciado pelos sermões da Ordem Dominicana, Las Casas converteu-se à defesa da questão dos índios das Américas, centrando esforços ainda na evangelização dos gentios. Em 1547, deixou a América, regressando à Espanha, onde se dedicou à correção e publicação de seus escritos, todos se contrapondo à política colonial. A contestação de suas ideias, tanto na América quanto na Espanha resultou, em 1552, na censura de suas obras. Cfr. Fray Bartolomé de las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias*, p. 6 e ss.

⁹⁴² Cfr. Fray Bartolomé de las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias*, p. 139.

⁹⁴³ Cfr. Fray Bartolomé de las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias*, p. 26, 29 e 37.

⁹⁴⁴ João Filipe Marques, *O estilhaçar do espelho. Da raça enquanto princípio de compreensão do social a uma compreensão sociológica do racismo*, p. 40.

⁹⁴⁵ Cfr. Fray Bartolomé de las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias*, p. 15.

Concluído com uma convocação à evangelização, o documento considerava os povos indígenas seres racionais dotados de alma e titulares dos direitos de liberdade e propriedade. A bula provocou relevante impacto no debate de Valladolid, embora seus princípios sempre tenham sido ignorados pelos colonizadores.

Com a decisiva campanha de Bartolomé de las Casas associada à influência da bula papal, em 20 de novembro de 1542, promulgaram-se as *Leyes Nuevas*, com o propósito de revisar o sistema das *encomiendas*. Apesar de não terem logrado efetividade prática, as Leis Novas continham dispositivos voltados à melhora das condições de vida dos índios da América espanhola.

O pensamento de Francisco de Vitoria⁹⁴⁶ em defesa dos direitos dos *gentios* se assemelhava às ideias pregadas por Las Casas, parecendo, no entanto, ir mais além em alguns pontos. Vitoria afirmava que, se havia um direito natural dos europeus de viajar, desenvolver o comércio e pregar o Evangelho, igualmente havia um direito dos índios de viver livremente nas terras por eles ocupadas. Para ele, uma vez que os índios estavam em pacífica posse de suas coisas, tanto pública quanto privadamente, deveriam ser tidos como donos ou senhores de seus bens⁹⁴⁷. O teólogo dominicano evocava a equivalência valorativa entre os direitos dos europeus e os direitos dos índios, condenando o escravismo e tecendo críticas ao Tratado de Tordesilhas⁹⁴⁸. Na concepção de Francisco de Vitoria, a escravidão *por natureza* era situação excepcional, admitida apenas em desfavor de indivíduos privados de razão, não podendo, portanto, ser infligida aos índios, que eram seres racionais. Vitoria chega a questionar a autoridade do imperador e do próprio papa sobre os índios⁹⁴⁹, aos quais, segundo ele, não podiam ser ilegitimamente impostos os valores da civilização cristã. A doutrina desenvolvida por Vitoria teve como principais alicerces a afirmação de princípios éticos universais e a igualdade entre os povos.

Também é relevante pontuar, nesse contexto, a influência do pensamento de Francisco Suárez⁹⁵⁰, que, por sua vez, dedicou-se mais especificamente ao desenvolvimento

⁹⁴⁶ O teólogo espanhol Francisco de Vitoria (Burgos, 1483-Salamanca, 1546) ficou conhecido pela dedicação à defesa dos direitos dos ameríndios e à teorização dos limites às causas justificativas da guerra. *Vitoria* ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, regressando à Espanha em 1523, onde lecionou em Valladolid até 1526, quando assumiu a cátedra de teologia da Universidade de Salamanca. Cfr. Francisco de Vitoria, *Sobre el poder civil – Sobre los indios – Sobre el derecho de la guerra*, p. ix e ss.

⁹⁴⁷ Cfr. Francisco de Vitoria, *Doctrina sobre los indios*, p. 43 e ss.

⁹⁴⁸ Cfr. Christian Delacampagne, *Une histoire du racism – des origines à nos jours*, p. 117.

⁹⁴⁹ Cfr. Francisco de Vitoria, *Doctrina sobre los indios*, p. 60 e ss.

⁹⁵⁰ Francisco Suárez (Granada, 1548-Lisboa, 1617) foi admitido na Companhia de Jesus em 1564, tendo se dedicado ao ensino em diversas Universidades, entre as quais Valladolid, Roma, Salamanca e Coimbra. Pela sua teorização sobre o *direito das gentes* foi, posteriormente, reconhecido como o precursor do direito internacional moderno.

teórico dos direitos das gentes e ao estudo do direito de resistência. Defensor de um direito comum a todos os povos – regulatório das relações entre as nações –, Suárez afirmava haver uma ordem jurídica, um direito natural, superior ao direito interno de cada Estado⁹⁵¹. O fato de todos os homens pertencerem à raça humana, independentemente das diferenças entre os povos, resultava para Suárez no reconhecimento de um direito natural de solidariedade e de ajuda entre todos. O teólogo defendia o direito natural à liberdade, opondo-se à escravidão e às guerras injustas, ao tempo em que asseverava a existência do direito de resistência contra governos ilegítimos.

De maneira semelhante ao sucedido na América espanhola, questões morais e religiosas também foram suscitadas na colonização do Brasil pelos portugueses⁹⁵². Nesse contexto, o Padre António Vieira⁹⁵³ – associado aos missionários da Companhia de Jesus e influenciado pela doutrina espanhola – contribuiu com os seus relatos e sermões sobre as crueldades cometidas contra os índios. Importa fazer referência especialmente ao Sermão da Epifania, no qual o Padre António Vieira defende a igualdade entre os homens, independentemente da sua raça ou da cor de sua pele. No Sermão, atribuem-se às condições climáticas as diferenças nos tons de pele dos homens, não havendo, por isso, justificativa para escravização daqueles de tez escura⁹⁵⁴. O conflito entre jesuítas – tendentes à defesa dos direitos dos índios e sua evangelização – e colonos – que pretendiam manter as vantagens econômicas da mão de obra dos índios escravizados – resultou numa contínua oscilação da Coroa portuguesa entre essas duas correntes. Intercedendo em favor dos nativos, Vieira exerceu relevante influência no conteúdo das leis promulgadas pelo rei de Portugal a respeito da questão indígena. Quanto aos negros africanos escravizados, no entanto, o Padre António Vieira

⁹⁵¹ Observa Paulo Otero, *Instuições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 128, que o pensamento de Francisco Suárez representa o primeiro contributo estrutural das fontes dos direitos fundamentais, “verificando-se que o Direito das Gentes, o Direito Natural e o próprio Direito Positivo surgem investidos de uma função reveladora ou garantística de posições jurídicas subjetivas das pessoas em termos individuais ou colectivos”.

⁹⁵² Sobre as bulas papais que concediam ao rei de Portugal direitos sobre as terras e os nativos das novas terras, cfr. João Viegas, *O Padre António Vieira e o direito dos índios*, p. 408 e ss. A respeito das primeiras leis sobre a questão dos índios do Brasil, *Idem, Ibidem*, p. 418 e ss.

⁹⁵³ Padre António Vieira (Lisboa, 1608-Bahia, 1697) destacou-se como missionário jesuíta em terras brasileiras, defendendo os direitos dos povos indígenas e combatendo a sua exploração e escravização. Considerado excelente orador, Vieira ficou conhecido pelos seus Sermões.

⁹⁵⁴ Veja-se o seguinte trecho: “As Nações, umas são mais brancas, outras mais pretas, porque umas estão mais vizinhas, outras mais remotas do Sol. E pode haver maior inconsideração do entendimento, nem maior erro do juízo entre homens, que cuidar eu que hei de ver vosso Senhor, porque nasci mais longe do Sol, e que vós haveis de ser meu escravo, porque nasceste mais perto? Dos Magos que hoje vieram ao Presépio, dois eram brancos e um preto, como diz a tradição; e seria justo que mandasse Cristo que Gaspar e Baltasar, porque eram brancos, tornassem livres para o Oriente, e Belchior, porque era pretinho, ficasse em Belém por escravo, ainda que fosse de S. José? Bem o pudera fazer Cristo, que é Senhor dos senhores; mas quis-nos ensinar que os homens de qualquer cor, todos são iguais por natureza, e mais iguais ainda por Fé, se crêem e adoram a Cristo, como os Magos.” Cfr. António Vieira, *Sermões*, p. 621.

pregava que estes deviam conformar-se com a condição de escravos⁹⁵⁵, pois eram escolhidos de Deus para a salvação. Os sermões XIV, XX e XXVII⁹⁵⁶ – dirigidos aos escravizados dos engenhos da Bahia e da Confraria da Nossa Senhora do Rosário – são elucidativos quanto a esse entendimento. No sermão XIV do Rosário, por exemplo, Vieira incentivou os negros a entenderem a escravidão não como um castigo, e sim como um prêmio para a remissão do pecado original, sendo-lhes reservado um lugar ao céu, após a morte.

Em linhas gerais, a doutrina da *humanização* dos ameríndios inaugurou, no seio da Igreja Católica e das sociedades europeias, importante discussão acerca do valor da dignidade humana e dos direitos dos povos. A legitimidade do tratamento desumano dispensado aos povos indígenas foi questionada no campo da moral, da religião e do direito.

Por trás dos acontecimentos históricos que redundaram na reação dos teólogos católicos em defesa dos direitos dos índios das Américas, a questão da *raça humana* e suas diferenças é fator predominante. Seria apenas o início de fecundas discussões biológicas, sociológicas, religiosas e jurídicas em torno das diferenças e desigualdades raciais.

A doutrina da *humanização* dos ameríndios não garantiu, no entanto, que os povos indígenas tivessem os seus direitos efetivamente reconhecidos pelos Estados-Nação que se formaram na América Latina.

1.2. A questão indígena nas Constituições da América Latina

A história das Américas – assim como a de outras regiões colonizadas, a exemplo da Austrália – não se inicia com a *chamada descoberta* pelos povos europeus. Os povos originários – com suas culturas, idiomas e modos peculiares de relação com a terra – já tinham vivido, à época das invasões, longos anos de história esquecida, durante os quais desenvolveram diversos e complexos sistemas socioeconômicos⁹⁵⁷. Com a chegada dos conquistadores,

⁹⁵⁵ Vieira chega a afirmar que os escravizados não deviam se rebelar “porque sendo rebelados e cativos, estão e perseveram em pecado contínuo e atual, de que não podem ser absoltos, nem receber a graça de Deus, nem se restituírem ao serviço e obediência de seus senhores, o que de nenhum modo hão-de fazer”. Cfr. *Carta a Roque Monteiro Paim, 2 de julho de 1691*, p. 643.

⁹⁵⁶ Sobre os referidos sermões, ver Amarilio Ferreira Jr. e Marisa Bittar, *A pedagogia da escravidão nos Sermões do Padre Antonio Vieira*.

⁹⁵⁷ Tratando mais especificamente das nações que viveram na América pré-colonial, Alfredo Sfeir-Younis, *Forewords – Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. v, recorda: “many nations grouped actively around an important metropolis (e.g., Tikal, Machu Picchu), others were mainly agricultural societies and deeply attached to and, dependent on, the land. However, in all of them, we know they had very advanced and well established *institutional arrangements and organizations* (formal and informal), created and nurtured with the view to respond to the needs and challenges of the time. With a variety of forms of governance, these societies did assign rights and responsibilities to the different actors and groups in order to maintain an

atribuiu-se a estes a propriedade sobre as terras colonizadas⁹⁵⁸, numa lógica individualista do direito inaplicável ao modo de vida dos indígenas.

As populações indígenas das Américas foram as primeiras afetadas pelo racismo colonialista e remanescem sendo submetidas à discriminação étnico-racial e sociocultural, desde o período colonial até os dias atuais. Com efeito, a conflitiva e violenta *integração* dos povos originários da América Latina, decorrente do processo de colonização europeia, gerou relações *inter-étnico-raciais* de inegável e incontornável assimetria entre os indígenas e as sociedades nacionais formadas.

A política oficial de todos os Estados da América Latina em relação às suas populações indígenas, da independência até meados da década de 1930, tinha caráter evidentemente *assimilacionista*⁹⁵⁹. Nesse sentido, diversos mecanismos foram utilizados com o particular interesse de abolição/não reconhecimento da propriedade coletiva e comunal dos povos nativos das Américas. Para a *integração* dessas comunidades aos Estados Nacionais foi utilizado o estratégico argumento da unidade nacional, sob o qual se justificava a *conversão forçada* dos indígenas à língua, religião e cultura hegemônicas.

A ordem jurídica dos Estados Nacionais latino-americanos omitiu, desde sua formação, a existência dos povos indígenas que viviam em seus territórios. Suas primeiras constituições limitaram-se – assim como as europeias – a reconhecer somente o indivíduo como titular de direitos, desconsiderando os povos, comunidades e grupos sociais⁹⁶⁰.

A aprovação da Convenção nº 107 da OIT representou um primeiro impulso na mudança desse quadro político-legislativo dos países latino-americanos. Com efeito, todos os países independentes da América Latina e do Caribe ratificaram a referida convenção, incorporando-a, gradativamente, às suas ordens jurídicas. A partir do início dos anos setenta, essa nova concepção das relações entre Estados e povos indígenas começou a figurar nas constituições de diversos países⁹⁶¹.

acceptable level of social cohesion, to establish important political consensus around economic and social issues, and to create the capacity for the integration of the material and the non-material dimensions of peoples' lives".

⁹⁵⁸ Alfredo Sfeir-Younis, *Forewords – Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. vi-vi, assevera que, com a chegada dos conquistadores nas Américas, as terras originariamente ocupadas pelos povos indígenas foram atribuídas a indivíduos, sem qualquer respeito às leis e regulamentos vigentes naqueles territórios – muitos dos quais compunham um sofisticado e eficaz aparato relativo à posse das terras –, gerando uma sobreposição imposta de sistemas legislativos e de governança.

⁹⁵⁹ Cfr. Roque Roldán Ortiga, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 1.

⁹⁶⁰ Cfr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *O Direito de Ser Povo*, p. 475.

⁹⁶¹ Roque Roldán Ortiga, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 2, aponta as seguintes constituições: a Constituição do Panamá, de 1972; a Constituição do Peru, de 1979; a Constituição da Guatemala, de 1985; a Constituição da Nicarágua, de 1987; a Constituição do Brasil, de 1988; a Constituição da Colômbia, de 1991; a Constituição do Paraguai, de 1992; a Constituição da Argentina, de 1994; a Constituição da

Não sendo esse o espaço para uma ampla revisão da ordem constitucional e legislativa dos Estados latino-americanos, será abordado superficialmente o quadro jurídico-político referente aos direitos dos povos indígenas em alguns países⁹⁶², de modo a demonstrar a gradativa mudança de postura.

A Constituição panamenha, de 1972, foi a primeira do país a declarar que os povos indígenas deveriam ter direito à propriedade coletiva de suas terras para o alcance de seu bem-estar econômico e social (artigo 123)⁹⁶³. Ademais, o texto constitucional preocupou-se com: a) a conservação das línguas aborígenes (artigo 84); b) o respeito à identidade étnica; c) a promoção do seu desenvolvimento integral (artigo 86); d) programas de educação, de acordo com seus próprios padrões culturais, a fim de lograr a participação ativa dos grupos indígenas na função cidadã (artigo 104); e e) a promoção da participação econômica, social e política das comunidades indígenas na vida nacional (artigo 120). Com base no artigo 123, a Assembleia Legislativa reconheceu terras indígenas, por meio de aparato normativo próprio para cada grupo, instituindo as chamadas Comarcas⁹⁶⁴.

O Peru possui relevante história legislativa em torno dos direitos indígenas, notadamente no que se refere ao direito à terra. Trata-se do primeiro país latino-americano a adotar regimes jurídicos especiais para comunidades indígenas, nos anos de 1970 e 1980. A primeira Lei das Comunidades Nativas, de 1974, estabelecia que as comunidades indígenas tinham pleno direito de propriedade sobre suas terras. A legislação posterior, no entanto, excepcionou tal prerrogativa nas hipóteses de terras florestais, atribuindo, nesses casos, apenas a cessão para usufruto dos grupos indígenas⁹⁶⁵. A Constituição peruana de 1979, no seu artigo 163, afirmava que as terras nativas eram imprescritíveis, não anexáveis e inalienáveis, com ressalva para a alienação por lei fundada no interesse da Comunidade e solicitada por maioria

Bolívia, de 1995; a Constituição do Equador, de 1998; a Constituição da Venezuela, de 1999; e a Constituição do México, de 2001. O autor menciona, ainda, países que, embora tenham ratificado a Convenção nº 169 da OIT (que revisou a anterior Convenção nº 107), não reconhecem direitos indígenas em suas constituições, a exemplo de Honduras e Costa Rica; o Chile, não ratificou a Convenção nº 169, nem reconheceu direitos indígenas em sua Constituição, mas possui legislação específica que estabelece normas para garantir a proteção e o desenvolvimento de sua população indígena, tendo, ainda, criado a Corporação Nacional para o Desenvolvimento Indígena (CONADI); e, por fim, Guiana, Suriname, Uruguai e El Salvador, que não reconhecem legalmente os direitos indígenas.

⁹⁶²As ordens jurídicas serão tratadas seguindo a ordem das datas das Constituições dos Estados que primeiro reconheceram direitos dos povos indígenas.

⁹⁶³ “Artículo 123 – El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.”

⁹⁶⁴ De acordo com Roque Roldán Ortega, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 8, até 2004, seis Comarcas haviam sido criadas seis comarcas, totalizando mais de 20% do território nacional.

⁹⁶⁵ Cfr. Roque Roldán Ortega, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 20.

de dois terços de seus membros qualificados; ou, ainda, em caso de expropriação por necessidade e utilidade públicas. A vigente Constituição do Peru, de 1993, no entanto, representou um retrocesso em relação ao regime constitucional anterior, ao permitir a alienação de terras indígenas. Com efeito, embora tenha mantido a personalidade jurídica das comunidades nativas e reconhecido sua autonomia no que se refere ao trabalho comunal e ao uso e livre disposição de suas terras, declarou apenas a imprescritibilidade do direito à propriedade sobre as terras indígenas (artigo 89).

As Constituições brasileiras, a partir da de 1934, declaravam respeito à posse das terras pelos silvícolas que nelas estivessem localizados permanentemente⁹⁶⁶. O Brasil inicia o século XX com um sistema político paternalista que se centrava na declarada proteção dos povos indígenas pelo Estado. A criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – por meio do Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910 – marcou a consolidação dessa política indigenista que via na transformação do *índio* num *trabalhador nacional* o caminho para *integrá-lo à civilização*. A postura assimilacionista do governo brasileiro também ficou evidenciada com a promulgação do Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 –, que, embora inconstitucional em muitos de seus aspectos, ainda não foi revogado e substituído por nova legislação pertinente. No Brasil, a ordem jurídica formal afastou-se desse paradigma a partir da atual Constituição, de 1988, que reconheceu a plena capacidade das populações indígenas, desvinculou as políticas indigenistas de concepções de assimilação e aculturação e dispôs sobre o direito originário às terras tradicionais. Efetivamente, o reconhecimento dos direitos indígenas, em sede constitucional, deu-se apenas com a promulgação da atual Constituição brasileira, de 1988, que reserva o seu último capítulo (VIII – Dos Índios) ao tratamento da questão⁹⁶⁷. O artigo 231 da Constituição reconhece aos índios sua organização, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, entendidas estas como aquelas por eles “habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (§1º). Estabelece, ainda, o constituinte brasileiro que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos

⁹⁶⁶ Ver artigo 129 da Constituição de 1934; artigo 154 da Constituição de 1937; artigo 216 da Constituição de 1946; artigo 186 da Constituição de 1967.

⁹⁶⁷ Sobre os direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira, de 1988, ver Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *O Direito de Ser Povo*, p. 487; Daniela Ikawa, *Direito dos Povos Indígenas*, p. 517 e ss.

lagos nelas existentes” (§ 2º). Quanto à exploração de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas, há necessidade de autorização do Congresso Nacional, com prévia oitiva das comunidades afetadas, às quais é assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei (§ 3º). A Constituição ainda veda, com ressalvas⁹⁶⁸, a remoção de grupos indígenas de suas terras – consideradas inalienáveis e indisponíveis (§ 4º) –, estabelecendo o prazo de cinco anos, a partir de sua promulgação, para que a União conclua a demarcação das terras indígenas (artigo 67). Apenas em 1996, por meio do Decreto nº 1.775, procedeu-se à regulamentação do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, importante norma da política indigenista do Governo Federal, que tem a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)⁹⁶⁹ como principal órgão executor.

A partir das leis de reforma agrária da década de 1960, a Colômbia passou a desenvolver uma política de proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas. Nesse contexto, inicialmente, atribuiu-se às terras indígenas caráter de reservas provisórias simples, para, posteriormente, garantir-se o status de reservas indígenas, com a aprovação da antiga Lei do Índio, que também assegurava o direito à plena posse de suas terras e de autonomia na gestão destas. A Constituição colombiana, de 1991, foi a primeira a reconhecer explicitamente direitos especiais para os povos indígenas, instituindo as chamadas *Entidades Territoriales Indígenas*⁹⁷⁰

⁹⁶⁸ “§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.”

⁹⁶⁹ Criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

⁹⁷⁰ A *Constitución Política de Colombia*, de 1991, dispõe, em seu artigo 287, que as entidades territoriais, dentre estas os territórios indígenas: “gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.” Também o artigo 330 merece transcrição: “Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley”. O mesmo dispositivo constitucional garante ainda que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

⁹⁷¹. Após a fase de reconhecimento constitucional dos direitos indígenas, tem-se afirmado que, por diferentes vias – envolvendo expedição de normas, definição de políticas, concessão de projetos de exploração mineira e até mesmo de violência – foram criados obstáculos ao efetivo gozo desses direitos⁹⁷².

Em 1981, o Paraguai aprovou o Estatuto das Comunidades Indígenas, conferindo-lhes direitos como a incorporação legal de suas terras e a obtenção de terras necessárias para sua sobrevivência e desenvolvimento. A Constituição paraguaia, de 1992, reservou um capítulo específico aos direitos dos povos indígenas (Capítulo V), no âmbito do qual, além do reconhecimento da existência destes – definidos como grupos de cultura anteriores à formação e organização do Estado paraguaio (artigo 62) –, consagra os direitos: a) à identidade étnica (artigo 63⁹⁷³); b) à propriedade comunitária (artigo 64⁹⁷⁴); c) à participação na vida social, política e cultural do país (artigo 65); d) à educação, respeitadas suas peculiaridades culturais (artigo 66); e) à assistência, consistente na sua defesa contra a regressão demográfica, a depreciação de seu *habitat*, a contaminação ambiental, a exploração econômica e a alienação cultural (artigo 66); e, ainda, f) à isenção de prestação de serviços sociais, civis ou militares, bem como dos encargos públicos estabelecidos em lei (artigo 67). Aliada à Constituição, a *Indigenous Community Law* garante significativa autonomia às comunidades indígenas sobre a gestão de suas terras e sobre seus assuntos internos. No entanto, a falta de regulamentação da legislação pertinente resultou na intensificação do potencial de conflitos entre as comunidades e o governo e suas agências especializadas⁹⁷⁵.

A Bolívia – que, dentre os países da América do Sul, possui a mais vasta proporção de indígenas em sua população – apenas recentemente iniciou o processo de reconhecimento dos direitos pleiteados pelas comunidades indígenas do país. O sistema constitucional boliviano, a partir de 1994, passou a reconhecer direitos especiais aos povos indígenas,

⁹⁷¹ Sobre as Entidades Territoriais Indígenas, ver Edith Magnolia Bastidas Calderón, *Entidades Territoriales Indígenas: objeciones para su conformación y delimitación*.

⁹⁷² Ver Edith Magnolia Bastidas Calderón, *Entidades Territoriales Indígenas: objeciones para su conformación y delimitación*, p. 35 e ss.

⁹⁷³ “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.”

⁹⁷⁴ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.”

⁹⁷⁵ Cfr. Roque Roldán Ortega, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 8.

incluindo a atribuição de personalidade jurídica a grupos indígenas, o direito à plena posse de suas terras ancestrais, e autonomia para exercício de suas próprias formas tradicionais de governo e administração. Em 1996, foi promulgada a Lei do Serviço Nacional de Reforma Agrária, a qual, agregada a regulamentos posteriores, define os procedimentos legais para o reconhecimento de terras indígenas. Apesar dos obstáculos burocráticos e de falhas apontadas por grupos indígenas no conteúdo da legislação e na sua execução, até 2004, a Bolívia havia reconhecido cerca de 5,4 milhões de hectares de terras indígenas⁹⁷⁶. Em 2006, a Bolívia elegeu o seu primeiro presidente de origem indígena, para, em 2009, promulgar a *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Além de rebatizar o Estado boliviano – asseverando seu caráter plurinacional – já no texto preambular⁹⁷⁷, a nova Constituição faz referência à resistência anticolonial dos indígenas, para, no seu artigo 2º, reconhecer sua existência pré-colonial e seus direitos especiais⁹⁷⁸.

1.3. Os direitos dos aborígenes do Canadá

No Canadá, os direitos dos aborígenes gozam de certa proteção desde a Proclamação Real, de 1763⁹⁷⁹, ampliada com o Ato Constitucional, de 1876, e complementada com a recente consolidação dessas prerrogativas no Ato Constitucional, de 1982⁹⁸⁰. A seção 25 do Ato Constitucional, de 1982, trata dos direitos aborígenes não afetados pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades⁹⁸¹, protegendo-os dos impactos do conjunto mais amplo de prerrogativas jusfundamentais ali consagradas. Já a seção 35 define os povos aborígenes do Canadá⁹⁸²,

⁹⁷⁶ Cfr. Roque Roldán Ortega, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 6.

⁹⁷⁷ “(...) El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. (...)”.

⁹⁷⁸ “Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

⁹⁷⁹ Emitida pelo rei George III, a Proclamação Real, de 1763, estabeleceu as bases da administração governamental nos territórios norte-americanos cedidos formalmente pela França à Grã-Bretanha no Tratado de Paris, na sequência da Guerra dos Sete Anos. Firmou as bases para a negociação de tratados com os aborígenes de diversas regiões do Canadá, sendo referenciado na seção 25 do Ato Constitucional de 1982.

⁹⁸⁰ Para uma revisão histórica detalhada acerca das políticas e direitos aborígenes no Canadá, desde a chegada dos colonizadores, passando pelos tratados, até o quadro normativo mais recente, ver *Aboriginal Rights Resource Tool Kit*.

⁹⁸¹ “25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including: (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”

⁹⁸² “35. (2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.”

reconhecendo seus direitos incluindo aqueles previstos em tratados⁹⁸³. O dispositivo garante ainda que, em caso de alteração das normas constitucionais referentes aos direitos aborígenes, estes serão convidados pelo Primeiro Ministro para participar das discussões pertinentes⁹⁸⁴.

Após um inquérito sobre o status das *renúncias de terras* no Alto Canadá, Canadá e Ontário, firmaram novo tratado com os povos Ojibway, dando origem aos *Williams Treaties First Nation*, de 1923, envolvendo sete *Primeiras Nações*. Ainda nos dias atuais, mais de noventa anos desde a assinatura, questões relativas à elaboração, termos, interpretação e implementação desses tratados ainda representam obstáculos à concretização dos direitos dos povos indígenas locais. Em março de 2017, os Governos do Canadá e do Ontário se reuniram com as sete *Primeiras Nações* envolvidas para iniciar as negociações tendentes a pôr fim ao litígio de *Alderville*. Na ocasião, discutiram-se, em especial, as limitações estabelecidas aos direitos dos membros das *Williams Treaties First Nation* à caça, pesca e colheita de subsistência em determinadas áreas abrangidas por tratados pré-Confederação.

Proposto, em 1969, pelo ministro dos Assuntos Indianos e do Desenvolvimento do Norte, Jean Chrétien, e pelo primeiro-ministro, Pierre Trudeau, o *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* – mais conhecido como *White Paper* – tentou abolir da ordem jurídica canadense documentos legais anteriores relativos aos povos indígenas, com a consequente assimilação dos povos aborígenes pelo Estado do Canadá. Com o intento de eliminar o status indígena, incorporar as Primeiras Nações sob a responsabilidade do governo provincial, e impor decisões de terras, noções de propriedade privada e agendas econômicas às comunidades aborígenes, o *White Paper* provocou reação em massa, o que levou à sua retirada em 1970 e inspirou decisões judiciais nas décadas seguintes.

A decisão do caso *Calder v. British Columbia* – intentado pela *Nisga'a First Nation of B.C.* – foi o primeiro passo no estabelecimento de um regime de direitos aborígenes no país⁹⁸⁵. Em 1973, a Suprema Corte do Canadá reconheceu que os aborígenes têm um interesse sobre as terras que eles e seus antepassados tradicionalmente ocuparam. A afirmação da existência de um interesse de propriedade deve ser compreendida como *reconhecimento*

⁹⁸³ “35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.”

⁹⁸⁴ “35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the “*Constitution Act, 1867*”, to section 25 of this Act or to this Part, (a) a constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and (b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.”

⁹⁸⁵ Cfr. Peter Kulchyski, *Aboriginal rights are not human rights*, p. 36 e ss.

*territorial*⁹⁸⁶. Nesse marco decisório, a Corte afirmou que o *título aborígine* constituía uma doutrina que ainda possuía força legal no Canadá. A decisão obrigou o Governo federal canadense a repensar seu posicionamento e acatar o conceito legal de título aborígine – enquanto direito de propriedade indígena – delineado pelo Tribunal. Como consequência, foi criada uma política abrangente de reivindicações, com estrutura de negociação para resolução de pleitos referentes a títulos territoriais aborígenes.

Um dos eventos que desencadearam a mudança de postura do Governo federal do Canadá em relação aos títulos aborígenes e às negociações de reivindicação de terras foi o projeto do gasoduto do Vale do Mackenzie que, na década de 1970, gerou conflitos entre os empreendedores e os povos indígenas da região. Em 1974, o *Arctic Gas* – consórcio de empresas petrolíferas multinacionais – requereu ao Governo canadense a construção do gasoduto. Em março do mesmo ano, o juiz Thomas Berger foi nomeado para presidir um inquérito sobre as questões relacionadas à proposta de empreendimento. As comunidades indígenas ao longo da rota do gasoduto sentiram-se ameaçadas pelo projeto, que, além de trazer prejuízos à sua cultura, resultariam em poucos benefícios econômicos e elevados custos sociais para os aborígenes. De outro lado, os defensores da proposta argumentavam que a industrialização e modernização do norte do Canadá eram inevitáveis e seriam benéficas para *todos os canadenses*, que teriam igual interesse na região e em seus recursos. Essa visão – em descompasso com o que terminou por prevalecer a partir da decisão do caso *Calder* – baseava-se na crença de que, a partir da colonização as terras e seus recursos foram transferidos dos aborígenes para a Coroa. O juiz Berger reconheceu que, no contexto da sociedade e economia aborígenes da década de 1970, o povo indígena *Dene* do Vale do Mackenzie não estava preparado para participar e, portanto, se beneficiar do projeto, o que representaria graves danos à sua cultura. Nesse sentido, Berger recomendou o adiamento do projeto pelo período de dez anos, tempo suficiente para que as reivindicações dos povos nativos fossem resolvidas e seus membros estivessem preparados para os impactos decorrentes da construção.

A decisão de Berger marcou um novo paradigma nas relações entre os povos indígenas, o Governo federal e as corporações que desejavam desenvolver projetos em terras tradicionais aborígenes. Fixaram-se medidas e procedimentos no sistema de justiça canadense para resolução de reivindicações de terras aborígenes, com recursos legais para a defesa dos direitos dos povos originários.

⁹⁸⁶ Cfr. Robert B. Anderson, Bettina Schneider e Bobo Kayseas, *Indigenous Peoples' Land and Resource Rights*, p. 7.

Em 1984, no importante caso *Guerin v. The Queen*⁹⁸⁷, a Suprema Corte do Canadá enfrentou questões envolvendo a natureza fundamental e as origens dos direitos dos aborígenes. Trata-se de ação ajuizada pelo grupo de indígenas *Musqueam* de *British Columbia* – possuidor de valiosa reserva de terras na cidade de Vancouver – contra o Governo federal. Alegou-se que, em 1957, o governo induziu os aborígenes a entregar parte de sua reserva à Coroa, com o objetivo de arrendá-la para um clube de golf, com arrendamento a ser aplicado em favor dos *Musqueam*. Após a entrega das terras – que estavam entre as potencialmente mais valiosas de Vancouver –, o governo arrendou-as por 75 anos, em termos muito menos favoráveis para os indígenas do que os inicialmente previstos. O grupo argumentou que o governo deveria ser responsabilizado por violação de confiança e condenado a pagar indenização pelos danos causados. Em resposta, o governo arguiu não ser cabível sua responsabilidade jurídica pelos negócios realizados após a devida entrega das terras por parte dos aborígenes, cabendo-lhe decidir sobre as condições do arrendamento, independentemente do que havia sido anteriormente acordado com o grupo. Para o governo, sua responsabilidade era política, e não legal. Em decisão unânime, a Suprema Corte do Canadá rejeitou os argumentos apresentados pelo Estado, responsabilizando-o legalmente por suas ações e concedendo indenização de 10 milhões de dólares aos indígenas. Os magistrados consideraram que o título de terra aborígene é um direito legal derivado da ocupação histórica das terras tribais pelos povos nativos, e que transcende até mesmo a reivindicação de soberania das nações europeias no processo de colonização da América do Norte. O título aborígene – reconhecido na Proclamação Real, de 1763 – teria uma base independente do direito comum canadense. Pontuou-se, ainda, que os povos nativos têm direito a possuir suas terras até a extinção do título, por lei posterior – hipótese em que cabe indenização – ou por entrega voluntária à Coroa. Para a Corte, na especial relação dos povos indígenas com a Coroa, esta assume o papel de intermediária entre os membros do grupo e os interessados na compra ou arrendamento das terras, gerando uma obrigação fiduciária distinta, capaz de gerar responsabilidade, caso o governo falhe no desempenho de seus deveres fiduciários, em prejuízo dos aborígenes. A decisão da Suprema Corte – cuja jurisprudência anterior sobre o tema não era precisa – teve importância singular nas reivindicações por terras dos aborígenes, que, em diversas regiões do Canadá, foram induzidos a assinar tratados de entrega à Coroa, muitos dos quais foram contestados pelos

⁹⁸⁷ [1984] 2 S.C.R. 335.

indígenas por seus textos escritos não corresponderem aos termos orais dos acordos celebrados⁹⁸⁸.

No Canadá, o conceito de título aborígine associa-se à existência de direitos territoriais dos povos indígenas para além daqueles distinguidos nos tratados. Até que se alcance um acordo, essas terras públicas permanecem sob a posse dos governos federal e provincial. Do ponto de vista do sistema de justiça canadense, o título aborígine é derivado da histórica ocupação, posse e uso dos territórios tradicionais pelos indígenas. Sua validação se dá após a prova da ocupação contínua das terras em questão, no momento em que a Coroa afirmou sua soberania. Usufruído coletivamente, a princípio, o título aborígine restringia-se ao direito de utilização dos recursos naturais no âmbito da tradicional economia de subsistência. Mais tarde, expandiu-se para agregar determinados direitos de caráter comercial. Embora, desde a decisão de 1973, já tivesse a Suprema Corte ampliado a definição de título aborígine para inclusão de direitos comerciais, foi em 1997, na decisão do caso *Delgamuukw v. British Columbia* que o Tribunal efetivamente consolidou os direitos a atividades comerciais decorrentes do título aborígine. Em 1999, na decisão sobre o caso *Marshall*, o Tribunal asseverou que os *Mi'kmaq* da Nova Escócia tinham o direito de pescar e vender peixes. Tanto na decisão *Delgamuukw* quanto na decisão do caso *Marshall*, a Corte solicitou a realização de negociações entre as *Primeiras Nações* e o Governo respectivo para definir as particularidades de tais direitos em conformidade com as leis e regulamentos existentes do Canadá e aqueles próprios da província ou dos territórios envolvidos.

Apesar dos avanços em termos de reconhecimento dos direitos indígenas, notadamente aqueles relativos às terras e recursos naturais, ainda nos dias de hoje, os aborígenes canadenses enfrentam as maiores taxas de desemprego, possuem rendas médias mais baixas e acesso precário a direitos como saúde⁹⁸⁹ e educação⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Sobre o caso, ver Brian Slattery, *Understanding aboriginal rights*, p. 728 e ss.

⁹⁸⁹ Sobre a questão da saúde dos povos aborígenes do Canadá, ver Yvonne Boyer, *Aboriginal Health – A Constitutional Right Analysis*.

⁹⁹⁰ Cfr. compilação e análise de indicadores sociais de aborígenes canadenses, em comparação com não-aborígenes, em *Report on Equality Rights of Aboriginal People*. Disponível em «https://publications.gc.ca/site/archive-archived.html?url=https://publications.gc.ca/collections/collection_2013/ccdp-chrc/HR4-22-2013-eng.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

1.4. Os direitos dos aborígenes da Austrália

Na região hoje ocupada pela Austrália, os povos aborígenes viviam originariamente espalhados pelo território, com maior densidade populacional ao longo da costa. A crença de que as terras não tinham valor econômico, levou a Inglaterra a iniciar a ocupação do território australiano para deportação de sua superpopulação carcerária.

Desde o começo da invasão britânica, em meados do século XVIII, os aborígenes tiveram suas terras destruídas ou expropriadas, com consequências catastróficas para tais povos originários. Dizimados pelas epidemias e massacrados nas ocupações, estima-se que, apenas nos primeiros cem anos após a chegada dos britânicos, a população aborígene tenha sido reduzida de um milhão para cerca de 60 mil indivíduos.

A Constituição australiana entrou em vigor em 1º de janeiro de 1901, unindo as colônias britânicas de Nova Gales do Sul, Victoria, Austrália do Sul, Queensland, Tasmânia e, mais tarde, Austrália Ocidental, num Estado Federal, cujo governo se denominou de *Commonwealth*. Os primeiros povos da Austrália não foram incluídos nesse acordo. Com efeito, o texto constitucional originário não reconheceu os aborígenes e os australianos das Ilhas do Estreito de Torres⁹⁹¹, mas continha referências explicitamente discriminatórias contra os indígenas australianos. Parte dessas alusões foram removidas após o Referendo Federal, de 1967, que contou com a aprovação de mais de 90% dos eleitores⁹⁹². Nada obstante, mantêm-se certas referências (nas Seções 25 e 51) que permitem que a *Commonwealth* ou os governos estaduais discriminem pessoas com base na raça. Tais dispositivos constitucionais fazem da Constituição australiana uma exceção entre as constituições vigentes no mundo, ao autorizar a discriminação contra seus povos indígenas com base na raça.

Embora, atualmente, a maioria dos estados australianos já tenha alterado suas constituições⁹⁹³ para reconhecer formalmente os australianos insulares e os aborígenes como

⁹⁹¹ A Constituição australiana foi redigida em duas convenções constitucionais realizadas na década de 1890, das quais mulheres, aborígenes e pessoas do Império do Estreito de Torres e membros de comunidades étnicas foram excluídos. Consequentemente, também não foram parte das deliberações e decisões que definiram a criação de uma nova nação sobre as bases de seus territórios ancestrais.

⁹⁹² O Referendo Federal, de 1967, é comemorado todos os anos no dia 27 de maio, como o início da Semana Nacional de Reconciliação.

⁹⁹³ Veja-se, por exemplo, o texto preambular da Constituição estadual de Victoria: “The Parliament recognises that Victoria’s Aboriginal people, as the original custodians of the land on which the Colony of Victoria was established: have a unique status as the descendants of Australia’s first peoples; have a spiritual, social, cultural and economic relationship with their traditional lands and waters within Victoria; and have made a unique and irreplaceable contribution to the identity and well-being of Victoria.”

povos originários de seus territórios, a Constituição da Austrália ainda não foi modificada nesse sentido⁹⁹⁴.

Na ordem jurídica australiana, a única maneira de se alterar a Constituição é por meio de um referendo constitucional, com aprovação da maioria dos eleitores nacionais. Desde 1901, 44 referendos constitucionais foram realizados e apenas 8 aprovados. Um novo impulso para inclusão dos aborígenes na Constituição se iniciou em 2010, tendo sido criado, em 2015, um Conselho de Referendo, composto por dezesseis membros, sendo que a consulta popular não se efetivou até os dias de hoje.

Durante parte do século XX, particularmente entre 1900 e 1972, desenvolveu-se na Austrália uma política assimilacionista – conhecida como *White Australia*⁹⁹⁵ – que, dentre outras ações, envolvia a retirada de crianças aborígenes de suas famílias de origem para entrega a famílias brancas ou escolas de missões, com o intuito de que perdessem sua identidade cultural aborígene⁹⁹⁶.

Na Austrália – onde, atualmente, remanescem cerca de 500 povos aborígenes diferentes –, a destinação de terras para a formação de reservas configurou-se, sob o argumento da garantia do direito ao território, como mecanismo de isolamento dos povos aborígenes da comunidade em geral. Nesse processo histórico, com frequência, comunidades aborígenes inteiras foram removidas de suas terras ancestrais para serem realocadas em reservas criadas pelo Governo, o que não impediu também repetidas revogações ou alienações, para

⁹⁹⁴ Um grupo de especialistas – incluindo líderes indígenas e comunitários, especialistas constitucionais e parlamentares – recomendou ao governo australiano, em 2012: a) a remoção da Seção 25; b) a remoção da seção 51 (xxvi); c) a inserção de nova seção 51^a, para reconhecer os povos aborígenes e isleiros do Estreito de Torres e para autorizar o governo australiano de aprovar leis em benefício destes; d) inserção de uma nova seção 116A, que proíba a discriminação racial pelo governo; e) inserção de uma nova seção 127A, que, ao confirmar o inglês como língua nacional da Austrália, reconheça as línguas dos Aborígenes e dos povos do Estreito de Torres como as primeiras línguas do país.

⁹⁹⁵ Bastien Rosa, *O que é um aborígene? Modos de categorização racial no Sudoeste da Austrália*, p. 23, explica que “a política da ‘Austrália branca’, do início do século XX até os anos 1970, garantia a ausência de outros grupos não-brancos (com a notável exceção de uma minoria de chineses que se estabeleceram na Austrália no século XIX). Somente após a Segunda Guerra Mundial, outros imigrantes que não exclusivamente aqueles oriundos das Ilhas Britânicas foram aceitos na Austrália. Estes imigrantes (gregos e italianos em sua maioria) foram apelidados de ‘novos australianos’ e eram considerados um grupo racial distinto (apelidados os ‘Wogs’)”.

⁹⁹⁶ No Estado de *New South Wales*, por exemplo, adotou-se, em 1909 o *Aboriginal Protection Act* (APA), que conferia poderes estatutários ao *Aboriginal Protection Board* (APB), criado em 1883. O APA estabelecia determinadas restrições discriminatórias aos aborígenes como: a) a proibição do consumo de álcool pelos aborígenes; b) o controle de aprendizagem das crianças aborígenes; c) regulação do trabalho dos aborígenes. Emendas posteriores ampliaram os poderes do APB, atribuindo-lhe o direito de retirar crianças aborígenes de suas famílias, para facilitar sua assimilação na comunidade. Em 1940, a organização foi rebatizada para *Aboriginal Welfare Board*, sendo que seu relatório anual de 1945 estabeleceu como objetivo institucional a *preparação dos povos aborígenes para a cidadania*, a partir da instrução das *pessoas de pele escura*, a fim de que *se ajustassem ao modo de vida do homem branco*. Cfr. Bastien Rosa, *O que é um aborígene? Modos de categorização racial no Sudoeste da Austrália*, p. 8-9.

acomodação da população europeia em expansão. Esse processo – articulado com intervenções nas cerimônias religiosas e na organização tradicional dos grupos – trouxe sérios prejuízos à preservação da identidade cultural e à própria sobrevivência dos aborígenes da Austrália.

Na década de 1930, os aborígenes australianos organizaram os primeiros protestos contra o tratamento severo destinado aos indígenas nas reservas aborígenes criadas na Austrália. Foram denunciadas ações de expropriação, além dos atos de remoção de crianças indígenas de seus pais.

Conhecida como *Bark Petition*, uma das primeiras petições reivindicando ao governo os direitos dos povos indígenas da Austrália foi apresentada, em 1963, pelos aborígenes de *Yirrkala*, situados na península de Gove, em *Arnhem Land*⁹⁹⁷. O documento – escrito na língua aborígine de *Gumaitj* – foi apresentado à Câmara dos Deputados da *Commonwealth*, levantando objeção à decisão de arrecadação de impostos das reservas de *Arnhem Land* para a mineração de bauxita, sem prévia consulta aos aborígenes. Em resposta às queixas do povo *Yirrkala*, foi instituída uma comissão parlamentar, cujo relatório, embora não tenha afirmado o direito dos aborígenes ao território, recomendou uma compensação parcial – por meio de doações de terra – para os indígenas afetados. Apesar de o inquérito parlamentar não ter resultado numa ação concreta, a questão dos direitos territoriais dos aborígenes começou, a partir de então, a ser visibilizada na Austrália.

Em 1948, a *Commonwealth Nationality and Citizenship Act* reconheceu, pela primeira vez, a cidadania australiana a todos os australianos, incluindo os aborígenes e os nativos do Estreito de Torres. Em 1962, a *Commonwealth Electoral Act* foi alterada para, do mesmo modo, estender o direito de voto para todos os australianos.

Em 1966, o Governo australiano avançou no que se refere aos direitos territoriais dos povos indígenas, criando o *South Australian Aboriginal Lands Trust* estabelecido por uma lei do parlamento do sul da Austrália como mecanismo para a concessão aos aborígenes de títulos sobre suas terras. O *Lands Trust* é detentor de títulos de propriedade de ex-reservas aborígenes, estando a associação ao *Trust* limitada a descendentes de aborígenes. Em 30 de junho de 1983, foram transferidos 4.855km² para o *Lands Trust*. De acordo com o ato, o governo australiano é obrigado a pagar ao Fundo de Terras os montantes que recebe em *royalties* de atividades de mineração realizadas em terras sob a titularidade do *Lands Trust*.

⁹⁹⁷ Cfr. *The history of Aboriginal land rights in Australia (1800s-1980s)*, p. 2.

Em 1967, foi realizado um referendo constitucional, no qual mais de 90% dos australianos foram favoráveis à concessão de poderes à *Commonwealth* para elaboração de leis relativas a aborígenes e nativos do Estreito de Torres.

Os povos *Yirrkala* também foram pioneiros no ajuizamento de pedido de reconhecimento de título de suas terras originárias. O caso *Gove* foi apresentado, em 1968, ao Tribunal Supremo do Território do Norte. Em abril de 1971, o juiz *Blackburn* afirmou, em sua decisão, que, de acordo com a lei australiana, os povos aborígenes não tinham direito legalmente estabelecido à reivindicação de suas terras. Segundo o entendimento firmado pelo Tribunal, somente a partir da aprovação de legislação específica pelos governos estaduais australianos, os povos aborígenes poderiam ter reconhecido o seu direito territorial.

Nesse contexto, Victoria foi o primeiro estado a conceder o direito de propriedade das comunidades indígenas à sua própria terra. Em 1970, o Parlamento vitoriano aprovou o *Ato da Terra Aborígene*, que concedeu títulos de propriedade livre aos residentes das reservas *Lake Tyers (Gippsland)* e *Framlingham* (Distrito Ocidental). Foram, então, legalmente instituídos o *Lake Tyers Aboriginal Trust* e o *Framlingham Aboriginal Trust* para manutenção do título de reservas anteriores, possibilitando-se a adesão aos fundos apenas aos descendentes de aborígenes residentes nas respectivas comunidades. Responsáveis pelo controle e gerenciamento do território, os *trusts* só podem vender as terras com o consentimento de todos os seus membros.

Em 1972, foi criado o *Western Aboriginal Lands Trust* – cujos componentes são aborígenes nomeados pelo ministro de Estado dos Assuntos Aborígenes –, organização à qual se atribuiu o controle sobre as reservas e outras terras destinadas a estes. No entanto, o título das terras – as quais representam cerca de 8% da Austrália Ocidental – permaneceu com a Coroa, cabendo ao *Trust* o papel de órgão consultivo, com funções de gerenciamento.

Em 1975, o Parlamento australiano aprovou o *Racial Discrimination Act* para assegurar que os australianos de todas as ascendências fossem tratados igualmente e recebessem as mesmas oportunidades.

Aprovado em 1976, após quatro anos desde a proposta legislativa inicial, o *Aboriginal Land Rights Act* trata do direito à terra dos povos aborígenes do Território do Norte (TN). Apesar das iniciativas anteriores por parte dos governos estaduais, o Ato, de 1976, é o

primeiro acordo real envolvendo os direitos de propriedade dos povos indígenas da região, haja vista sua amplitude e a quantidade de terras efetivamente transferida⁹⁹⁸.

De 1770 – quando a Coroa Britânica reivindicou as terras invadidas – até 1992, vigia na Austrália o princípio da *terra nullius*, segundo o qual, o território, estando inóspito antes da chegada dos britânicos, era terra de ninguém, entendimento que legitimava a apropriação legalmente estabelecida. Em 1992, num histórico julgamento, a Suprema Corte afastou essa concepção, reconhecendo a especial relação dos aborígenes e dos nativos do Estreito de Torres com a terra, bem como a existência do *título nativo* desses povos. A decisão *Mabo* embasou a reivindicação de muitos povos aborígenes pelo reconhecimento legal do direito sobre suas terras ancestrais, não tendo sido, no entanto, aplicada de maneira uniforme em todas as regiões da Austrália.

Ressalte-se que na Tasmânia – apesar de projetos de lei sobre os direitos dos aborígenes à terra – consolidou-se uma política de governo contrária à concessão de tais direitos, sob a justificativa de tratamento desigual entre aborígenes e outros tasmanianos.

Apenas em 2009, a Austrália – um dos únicos quatro países a se opor ao documento – passou a apoiar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Em 13 de fevereiro de 2013, o Parlamento australiano aprovou uma lei reconhecendo que os povos aborígenes são os primeiros habitantes do continente. A lei, aprovada em Canberra – após 225 anos do início da ocupação europeia na Oceania, e cinco anos depois do pedido oficial de desculpas do primeiro ministro Kevin Rudd pela discriminação sofrida pelos aborígenes – abriu caminho para a ainda prometida alteração constitucional que deve garantir igualdade de tratamento e de oportunidades para os povos indígenas da Austrália.

Nos dias atuais, mais da metade dos aborígenes australianos vivem em condições precárias, nos subúrbios das cidades, estando sujeitos a maiores índices de mortalidade infantil, baixa expectativa de vida e encarceramento desproporcional. Efetivamente, segundo dados do *Australian Bureau of Statistics*, no censo de 2016, os aborígenes e nativos do Estreito

⁹⁹⁸ A lei prevê, em síntese: a) a criação de *Aboriginal Land Trusts* para manutenção dos títulos de terras aborígenes; b) a concessão aos *Land Trusts* de títulos de pleno direito inalienáveis, referentes a todas as reservas aborígenes do Território do Norte, às missionárias de *Hermannsburg* e Santa Teresa e a outras pequenas porções de terras desocupadas da Coroa próximas a *Darwin* (cerca de 19% do Território do Norte); c) a instituição de Conselhos de Terras Aborígenes que devem atuar como agentes de proprietários aborígenes tradicionais em questões de terras (atualmente *Central Land Council*, *Northern Land Council* e *Tiwi Land Council*); d) instituição de Comissariado do Território Aborígene para investigar e reportar as reivindicações dos povos aborígenes à terra; e) concessão do controle da mineração e outras atividades para proprietários aborígenes tradicionais, exceto nos casos de interesse nacional; f) beneficiamento das comunidades aborígenes a partir de valores dos *royalties* recebidos de operações de mineração nas terras aborígenes, do seguinte modo: 30% para comunidades que vivem nas áreas afetadas pela mineração; 40% para os Conselhos de Terras; e até 30% em benefício de pessoas aborígenes de todo o Território do Norte. Cfr. *The history of Aboriginal land rights in Australia (1800s-1980s)*, p. 5.

de Torres representavam 2,8% do total de habitantes do país⁹⁹⁹. Em contrapartida, perfaziam um total de 27% da população carcerária¹⁰⁰⁰, com taxas de desemprego de 20,6%¹⁰⁰¹, contra os 5,8% da média nacional¹⁰⁰².

1.5. A internacionalização dos direitos dos povos indígenas

Ao longo das últimas décadas, a comunidade internacional tornou-se cada vez mais atenta à importância do reconhecimento normativo dos direitos territoriais para a sobrevivência, desenvolvimento econômico e autodeterminação dos povos indígenas.

Nesse sentido, em 1981, o Subcomitê das Nações Unidas sobre Racismo, Discriminação Racial, Apartheid e Descolonização realizou, em Genebra, a Conferência Internacional de ONGs sobre Povos Indígenas e Terra, ocasião em que participaram mais de 300 líderes indígenas representantes de organizações não governamentais de diversas partes do mundo. No ano seguinte, a ONU criou o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, cujos principais propósitos eram a revisão das legislações nacionais em relação aos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, bem como a recomendação para adoção de novos padrões internacionais de reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas. Em 1987, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu relatório denominado *Nosso Futuro Comum* destacou a grande perda para a humanidade do desaparecimento dos povos indígenas e de seus conhecimentos e experiências tradicionais, sobrelevando o papel dessas comunidades no uso sustentável dos recursos naturais.

Sem embargo de outros documentos de proteção dos direitos humanos que podem servir à defesa dos povos originários, os principais instrumentos internacionais vigentes dedicados exclusivamente aos direitos dos povos indígenas são a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países

⁹⁹⁹ De acordo com os dados do último censo, realizado em 2016. Disponível em «<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Latestproducts/2075.0Main%20Features52016?opendocument&tabname=Summary&prodno=2075.0&issue=2016&num=&view=>». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁰⁰ Disponível em «<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/4517.0~2016~Main%20Features~Aboriginal%20and%20Torres%20Strait%20Islander%20prisoner%20characteristics~5>». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁰¹ Disponível em «<http://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/mf/4714.0>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁰² Disponível em «<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/6202.0Media%20Release1Feb%202017?opendocument&tabname=Summary&prodno=6202.0&issue=Feb%202017&num=&view=>». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

Independentes – adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 7 de junho de 1989 – e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13 de setembro de 2007¹⁰⁰³.

Constatando a particular submissão dos povos indígenas a trabalhos forçados, a OIT adotou, em 1957, a Convenção nº 107, consagrando direitos dos povos indígenas e estabelecendo obrigações correspondentes aos Estados signatários. Tratando-se do primeiro instrumento internacional nesse sentido, a Convenção foi amplamente revista, em virtude da crítica generalizada às suas terminologias *condescendentes* e *paternalistas* e à sua abordagem *integracionista* ou *assimilacionista*¹⁰⁰⁴. A mencionada revisão deu origem à Convenção nº 169 da OIT¹⁰⁰⁵, de 1989, que, tendo entrado em vigor em 1991, conta, atualmente, com a ratificação de 22 países, a maior parte destes situados na América Latina¹⁰⁰⁶. A partir da ótica neste tópico ventilada, importa fazer especial menção – além daquelas associadas ao direito à diferença – às seguintes prerrogativas: direito de determinar sua própria forma de desenvolvimento (artigo 7º); direito de participar diretamente das decisões sobre políticas e programas que afetem seus interesses (artigos 6º, 7º e 15); direito de serem consultados sobre medidas legislativas ou administrativas que possam lhes afetar (artigos 6º, 15, 17, 22 e 28); e direito ao seu próprio sistema de justiça, desde que compatível com as normas internacionais de direitos humanos (artigos 8.2 e 9.1).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por sua vez, foi aprovada após 20 anos de negociações, contando com o voto de 143 Estados. O documento sobreleva os seguintes direitos: à não discriminação e à igualdade perante a lei (preâmbulo, artigos 2º, 14 e 24); à livre determinação (artigos 3º e 4º), com o reconhecimento de diversas prerrogativas voltadas para a garantia da autonomia dos povos indígenas¹⁰⁰⁷; à

¹⁰⁰³ Sobre os direitos dos povos indígenas nos sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas, ver *Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System*.

¹⁰⁰⁴ Cfr. *Manual para defender os direitos dos povos indígenas*, p. 3.

¹⁰⁰⁵ Sobre a aplicação da Convenção nº 169 pelos tribunais dos Estados, ver *La aplicación del Convenio Convención nº 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una compilación de casos*; Christian Courtis, *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*.

¹⁰⁰⁶ Os países que ratificaram a Convenção nº 169 são os seguintes: Argentina, Bolívia, Brasil, República Centro-Africana, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Equador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Nicarágua, Noruega, Paraguai, Peru, Espanha e Venezuela. Para Luxemburgo, a Convenção somente entrará em vigor em 5 de junho de 2019. Disponível em «http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁰⁷ Podendo-se elencar, dentre outras, as seguintes: a) autonomia ou autogoverno nos assuntos internos e locais; b) disposição de recursos para financiar suas funções autônomas; c) ter reconhecidas suas instituições tradicionais e sistemas próprios de justiça; d) determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento de suas terras ou territórios, assim como dos recursos naturais ali existentes; e) serem consultados antes de decisões que

identidade cultural (artigos 8º, 11-14, 24, 31), relacionada à prerrogativa de “manterem-se e perpetuarem-se como povos distintos”¹⁰⁰⁸; à propriedade e à posse das terras tradicionalmente ocupadas e aos seus recursos naturais (artigos 8º, 10, 19, 20, 25-29 e 32)¹⁰⁰⁹; à participação e à consulta (artigos 5º, 18, 19, 23, 27, 30 e 32.2); ao consentimento prévio, livre e informado (artigos 10 e 29); à reparação (artigos 11.2, 20.2, 28.1 e 32.2).

A partir da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a comunidade internacional passou a discutir parâmetros mínimos de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas por parte dos Estados¹⁰¹⁰, com relevante influência nos textos constitucionais contemporâneos. Entretanto, observa-se, pela análise aqui empreendida, que o

possam afetá-los; f) serem consultados antes da execução de projetos ou planos de investimento que possam causar um impacto maior em seu povo; g) participar ativamente na determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que os afetem; h) participar plena e efetivamente na vida pública. Cfr. *Manual para defender os direitos dos povos indígenas*, p. 9.

¹⁰⁰⁸ Sobre o direito à identidade cultural, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, expediu a Recomendação nº 23, de 1997 – relativa aos direitos dos povos indígenas – na qual reforça que os Estados devem garantir “que as comunidades indígenas possam exercer seu direito a praticar e reavivar suas tradições e costumes culturais, e preservar e praticar seu idioma”. A Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se em defesa desse direito no caso *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, particularmente no que se refere às crianças indígenas. Na sua sentença, datada de 24 de agosto de 2010, Corte asseverou que os Estados devem proteger e promover o direito das crianças indígenas de viverem de acordo com sua própria cultura, religião e idioma. Para o tribunal, essa prerrogativa é violada quando os poderes públicos não adotam medidas para sua garantia, o que resulta na perda de práticas tradicionais, além de prejuízos derivados da falta de território, afetando o desenvolvimento e identidade cultural das crianças. Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=336&lang=en». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁰⁹ No que se refere ao direito à propriedade e posse, a peculiar relação dos povos indígenas com a terra e seus recursos naturais, usufruídos em comunidade, sobreleva a dimensão coletiva dessa prerrogativa. Em suas decisões sobre a questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem afirmado que os Estados devem respeitar essa especial relação dos povos indígenas e tribais com seus territórios. Ver, dentre outras, as seguintes decisões: Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, sentença de 31 de agosto de 2001 (Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf»); Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, sentença de 17 de junho de 2005 (Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf»); Caso do Povo Saramaka vs. Suriname, sentença de 28 de novembro de 2007 (Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf»); Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, sentença de 24 de agosto de 2010 (Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf»); Caso dos Povos Kaliña y Lokono vs. Suriname, sentença de 25 de novembro de 2015 (Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf»). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁰¹⁰ Roque Roldán Ortiga, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*, p. 17 e ss., aponta seis fatores relevantes a serem observados no quadro jurídico-político de um Estado, para verificação da efetividade da proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas: a) regime de posse da terra: refere-se à natureza do direito sobre a terra reconhecida, que pode variar de posse total, passando por diversos tipos de posse restrita, até pelo simples direito de usufruto; b) reconhecimento territorial: reconhecimento de terras de forma correspondente à concepção de território indígena adotado pela Convenção nº 169 da OIT; c) direitos aos recursos naturais: modalidade de direitos ao uso e à administração que recaem sobre os recursos naturais e que são decorrência do próprio direito territorial; d) segurança da posse: diz respeito ao grau de segurança alcançado a partir do tipo de titulação das terras; e) autonomia: refere-se ao nível de autonomia da comunidade indígena na gestão de seus próprios assuntos, como decorrência de seus direitos fundiários; envolve, ainda, o reconhecimento legal enquanto grupo indígena (*personería jurídica*), e a capacidade de usar seus próprios sistemas de justiça; f) recurso legal: refere-se às ações legais previstas em favor dos povos indígenas para a defesa de suas terras.

lento reconhecimento dos direitos dos povos indígenas ao longo da história tem gerado perdas irreparáveis as quais – para além da histórica dizimação e escravização – continuam afetando a sobrevivência desses povos, sua identidade cultural e a proteção ambiental das terras que tradicionalmente ocupam. A diferença de níveis de reconhecimento dos direitos especiais dos povos indígenas¹⁰¹¹ nos Estados analisados demonstra que não há observância dos padrões mínimos que os organismos internacionais procuram estabelecer. Vê-se, ainda, que, até no âmbito de um mesmo país, há distorções que permitem que determinadas regiões avancem na proteção dos direitos indígenas, enquanto outras se recusam a reconhecer tais prerrogativas.

Dentre os direitos dos povos indígenas, o direito à autodeterminação tem sofrido resistências por parte dos Estados, a pretexto de afetação de sua soberania e integridade jurídico-política. Nada obstante, mesmo nos casos em que as Constituições ou ordens jurídicas nacionais dispõem sobre tal prerrogativa, a própria constatação da necessidade de reconhecimento formal, como uma espécie de *concessão unilateral* desses direitos é reflexo das forças em jogo nessa relação colonialista de poder¹⁰¹². É fundamental que a proclamação de direitos e de medidas de caráter reparatório não se transmude em instrumento de ocultação da indiferença, do ódio aos diferentes e de isolamento dos povos indígenas. É preciso partir das inegáveis desigualdades causadas pelas relações interculturais e inter-raciais de poder para que a busca da igual dignidade dos aborígenes se torne um objetivo a ser alcançado e construído com sua efetiva participação decisória.

A ausência de uma abordagem que assuma o processo histórico de dominação cultural a que foram submetidos – com as peculiaridades histórico-geográficas de cada Estado – os povos originários resulta na persistência de uma visão homogeneizadora e excludente das comunidades indígenas sobreviventes. Nesse sentido, estas ainda são representadas como populações exóticas – associadas ao estado de natureza e ao homem primitivo –, cuja existência, por si só, ameaçaria a integridade e uniformidade nacionais.

A concepção dos povos originários como *congelados no tempo e no espaço*¹⁰¹³ – incapazes de *evoluir* no sentido do *ideal civilizatório* da humanidade – reforça a marginalização

¹⁰¹¹ Peter Kulchyski, *Aboriginal rights are not human rights*, p. 34, recorda que a noção de direitos humanos universais emergiu num contexto histórico europeu, servindo a projetos coloniais que justificavam intervenções nas práticas e modo de vida das populações indígenas.

¹⁰¹² Peter Kulchyski, *Aboriginal rights are not human rights*, p. 34, relata como grande parte da comunidade da justiça social se opunha à noção de direitos, por entendê-los como uma justificação para a intervenção imperial do Estado e não como uma ferramenta a favor das comunidades marginalizadas.

¹⁰¹³ Gabriela Novaro, *“Indios, “aborígenes” y “pueblos originarios” sobre el cambio de conceptos y la continuidad de las concepciones escolares*, p. 212, afirma que a atemporalidade com que são abordados os povos indígenas nas escolas argentinas reforça a ideia de *identidades estáticas*.

e exclusão dos indígenas, convenientemente apartados das sociedades a que deram origem e das quais deveriam ser considerados membros efetivos. Mesmo no tratamento dos acontecimentos históricos, a presença dos povos indígenas é relatada de forma relativa, conforme os interesses e a partir do ponto de vista das *culturas dominantes*¹⁰¹⁴. Sob essa ótica, na prática, também os direitos dos povos originários são condicionados e moldados em conformidade com a centralidade da ideia de Nação, desde que não representem obstáculos à realização dos interesses supostamente coletivos¹⁰¹⁵.

Nesse contexto, questões como a preservação dos territórios e recursos naturais, a demarcação e titulação de terras e a operação de empresas transnacionais em territórios indígenas, tendem a ser tratadas pelos Estados como assuntos estratégicos de defesa da segurança nacional. Sob essa perspectiva – cujos reais intentos privatistas se mostram cada vez mais evidentes –, a perversa correlação dos movimentos sociais e das comunidades tradicionais ao terrorismo e ao narcotráfico tem sido uma tônica de justificativa para duras intervenções dos poderes públicos. Trata-se de verdadeiro processo de criminalização dos povos tradicionais, cujo pano de fundo é o cenário dos conflitos fundiários.

Questionados, desde o princípio, em sua própria humanidade pelos invasores europeus; banidos pelo colonialismo e renegados pelas sociedades nacionais, os povos indígenas ainda foram forçados a deixar de viver coletivamente para sobreviver assimilados a paradigmas individualistas ocidentais. A necessidade de crescente internacionalização das relações entre indígenas e sociedades nacionais demonstra o intransigente controle dos Estados sobre os territórios, os corpos, as vidas dos povos originários, de modo a negar sua autodeterminação, sua racionalidade e, portanto, e novamente, sua própria humanidade.

As posturas estatais em relação aos povos indígenas acabam por realimentar o imaginário social – historicamente construído pelo ponto de vista etnocêntrico do colonizador – que atribui incapacidade civil e necessidade de tutela aos indígenas; a figura primitiva e

¹⁰¹⁴ Nas palavras de Gabriela Novaro, *“Indios, “aborígenes” y “pueblos originarios” sobre el cambio de conceptos y la continuidad de las concepciones escolares*, p. 214, “En estas apariciones, desapariciones, inconsistencias y contradicciones, es clara la articulación entre etnocentrismo y relativismo: se puede ser relativista y valorar la particularidad cultural cuando la existencia de los indios no parece representar una amenaza para Occidente (antes del descubrimiento, en la actualidad), se enfatiza la noción de civilización y los sentidos etnocéntricos com que se piensa el progreso cuando las relaciones son indudablemente conflictivas (en la Conquista del Desierto)”.

¹⁰¹⁵ Para Oscar Alfredo Agüero, *Sociedades indígenas, racismo y discriminación*, p. 263, “es aquí, entre medio de la modernidad y la pos-modernidad donde se instala una pseudo-democracia permeada de racismo y discriminación hacia los pueblos indígenas. Quizás no sea necesario repasar la historia a partir del llamado ‘descubrimiento’ para constatar que hasta el presente y en el presente dichos pueblos en Latinoamérica han sido y siguen siendo discriminados por los Estados y otros grupos étnicos que conforman las sociedades que se han dado em llamar ‘nacionales’”.

estática do passado a qual, para que consiga sair do eterno estado de minoridade, precisaria ser indulgentemente cooptada, manipulada, civilizada. Sob essa ótica, os indígenas são sempre objetos de políticas públicas, aos quais não se pode confiar o papel de efetivos e iguais sujeitos de direitos, o que implica o reconhecimento de direitos especiais construídos a partir da perspectiva dos povos indígenas, e não mais nos padrões puramente eurocêntricos.

A Declaração dos Povos Indígenas é incisiva ao situar a questão destes povos no âmbito racial, afirmando que “todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas ou advogando a superioridade de povos ou indivíduos com base na origem nacional ou racial, religiosa, étnica ou diferenças culturais são racistas, cientificamente falsas, legalmente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas”.

Com efeito, toda a discussão envolvendo os direitos dos povos indígenas precisa ser abordada a partir de uma perspectiva da garantia de autodeterminação e de efetiva participação decisória destes povos. Não se pode avançar nesse sentido sem o reconhecimento do papel histórico e ainda permanente do racismo e do colonialismo enquanto mecanismos de dominação e subalternização dos povos indígenas.

A reação das populações indígenas – historicamente marginalizadas pelas sociedades que se formaram ao redor delas – tem se firmado a partir de perspectivas transnacionais, sistematizadas em discursos de transposição das relações de poder impostas a partir da defesa da soberania do Estado, cujo papel de moderador entre os organismos internacionais e os povos originários tem sido por estes recusada. O repúdio às formas assimilacionistas e genocidas de integração nas sociedades nacionais dominantes devem dar espaço a um protagonismo indígena capaz de promover sua dignidade, a partir de sua própria perspectiva.

2. A silenciada revolução haitiana pela igualdade racial

O caso do Haiti, primeira nação a se levantar contra o jugo colonialista a partir de um processo revolucionário comandado por escravizados e ex-escravizados e permeado por pautas de igualdade racial, enfrentou um contexto ideológico de superioridade branca, que culminou no silêncio dos grandes filósofos iluministas europeus e no seu *esquecimento* por grande parte da historiografia ocidental.

Autores renomados, como Thomas Hobbes, Voltaire e Jean Jaques Rousseau, quando não silenciavam, produziam escritos conformados com a manutenção da escravidão,

dados os benefícios econômicos do empreendimento escravista de São Domingos¹⁰¹⁶. Também Marx e Engels teriam deslegitimado as lutas abolicionistas e conquistas de igualdade racial do Haiti, assim como inúmeros iluministas do século XIX, para os quais a igualdade e a liberdade pareciam direcionáveis ao território e cidadãos europeus membros da burguesia¹⁰¹⁷.

A indiferença ao êxito haitiano também pode ser explicada a partir do temor do exemplo do Haiti, inspirador de outras revoltas de escravizados em solo americano. Primeiro Estado das Américas a estabelecer o fim da escravidão negra já nas primeiras décadas do século XIX, o Haiti terminou por insuflar reações de escravizados em Cuba, nos Estados Unidos, na Jamaica e no Brasil¹⁰¹⁸.

A sequência de insurreições que tiveram como palco a antiga colônia de *Saint-Domingue*, de finais do século XVIII para o início do século XIX, foram o marco inicial para a extinção do regime colonial escravocrata nas Américas¹⁰¹⁹. O paradoxo da aclamação da liberdade com a persistência da escravidão permeava não apenas a prática capitalista-colonialista, mas também o discurso teórico – ou silêncio – de diversos pensadores humanistas do século das luzes. O levante haitiano colocava em questão as aspirações basilares da Revolução Francesa, revelando sua contradição unilateralista; sua inconsistente universalidade.

Descoberta pelo almirante espanhol Cristóvão Colombo, em 1492, a ilha – cuja população nativa era inicialmente composta por *indígenas aruaques* e *caraíbas* – recebeu o nome de *Hispaniola*. A exploração por parte dos navegadores espanhóis se estabeleceu inicialmente no litoral, estendendo-se para todo o território insular, no qual a escravização dos indígenas garantia a produção agrícola e cerâmica. Com efeito, o trabalho escravo foi adotado pelos colonizadores espanhóis já no século XVI para garantia da produção de produtos tropicais, principalmente o açúcar.

A partir de 1520, iniciou-se um processo de decadência da colonização espanhola na ilha, cuja população nativa já havia sido dizimada¹⁰²⁰. A substituição dos nativos pelos negros africanos no trabalho forçado deu-se a partir de 1517, quando Carlos V autorizou a

¹⁰¹⁶ Cfr. Ricardo Seitenfus, *O buraco negro da consciência ocidental*, p. s65.

¹⁰¹⁷ Cfr. Carlos Moore, *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*, p. 82.

¹⁰¹⁸ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 276.

¹⁰¹⁹ Cfr. Nei Lopes, *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*, p. 592.

¹⁰²⁰ C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 19, refere que, em quinze anos, os métodos dos espanhóis – “que introduziram o cristianismo, o trabalho forçado nas minas, o assassinato, o estupro, os cães de guarda, doenças desconhecidas e a fome forjada (pela destruição dos cultivos para matar os rebeldes de fome)” – foram capazes de, em quinze anos, reduzir a população nativa de meio milhão para sessenta mil.

exportação de quinze mil escravos da África para São Domingos¹⁰²¹. A decisão da Coroa espanhola foi impulsionada pelos expedientes do padre dominicano espanhol Las Casas, que, preocupado com a iminente destruição total da população nativa, pleiteava a abolição da escravatura dos indígenas. Estava iniciado o comércio americano de negros escravizados.

Ocupada pelos franceses, em 1625, *Hispaniola* passou a sofrer grande influência da França, o que culminou, em 1697, na assinatura pelos dois países colonizadores do Tratado de Ryswick, que estabelecia o controle do terço ocidental da ilha para a França, permanecendo a parte oriental com os espanhóis. Independentemente dos traços distintivos entre o modo de produção capitalista francês e o feudal empreendido pela Espanha¹⁰²², a subjugação racial negra existia em qualquer dos lados da ilha.

Institui-se, então, a colônia francesa de São Domingos. Sustentada pela produção de açúcar, café e cacau, firmou-se como modelo colonial de produtividade durante o século XVIII, à custa do trabalho escravo, cujo lucro justificou o intenso aumento do tráfico negreiro para a ilha¹⁰²³. Sendo a mais rica e produtiva colônia das Américas no início do século XIX – até mesmo mais próspera que as treze colônias que dariam origem aos Estados Unidos da América¹⁰²⁴ –, era conhecida como *Pérola das Antilhas*, sendo responsável por grande parte da riqueza da França, na época.

O desenfreado crescimento da população negra na ilha¹⁰²⁵ – e não as disputas com ingleses ou espanhóis, principais adversários da França nas Antilhas – determinaria a primeira grande derrota do colonialismo francês no Caribe. O abastecimento da mão de obra nas lavouras advinha do grande contingente de escravos trazidos da Jamaica, fator que, associado à miscigenação que produziu grande cota de mulatos, acabou por causar o isolamento da elite branca local. A população dividiu-se, então, em três segmentos definidos: aproximadamente 30 mil brancos, cerca de 40 mil *affranchis* (libertos), em sua maioria mulatos – e a grande massa

¹⁰²¹ C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 19.

¹⁰²² Cfr. Ricardo Seitenfus, *O buraco negro da consciência ocidental*, p. s68, com a consagração da divisão da ilha – que subsiste até os dias atuais –, “a parte oriental estagna se satisfazendo com a pecuária e com os métodos feudais espanhóis e a parte francesa, por sua vez, se desenvolve de maneira extraordinária graças à pujança do capitalismo francês”.

¹⁰²³ Louis Sala-Molins, *Le Code noir, ou le calvaire de Canaan*, p. 244, refere que, nesse período, na França, um terço da atividade comercial dependia da instituição da escravidão. De acordo com C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 15, “em 1789, a colônia francesa das Índias Ocidentais de São Domingos representava dois terços do comércio exterior da França e era o maior mercado individual pra o tráfico negreiro europeu”.

¹⁰²⁴ Cfr. Nei Lopes, *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*, p. 326.

¹⁰²⁵ Susan Buck-Mors, *Hegel e Haiti*, p. 135, afirma que o *boom* do açúcar levou a uma demanda aparentemente infinita por escravos em São Domingos, cuja quantidade aumentou dez vezes, ao longo do século XVIII, alcançando mais de 500 mil seres humanos.

de negros escravizados¹⁰²⁶. Como era comum em toda a América, aos negros escravizados era dispensado tratamento desumano e degradante. Os mulatos emancipados tinham certo êxito econômico – alguns eram proprietários de terras e senhores de escravos –, apesar da privação que sofriam em termos de direitos de cidadania.

O conflito sociopolítico inicial deu-se entre os mulatos e os brancos da elite haitiana que se opunham à Declaração de Direitos do Homem francesa, por considerarem que esta beneficiava os mulatos. Também os brancos pobres – para os quais a diferenciação racial era fundamental – nutriam especial desprezo pelas pessoas de cor, sentimento robustecido pelo despeito em relação às posses por estes acumuladas. Mesmo proibidos por decreto real de exercer a maioria das profissões, bem como de adotar o nome de seus familiares brancos, os ex-escravizados eram donos de parte significativa das propriedades na ilha e possuíam cerca de um terço das plantações e um quarto dos escravos de São Domingos. Nota-se, portanto, que a *rivalidade racial* já era assente na sociedade colonial, mesmo sendo população de cor livre importante componente da classe proprietária da ilha¹⁰²⁷.

Nessa conjuntura, havia “um complexo de grupos de interesse formado pelos campos de força sobrepostos do sistema colonial e mercantil, da ordem política aristocrática, da hierarquia de castas raciais e da distribuição desigual da propriedade privada dentro da população tanto branca quanto de cor”¹⁰²⁸. Poder-se-iam identificar três fases – decerto que não lineares – no processo de descolonização do Haiti, cada uma delas protagonizada por um dos estratos sociais apontados. O movimento teria se iniciado exclusivamente entre os colonos franceses, que aspiravam à autonomia política da colônia em relação à França, contexto no qual seriam detentores máximos do poder na ilha¹⁰²⁹. Os mulatos ou libertos, por sua vez, tiveram participação mais intensa na segunda fase do movimento revolucionário, com reivindicações de inclusão nas esferas de decisão da colônia, a partir do reconhecimento de igualdade de direitos para as pessoas de cor livres. O terceiro grupo a impulsionar a revolução era formado primordialmente por escravizados, cujas pretensões – que foram se delineando durante as

¹⁰²⁶ Cfr. Nei Lopes, *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*, p. 326. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*, p. 181, refere que São Domingos, com cerca de 470 mil escravos era, em 1789, a maior colônia escravista e a mais produtiva do Caribe.

¹⁰²⁷ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 187. Segundo o autor, “em nenhum outro lugar das Américas os de ascendência africana tinham participação tão expressiva nas fileiras das classes proprietárias”, sendo que “a população livre de cor ainda incluía uma camada de proprietários que, em São Domingos, possuía cerca de 100.000 escravos”.

¹⁰²⁸ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 187.

¹⁰²⁹ C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 45-48, explica que acima dos brancos ricos e pobres havia a burocracia que governava a ilha, composta por franceses vindos da França e cujas principais figuras de comando eram o Governador – funcionário representante do rei – e o intendente, responsável pelas finanças e pela administração geral.

inúmeras revoltas – incluíam a independência da colônia, a abolição da escravidão e a formação de um Império Negro. Sem nenhum poder na relação colonial, os escravizados surpreenderam os demais atores políticos, encerrando o processo revolucionário haitiano com inédita vitória contra o colonialismo escravocrata francês.

Na segunda metade do século XVIII, os movimentos insurrecionais de negros escravizados – que, numericamente representavam a maioria da população da ilha¹⁰³⁰ – começaram a ganhar certa regularidade. Em 1754, desencadeou-se a insurreição conhecida como Revolta do Escravo Mackandal, a qual procurou utilizar os ritos do vodu para amedrontar os senhores e unir os escravos contra aqueles. As guerrilhas perduraram por quatro anos e fizeram com que os franceses passassem a reprimir as práticas do vodu. A Revolta de Mackandal – que tinha o audacioso propósito de unir os negros e expulsar os brancos da colônia – é apontada como a única tentativa de levante organizado em Santo Domingo, durante os cem anos que precederam a Revolução Francesa¹⁰³¹.

Em 19 de fevereiro de 1788, os abolicionistas franceses criaram a Sociedade dos Amigos dos Negros (*Société des Amis des Noirs*), cujos principais objetivos eram a igualdade entre brancos e *homens de cor* livres nas colônias, a imediata abolição do comércio de escravos e a gradativa extinção da escravidão. A partir dos eventos de 1789, a sociedade ganhou notoriedade. No entanto, o número de abolicionistas na nova Assembleia Nacional era significativamente minoritário quando comparado à quantidade de defensores do sistema escravagista, garantidor das riquezas oriundas das colônias. As discussões da Assembleia Constituinte centravam-se mais na controvérsia a respeito dos direitos dos mulatos do que no regime comercial e na escravidão, estratégia que permitia o debate acerca da política colonial sem abordar as delicadas questões do regime escravocrata¹⁰³².

A onda revolucionária desencadeada na França inspirou demandas por direitos em todas as camadas sociais da colônia francesa. Os rumos do processo de descolonização de *Saint-Domingue* relacionavam-se diretamente com a extensão dada à concepção revolucionária de liberdade. A atmosfera dos acontecimentos de 1789, na França, repercutiu decisivamente na colônia francesa. Porém, o significado – se metafórico ou real, parcial ou universal – a ser alcançado pela liberdade no âmbito da ilha colonizada dependia das relações de poder estabelecidas entre as principais camadas sociais de São Domingos e destas com as forças

¹⁰³⁰ Na época, havia quase meio milhão de negros escravizados para apenas 5 mil brancos da classe dominante, sem contar com os negros e mulatos livres e os brancos pobres.

¹⁰³¹ Cfr. C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 35.

¹⁰³² Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 205 e ss.

metropolitanas. Os colonos poderiam seguir o exemplo dos revoltosos americanos, rompendo com a coroa francesa ou pleitear o reconhecimento de sua liberdade na condição de cidadãos franceses. Firmando-se a propriedade como fator determinante da cidadania na colônia, também os *affranchis* (mulatos) deveriam ter seus direitos igualmente reconhecidos, independentemente da cor da pele.

Sob outra perspectiva, se a questão racial deixasse de ser dominante para o estatuto jurídico do indivíduo não haveria, então, fundamento para a exclusão dos negros livres. E se a estes fosse efetivamente estendida a cidadania, não haveria razão para a continuidade da escravização negra, formalmente legalizada pelo *Code Noir* – regramento assinado por Luís XIV para assegurar tratamento *mais humano* aos escravizados nas colônias francesas¹⁰³³.

Se, de um lado, pela questão racial, os brancos ricos e pobres se uniam contra os mulatos, doutro, os mulatos e os *grands blancs* tinham a propriedade como vínculo comum. Apesar dos conflitos internos entre brancos pobres e ricos, estes estavam unidos não apenas contra os mulatos, mas também contra a burguesia francesa. Na efervescência da revolução, “os brancos ricos teriam de escolher entre os seus aliados de raça e os seus aliados de propriedade”¹⁰³⁴.

A lógica da liberdade da Revolução Francesa – que, contrariamente aos seus proclamados ideais, teve o comércio de escravizados e a escravidão como base econômica – parecia destinada a ecoar em termos reais e gradativos para minar também as estruturas do sistema colonial escravocrata. Os grandes produtores brancos almejavam sua autonomia em relação à metrópole, bem como a manutenção do lucrativo regime escravocrata, sob a ameaça de exigirem a independência, nos mesmos moldes que os Estados Unidos da América. Os brancos pertencentes às classes mais baixas (*petits blancs*) demandavam participação no poder político concentrado nas mãos dos grandes produtores (*grands blancs*), além de demonstrarem descontentamento com a ascensão social dos mulatos. Estes, por sua vez, aspiravam igualdade em relação aos brancos, especialmente a partir da rebelião armada de 28 de outubro de 1790, que resultou na morte de seus principais líderes, dentre eles, Vincent Ogé e Jean-Baptiste Chavannes. O que não se cogitava, até então, eram direitos para os negros escravizados que, no

¹⁰³³ Relatando o caso *Le Jeune* – um plantador de café de Plaisance que, denunciado pelos escravos pelas atrocidades cometidas contra estes, livrou-se da condenação em sucessivos julgamentos –, C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 36-39, afirma que, em São Domingos, as leis de proteção dos escravos permaneciam apenas no papel.

¹⁰³⁴ Cfr. C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 55.

entanto, não deixavam de absorver parte dos debates revolucionários desencadeados na colônia, a partir da Revolução Francesa¹⁰³⁵.

Insuflados pela morte de Ogé e Chavannes, os negros organizaram-se em exército, sob a liderança de Dutty Boukman, iniciando-se o levante de escravos, em 21 de agosto de 1791, com a marcha sobre a cidade de *Cap-Français (Le Cap)*. Inicialmente, os proprietários brancos e mulatos estabeleceram um pacto de autodefesa em diversas regiões da ilha. No entanto, com a revogação pela França do Decreto de 15 de maio – que estabelecia os direitos dos mulatos –, estes se uniram aos negros, o que resultou na importante vitória de *Coix-des Bouquets*, em 21 de março de 1792. Em 4 de abril de 1792, Luís XVI sancionou o decreto legislativo de 24 de março, consagrando direitos iguais a todos os negros e mulatos livres (*gens de couleur libres*), cujo apoio agora seria essencial para a pacificação da colônia e para o combate à rebelião escrava.

A elite branca de *Le Cap* recusava-se a aceitar a autoridade dos comissários enviados pela Assembleia Legislativa francesa, em especial em virtude da defesa, por estes, dos direitos dos mulatos. A essa altura dos acontecimentos, a conjuntura em *Saint-Domingue* não era favorável à França, diante da investida dos colonos que colaboravam com os exércitos invasores da Espanha e da Inglaterra. Prestes a ser aniquilado em *Le Cap*, como última cartada, Léger-Félicité Sonthonax, comissário colonial francês, obteve o apoio dos escravos rebeldes, sob a promessa de emancipação destes¹⁰³⁶. Foi então que, cercado pelos inimigos e procurando angariar apoio, interna e externamente, em 29 de agosto de 1793 – agindo autonomamente em relação às ordens da França e com a pretensão de formar um exército republicano com a massa de negros escravizados¹⁰³⁷ –, Sonthonax emitiu um decreto que libertava todos os escravizados sob sua jurisdição. O comissário francês, no entanto, não tinha autoridade para abolir a escravidão sem a chancela da metrópole, cuja Convenção permaneceu silente até que, no ano seguinte, a insurreição dos negros forçou a República Francesa a reconhecer o *fait accompli* da abolição da escravatura na ilha e a estendê-lo para todas as colônias francesas. Assim, em 4 de fevereiro de 1794, a Convenção Nacional francesa declarou abolida a escravidão em todas as colônias francesas, proclamando igualdade de direitos a todas as pessoas que nelas viviam, sem distinção de cor.

¹⁰³⁵ C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 87, afirma que os escravos “ouviram falar da Revolução e conceberam-na à sua própria imagem: os escravos brancos da França se levantaram e mataram os seus senhores e, assim, passaram a gozar os frutos da terra”.

¹⁰³⁶ Cfr. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 147.

¹⁰³⁷ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 235.

Nesse contexto, já começava a se destacar entre as lideranças do exército negro Toussaint L'Ouverture¹⁰³⁸, cujas tropas tinham seus postos de comando, com frequência, ocupados por *nouveaux libres*. Na condição de ex-escravizado, Toussaint compreendia melhor que os mulatos as aspirações dos negros recém-libertos, sem perder de vista sua experiência em administração de negócios, enquanto *affranchi*. Figurava, portanto, como liderança representativa das duas grandes categorias que formavam o exército negro.

Com a declaração da abolição da escravatura pela França, em 1794, Toussaint L'Ouverture passou a apoiar as autoridades francesas e liderou a derrota dos ingleses e espanhóis, incumbindo-se da preparação do projeto de constituição que consagraria a independência de São Domingos, como estado associado à França revolucionária. Nomeado governador de *Saint-Domingue*, em 1796, Toussaint manteve-se aparentemente fiel à França, com seu plano de independência da colônia sem ruptura com a República Francesa.

No entanto, o projeto de Napoleão Bonaparte, comandante do novo governo revolucionário francês, direcionava-se em sentido oposto. Nada obstante, vitorioso nas lutas contra a burguesia francesa, Bonaparte ainda se centrava nos problemas na Europa, adiando suas ações em São Domingos, o que o levou a confirmar Toussaint nos postos de comandante-chefe e governador.

Após mais de uma década de guerra civil, a colônia francesa estava devastada, com suas fazendas e cultivos arruinados em grande escala. Aproveitando-se de um período de aparente conciliação, Bonaparte pretendia capturar os líderes negros e mulatos, deportando-os para a França. Após subjugar as massas, o intento era reescravizar os negros e restaurar o tráfico negreiro¹⁰³⁹.

Toussaint chegou a convocar um conselho para redigir a Constituição de 1801, que abolia permanentemente a escravidão e garantia liberdade e nacionalidade francesa a todos os habitantes da ilha, independentemente de sua cor. Todo cidadão poderia se candidatar a qualquer emprego público, afastando-se as distinções que não decorressem da virtude e do talento, e extinguindo-se qualquer privilégio ou superioridade, salvo o que fosse garantido pelo exercício da função pública¹⁰⁴⁰. O texto constitucional publicado por Toussaint o nomeava governador vitalício de São Domingos e combinava a fidelidade à França com a negação da

¹⁰³⁸ Grande líder da revolução haitiana, Toussaint Bréda – que, a partir de 1793 passou a adotar o nome de Toussaint L'Ouverture (aquele que abre) – era um ex-escravo de cinquenta anos de idade – dos quais quarenta e cinco sob a escravidão – que aprendera a ler e escrever. Adquiriu, pelo casamento, uma propriedade cujo cultivo era atribuído a pouco mais de uma dezena de escravos alugados. Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 237.

¹⁰³⁹ Cfr. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 266.

¹⁰⁴⁰ Cfr. C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 241.

autoridade francesa para governar a ilha. De fato, embora jurasse lealdade à França, a Constituição não reservava lugar algum aos funcionários franceses, o que revelava, na prática, o intento de independência de *Saint-Domingue* em relação à metrópole.

Em 1802, as tropas francesas – comandadas pelo general republicano Leclerc – conseguiram capturar Toussaint, que foi enviado à França, onde teria morrido no cárcere, em 7 de abril de 1803.

Demonstrando seu verdadeiro intento, Napoleão Bonaparte restabeleceu a escravidão nas colônias francesas, a partir do Decreto de Floreal, Ano X, de 19 de maio de 1802. O Decreto – que não fazia referência expressa nem a São Domingo, nem a Guadalupe – restaurou a legalidade da escravidão e do comércio de escravizados nas colônias francesas, instituindo a adoção de medidas pelas autoridades coloniais quanto aos que haviam sido libertados pelas leis revolucionárias¹⁰⁴¹.

Mesmo após a prisão de Toussaint, os *jacobinos negros*¹⁰⁴² – sob a liderança de Jean Jacques Dessalines, um ex-escravizado general daquele – deram prosseguimento à rebelião e lograram expulsar as tropas francesas, no final de 1803, na conhecida batalha de Vertières. A resistência das tropas negras de São Domingos, favorecidas, no final, pela febre amarela que multiplicava as baixas do exército francês, resultou na vitória do exército negro e na criação da nova República do Haiti, símbolo da “derrota do sonho mercantilista de Napoleão de um Novo Mundo Francês”¹⁰⁴³. Em primeiro de janeiro de 1804, foi proclamada a independência de São Domingos em relação à França, quando a ex-colônia passou a se chamar República do Haiti¹⁰⁴⁴, primeiro Estado instituído a partir da insurreição de escravizados, cujo sucesso determinou o fim da escravidão e da condição colonial. Com efeito, após mais de 10 anos de intensos e violentos conflitos, o Haiti se tornou o primeiro país independente da América Latina e segunda colônia americana – depois dos Estados Unidos – a se libertar do colonialismo europeu.

¹⁰⁴¹ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 235.

¹⁰⁴² A associação dos líderes das revoltas negras haitianas com o grupo que comandou a Convenção Nacional, entre 1792 e 1795, durante a Revolução Francesa, fez com que aqueles ficassem conhecidos como jacobinos negros. A referência fundava-se na adoção pelos revoltos dos mesmos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade proclamados pela revolução liberal dos colonizadores.

¹⁰⁴³ Cfr. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 440. Para Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 278, “um dos erros de cálculo de Napoleão, quando decidiu reconquistar São Domingos e reescravizar os negros, foi subestimar a extensão que a liberdade e a igualdade se haviam tornado a religião dos ex-escravizados e mesmo da maioria dos *anciens libres*”.

¹⁰⁴⁴ Nas palavras de Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 270, “a guerra de Napoleão contra o governo negro e a tentativa ignominiosa de restabelecer a escravidão provocaram uma luta de libertação sem precedentes e deram origem ao novo Estado do Haiti”.

A historiografia aponta os Estados Unidos como o primeiro país livre das Américas. De fato, a independência estadunidense do jugo colonial inglês é pioneira, tendo ocorrido em 4 de julho de 1776. Tão recordado pioneirismo, no entanto, partiu dos revolucionários colonos que se utilizaram do discurso político iluminista das liberdades naturais para declarar a independência de uma nação que, incoerentemente, manteria o regime da escravidão até 1865, quando da proibição oficial, por meio da 13ª Emenda à Constituição, de 1787.

O crédito como precursora da abolição da escravatura é, muitas vezes, atribuído à Inglaterra – país que tanto lucrou com o regime de exploração da mão de obra escrava –, quando tal feito coube ao Haiti, fato relegado ao esquecimento nas mais diversas áreas do saber.

Com a declaração da independência, Dessalines assumiu o comando do país e rapidamente sancionou a Constituição haitiana de 1805, marcando a construção formal de um *Império Negro*. A Constituição Imperial do Haiti – ignorada pelos compêndios de história do Direito – foi promulgada em 20 de maio de 1805. Nota-se o caráter revolucionário da Constituição já no preâmbulo que, afirmando a igualdade de todos os mortais, invoca a presença do Ser Supremo, “que espalhou tantas espécies diferentes de criaturas na superfície do globo, com o fim de manifestar sua glória e seu poder na diversidade de suas obras”¹⁰⁴⁵. O texto preambular segue sem deixar dúvidas quanto ao ator central de suas aspirações, ao declarar seu conteúdo perante a natureza “diante da qual nós temos sido tão injustamente e há tanto tempo considerados como filhos rejeitados”. Vê-se a consagração de uma declaração de direitos construída pelos negros e para os negros. Sob essa ótica, o artigo 14 da Constituição estabelecia: “todos os cidadãos, de agora em diante, serão conhecidos pela denominação genérica de negros”. Essa generalização constitucionalmente ditada expressava o caráter político da classificação racial empreendida e instituiu um novo referencial universalista a partir da perspectiva dos insurreccionados, sempre numericamente superiores, mas inferiorizados pelo sistema escravocrata colonial.

Retornando às declarações preliminares da carta constitucional, logo no primeiro artigo ficou estabelecido que o povo da ilha de São Domingos decidia “formar-se como Estado livre, soberano e independente de todo o poder do universo, sob o nome de Império do Haiti”.

O artigo 2º, verdadeiro marco na história constitucional, decretou a escravidão abolida para sempre. Nesse sentido, trata-se da primeira e única constituição, promulgada por ex-escravizados, a abolir a escravidão, num período em que Constituições de inspiração revolucionária e supostamente igualitária *conviviam harmonicamente* com regimes

¹⁰⁴⁵ Cfr. *Constitution Imperiale d’Haiti (1805)* – tradução livre.

escravocratas. Recorde-se a própria Constituição Imperial do Brasil, de 1824, que, com dispositivo declaratório da igualdade de todos perante a lei, parecia desconsiderar a escravidão, que ainda persistiria por mais de sessenta anos.

Os artigos 3º e 4º da Constituição haitiana ocupavam-se de proclamar a igualdade de todos perante a lei, afastando direitos estatuídos a partir de vantagens ou privilégios. Os dispositivos seguintes dedicavam-se à cidadania e à propriedade, sendo digno de nota o conteúdo dos artigos 12 e 13, os quais, como evidente reação ao passado de exploração colonialista, estabeleciam que nenhum branco – com exceção das mulheres brancas naturalizadas haitianas pelo Governo, seus filhos, e os alemães e polacos naturalizados – ingressaria no território haitiano com título de amo ou proprietário, nem poderia adquirir propriedades no Haiti.

Após o assassinato de Dessalines, em 1806, na Pont-Rouge, os séculos XIX e XX foram marcados por sucessivas crises internas e interferências estrangeiras na política haitiana. Sob pressão francesa, no mesmo ano, os Estados Unidos estabeleceram embargo comercial ao Haiti, cuja experiência representava uma ameaça a todos os regimes escravocratas. Como reação à revolução haitiana, houve repressão a novas tentativas de reforma nas colônias francesas, nas quais a escravidão persistiu até a Revolução de 1848.

A revolução haitiana foi um processo histórico de extrema importância para a formação dos Estados Nacionais na América Latina, pois, a partir dela, inúmeros outros enxergaram seu potencial abolicionista contraposto ao regime escravocrata colonialista. “Haitianismo” foi o termo difundido nas Américas para definir a intenção de insurgência dos negros africanos escravizados e seus descendentes, sob a influência da revolução haitiana. O princípio da autodeterminação dos povos, premissa essencial do processo internacional de descolonização, intensificado a partir da década de 1950, também fincou raízes na revolução haitiana.

A ameaça haitiana à hegemonia racial, e também, política, econômica e social, resultou num processo de *esquecimento* das vitórias igualitárias do Haiti, bem como de indiferença e isolamento do país em âmbito internacional, realidade persistente até os dias atuais.

A ousadia da vitória haitiana resultou em duradouro bloqueio econômico ao país também por parte da Europa, cessado apenas após o pagamento da custosa indenização, que ainda hoje repercute em sua economia. De fato, a própria França somente em 1826 reconheceu a independência, sob um custo equivalente a US\$ 21 bilhões de dólares, o que contribuiu para

que o Haiti mergulhasse num abismo financeiro, que, desde então, resulta na incapacidade estatal para proteção dos mais elementares direitos fundamentais.

O isolamento mundial do Haiti não se restringiu à Europa, mas incluiu outras colônias e ex-colônias da época, notadamente os Estados Unidos, cujas elites escravocratas temiam que a influência haitiana alcançasse seus escravizados. Assim, apenas em 1862, durante a Guerra de Secessão, os Estados Unidos reconheceram a independência do Haiti.

Ademais, a guerra havia destruído a base da economia insular, interrompendo a cultura da cana de açúcar e obrigando o país a voltar sua economia para a produção de subsistência.

A realidade do Haiti, na transição do fim do século XX e início do XXI, foi marcada por fatos que relevaram os efeitos perversos do silêncio e indiferença internacionais a que foi submetido o país, a exemplo de sete intervenções militares promovidas pela Organização das Nações Unidas¹⁰⁴⁶; crise política, com dissolução do Parlamento e adiamento das eleições presidenciais, em 2015 e 2016. Hoje, a *Pérola do Caribe* – cuja população é formada por 95% de negros e 4,9% de mulatos¹⁰⁴⁷ – tornou-se uma das nações mais pobres das Américas, quiçá do Ocidente.

Guardando especificidades irrepetíveis nas independências de outros países americanos, a silenciada independência haitiana instituiu radical ruptura, não apenas jurídico-política, mas também racial. A tomada do poder pelos ex-escravizados demonstrou que o rompimento da cadeia de poder – em grande parte alicerçada na crença, *cientificamente legitimada*, da superioridade racial branca – era possível. Coube aos negros haitianos ultimar o *fardo do homem branco*, desmistificando os fundamentos civilizatórios e redentores do colonialismo escravocrata. Dito de outro modo, os acontecimentos em São Domingos foram fundamentais para extrair verdadeiro sentido universalista às aspirações da Revolução Francesa¹⁰⁴⁸, representando o ponto de partida de internacionalização dos direitos humanos, cujos louros, no entanto, foram outorgados à França e aos Estados Unidos como nações redentoras dos povos, pela aclamação da liberdade.

É, no mínimo, intrigante que o primeiro país latino-americano independente, constituído por africanos fora da África e que obteve sucesso na abolição da escravatura a partir

¹⁰⁴⁶ Cfr. Ricardo Seitenfus, *O buraco negro da consciência ocidental*, p. 33.

¹⁰⁴⁷ Cfr. Nei Lopes, *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*, p. 326.

¹⁰⁴⁸ Nas palavras de Robin Blackburn, *A queda do Escravismo Colonial – 1776-1848*; p. 278, “parte da grandeza da extraordinária Revolução Francesa consiste em ter vindo a patrocinar a emancipação dos escravos nas Américas; e parte da grandeza da extraordinária Revolução de São Domingos/Haiti é que teve sucesso ao preservar as conquistas da Revolução Francesa contra a própria França”.

da revolução encampada por estes, tenha sua contribuição para a luta pela igualdade racial solenemente esquecida por muitos estudiosos europeus. Omite-se em âmbito internacional a relevância da Constituição Haitiana, de 1805, que deveria ser reconhecida como importante declaração de direitos humanos, não apenas pela drástica ruptura com a conjuntura anterior¹⁰⁴⁹, mas também pelo ineditismo dos atores envolvidos. Trata-se de uma constituição instituída a partir da conquista de ex-escravizados, classe dominada, e não das novas elites burguesas europeias. Instaurou-se pelos negros uma república que, pelas suas peculiaridades, ficou conhecida como República Negra das Américas. A revolução anticolonialista e abolicionista do Haiti simbolizou, de modo desafiador, a igualdade entre as raças, gerando repúdio no Ocidente, consternado pela vitória de negros analfabetos sobre um dos exércitos mais poderosos da época¹⁰⁵⁰.

O antropólogo haitiano Michel-Rolph Trouillot se refere à revolução de São Domingos como “a revolução que o mundo esqueceu”¹⁰⁵¹; como a revolução que “entrou para a história com a peculiar característica de ser impensável, mesmo enquanto acontecia”¹⁰⁵². No pensamento de Trouillot, a capacidade dos africanos escravizados e de seus descendentes de almejar a liberdade e formular estratégias para conquistá-la e assegurá-la estava fora dos quadros de categorias do pensamento ocidental, incompatível com a ideia de revolução escrava¹⁰⁵³. O modo como os escravizados de São Domingos desafiaram a escravidão, a raça e o colonialismo era impensável a partir das estruturas do pensamento europeu. Trata-se, para o antropólogo haitiano, de um problema epistemológico que resultava na *deficiência de categorias* para conceituar o levante negro haitiano. As categorias ontológicas e políticas do pensamento europeu – não apenas as conservadoras, mas também as liberais – tinham por base

¹⁰⁴⁹ Anibal Quijano, *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*, p. 134, observa que “o Haiti foi um caso excepcional onde se produziu, no mesmo movimento histórico, uma revolução nacional, social e racial”.

¹⁰⁵⁰ Ricardo Seitenfuss, *O buraco negro da consciência ocidental*, p. s64, recorda que se trata da primeira vitória de um exército não branco sobre as forças armadas brancas. Segundo o autor, esse feito é silenciado pela historiografia internacional, que considera como pioneira de forças armadas não brancas sobre brancas, a vitória nipônica, na guerra russo-japonesa de 1905. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 81, recorda que, embora em várias partes do Novo Mundo a necessidade de contingente para as tropas tenha antecipado a liberdade de diversos escravos, enfraquecendo o sistema de *plantations*, apenas em São Domingos a revolução e a independência levaram à emancipação em massa, com a tomada do poder das mãos dos brancos pelos negros.

¹⁰⁵¹ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 71.

¹⁰⁵² Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 73.

¹⁰⁵³ Para Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 73-74, o contexto discursivo no qual as notícias sobre a revolução em São Domingos eram discutidas tiveram grande repercussão na historiografia do Haiti. O autor questiona: “if some events cannot be accepted even as they occur, how can they be assessed later? In other words, can historical narratives convey plots that are unthinkable in the world within which these narratives take place? How does one write a history of the impossible?”. De acordo com Trouillot, a questão é mais epistemológica – e, por inferência, metodológica, no sentido mais amplo – do que ideológica.

uma ordem hierárquica da humanidade, consolidada por sucessivas ondas de expansão territorial e prática colonial. Identificava-se o *homem universal* a certa ideia de homem específico: o europeu/branco e masculino. Nessa escala de pertencimento à humanidade, os indivíduos não europeus/brancos e não masculinos eram considerados fora da família humana ou apenas parcialmente pertencentes a esta¹⁰⁵⁴.

Trouillot analisa o discurso de diversos pensadores iluministas – dentre eles Voltaire, Hume, Smith, Buffon e Abbé Grégoire –, concluindo que a referência à resistência escrava era carregada de estratégias retóricas que esvaziavam seu conteúdo político, a partir da negação ou trivialização. Mesmo aqueles que se manifestavam contra os abusos do colonialismo, tratavam a escravidão, no mínimo, com conformismo, naturalizando-a ou legitimando-a. Os poucos que pareciam admitir a possibilidade de uma revolução escrava – como Mercier, Raynal¹⁰⁵⁵ e Diderot – eram incapazes de questionar as premissas de ordem racial que sustentavam a hierarquização humana¹⁰⁵⁶.

Desse modo, afastava-se a concepção da revolução haitiana como resultante da atuação efetiva dos escravizados, enquanto agentes conscientes, politizados e responsáveis pela sua própria libertação. Nesse sentido, os limites estruturais das categorias epistemológicas e metodológicas do pensamento europeu teriam contaminado o modo como a historiografia aborda, até os dias de hoje, os acontecimentos históricos de São Domingos¹⁰⁵⁷.

Trouillot atesta que – como decorrência não apenas da manipulação ideológica, mas também a partir da incorporação da ontologia social gradualística e hierárquica ocidental, que obsta a integração das histórias metropolitana e colonial – as historiografias nacionais ignoram ou abordam apenas tangencialmente a revolução do Haiti. Mesmo a historiografia nacional da França – cuja história econômica e política do século XVIII é indissociável dos eventos revolucionários de São Domingos – opera nessa lógica, submetendo o Haiti a *múltiplas camadas de silêncios*¹⁰⁵⁸. Segundo Trouillot, esse silenciamento, combinado com o isolamento e deterioração do Haiti desde a sua independência transformaram a revolução haitiana em um *não evento*, abrindo espaço para a ausência de ênfase na raça, na escravidão e no colonialismo, em toda a história do Ocidente¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 74 e ss.

¹⁰⁵⁵ A mais famosa obra do padre Raynal, *História filosófica e política dos estabelecimentos e do comércio dos europeus nas duas Índias* – na qual o religioso clamava por uma revolução de escravos que, um dia, libertasse a África e os negros africanos – teria sido lida por Toussaint L'Ouverture. Cfr. C. L. R. James, *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*, p. 38.

¹⁰⁵⁶ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 77 e ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 102 e ss.

¹⁰⁵⁸ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 100 e ss.

¹⁰⁵⁹ Cfr. Michel-Rolph Trouillot, *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*, p. 98 e ss.

3. O Estado racista do III Reiche: o *super-homem* ariano contra a *antirraça*

Embora deva ser compreendido, no âmbito deste trabalho, como mais uma dentre as tantas barbáries cometidas em nome da pureza racial, o holocausto gerou grande comoção na Europa¹⁰⁶⁰, sem falar nos impactos jurídico-políticos em meio aos Estados e aos organismos internacionais. O racismo nazista destaca-se por sua capacidade de, em curto espaço de tempo, operacionalizar um projeto genocida minuciosa e declaradamente arquitetado, oficial e legalmente assumido pelo Estado.

O projeto nazista de extermínio das raças inferiores encontrou campo fértil em mais de meio século de oposição científica à concepção de igualdade entre os homens. A ascensão das ciências biológicas no século XIX aliada à difusão das descobertas de Charles Darwin sobre a evolução das espécies conduziram significativa parte dos cientistas de então a desenvolver teorias que afirmavam a desigualdade humana enquanto *fato científico*, abrindo espaço para a classificação da humanidade em *raças superiores* e *raças inferiores*.

O *racismo científico* buscava evidências científicas para conclusões pré-concebidas sobre diferenças humanas hereditárias e inalteráveis. O implacável determinismo que associava inexoravelmente a certos grupos étnico-raciais comportamentos criminosos, baixo intelecto e atitudes imorais retirava das *raças inferiores* qualquer possibilidade de *redenção*. Enquanto a questão estivesse somente na esfera religiosa, a conversão poderia representar a salvação dos *indesejáveis*. Mas, *comprovada cientificamente* a irreversibilidade das *raças degeneradas* – cujas características biologicamente herdadas não sofriam influência do ambiente externo –, não havia *aperfeiçoamento* possível¹⁰⁶¹.

A *crença científica* na desigualdade racial – paradoxalmente contemporânea da proclamação do princípio da igualdade nas constituições liberais – posicionava os negros, judeus e ciganos entre os grupos taxonômicos inferiores, no extremo oposto da raça branca, sempre classificada como superior.

¹⁰⁶⁰ Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, p. 8, atenta para o pseudo-humanismo, ou humanismo parcial – fundado em uma visão racista dos direitos humanos – que reverbera na habitual reação ao nazismo hitleriano. Para o autor, o que é imperdoável no nazismo de Hitler não é o crime em si, mas o abominável *crime contra o homem branco*; ou seja, a aplicação à Europa dos processos colonialistas revelados até então apenas contra índianos, amarelos e negros.

¹⁰⁶¹ No final do século XIX, teorias baseadas no trabalho de Gregor Mendel – as conhecidas Leis de Mendel sobre transmissão de caracteres hereditários – defendiam que a hereditariedade seguia um padrão rígido não influenciado pelo meio ambiente. Recorde-se a teoria de base mendeliana desenvolvida pelo zoólogo alemão August Weismann que argumentava que o ambiente social era impotente para alterar a condição humana. Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 2.

Na Alemanha, com fundamento nos contínuos estudos científicos eugenistas, a ideia de higienização racial ganhou espaço durante a República de Weimar. A experiência de derrota na Primeira Guerra Mundial somada aos impactos políticos, sociais e econômicos do pós-guerra resultou na rejeição da democracia de Weimar pelas classes profissionais da elite alemã, e na sua adesão à ideologia racista do nacionalismo radical germânico.

Após chegada ao poder, em 1933, os nazistas estruturaram um arcabouço jurídico-político que permitiu a transposição da ideologia científica da desigualdade racial para um *sistema oficial de exclusão dos indesejáveis*. O regime contou com o engajamento das classes profissionais alemãs – incluindo geneticistas, psiquiatras, antropólogos, juristas, estatísticos etc. –, que sobrepuseram teorias sobre hereditariedade humana com a doutrina racista dos ultranacionalistas para legitimar a adoção de uma ideologia política baseada na raça¹⁰⁶².

Embora nos Estados Unidos da América a raça e a etnia já assumissem papel importante na política, na Alemanha, antes da Primeira Guerra Mundial, os eugenistas não tinham a raça como foco, e sim a classe. Havia, a princípio, duas abordagens distintas que dividiam os eugenistas alemães entre aqueles que subscreviam a defesa da superioridade dos povos nórdicos ou germânicos e aqueles que não compartilhavam dessa crença. A doutrina da supremacia ariana se consolidou a partir do Estado nacional-socialista que passou a executar a *utopia de higiene racial* para preservação da pureza do sangue alemão, em busca da criação de uma sociedade *racialmente homogênea, fisicamente resistente e mentalmente saudável*.

O modelo estatal proposto por Hitler corresponde quase completamente àquele instaurado pelo fascismo italiano liderado por Mussolini, preservando, no entanto, uma sombria originalidade: o racismo¹⁰⁶³. O fracasso do golpe de estado organizado por Hitler, em 1923, resultou na sua prisão em *Landsberg*, onde produziu uma espécie de autobiografia com suas concepções ideológicas. Foi a origem de seu livro *Mein Kampf* (Minha Luta), que veio a se tornar a base de seu programa político.

O impetuoso antissemitismo traçado em *Mein Kampf* começa a ser colocado em prática, tão logo Hitler assume o poder rumo à criação de um *Império Racial*, alicerçado na superioridade da raça ariana e no imperativo extermínio do que seria sua exata antítese: os judeus¹⁰⁶⁴. A partir de uma sorte de *darwinismo social antissemita*, pregava-se a luta entre

¹⁰⁶² Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 1.

¹⁰⁶³ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, p. 515.

¹⁰⁶⁴ A comparação entre judeus e arianos era repetitiva na obra de Hitler. Veja-se, por exemplo, Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 275, “jamais un État ne fut fondé par l’économie pacifique, mais toujours il le fut par l’instinct de conservation de la race, que celui-ci s’exprimât dans le domaine de l’héroïsme ou dans celui de la ruse et de l’intrigue; dans le premier cas, il en résulte des États aryens de travail et de culture, dans

judeus e arianos¹⁰⁶⁵. Apenas o fenecimento dos judeus – povo maldito, verdadeira encarnação do mal absoluto – poderia garantir a conservação dos melhores exemplares da humanidade (os arianos), como resultado da seleção natural que preserva os mais fortes em detrimento dos mais fracos¹⁰⁶⁶. Em contrapartida, a consequência da mestiçagem entre povos superiores e inferiores seria a própria ruína do *povo civilizador*¹⁰⁶⁷. Nesse sentido, o desrespeito às leis da natureza precisava ser interrompido¹⁰⁶⁸. Os homens, assim como os outros animais, deveriam observar o princípio basilar de isolamento no âmbito de cada espécie¹⁰⁶⁹, mesmo porque o cruzamento de raças distintas dava origem à inevitável degradação das raças superiores.

Para a doutrina do nacional-socialismo, a conservação da pureza ariana era não apenas causa de orgulho para os cidadãos do Reich, mas um dever a ser cumprido pelo Estado racista em favor do próprio destino da humanidade. Em nome desse grandioso propósito, era preciso impedir a procriação de indivíduos doentes¹⁰⁷⁰, o que autorizava o Estado a lançar mão até mesmo de processos de esterilização dos *impuros*.

l'autre, des colonies parasitaires juives. Aussitôt que l'économie commence chez un peuple à étouffer cet instinct, elle devient elle même la cause qui amène l'asservissement et l'oppression”.

¹⁰⁶⁵ Em 31 de maio de 1920, Hitler lançou o apelo *Antisemitas de todos os países uni-vos*, transformando a luta de classes numa luta de raças. Cfr. Marlis Steinert, *Hitler*, p. 165.

¹⁰⁶⁶ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 240-241, “une race plus forte chassera les races faibles, car la ruée finale vers la vie brisera les entraves ridicules d’une prétendue humanité individualiste pour faire place à l’humanité selon la nature, qui anéantit les faibles pour donner leur place aux forts. Quiconque veut donc assurer l’existence du peuple allemand, en limitant volontairement l’accroissement de sa population, lui enlève par là même tout avenir”.

¹⁰⁶⁷ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 503, “l’histoire établit avec une effroyable évidence que, lorsque l’Aryen a mélangé son sang avec celui de peuples inférieurs, le résultat de ce métissage a été la ruine du peuple Civilisateur”.

¹⁰⁶⁸ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 130, “la nature éternelle se venge impitoyablement quand on transgresse ses commandements. C’est pourquoi je crois agir selon l’esprit du Tout-Puissant, notre créateur, car: En me défendant contre le Juif, je combats pour défendre l’oeuvre du Seigneur”.

¹⁰⁶⁹ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 500, “tout animal ne s’accouple qu’avec un congénère de la même espèce: la mésange avec la mésange, le pinson avec le pinson, la cigogne avec la cigogne, le campagnol avec le campagnol, la souris avec la souris, le loup avec la louve, etc. Seules, des circonstances extraordinaires peuvent amener des dérogations à ce principe; en première ligne, la contrainte imposée par la captivité ou bien quelque obstacle s’opposant à l’accouplement d’individus appartenant à la même espèce. Mais alors la nature met tous les moyens en oeuvre pour lutter contre ces dérogations, et sa protestation se manifeste de la façon la plus claire, soit par le fait qu’elle refuse aux espèces abâtardies la faculté de se reproduire à leur tour, ou bien elle limite étroitement la fécondité des descendants; dans la plupart des cas, elle les prive de la faculté de résister aux maladies ou aux attaques des ennemis”.

¹⁰⁷⁰ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome II*, p. 58-59, “l’État raciste aura à réparer les dommages causés par tout ce qu’on néglige de faire aujourd’hui dans ce domaine. Il devra faire de la race le centre de la vie de la communauté; veiller à ce qu’elle reste pure; déclarer que l’enfant est le bien le plus précieux d’un peuple. Il devra prendre soin que, seul, l’individu sain procrée des enfants; il dira qu’il n’y a qu’un acte honteux: mettre au monde des enfants quand on est malade et qu’on a des tares, et que l’acte le plus honorable est alors d’y renoncer. (...) Inversement, il professera que refuser à la nation des enfants robustes est un acte répréhensible. L’État doit (...) doit utiliser les ressources de la médecine la plus moderne pour éclairer sa religion; il doit déclarer que tout individu notoirement malade ou atteint de tares héréditaires, donc transmissibles à ses rejetons, n’a pas le droit de se reproduire et il doit lui en enlever matériellement la faculté”. (grifos do autor).

Desse modo, o programa eugenista detalhadamente retratado em *Mein Kampf* atribuía ao Estado – compreendido como um organismo racial, e não como uma organização econômica¹⁰⁷¹ – a tarefa de preservar a pureza da linhagem racial ariana. Nessa linha de pensamento, o Estado não podia ser concebido como um fim em si mesmo, antes deveria ser instrumento de realização do ideário nazista da purificação e expansão do povo ariano.

Para Hitler, a essência do Estado era o sentimento de *solidariedade* fundado na *identidade racial do povo*, e sua autoridade era legitimada pela necessidade de conservação da raça¹⁰⁷². O poder coercitivo estatal poderia ser empregado para fazer prevalecer o direito da coletividade sobre o direito de livre determinação do indivíduo¹⁰⁷³, ainda que, para isso, fosse necessário o sacrifício da existência individual¹⁰⁷⁴. Nisso consistia o socialismo pregado pela doutrina hitleriana, que nenhuma relação mantinha com os preceitos do marxismo, veementemente repudiados pelo *Führer*¹⁰⁷⁵. O socialismo do III Reich era nacional e fincava suas bases na solidariedade racial.

Em consonância com o princípio do sacrifício individual em prol dos ideais de salvaguarda da nação, não deveria haver por meio do Estado nenhum prestígio especial direcionado a qualquer indivíduo. Toda idolatria e prestígio deveriam ser reservados ao *Volk*¹⁰⁷⁶. Era preciso, então, fazer com que os alemães interiorizassem não apenas a ideia de

¹⁰⁷¹ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 271.

¹⁰⁷² Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 180, “en général, on ne doit pas oublier que le but suprême de l’existence des hommes n’est pas la conservation d’un État: c’est la conservation de leur race”.

¹⁰⁷³ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome II*, p. 68, “rendre les corps robustes n’est donc pas, dans un État raciste, l’affaire des individus (...): c’est une nécessité de la conservation du peuple que représente et protège l’État. De même qu’en ce qui touche l’instruction, l’État empiète déjà sur le droit de libre détermination de l’individu, et lui oppose le droit de la collectivité (...). L’État raciste doit, dans une plus grande mesure encore, faire triompher son autorité contre l’ignorance ou l’incompréhension des individus dans les questions qui intéressent la sauvegarde de la nation”.

¹⁰⁷⁴ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 271-272, “le sacrifice de l’existence individuelle est nécessaire pour assurer la conservation de la race. Ainsi, la condition essentielle pour la formation et le maintien d’un État, c’est qu’il existe un sentiment de solidarité sur la base d’une identité de caractère et de race, et qu’on soit résolu à le défendre par tous les moyens”.

¹⁰⁷⁵ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 129-130, “la doctrine juive du marxisme rejette le principe aristocratique observé par la nature, et met à la place du privilège éternel de la force et de l’énergie, la prédominance du nombre et son poids mort. Elle nie la valeur individuelle de l’homme, conteste l’importance de l’entité ethnique et de la race, et prive ainsi l’humanité de la condition préalable mise à son existence et à sa civilisation. Admise comme base de la vie universelle, elle entraînerait la fin de tout ordre humainement concevable. Et de même qu’une pareille loi ne pourrait qu’aboutir au chaos dans cet univers au-delà duquel s’arrêtaient nos conceptions, de même elle signifierait ici-bas la disparition des habitants de notre planète.” Marlis Steinert, *Hitler*, p. 148-149, explica que, para Hitler, o socialismo era a ciência da prosperidade colectiva, em nada se aproximando do comunismo ou do marxismo, “cujos porta-vozes haviam usurpado esta palavra e deturpado o seu sentido”.

¹⁰⁷⁶ Decerto que essas premissas não se aplicavam ao próprio *Führer* que concentrava em suas mãos todo o poder e era idolatrado por multidões de alemães, convencidos de que os propósitos nazistas eram a única saída para a Alemanha de então.

que compunham uma raça superior destinada a dominar o mundo, mas que também incorporassem o espírito de sacrifício pelo coletivo, pelo nacional-socialismo, pela pátria. Essa disposição ao sacrifício era, para Hitler, a grande virtude do povo ariano¹⁰⁷⁷.

O projeto político nazista tinha caráter expansionista. Irresignada com a derrota e ávida por impor mundialmente a verdade sobre as raças, a Alemanha precisava garantir seu *espaço vital*¹⁰⁷⁸. Somente a expansão do território por meio da guerra poderia resgatar a história alemã, recuperando seu status de grande potência mundial. Hitler almejava construir um *socialismo das nações*¹⁰⁷⁹, ancorado internacionalmente num espírito comunitário e social de bases raciais.

A principal ameaça da conservação da pureza racial ariana e do projeto expansionista da Alemanha era apontada como sendo o povo judeu, cujo perfil de inferioridade era insistentemente apontado por Hitler para garantir a unificação do sentimento e apoio popular em torno dos objetivos do programa nacional-socialista. Nesse sentido, imputava-se aos judeus um suposto projeto de dominação judaica, de caráter econômico e político, cujo sucesso representaria a destruição das bases nacionais alemãs em prol de um projeto universal. A doutrina hitleriana difundia, ainda, que os judeus eram responsáveis por contaminar a pureza do sangue ariano, destruindo o seu povo; por corroer a Alemanha por dentro, como uma infecção que precisava ser extirpada¹⁰⁸⁰. Materialista, o povo judeu não cabia no idealismo socialista germânico. A oposição ao materialismo judeu correspondia a proteger o país, a salvar o povo alemão, e, portanto, a desinfestar a Alemanha do perigo da presença judia. Tão maldito, para Hitler, era – ou precisava parecer ser – o povo judeu, que não era concebível nenhuma infâmia, nenhuma sordidez, que não tivesse contado com a participação de pelo menos um judeu¹⁰⁸¹. Enquanto os arianos haviam sido, pela pureza de seu sangue, naturalmente escolhidos para dominar o mundo, aos judeus havia sido reservado pela Natureza esse vergonhoso

¹⁰⁷⁷ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 523, “cette disposition au sacrifice qui amène l’homme à mettre en jeu son travail personnel et, s’il le faut, sa propre vie au profit de ses semblables est particulièrement développée chez les Aryens. Ce qui fait la grandeur de l’Aryen, ce n’est pas la richesse de ses facultés intellectuelles, mais sa propension à mettre toutes ses capacités au service de la communauté”.

¹⁰⁷⁸ Marlis Steinert, *Hitler*, p. 165, afirma que “Hitler era mais um «racionalista» que partia de premissas «científicas» (falsas), sobre as quais ergueu um sistema lógico e coerente. Nesse sistema, o espaço vital apresentava-se necessário à sobrevivência do povo alemão, quer do ponto de vista econômico, quer racial”.

¹⁰⁷⁹ Cfr. Marlis Steinert, *Hitler*, p. 149.

¹⁰⁸⁰ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 7, “c’était une peste, une peste morale, pire que la peste noire de jadis, qui, en ces endroits, infectait le peuple”.

¹⁰⁸¹ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 116.

papel¹⁰⁸². Representavam, em síntese, os piores bacilos que podiam envenenar a pura alma do povo alemão¹⁰⁸³.

Embora tenha declarado os judeus como principais inimigos da pureza racial alemã e da própria humanidade¹⁰⁸⁴, o modelo hitlerista de Estado era marcado essencialmente pelo racismo e pela ideia de superioridade da raça ariana; não era apenas antisemita, mas também antinegro e anticigano; ou seja, era contrário a todas as raças não arianas¹⁰⁸⁵. Nada obstante, o nazismo centrou-se nos dois grupos étnicos estrangeiros mais presentes na Alemanha: os judeus e os ciganos.

Para manter o apoio popular aos seus propósitos higienistas, a política de exclusão racial nazista carecia do suporte científico que garantiria a segurança de seus critérios de classificação e seleção racial. Em se tratando de judeus e ciganos, as características físicas, isoladamente, nem sempre asseguravam a necessária distinção em relação aos *alemães puros*, o que, *a priori*, colocaria a questão mais em termos étnicos do que propriamente raciais. Nada obstante, a suposta exatidão do racismo científico atribuía reputação ilibada e objetiva aos programas higienistas, ainda que, na prática, os indivíduos pertencentes a *raças degeneradas* precisassem ser recenseados ou usar marcas exteriores que denotassem sua origem.

Em termos de superioridade racial, não se tratava apenas de antecipar a seleção natural da raça humana mais pura. O sucesso desse intento imperialista exigia também minuciosa (re)filtragem em meio aos eleitos pela Natureza. Assim, os melhores exemplares do *povo civilizador*; os poucos mais distintos dentre os indivíduos da *linhagem superior* deviam ser escolhidos para governar o Estado. Acima destes, apenas o verdadeiro *super-homem* corporificado na excepcional figura do *Führer*. Mesmo auxiliado pelos escolhidos dentre os melhores, a última palavra – muitas vezes *extra* ou *contra legem* – era sempre proferida pelo *Führer*, para quem a legalidade exercia papel secundário¹⁰⁸⁶. O culto essencial à imagem do *super-homem nazista* era um marco do III Reich e garantia a imperiosa unidade do regime vigente.

¹⁰⁸² Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 118.

¹⁰⁸³ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 117.

¹⁰⁸⁴ Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 129, Si le Juif, à l'aide de sa profession de foi marxiste, remporte la victoire sur les peuples de ce monde, son diadème sera la couronne mortuaire de l'humanité. Alors notre planète recommencera à parcourir l'éther comme elle l'a fait il y a des millions d'années : il n'y aura plus d'hommes à sa surface."

¹⁰⁸⁵ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, p. 516.

¹⁰⁸⁶ Cfr. Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 180, "quand la race est en danger d'être opprimée ou même éliminée, la question de la légalité ne joue plus qu'un rôle secondaire. Dans ce cas, il importe peu que le pouvoir existant applique des moyens absolument légaux; l'instinct de conservation des opprimés sera toujours la justification la plus élevée de leur lutte par tous les moyens."

Toda a sucessão de atrocidades cometidas até a concretização da *solução final* tinha por alicerce interpretações convenientemente direcionadas aos propósitos do Estado racista. Hitler apenas detinha de suas leituras o que servisse para confirmar suas próprias convicções; o que pudesse ser deturpado em proveito do ideal nazista. Daí a – muitas vezes inquestionada – associação entre a filosofia nietzschiana e o nacional-socialismo.

Apesar de numerosos estudos terem buscado desassociar o pensamento de Nietzsche de formas totalitárias de poder, a insistente exposição de sua obra como base do movimento nacional-socialista parece ter firmado de maneira indelével uma concepção nazificadora da filosofia nietzschiana¹⁰⁸⁷. Exertos ambíguos do pensamento de Nietzsche sobre democracia¹⁰⁸⁸ e socialismo¹⁰⁸⁹, exaltação da guerra e da crueldade como formas de elevação da cultura e, em especial, a construção do seu conceito de super-homem¹⁰⁹⁰ (ou além-homem) facilitaram a vinculação de sua filosofia ao nazismo. Com efeito, a interpretação conveniente e a adulteração¹⁰⁹¹ de textos de Nietzsche fizeram com que suas obras alcançassem ampla difusão em meio ao militarismo do II Reich, com citações em estudos de autores conservadores ligados ao partido nacional-socialista alemão¹⁰⁹².

Na visão de Nietzsche, o Estado moderno – com seus pretensiosos ideais de liberdade e igualdade – era responsável pela planificação mediana do homem, como reflexo de uma humanidade decadente, de indivíduos arrebanhados, cuja individualidade era ditada a partir do paradigma estatal. A filosofia nietzschiana defendia a liberdade individual. Não aquela limitada e moldada pelo liberalismo, mas sim aquela que possibilita ao indivíduo a construção

¹⁰⁸⁷ Ver os estudos mencionados por José Nicolao Julião, *Nietzsche entre a Pólis Grega e o Terceiro Reich Alemão*, p. 272-273.

¹⁰⁸⁸ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 90, “nós que somos de outra fé – nós, que consideramos o movimento democrático não apenas uma forma de decadência das organizações políticas, mas uma forma de decadência ou diminuição do homem, sua mediocrização e rebaixamento de valor”.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 91, “a degeneração global do homem, descendo ao que os boçais socialistas veem hoje como o seu ‘homem do futuro’ – como o seu ideal! –, essa degeneração e diminuição do homem, até tornar-se o perfeito animal de rebanho (ou, como dizem eles, o homem da ‘sociedade livre’), essa animalização do homem em bicho-anão de direitos e exigências iguais é possível, não há dúvida! Quem já refletiu nessa possibilidade até o fim, conhece um nojo a mais que os outros homens – e também, talvez, uma nova tarefa!...”.

¹⁰⁹⁰ Sobre as bases filosóficas da teoria do super-homem, ver Almachio Diniz, *O Super-Homem (O fundamento evolucionista do übermensch de Friedrich Nietzsche)*, p. 136 e ss.

¹⁰⁹¹ Após o seu falecimento em 1900, textos de Nietzsche foram adulterados por seu primo Richard Oehler e por sua irmã Teresa Alexandra Elisabeth Förster-Nietzsche. Casou-se com o nacionalista antisemita alemão Bernhard Förster com quem iniciou, em 1887, a execução do fracassado projeto de criação de uma colônia ariana pura no Paraguai, denominada *Nueva Germania*. De volta à Alemanha após o suicídio de seu esposo, Elisabeth Förster-Nietzsche criou o Arquivo Nietzsche, em 1894, assumindo o papel de curadora e editora dos livros de seu irmão. Foi autora de reformulações de manuscritos inéditos de Nietzsche para adaptá-los à ideologia nazista, sendo também responsável pela grande difusão das obras de Nietzsche em meio ao exército de Hitler.

¹⁰⁹² Cfr. José Nicolao Julião, *Nietzsche entre a Pólis Grega e o Terceiro Reich Alemão*, p. 274.

de si mesmo. Apesar das veementes críticas do liberalismo – para ele, corrompido pelo nacionalismo –, o pensamento de Nietzsche não tinha pretensões de alicerçar nenhum modelo de ordem social ou política; tampouco de formar um sistema ideológico. Os propósitos de Nietzsche situavam-se muito mais num plano espiritual; voltados para a elevação do ser humano, para a exortação à criação e à arte, para a libertação do homem por meio da cultura.

A noção de *Übermensch*, da qual se apropriaram os nazistas, concentra-se na obra de Nietzsche intitulada “Assim falou Zaratustra”, iniciada em 1883. Nela, o personagem Zaratustra, uma espécie de Messias, anuncia a existência do super-homem. O termo *Übermensch* é usualmente traduzido como super-homem e além-homem, denotando a ideia de superação, de elevação do ser¹⁰⁹³, de uma nova criação. Não se trata simplesmente de um ordinário modelo superior de homem, mas de um ser que não se contenta com a forma humana, na qual não cabe mais sua essência. O conceito de super-homem é desenvolvido por Nietzsche como evidente oposição ao homem europeu moderno – denominado último homem ou homem superior –, ridicularizado por Zaratustra em virtude de sua paixão cega por suas leis, seus valores cristãos, sua cultura tacanha. O foco de Nietzsche é o europeu obediente, domesticado, submerso em sua cultura, ancorado no seu tempo e incapaz de evoluir para além das amarras do Estado¹⁰⁹⁴.

Em contraposição a esse protótipo humano em franco declínio, nascerá o super-homem, desafiando essa velha e desgastada forma, superando todos os humanismos, desgarrando-se da cultura que o prenderia a si mesmo. Transcendental, esse super-homem *lança a flecha do seu anseio por cima do homem e* representa a negação dos valores vigentes. Trata-se de expressão da diferença oposta à conservação do igual¹⁰⁹⁵. E é nessa diferença que está o

¹⁰⁹³ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Ecce homo*, p. 81-82, “Aqui, o homem é a todo o instante superado, a noção de «super-homem» tornou-se aqui a mais elevada realidade – numa lonjura infinita, tudo o que até agora se chamou grande no homem encontra-se abaixo dele”.

¹⁰⁹⁴ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Assim falava Zaratustra*, p. 75-76, “Ali, onde acaba o Estado, começa o homem que não é supérfluo; ali começa o canto dos que são necessários, a melodia única e insubstituível. Ali, onde acaba o Estado...olhai, meus irmãos! Não vedes o arco-íris e a ponte do Além-Homem?”

¹⁰⁹⁵ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 26 e 27, “‘Igualdade geral perante a lei: nisso a natureza não é diferente nem está melhor do que nós’ – uma bela dissimulação, na qual mais uma vez se disfarça a hostilidade plebeia a tudo o que é privilegiado e senhor de si, e igualmente um segundo e mais refinado ateísmo. ‘Ni Die uni maître [Nem Deus, nem senhor] 0 assim querem vocês também: e por isso ‘viva a lei natural!’ – não é verdade? Mas, como disse, isso é interpretação, não texto, e bem poderia vir alguém que, com intenção e arte de interpretação opostas, soubesse ler na mesma natureza, tendo em vista os mesmos fenômenos, precisamente a imposição tiranicamente impiedosa e inexorável de reivindicações de poder – um intérprete que lhes colocasse diante dos olhos o caráter não excepcional e peremptório de toda ‘vontade de poder’, em tal medida que quase toda palavra, inclusive a palavra ‘tirania’, por fim parecesse imprópria, ou uma metáfora debilitante e moderadora – demasiado humana (...)’” José Nicolao Julião, *Nietzsche entre a Pólis Grega e o Terceiro Reich Alemão*, p. 291, explica que “todo mundo tornando-se igual significa, para Nietzsche, todo mundo ser individualmente orientado através de seus ganhos privados, e assim na totalidade do seu ser, tornar-se matéria

poder de elevação do super-homem. O além-homem nietzschiano nunca existiu; foi anunciado por Zarathustra como o ideal de eterna busca do homem pela construção de seu próprio eu; como uma vontade de potência a ser alcançada no futuro, sempre à frente e acima, enquanto agente impulsionador que impedia a estagnação do homem.

Se, por si só, o pensamento nietzschiano, em algumas de suas principais premissas – a exemplo da eloquente defesa da liberdade individual –, já destoa da ideologia nazista, mais evidente se apresenta tal distanciamento quando se lê o que Nietzsche escrevia sobre o antissemitismo. O filósofo chega até mesmo a afirmar a pureza e superioridade da raça judia, mencionando a razoabilidade da expulsão dos *agitadores antissemitas* do país¹⁰⁹⁶, acusados de afetar a moral e promover o definhamento do espírito alemão¹⁰⁹⁷.

Nada obstante, Hitler parece ter lido *às tiras* a obra de Nietzsche, dela *extraindo* apenas os trechos¹⁰⁹⁸ capazes de alicerçar seu plano político racista e narcísico. Na lógica egocêntrica do *Führer* era ele próprio a encarnação do super-homem, guia da humanidade para sua mais alta elevação espiritual consubstanciada na concretização da pureza racial.

A realidade vivenciada nesse período da história alemã permite afirmar que, durante o III Reich, houve total sobreposição do Direito e da Justiça pela ideologia política. De fato, o Direito se tornou instrumento de oficialização das práticas higienistas do nacional-socialismo seguindo os ditames superiores na tarefa de aplicação da *justiça* ao caso concreto. A *decisão*

de igualdade para o domínio da necessidade. Essas consequências são incompatíveis com a raiz do pré-requisito agnóstico para a cultura e a política”.

¹⁰⁹⁶ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 143-144, “Mas os judeus são, sem qualquer dúvida, a raça mais forte, mais tenaz e mais pura que atualmente vive na Europa; eles sabem se impor mesmo nas piores condições (até mais que nas favoráveis), mercê de virtudes que hoje se prefere rotular de vícios. (...) Que os judeus *poderiam*, se quisessem – ou se fossem obrigados, como parecem querer os antissemitas –, ter já agora a preponderância, e mesmo literalmente o domínio sobre a Europa, isto é certo; que eles *não* trabalham nem fazem planos para isso, é igualmente seguro. Entretanto o que eles desejam e anseiam, com insistência quase importuna, é serem absorvidos e assimilados na Europa, pela Europa, querem finalmente se tornar estabelecidos, admitidos, respeitados em algum lugar, pondo um fim à sua vida nômade, ao ‘judeu errante’ –; esse ímpeto e pendor (que talvez já indique um abrandamento dos instintos judaicos) deveria ser considerado e bem acolhido: para isso talvez fosse útil e razoável expulsar do país os agitadores antissemitas”.

¹⁰⁹⁷ Cfr. Friedrich Nietzsche, *Genealogia da moral*, p. 145, “(...) tampouco me agradam esses novos especuladores em idealismo, os anti-semitas, que hoje reviram os olhos de modo cristão-ariano-homem-de-bem, e, através do abuso exasperante do mais barato meio de agitação, a afetação moral, buscam incitar o gado de chifres que há no povo (– o fato de que *toda* espécie de charlatanismo espiritual obtenha sucesso na Alemanha de hoje tem relação com o inegável e já evidente *definhamento* do espírito alemão) (...)”.

¹⁰⁹⁸ Cfr., por exemplo, Friedrich Nietzsche, *Assim falava Zarathustra*, p. 111, “Solitários de hoje, vós que viveis afastados, serei um povo algum dia. Vós, que haveis escolhido a vós mesmos, formareis um dia um povo eleito, e dele há de nascer o Além-Homem.” Ou ainda, cfr. Friedrich Nietzsche, *Assim falava Zarathustra*, p. 139, “Não desejo que se misturem, que me confundam com os pregadores da igualdade. Pois a justiça me diz, a mim, que os homens não são iguais. E não convém que tal se tornem! Qual seria pois o meu amor ao Além-Homem se tivesse outra linhagem?”.

jurídico-normativa final vinculava-se às ordens transmitidas pelo *Führer*, personificação da verdade, da lei e da moralidade.

Dessa maneira, sob a égide do regime nazista afasta-se a concepção do direito como um conjunto pré-estabelecido de normas a serem regularmente aplicadas. Estas passam a ser meros instrumentos orientativos formalizadores dos objetivos do programa político vigente. A Constituição de Weimar, considerada uma das mais liberais da Europa de então, era desconsiderada pelo *Führer* e pelo legislativo ordinário e pelos operadores do direito, seus fiéis discípulos.

Nesse contexto, a desenfreada produção legislativa conferia aparência de legalidade a qualquer ação praticada pelo governo nazista. A operacionalização do sistema de purificação do povo alemão incluía, portanto, a formalização e legalização de seus mecanismos de exclusão. Leis, decretos e regulamentos, emitidos em frenética sucessão, isolavam, excluía e puniam deficientes, judeus e ciganos.

A Alemanha tornou-se – a partir da promulgação da *Lei para Prevenção de Doenças Hereditárias*, em 14 de julho de 1933 – um país oficialmente eugenista. A lei concedia ao Estado o poder de esterelização forçada de pessoas com doenças hereditárias, como esquizofrenia, surdez, cegueira, deformidades físicas, além de deficiência mental e alcoolismo. A esterilização poderia decorrer de candidatura voluntária dos indivíduos, mas também poderiam autorizá-la, em seus pacientes e custodiados, médicos do serviço público de saúde e diretores de hospitais e prisões. Não tardou para que fosse determinada também a esterilização de criminosos habituais – os *delinquentes natos* de Lombroso –, negros e ciganos. A estruturação do regime para a execução das medidas de esterilização envolveu até mesmo a criação de *Tribunais de Saúde Hereditária*, cujas decisões eram irrecorríveis e de execução compulsória. Uma vez determinada judicialmente a esterelização, a intervenção cirúrgica era realizada mesmo contra a vontade do sentenciado, circunstância em que a polícia estava autorizada a fazer uso da força para garantir o cumprimento da decisão judicial.

Essa legislação foi seguida pela *Lei de Saúde do Matrimônio*, de outubro de 1935, que determinou o rastreamento de toda a população para evitar casamento de pessoas *portadoras de degeneração hereditária* – particularmente aquelas elencadas pela lei de esterelização.

A doutrina da higienização racial atribuía aos portadores de deficiência comportamentos criminosos e antisociais, o que levou o regime nazista a incluir nas leis eugênicas medidas de direito criminal. Com esse intento, foram promulgadas, em dezembro de 1933, a *Lei contra Criminosos Perigosos Habituais* e a *Lei das Medidas de Segurança e*

Reforma. A nova legislação conferia ao sistema de justiça poderes para confinar e punir pessoas consideradas criminosas habituais, para impor-lhes prisões protetivas e mais duradouras, para determinar a castração preventiva de criminosos sexuais e para proibir réus de exercer suas profissões ou ocupações¹⁰⁹⁹.

Os métodos higienistas de exclusão eram adaptados conforme o tamanho e importância do grupo racial em foco. Diante do reduzido número de alemães negros, por exemplo, bastou a aplicação de mecanismos de esterilização para evitar a proliferação de descendentes negros no país. Já os ciganos, mais numerosos, foram submetidos a uma política de intensificação de leis discriminatórias, sendo registrados e classificados por órgãos estatais; tendo sua mobilidade severamente restringida pela polícia, e sendo submetidos a medidas de encarceramento em massa em campos especiais para ciganos¹¹⁰⁰. Considerados indivíduos cuja hereditariedade comprometida gerava criminosos inveterados e parasitas do povo alemão, os ciganos – conforme evoluíram os intentos eugenistas de purificação – foram também submetidos à esterilização e ao trabalho forçado nos campos de concentração, para onde foram encaminhados e exterminados nas câmaras de gás, ao lado dos judeus.

No que se refere aos judeus – minoria étnico-racial mais numerosa na Alemanha – sua integração social, econômica e legal na sociedade alemã exigia medidas, internas e externas, mais abrangentes e de efeitos gradativos. Ato normativo racialmente discriminatório, exclusão do serviço público, boicote e depredação de estabelecimentos comerciais judeus, bem como assédio policial foram o ponto de partida para a lenta obstaculização da participação ativa da comunidade judia no país. A primeira grande alteração legislativa nesse sentido foi a *Lei para Restauração do Profissional do Serviço Civil* que, promulgada em abril de 1933, permitiu excluir do funcionalismo público adversários políticos e servidores não arianos – notadamente os judeus.

A peça central da legislação antijudaica entrou em vigor em setembro de 1935, com as denominadas leis raciais de Nuremberg, que legalizavam estratégias de concretização das teorias racistas defendidas pelo nazismo, como a *Lei da Cidadania do Reich* e a *Lei da Proteção do Sangue e Honra Alemães*. A primeira, embora não excluísse a cidadania dos judeus, estigmatizava-os ao criar o status do cidadão do Reich, apenas acessível aos indivíduos de *sangue alemão ou relacionado*¹¹⁰¹. Já a segunda, proibiu o casamento, a coabitação e as relações

¹⁰⁹⁹ Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 23.

¹¹⁰⁰ Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 18.

¹¹⁰¹ Os legisladores passaram a evitar o uso dos termos *ariano* e *não ariano*, provavelmente por sua imprecisão. Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 24.

sexuais entre judeus e arianos¹¹⁰², além de vedar a contratação por judeus de domésticas alemãs com menos de 45 anos de idade.

Seguiu-se produzindo inúmeros atos normativos em âmbito nacional e local, voltados para a expulsão de judeus de todos os cargos do governo, do sistema educacional, dos meios de comunicação e das artes. A partir de 1937, leis e regulamentos criaram obstáculos às atividades econômicas dos judeus, limitando ainda mais sua participação no plano social e cultural do país. Também foram adotadas medidas que determinavam a destruição de estabelecimentos comerciais de famílias judias e a proibição a profissionais judeus de prestarem serviços para não judeus.

As medidas antisemitas passaram a incluir a emigração forçada de judeus da Alemanha. Quando, na década de 1940, as condições internacionais e o avançar da guerra finalmente confluíram para a concretização da *solução final*, iniciaram-se as deportações em massa de judeus da Alemanha, logo após a exigência – vigente a partir de 15 de setembro de 1941 – de que estes usassem a estrela de Davi em suas roupas. As primeiras deportações, ocorridas entre 15 de outubro e 2 de novembro, envolveram cerca de 20 mil judeus, cuja cidadania, pensões e direitos de propriedade foram declarados extintos pela Gestapo, com base nas leis antisemitas, de 1933¹¹⁰³.

Também outras categorias de seres humanos consideradas como *bocas inúteis* ou *parasitas malfeitores* foram conduzidas ao extermínio pelo III Reich. As primeiras disposições nesse sentido tinham como foco doentes mentais, portadores de doenças incuráveis, idosos sem vagas em asilos e *fracos de espírito*, ainda que estes fossem cidadãos alemães de raça ariana. Após a declaração de guerra, foi assinada pelo *Führer* uma ordem secreta para *supressão de vidas indignas de serem vividas*, cujo cumprimento levou ao assassinato de cerca de 100 mil pessoas, entre 1939 e 1941, em seis campos de eutanásia. Em prol da regeneração racial da Alemanha, a política de exclusão racial precisava selecionar os melhores indivíduos, erradicando não apenas os não germânicos, mas também outros membros inferiores da sociedade alemã.

¹¹⁰² Tendo o casamento como finalidade precípua a conservação e a multiplicação da espécie e da raça, o casamento interracial representava sua degeneração e devia, por isso, ser abolido. Cfr. Adolf Hitler, *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*, p. 444, “Même le mariage ne peut pas être considéré comme un but en soi: il doit conduire vers un but plus élevé, la multiplication et la conservation de l’espèce et de la race: telle est son unique signification, telle est son unique mission”.

¹¹⁰³ Os legisladores passaram a evitar o uso dos termos *ariano* e *não ariano*, provavelmente por sua imprecisão. Cfr. Henry Friedlander, *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*, p. 288.

Os procedimentos nazistas de eutanásia, concretizados com a execução sistemática de deficientes foram o primeiro estágio dos assassinatos em massa cometidos pelo regime hitlerista. Os mecanismos desenvolvidos incluíram a construção de câmaras de gás e a cremação dos corpos – subterfúgios que, além de reduzir os custos, facilitavam a ocultação dos cadáveres. O aprimoramento das técnicas de eutanásia abriu caminho para o projeto genocida de judeus e ciganos: a *solução final*.

Em 22 de junho de 1941, os alemães invadiram a União Soviética e para lá expandiram as operações genocidas do regime nazista. O exército de Hitler criou bases operacionais móveis no território ocupado, tendo como principal missão o extermínio de judeus e ciganos soviéticos.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha deixou um saldo genocida de pelo menos 6 milhões de judeus assassinados pelo regime nazista, sem contar o número de ciganos e negros que também foram mortos em nome da pureza racial.

No contexto do pós-guerra, um dos fatos mais relevantes foi a instalação do Tribunal de Nuremberg¹¹⁰⁴, o Tribunal Militar Internacional, que expôs às escâncaras a *banalidade do mal*¹¹⁰⁵ empreendido pelo regime nazista. Durante os julgamentos era comum, enquanto tese de defesa, o argumento da legalidade dos atos praticados pelos acusados, o que expunha a completa ruptura entre direito e justiça implementada durante o período da dominação nazista na Alemanha¹¹⁰⁶.

Em setembro de 1952, foi assinado um acordo de reparação entre a Alemanha Ocidental e Israel para o ressarcimento dos danos causados aos mais de 500 mil sobreviventes do Holocausto. O Governo comunista do Leste, no entanto, recusou-se a assumir qualquer responsabilidade frente aos judeus vitimados pelo nazismo. Quando da reunificação da Alemanha, em 1990, foram retomadas, na *Conference on Jewish Material Claims Against Germany*, as negociações com o país, pleiteando-se o cumprimento das obrigações perante os sobreviventes do holocausto. Os termos da reparação foram estabelecidos no artigo 2º do Tratado de Unificação Alemã, de 3 de outubro de 1990. Criada em 1951, a partir da união de

¹¹⁰⁴ Sobre os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, sob a perspectiva do direito internacional, ver Richard Harwood, *Nuremberg and other war crimes trials: a new look.*; Karl Jaspers, *The Questions of German Guilt*.

¹¹⁰⁵ Expressão cunhada por Hannah Arendt, no livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, obra na qual a filósofa expõe o julgamento de Adolf Eichmann pelo Tribunal de Jerusalém.

¹¹⁰⁶ Defendendo a tese de que o holocausto é um potencial da racionalidade moderna, diante da violência que é, não a antítese, mas o paradoxo da civilização moderna, Zygmunt Bauman, *Modernidade e Holocausto*, p. 236, afirma que “a lição do Holocausto é a facilidade com que a maioria das pessoas colocadas numa situação em que não existe boa escolha ou que a torna muito cara, arranja uma justificativa para escapar ao dever moral (ou não consegue aderir a ele), adotando em vez disso os preceitos do interesse racional e da autopreservação”.

23 organizações judaicas, *Jewish Claim Conference* (JCC) representa os judeus de todo o mundo nas negociações de indenizações, auxílios mensais, recuperação de propriedades e alocação de fundos para instituições que prestam serviços de assistência para sobreviventes do holocausto.

Apesar da efêmera visibilidade a partir dos julgamentos de Nuremberg, a preocupação mundial com os acordos do pós-guerra e a polarização do mundo nos regimes capitalista e comunista ofuscaram as discussões em torno da principal questão do holocausto: a raça.

Apenas em 1950 foram divulgados estudos genéticos capazes de desmentir as falsas premissas do racismo científico, resultando na aprovação da Declaração que inicia seu texto afirmando que “os cientistas estão de acordo, de um modo geral, em reconhecer que a humanidade é uma e que todos os homens pertencem à mesma espécie, *Homo sapiens*”. Sabe-se, no entanto, que estudos científicos posteriores continuaram a pautar a questão racial como fator de desigualdade biológica entre os seres humanos¹¹⁰⁷. E ainda que assim não fosse, o racismo – com sua capacidade tentacular e independente da ciência – continua impregnado nas relações humanas, produzindo mortos, condicionando o acesso a direitos fundamentais, imprimindo hierarquias raciais nas sociedades.

A barbárie nazista não poderia servir de lição definitiva num mundo no qual a colonialidade fez-se *imperialista* e em que genocídios raciais seguem fazendo vítimas que não parecem *merecer* tanta consternação mundial quanto as do Holocausto, talvez pela *banalidade* com que suas vidas são valoradas. De fato, após a II Guerra Mundial, certamente com menor visibilidade, massacres em *nome da raça* não se tornaram excepcionais, mesmo que nem sempre com ódio racial expressamente declarado.

4. EUA: o conflito racial no país das ações afirmativas¹¹⁰⁸

A história constitucional dos Estados Unidos da América desperta especial interesse pela estabilidade e adaptabilidade alcançadas por sua única Constituição, datada de 1787. Com efeito, sob a égide da mesma Lei Fundamental, transcendeu-se um regime escravocrata para a

¹¹⁰⁷ Ver Parte II, capítulo I, item 1.2.

¹¹⁰⁸ Desenvolvido a partir de tópico do Relatório da disciplina Direitos Fundamentais do doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Cfr. Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas*.

adoção de um regime abolicionista; passou-se de um sistema de restrições aos direitos políticos dos negros para a positivação de sua cidadania.

No entanto, a evolução jurídico-constitucional estadunidense – acompanhada, em dados momentos históricos, de importantes decisões jurisprudenciais da Suprema Corte –, não foi capaz de elidir o conflito racial decorrente do processo histórico de exclusão social da população afro-americana, desde a abolição da escravatura.

Tendo sido pioneiro nas Américas a declarar independência em relação ao jugo das potências colonialistas europeias, o país precisou de quase um século para extinguir o regime escravocrata que pautava significativa parte de sua economia. Trata-se, de acordo com a historiografia, da primeira experiência revolucionária a defender os ideais iluministas e a reivindicar o fim da opressão do regime monárquico. Em 4 de julho de 1776, no segundo Congresso da Filadélfia, os colonos romperam com a Inglaterra e proclamaram sua independência, reconhecida pela ex-metrópole apenas em 1783, após a Guerra de Independência das Treze Colônias.

Os Estados Unidos promulgaram sua Constituição, de 1787, sob um regime político republicano e federalista, que, no entanto, mantinha as bases do escravismo colonial que subjugava a população negra do país, oriunda da diáspora forçada de negros africanos escravizados. É curioso observar a ocultação no texto constitucional original das palavras *escravidão* e *escravos*, mesmo nos trechos em que as normas tinham o propósito de proteger o direito à propriedade sobre estes¹¹⁰⁹. Com esse intento, eram utilizadas expressões como *três quintos de todas as outras pessoas* ou *servidão*¹¹¹⁰. Somente com o fim da Guerra de Secessão, em 1865, por meio da 13ª Emenda à Constituição, responsável pela abolição da escravatura, é que há referência expressa aos termos *escravidão* e *trabalhos forçados*¹¹¹¹.

A Guerra de Secessão prolongou-se de 1861 a 1865, tendo a divergência acerca da libertação dos escravizados e da divisão da Confederação como principais fatores de eclosão. Consistiu na luta dos Estados Confederados do Sul – essencialmente latifundiários, aristocratas e escravistas – contra os Estados do Norte, industrializados e menos dependentes do trabalho escravo.

¹¹⁰⁹ Cfr. Benjamin Harrison, *Vida Constitucional de los Estados Unidos*, p. 19; Jeffrey Rogers Hummel, *Emancipation, Slaves, Enslaving Free Man: a history of the American Civil War*, p. 11.

¹¹¹⁰ Cfr. trecho da Seção 2 da Constituição que estabelece: “Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons”.

¹¹¹¹ “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.”

Durante a Guerra Civil, o então presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln, emitiu a conhecida *Emancipation Proclamation*, por meio de duas ordens executivas – a primeira, em 22 de setembro de 1862, e a segunda, em 1º de janeiro de 1863 –, declarando a libertação dos escravizados¹¹¹². No entanto, apenas com o fim da guerra, a proclamação é ratificada pela 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos – primeira das emendas da Reconstrução –, que estabeleceu constitucionalmente a abolição da escravidão. Iniciava-se um lento processo de conquista de direitos civis pela população negra estadunidense.

À já mencionada 13ª Emenda Constitucional se seguiram a 14ª e a 15ª, aprovadas respectivamente em 1868 e 1870.

A 14ª Emenda definia a cidadania, atribuindo-a a *todas as pessoas nascidas ou naturalizadas* no país, ao tempo em que impunha aos Estados o direito dos cidadãos à igual proteção das leis¹¹¹³. A nova norma também trouxe importantes regras sobre a representatividade eleitoral nos Estados.

Com a emancipação e o reconhecimento da cidadania dos negros, dois quintos da população negra, que antes não era contabilizada, passou a reforçar proporcionalmente o número de representantes dos Estados do sul¹¹¹⁴. No entanto, parte destes, utilizando-se da faculdade legislativa de qualificar os votantes, privaram os libertos do direito ao voto. Em poucas palavras, os negros eram contabilizados para efeitos de distribuição da representação, mas não para o efetivo direito ao voto.

Talvez se antecipando a tal propósito engenhoso dos Estados sulistas, a 14ª Emenda já prevenia que a base da representação de cada Estado deveria ser compatível com o número de cidadãos homens de 21 anos de idade¹¹¹⁵, excepcionando-se os casos de negação do direito ao voto como consequência da prática de atos ilegais¹¹¹⁶.

¹¹¹² Sobre a Proclamação de Emancipação e seus reais efeitos práticos, Cfr. Harold Holzer, Edna Greene Medford e Frank J. Williams, *The Emancipation Proclamation: three views*; Michael Martin, *Emancipation Proclamation: Hope of Freedom for the Slaves*; Hans Louis Trefousse, *Historical dictionary of reconstruction*, p. 70-72

¹¹¹³ “Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

¹¹¹⁴ Cfr. Benjamin Harrison, *Vida Constitucional de los Estados Unidos*, p. 19.

¹¹¹⁵ Note-se que, nesse período, nos Estados Unidos da América, as mulheres ainda não tinham direito de votar.

¹¹¹⁶ “Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being *twenty-one* years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be

A 15ª Emenda, por sua vez, consagrou valores igualitários no domínio do direito ao voto, proibindo que qualquer cidadão tivesse excluído ou cerceado seu direito de votar – quer pelos Estados Unidos, quer pelos seus Estados Confederados – por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão. Ademais, atribuiu competência ao Congresso para executar tal norma constitucional, por meio de legislação apropriada¹¹¹⁷. Ainda assim, na prática, diversas estratégias eram empregadas para impedir o registro eleitoral de cidadãos negros, o que culminou nas marchas de Selma a Montgomery – lideradas por ativistas do movimento negro, dentre os quais Martin Luther King Jr. –, impulsionadoras da aprovação da Lei dos Direitos ao Voto, de 1965.

Com a abolição da escravidão, 4 milhões de pessoas que antes eram propriedade e parte integral do sistema de produção econômica do Sul, passaram a ser livres, o que deixou a economia dos Estados sulistas devastada. No entanto, apesar de formalmente abolido o sistema escravista, a liberdade e a igualdade – tão eloquentemente proclamadas pelos e para os colonos revolucionários – não irão se expandir tão facilmente para os libertos e seus descendentes.

Logo após a abolição da escravidão, a exceção prevista na 13ª Emenda à Constituição começou a ser explorada de modo a produzir ondas de encarceramento em massa dos afro-americanos. As prisões tinham como base condenações por supostas práticas de crimes insignificantes, a exemplo da vadiagem. Encarcerados e condenados, os negros se enquadravam na exceção constitucional para o trabalho forçado, cuja execução foi o mecanismo utilizado para o restabelecimento da economia do sul do país depois da Guerra Civil. Era o chamado sistema de aluguel de condenados.

A esse sistema de encarceramento e criminalização da população negra, seguiram-se outras estratégias de *controle racial* e limitação da liberdade, desde os linchamentos e enforcamentos públicos de negros supostamente acusados da prática de crimes, até a promulgação de leis que positivavam a segregação. Diversos Estados do sul multiplicaram leis segregacionistas, conhecidas como *Leis Jim Crow* – como uma espécie de perpetuação dos *Black Codes*¹¹¹⁸ –, no sentido de implementar nos serviços públicos – incluindo escolas, ônibus

reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State”. Cfr. Benjamin Harrison, *Vida Constitucional de los Estados Unidos*, p. 19. O autor afirma que, nesse ponto, a 14ª Emenda nunca foi efetivada contra as práticas discriminatórias desenvolvidas pelos Estados.

¹¹¹⁷ “Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.”

“Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.”

¹¹¹⁸ Os *Black Codes* (1800-1866) se destinavam à restrição das liberdades e direitos civis dos afro-americanos.

e trens – instalações separadas para negros e brancos¹¹¹⁹. A era *Jim Crow*¹¹²⁰ – que vigorou entre 1876 e 1965 – representava a separação de fato e de direito em desfavor principalmente da população negra do país.

Nesse período, o *Ku Klux Klan*¹¹²¹ renasceu com vigor no contexto do conflito racial dos Estados Unidos. Estima-se que, na Convenção Nacional Democrata, de 1924, pelo menos 350 delegados eram integrantes da organização racista.

Nessas circunstâncias, a população carcerária dos EUA tinha se mantido razoavelmente estável até a década de 1920. Nos anos 1970, como resultado da era da *lei e ordem* do presidente Richard Nixon, iniciou-se outra onda de encarceramento em massa, com expressivo aumento da população carcerária, que chegou a atingir o número de 357.292 pessoas.

Para Angela Davis, sob a presidência de Nixon, o crime começa a ser definido mais intensamente com base na raça¹¹²². Embora não estivesse explicitado dessa forma, na era Nixon o discurso de combate ao crime estava associado à reação contra os movimentos sociais negros, como *Black Power* e *Black Panthers*. A esse discurso associou-se a campanha *War on Drugs*, popularizada em 1971 no mandato de Nixon, que declarou o abuso de drogas o inimigo público número um dos Estados Unidos.

A política desenvolvida passou a tratar o uso de drogas como um problema de segurança pública, e não como uma questão de saúde pública, resultando na prisão de inúmeras pessoas por posse e uso de drogas, medida que também atingia principalmente a população afro-americana. Como resultado dessa política, em dez anos, a população carcerária dos Estados Unidos aumentou significativamente, alcançando, em 1980, o número de 513.900 presos.

Com a assunção do presidente Ronald Reagan, em 1981, o discurso da guerra ao crime e às drogas ganha reforço prático, embora as pesquisas de opinião da época mostrassem que, para a população, essa não era uma questão prioritária. Tornou-se, em muitos aspectos, uma guerra de fato contra as comunidades negras e latinas, com reflexo imediato no aumento da população carcerária para 759.100 pessoas, em 1985, e 1.179.200, em 1990.

¹¹¹⁹ Importa referir que, embora tais leis tivessem como alvo principal os negros, também afetavam outras raças, como asiáticos e latinos.

¹¹²⁰ *Jim Crow* era um nome comumente atribuído a escravizados, tendo sido título de uma canção de Thomas Rice, que ridicularizava os negros americanos. Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 284.

¹¹²¹ Trata-se de uma organização racista criada após a Guerra de Secessão, em 1865, e que assumiu como imperativo a manutenção da supremacia racial branca.

¹¹²² Entrevista veiculada no documentário *The 13th* (A 13ª Emenda), lançado em 7 de outubro de 2016, nos Estados Unidos, sob a direção de Ava DuVernay.

As mais de quatro décadas da política da *War on Drugs* foram robustecidas pelo movimento denominado *Toughon Crime*, que agregou diversas medidas legislativas focadas na punição como resposta primária ao crime, dentre as quais a condenação obrigatória¹¹²³ e a peculiar e polêmica política do *three strikes and you're out*¹¹²⁴.

Concebida em 1978, no Estado de Illinois, a *three strikes Law* fundamenta-se no sistema da perpetuidade da reincidência, que leva o indivíduo à prisão perpétua a partir da condenação pelo terceiro crime. A *lei das três faltas* é adotada em mais de vinte e quatro Estados, tendo entrado em vigor em Washington, em dezembro de 1993, e na Califórnia em março de 1994.

No modelo californiano – um dos mais conhecidos –, aquele que possuir uma falta (*strike*) em seus antecedentes criminais e praticar outro crime de qualquer natureza, deverá ser condenado ao dobro da pena prevista em abstrato para o tipo penal do novo delito, impondo-se o cumprimento de pelo menos 85% da pena aplicada para ter direito ao livramento condicional. Se, no entanto, o indivíduo já possuir duas condenações anteriores, no terceiro crime a reprimenda será de 25 anos de prisão a prisão perpétua, com o cumprimento integral da pena.

Os crimes que são considerados *strikes* variam conforme a legislação de cada Estado¹¹²⁵, sendo mais usuais delitos como homicídio, estupro e roubo. Nada obstante, determinados Estados têm admitido como *strike* crimes não violentos¹¹²⁶ ou mesmo considerados de bagatela.

O relatório *A Living Death*¹¹²⁷, produzido pela *American Civil Liberties Union* (ACLU), calculou que, no ano de 2012, 79% dos 3.278 prisioneiros cumprindo prisão perpétua

¹¹²³ Consistente no estabelecimento legal de sentenças mínimas obrigatórias, com imposição de cumprimento de pena em número mínimo de anos de prisão.

¹¹²⁴ A expressão é uma alusão ao beisebol, esporte no qual o cometimento da terceira falta por parte do jogador resulta na sua expulsão da partida.

¹¹²⁵ Para uma análise das diferenças nas legislações de cada Estado, ver James Austin, John Clark, Patricia Hardyman e Alan Henry, *Three Strikes and You're Out: The Implementation and Impact of Strike Laws*, p. 5 e ss.

¹¹²⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da *three strikes Law* no caso *Ewing v. Califórnia*. Argumentava-se que a aplicação de pena de 25 de anos de prisão pela prática de furto representava violação à vedação constitucional de punição cruel, devido à desproporcionalidade entre a gravidade do crime e a pena. Em decisão de março de 2003, por 5 x 4, a Suprema Corte entendeu que não havia desproporcionalidade, já que tais condenações eram justificáveis por primarem pela proteção da sociedade em face do indivíduo indisciplinado que, reincidente em atividades criminosas, revela personalidade perigosa e propensa à delinquência. O Tribunal se baseou no precedente do caso *Rummel v. Estelle* (1980), entendendo que a longa história de delitos de Ewing justificou sua condenação, concluindo que o interesse do Estado na segurança pública envolve a incapacitação e dissuasão de criminosos reincidentes. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/11/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹¹²⁷ Disponível em <<https://www.aclu.org/files/assets/111213a-lwop-complete-report.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

no sistema federal dos Estados Unidos foram condenados pela prática de crimes não violentos relacionados a drogas¹¹²⁸ e delitos contra a propriedade¹¹²⁹. De acordo com a pesquisa, as sentenças de prisão perpétua tiveram incremento de 12.453, em 1992, e de 49.081, em 2012, o que representa mais de 300% de aumento.

O estudo revelou, ainda, que indivíduos negros são desproporcionalmente representados no sistema carcerário dos Estados Unidos, sendo a disparidade racial ainda mais grave entre os condenados à prisão perpétua pela prática de crimes não violentos. Baseada em dados fornecidos pela *United States Sentencing Commission and state Departments of Corrections*, a ACLU estima que, do total de presos cumprindo esse tipo de pena, 65,4% são negros, 17,8% são brancos e 15,7% são latinos.

Atualmente, a população dos Estados Unidos representa cerca de 5% da população mundial. Nada obstante, o país abriga 25% das pessoas encarceradas do mundo. Ou seja: a cada quatro pessoas presas no mundo uma está presa nos EUA. Com efeito, no período compreendido entre 1975 e 2011, a taxa de encarceramento subiu para 743 por 100.000 adultos na população. Desde a implantação de tal política punitivista, houve um aumento de 700% na taxa de encarceramento dos Estados Unidos, alcançando-se, em 2014, uma população carcerária de aproximadamente 2,3 milhões de pessoas.

Assim, apesar dos direitos e garantias acrescentados pelas 13^a, 14^a e 15^a Emendas, sua formalização constitucional não impediu que, na prática, outros mecanismos jurídico-políticos fossem impostos como meio de perpetuar a segregação racial no país, evidenciada em processos sofisticados de exclusão social.

Para compreender a evolução da jurisprudência dos Estados Unidos acerca do direito à igualdade racial, convém retroceder um pouco para abordar a primeira decisão da Suprema Corte sobre a questão da escravidão, ocorrida em 1841, no caso *United States v. Libellants and Claimants of the Schooner Amistad*¹¹³⁰. Em 27 de junho de 1839, um navio mercante espanhol de nome *La Amistad* dirigia-se a Cuba com uma *carga* de negros africanos

¹¹²⁸ Dentre os crimes de drogas que geraram condenações à prisão perpétua, sem liberdade condicional, o relatório lista os seguintes: posse de um cachimbo de *crack*; posse de uma tampa de garrafa que continha traços de heroína; posse de uma pequena quantidade de cocaína em bolsos de roupas em quantidade tão ínfima que apenas foi detectada por testes de laboratório; posse de uma única pedra de *crack* em casa; posse de 32 gramas de maconha com intenção de distribuição; possuir estoque acima do permitido de comprimidos descongestionantes que poderiam servir de base para fabricação de metanfetamina etc.

¹¹²⁹ Dentre os delitos contra a propriedade que geraram condenações à prisão perpétua, sem liberdade condicional, o relatório lista os seguintes: tentativa de trocar um cheque roubado; posse de chaves roubadas; furto de três cintos de uma loja de departamento; furto de duas camisas de uma loja de produtos desportivos; invasão de uma de bebidas fechada no meio da noite etc.

¹¹³⁰ Cfr. Susan Dudley Gold, *United States v. Amistad: slave ship mutiny*, p. 47 e ss.

para serem vendidos como escravos. Os negros aprisionados no *La Amistad* se rebelaram e conseguiram tomar o controle da embarcação, matando toda a tripulação, com exceção dos dois navegadores. O navio foi capturado em 26 de agosto de 1839, pela Marinha dos Estados Unidos, em águas territoriais desse país. Os sobreviventes do navio foram levados para *Long Island*, tendo sido, então, instaurado um longo julgamento sobre o destino dos africanos.

A Suprema Corte considerou ilegal a captura dos africanos, asseverando que os negros, em nenhuma circunstância, poderiam ser considerados mercadoria, já que nunca tinham sido escravizados. Isso porque a tripulação do navio havia violado as normas internacionais firmadas entre Inglaterra e Espanha, que proibiam a captura de novos escravos, permitindo apenas a propriedade sobre os filhos dos negros já escravizados. Por fim, o Tribunal determinou que os africanos fossem imediatamente postos em liberdade e enviados de volta para a África, fato ocorrido em 1842.

Em 1857, a Corte se deparou novamente com o tema, no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*¹¹³¹. Dred Scott era escravo de um cirurgião militar no Estado de Missouri, no qual vigia o regime escravocrata. Em 1846, quando da transferência do militar para Fort Snelling, onde a escravidão havia sido vedada pelo Congresso, Dred Scott ingressou com uma ação na Justiça do Estado de Missouri¹¹³², na tentativa de ver reconhecido o seu direito e o de sua família à liberdade. Onze anos depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por sete votos a dois¹¹³³, rejeitou o pedido de Scott, considerando que o Congresso não tinha poderes para abolir a escravatura nos territórios. Decidiu-se, ainda, pela ilegitimidade ativa do autor da ação, tendo em vista que os negros, ainda que fossem livres, não eram cidadãos norte-americanos e, portanto, não tinham o direito de demandar perante tribunais federais¹¹³⁴. O julgamento foi um dos fatores que motivaram a deflagração da Guerra Civil, tendo sido oportunamente mitigado com a aprovação da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 9 de julho de 1868, que estabeleceu que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs do país e do estado onde tiverem residência.

¹¹³¹ Cfr. Paul Finkelman, *Dred Scott v. Sandford – A Brief History with Documents*, p. 1; Kermit L. Hall, *United States Supreme Court Decisions*, p. 277-279; Adhemar Ferreira Maciel, *Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos*, p. 143 e ss.

¹¹³² David Scott fundamentou seu pedido no *Missouri Compromise Act*, lei que assegurava aos escravos dos novos territórios federais o direito à liberdade.

¹¹³³ Sobre os argumentos dos votos, até mesmo dos votos dissidentes dos juízes John McLean e Benjamin Robbins Curtis, cfr. Paul Finkelman, *Dred Scott v. Sandford – A Brief History with Documents*, p. 55 e ss.

¹¹³⁴ Um curto trecho da decisão sintetiza a questão sobre a qual a Suprema Corte se debruçou: “The question is simply this: can a negro whose ancestors were imported into this country and sold as slaves become a member of the political community formed and brought into existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen, one of which rights is the privilege of suing in a court of the United States in the cases specified in the Constitution?”.

Em 1859, a questão da escravidão voltou a ser tratada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Ableman v. Booth*¹¹³⁵. Em 1854, Booth, um abolicionista, foi preso por violação do *Fugitive Slave Act*, de 1850, por ter auxiliado a fuga de um escravo perseguido pelo policial Ableman. Booth conseguiu sua libertação por meio de um mandado de *habeas corpus* emitido pela Suprema Corte de Wisconsin. No entanto, logo em seguida, foi novamente detido, em decorrência da sua condenação por um Tribunal Distrital. O réu, então, apelou novamente para a Suprema Corte de Wisconsin, alegando a inconstitucionalidade do *Fugitive Slave Act* e a incompetência do Tribunal Distrital, obtendo novamente sua soltura. Os Estados Unidos recorreram à Suprema Corte, alegando a incompetência do Tribunal de Wisconsin para conceder as ordens de *habeas corpus* em benefício de Booth. Por unanimidade, a Corte Federal revogou a decisão da Suprema Corte de Wisconsin, afirmando a supremacia dos tribunais federais sobre as questões relativas a leis e atos normativos federais.

Após a abolição da escravatura, agora consagrada no texto constitucional, discutiu-se a aplicabilidade da 13ª Emenda a outras minorias raciais, além dos afro-americanos. Em 1873, por ocasião do denominado *Slaughterhouse Cases*¹¹³⁶, a Suprema Corte declarou que, embora a 13ª Emenda tivesse sido aprovada com o propósito de abolir a escravidão negra no país, poderia ser eficazmente invocada nos casos em que, em virtude do sistema de trabalho, os mexicanos e chineses fossem degradados à escravidão.

Em 1875, foi aprovada a Declaração de Direitos Cívicos (*Civil Rights Act*), que garantia a todos os cidadãos, independentemente de qual fosse sua raça ou cor, livre acesso e igual tratamento nas acomodações abertas ao público. Em 1895, diversos casos foram julgados conjuntamente no âmbito do *Civil Rights Cases*, ocasião em que se analisou a constitucionalidade do *Civil Rights Act*, de 1875.

Decidindo os casos, em 1883, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou entendimento de que a Declaração, de 1875, não se aplicava a atos pessoais de discriminação social, o que significava, em poucas palavras, a constitucionalidade das leis estaduais segregacionistas. Na opinião dos demandantes, o Governo Federal tinha a autoridade, conferida pela 14ª Emenda, para proteger todos os cidadãos de atos estaduais públicos, bem como de atuações privadas contrárias aos valores igualitários estabelecidos na Constituição. Todavia, os juízes entenderam que a 14ª Emenda não dava poderes ao Congresso para legislar em matérias

¹¹³⁵ 62 U.S. 506 (1858).

¹¹³⁶ Cfr. Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, vol. III, p. 257 e ss.; Kermit L. Hall, *United States Supreme Court Decisions*, p. 286-289.

de discriminação racial envolvendo os Estados, aplicando-se tal norma constitucional apenas ao Governo Federal.

Em decorrência dessa decisão, houve o sancionamento de uma série de estatutos – especialmente nos Estados do sul – instituidores da segregação racial de negros e brancos, em esferas como educação, lazer, transporte e, até mesmo, casamento civil¹¹³⁷. Tal decisão também ocasionou a proliferação de espaços e serviços exclusivos para brancos.

Emblemática foi a decisão proferida pela Suprema Corte, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, validando as normas do Estado da Louisiana¹¹³⁸, que separavam assentos para brancos e negros nos trens. O processo decorreu da afronta às leis segregacionistas da Louisiana por Home Plessy, cidadão negro que adquiriu um bilhete de trem para os vagões reservados aos brancos. Ao se negar a deixar o vagão exclusivo, Plessy foi preso e processado por violar a lei estadual. Na ocasião, a Suprema Corte rejeitou a tese de inconstitucionalidade da lei – que não estaria em desacordo com as 13^a¹¹³⁹ e 14^a¹¹⁴⁰ Emendas –, argumentando que não se poderia falar em discriminação se os negros, embora separados dos brancos, tivessem iguais acomodações nos trens. A doutrina que resultou da sentença do caso *Plessy v. Ferguson* ficou conhecida como *separate, but equal* (separados, mas iguais) e legitimou, pelo próprio Poder Judiciário¹¹⁴¹, a segregação racial nos Estados Unidos por mais de meio século.

Importa mencionar também o caso *Sweatt v. Painter*¹¹⁴². Em 1945, um candidato negro chamado Sweatt candidatou-se para ingresso na Faculdade de Direito da Universidade

¹¹³⁷ Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 285.

¹¹³⁸ Os atos de 1890, c. 111, do Estatuto da Louisiana, exigiam que as empresas de transporte ferroviário de passageiros oferecessem acomodações iguais, mas separadas, para brancos e *pessoas de cor*. A legislação impunha pena de multa ou prisão para os passageiros que desobedecessem à divisão, conferindo aos agentes ferroviários o poder de recusar a permanência dos passageiros nos compartimentos não autorizados para sua raça, isentando até mesmo a empresa ferroviária de responsabilidade por tal recusa.

¹¹³⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Referindo-se à 13^a Emenda, a Corte ressaltou: “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude. Indeed, we do not understand that the Thirteenth Amendment is strenuously relied upon by the plaintiff in error in this connection”.

¹¹⁴⁰ Sobre a compatibilidade da medida com a 14^a Emenda, salientava a decisão que “The proper construction of this amendment was first called to the attention of this court in the *Slaughterhouse Cases*, 16 Wall. 36, which involved, however, not a question of race, but one of exclusive privileges. The case did not call for any expression of opinion as to the exact rights it was intended to secure to the colored race, but it was said generally that its main purpose was to establish the citizenship of the negro, to give definitions of citizenship of the United States and of the States, and to protect from the hostile legislation of the States the privileges and immunities of citizens of the United States, as distinguished from those of citizens of the States”.

¹¹⁴¹ Outros julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos confirmaram a tese defendida em *Plessy v. Ferguson*, a exemplo de *Cumming v. Board of Education of Richmond County* – 175 U.S. 528 (1899), e *Berea College v. Kentucky* – 211 U.S. 45 (1908). Cfr. Eder Bomfim Rodrigues, *A Igualdade Racial no Estado Democrático de Direito*, p. 29.

¹¹⁴² Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 343.

do Texas, tendo, no entanto, sido rejeitado, porque, à época, uma lei estadual instituía unidades de ensino exclusivas para brancos. Na oportunidade, a Suprema Corte reconheceu o pedido de Sweatt, declarando que a lei estadual violava os direitos do candidato, garantidos pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis. Assim, foi concedido ao autor da ação o direito de se matricular numa faculdade reservada para brancos. Durante o processo ficou demonstrado que a faculdade de Direito do Texas, exclusiva para estudantes brancos, tinha acomodações e ensino qualitativamente superiores, quando comparada com os estabelecimentos destinados aos negros. Diferentemente do caso anteriormente citado, reconheceu-se que a separação era injusta, já que se tratava, na hipótese apreciada pelo Tribunal, de uma realidade explícita de *separate and unequal*.

Outra forma de restringir o acesso dos afro-americanos aos direitos constitucionalmente assegurados era a partir de cláusulas contratuais restritivas, por meio das quais os contratantes acordavam a proibição de alienação ou locação de imóveis urbanos a membros de minorias raciais, especialmente negros.

Em 1948, a Corte Constitucional – no caso *Shelley v. Kraemer*¹¹⁴³ – decidiu pela não obrigatoriedade de tais cláusulas restritivas. O que motivou a ação foi a inserção de cláusula contratual discriminatória que visava impedir os compradores de terrenos localizados num determinado loteamento na cidade de Saint Louis a alienar os imóveis para indivíduos não brancos. A inobservância dos termos contratuais por parte de um dos proprietários – que vendeu seu terreno para um casal de negros – resultou na contestação judicial da venda efetivada. O pedido foi deferido pelo Tribunal Estadual de Missouri, gerando recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte argumentou na sua decisão que os tribunais estaduais não poderiam impedir a venda de imóveis a negros, mesmo que o negócio estivesse respaldado numa cláusula racialmente restritiva. Em outras palavras, condições restritivas não tinham o poder de, por si sós, impor restrições aos direitos, sendo que sua confirmação pelos tribunais estaduais constituía violação à 14ª Emenda. Depois de decorridos 20 anos dessa decisão, o Ato de 1968 banuiu expressamente tais tipos de contratos discriminatórios.

Em 1954, no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹¹⁴⁴, a Suprema Corte dos Estados Unidos decretou a inconstitucionalidade do sistema educacional separatista, por violação à 14ª Emenda, proibindo as escolas de perpetuarem a segregação dos

¹¹⁴³ 334 U.S. 1 (1948). Acesso em 2 de abril de 2017. Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 19.

¹¹⁴⁴ U.S. 483 (1954).

estudantes em virtude da raça¹¹⁴⁵. A decisão representou o recuo da doutrina *separate, but equal*, ficando conhecida por pontuar o início do declínio da era Jim Crow, que apenas viria a ser extinta com o Ato dos Direitos Civis de 1964.

De fato, em meados do século XX, diversas decisões da Suprema Corte marcaram a gradativa decadência da segregação racial legalizada nos Estados Unidos, a exemplo dos casos *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950); *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950); *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958); e *Boyton v. Virginia*, 364 U.S. 454 (1960). Mas o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* se tornou emblemático por ter exercido grande influência sobre a opinião pública, repercutindo em decisões futuras do Congresso do país. Apesar das importantes decisões da Suprema Corte, a segregação racial persistiu até a década de 60, especialmente em parte dos Estados do sul.

Em 1º de dezembro de 1955, em Montgomery, no Estado do Alabama, a prisão de uma senhora negra, chamada Rosa Parks, por ter se recusado a ceder seu assento num ônibus a um cidadão branco, foi o estopim para o início de uma série de boicotes ao sistema de transporte público local¹¹⁴⁶, liderados por Martin Luther King Jr.¹¹⁴⁷.

Influenciado pelo pensamento de Mahatma Gandhi, Luther King passou a empregar os métodos da resistência não violenta em diversas manifestações em prol do direito à igualdade racial, disseminando os princípios da desobediência civil em meio à comunidade afro-americana. Para ele, responder à injustiça com violência iria causar a falsa ideia de que os negros não eram merecedores da igualdade pela qual tanto clamavam. Segundo Martin Luther King, uma manifestação não violenta não se confundia com passividade e submissão, significando antes uma total e organizada não cooperação com o mal, consistente numa vontade de sofrer pela verdade e pela justiça, ainda que para isso fosse necessário morrer¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁵ Na ocasião, a Suprema Corte pontuou: “segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system”.

¹¹⁴⁶ Na época, o sistema de transporte público dividia os ônibus, reservando uma parte para brancos e outra para negros. Havia, no entanto, assentos intermediários que deveriam ser desocupados pelos negros, caso algum cidadão branco estivesse de pé. Cfr. Valerie Schloretd e Pam Brown, *Martin Luther King – o grande líder Americano, defensor da não violência, assassinado na luta pelos direitos dos negros*, p. 19.

¹¹⁴⁷ Nascido no Alabama, Martin Luther King Jr. (1929-1968) estudou na Universidade de Boston, onde, em 1955, obteve o seu doutoramento em Teologia. Pastor protestante e ativista político, tornou-se um dos mais importantes líderes do movimento pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos.

¹¹⁴⁸ Em seus discursos, Martin Luther King Jr. pregava a desobediência às leis injustas: “Há de vir um dia em que um homem de moral não poderá obedecer a uma lei que, na sua consciência, seja injusta. E o importante é que, ao

Nas décadas de 1950 e 1960, destacou-se também o nome de Malcolm X¹¹⁴⁹ como representante do nacionalismo negro nos Estados Unidos. Defensor radical do separatismo entre negros e brancos e da reação ativa contra a opressão, Malcolm Little – como foi batizado – opunha-se aos métodos de resistência pacífica empregados por Martin Luther King Jr. Para ele, todo ser humano inteligente tinha o direito de se defender, não se tratando, portanto, de uma pregação de ódio entre as raças, mas sim de um direito divino, moral, natural e inteligente de defesa¹¹⁵⁰.

No pensamento de Malcolm X, a *palavra-chave era o poder; poder contra poder*. Para pôr fim à opressão era preciso fazer uso do poder, única força capaz de deter o próprio poder. De acordo com o ativista, a conquista do poder pelos negros não poderia resultar de um comportamento passivo, mas sim de uma ação intransigente contra a opressão¹¹⁵¹. Malcolm X tecia duras críticas ao movimento de desobediência civil encabeçado por Luther King, chegando a afirmar que este era um traidor dos negros, subvencionado pelos brancos¹¹⁵².

Durante o ano de 1956, os boicotes aos ônibus públicos, fundados na resistência não violenta, resultaram na adesão de 95% da população negra de Montgomery, que representava 75% dos usuários da companhia de transporte coletivo¹¹⁵³. Em 4 de julho de 1956, um tribunal distrital considerou ilegal a segregação racial nos ônibus locais, decisão ratificada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 13 de novembro do mesmo ano.

A partir de 1960, as manifestações de resistência passiva se multiplicaram também entre os estudantes negros, em oposição à discriminação nos refeitórios das instituições educacionais e nos restaurantes. Os protestos – conhecidos como *manifestações sentadas* – consistiam em permanecer pacificamente nos assentos reservados aos brancos. Numa dessas manifestações, em Atlanta, foram presos 75 manifestantes, entre eles Martin Luther King.

fazê-lo, o faça assumindo as consequências”. Cfr. Valerie Schloretd e Pam Brown, *Martin Luther King – o grande líder Americano, defensor da não violência, assassinado na luta pelos direitos dos negros*, p. 26.

¹¹⁴⁹ Malcolm Little (1925-1965) nasceu em Omaha, Nebraska, em 19 de maio de 1925. Seu pai, Earl Little, era membro da Associação Universal de Progresso Negro de Garvey (instituída pelo criador do movimento *Back to Africa*, Marcus Garvey) – organização que pregava ideias nacionalistas –, o que parece ter motivado a sua morte, quando Malcolm contava com apenas seis anos de idade. Malcolm passou a morar no Harlem, Nova York, onde se envolveu com tráfico de drogas e exploração de prostituição, tendo sido preso em 1946. Durante o período em que permaneceu preso, aderiu à Nação do Islã – conhecida como Movimento dos Mulçumanos Negros –, liderada por Elijah Muhammad. Ao sair da prisão, em 1952, adotou o nome de Malcolm X. Cfr. James Baldwin, Malcolm X e Martin Luther King, *Nous, les Nègres*, p. 51-54; Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*, p. 332-333.

¹¹⁵⁰ James Baldwin, Malcolm X e Martin Luther King, *Nous, les Nègres*, p. 64-66.

¹¹⁵¹ Malcolm X, *Le pouvoir noir*, p. 189.

¹¹⁵² James Baldwin, Malcolm X e Martin Luther King, *Nous, les Nègres*, p. 67-68.

¹¹⁵³ Cfr. Valerie Schloretd e Pam Brown, *Martin Luther King – o grande líder Americano, defensor da não violência, assassinado na luta pelos direitos dos negros*, p. 23.

Em 1961, teve início o movimento denominado *Passageiros da Liberdade*, com a participação de estudantes negros e brancos do norte do país. A primeira manifestação partiu de ônibus em direção ao sul, efetuando paradas em todos os terminais e restaurantes localizados no percurso, nos quais eram realizadas *manifestações sentadas*. À chegada no Estado sulista do Alabama, os estudantes foram agredidos por membros da *Ku Klux Klan*, que incendiaram o veículo.

Também na década de 60, começam a surgir nos Estados Unidos as denominadas ações afirmativas, enquanto mecanismos orientados para a concessão de igualdade de oportunidades às minorias raciais. Tais medidas tiveram como marcos centrais de consolidação a Ordem Executiva nº 10.925, de 1961, e o Ato dos Direitos Civis, de 1964.

Subscrita pelo presidente John F. Kennedy, a Ordem Executiva nº 10.925, de 6 de março de 1961, instituiu a Comissão Presidencial sobre a Igualdade de Emprego, proibindo a discriminação, em função da raça, credo ou nacionalidade, contra funcionário ou candidato a emprego nos contratos firmados com a Administração Federal. Na ocasião, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão *affirmative action*, embora o termo, àquela época, ainda não equivalesse à atual concepção de ação afirmativa¹¹⁵⁴.

A data de 28 de agosto de 1963 ficou marcada pela marcha a Washington, em comemoração pelo centésimo aniversário da abolição da escravatura nos Estados Unidos. A campanha, promovida por Martin Luther King conseguiu reunir cerca de 250 mil pessoas¹¹⁵⁵, brancos e negros, numa passeata até o monumento a Abraham Lincoln, onde King proferiu seu mais famoso discurso, conhecido como *Eu tenho um sonho*.

Em 1964, após abandonar a Nação Islã, Malcolm X fundou um movimento independente chamado Organização da Unidade Afro-Americana (*Organization of Afro-American Unity – OAAU*). Embora mantendo suas crenças islâmicas, o propósito de Malcolm era criar uma instituição mais atuante na defesa dos direitos de todos os negros do país, independentemente de questões religiosas, demográficas ou laborais¹¹⁵⁶. A partir de então, Malcolm X renunciou à sua anterior proposta de formação de um Estado negro independente nos Estados Unidos¹¹⁵⁷, também se mostrando menos rigoroso quanto ao casamento inter-

¹¹⁵⁴ Ali, a expressão foi empregada com o objetivo de proibir a prática de discriminação, e não de promover igualdade, conforme seu sentido atual.

¹¹⁵⁵ Cfr. Valerie Schloredt e Pam Brown, *Martin Luther King – o grande líder Americano, defensor da não violência, assassinado na luta pelos direitos dos negros*, p. 46 e ss.

¹¹⁵⁶ Cfr. Michael Benson, *Malcolm X*, p. 81-82

¹¹⁵⁷ Cfr. Malcolm X, *Le pouvoir noir*, p. 236.

racial¹¹⁵⁸. O lento progresso dos direitos civis da população negra dos Estados Unidos resultou no aumento da adesão às ideias de Malcolm X, que passou a ter mais receptividade mesmo entre os membros de organizações defensoras da não violência.

Em 2 de julho de 1964, durante o mandato do presidente Lyndon Johnson, foi finalmente aprovado pelo Senado o *Civil Rights Act*, que, entre outras garantias, proibia a discriminação no emprego e em locais públicos. A Lei dos Direitos Civis, de 1964, representou, desde 1875, o primeiro ato abrangente do Congresso dos Estados Unidos sobre direitos civis e relações raciais. Desde então, as ações afirmativas passaram a ter o sentido de promoção da igualdade racial, haja vista que as providências adotadas não se limitavam a exigir o fim de práticas discriminatórias por parte daqueles que contratassem com o Governo Federal. Por esse sistema, qualquer contrato celebrado com a Administração ficava condicionada ao compromisso do empregador privado de contratar em percentuais razoáveis certas minorias e de oferecer-lhes efetivas condições de ascensão na carreira¹¹⁵⁹. O Decreto estabelecia, ainda, outras medidas destinadas a minorias raciais e étnicas, na área de recrutamento, contratação e remuneração.

Também em 1964, a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu importante decisão sobre a vinculação das entidades privadas à não discriminação racial. Trata-se do caso *Heart Atlanta Motel, Inc. v. United States*¹¹⁶⁰, cujo apelante, que recusava alojamento para negros, pretendia continuar selecionando racialmente seus clientes, sob o argumento de que o Congresso excedia sua autoridade ao impedir que instituições comerciais se negassem a oferecer seus serviços com base na raça. Cabia, então, ao Tribunal decidir se o Congresso dos Estados Unidos poderia usar o poder que lhe fora constitucionalmente concedido pela cláusula de comércio, para obrigar as empresas privadas a respeitarem a Lei dos Direitos Civis. O proprietário do estabelecimento, Moreton Rolleston, argumentou que o ato violava seus direitos, baseados na 5ª Emenda, de escolher sua clientela e de autodeterminar suas atividades comerciais. Ademais, afirmou que se tratava de privação injusta de sua propriedade sem o devido processo legal e sem a justa compensação. Por fim, alegou que, violando os seus direitos da 13ª Emenda à Constituição, o Congresso o colocou em posição de servidão involuntária, forçando-o a alugar os quartos disponíveis para negros. A Suprema Corte entendeu que o

¹¹⁵⁸ Cfr. Malcolm X, *Le pouvoir noir*, p. 235. Sobre a jurisprudência dos EUA acerca do relacionamento sexual entre negros e brancos, bem como do casamento inter-racial, cfr. Adhemar Ferreira Maciel, *Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos*, p. 138-139 e p. 165 e ss.

¹¹⁵⁹ Cfr. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 54.

¹¹⁶⁰ 379 U.S. 241 (1964).

Congresso agiu dentro de sua autoridade sob a cláusula de comércio ao aprovar a Lei de Direitos Civis, de 1964, estabelecendo a obrigação do *Heart Atlanta Motel* de oferecer seus serviços e acomodações a clientes de todas as raças e etnias.

Em 21 de fevereiro de 1965, aos 40 anos, Malcolm X foi assassinado durante uma assembleia da OAAU. Três membros da Nação Islã foram presos e condenados pelo seu assassinato.

Três anos depois, em 4 de abril de 1968, aos 39 anos, também Martin Luther King Jr. foi assassinado, em Memphis, Tennessee, um dia depois de ter discursado no local, em apoio aos trabalhadores negros que protestavam por salários iguais.

Embora iniciado nos anos de 1960, somente em meados dos anos de 1970 o processo de adoção das medidas positivas passou a fazer parte das pautas de discussões judiciais nos Estados Unidos da América.

A primeira demanda judicial contrária às ações afirmativas para pessoas negras no ensino superior estadunidense foi o caso *DeFunis v. Odegaar*¹¹⁶¹. Em 1971, *DeFunis* se candidatou a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington. Apesar de ter obtido notas superiores às dos candidatos negros que lograram admissão, *DeFunis* não foi aprovado¹¹⁶², tendo, por isso, ajuizado uma ação pleiteando o seu direito de ingresso na referida instituição, sob a alegação de que tivera seus direitos, assegurados pela 14ª Emenda à Constituição, violados pelo programa de ações afirmativas adotado pela faculdade¹¹⁶³.

O caso chegou à Suprema Corte que, no entanto, não apreciou o mérito do pedido, em decorrência de uma decisão favorável ao autor, expedida por um tribunal inferior, e da garantia da Faculdade de Direito de que *DeFunis* seria admitido, independentemente da decisão judicial final. A ação, então, perdeu o objeto, tendo o Tribunal afirmado que a decisão sobre a matéria não teria resultado prático. Em voto dissidente, o juiz Douglas discordou do posicionamento neutro da Corte, defendendo, no mérito, a inconveniência da adoção de critérios raciais, razão pela qual o pedido de *DeFunis* deveria ser acolhido.

Alguns anos depois, a Suprema Corte foi novamente instada a se debruçar sobre o tema, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*¹¹⁶⁴, de 1978, quando, pela primeira vez, examinou com profundidade a constitucionalidade das ações afirmativas no

¹¹⁶¹ 416 U. S. 312 (1974).

¹¹⁶² Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 347; Paulo Ferreira da Cunha, *Igualdade, minorias e discriminações*, p. 303 e ss.

¹¹⁶³ Sobre os procedimentos de admissão adotados pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington, cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 344.

¹¹⁶⁴ 438 U.S. 265 (1978).

campo da educação¹¹⁶⁵. Com o objetivo de admitir mais estudantes negros e de outras minorias, a Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, instituiu o seu programa de ações afirmativas, reservando dezesseis vagas (16% das 100 vagas oferecidas) para membros de *minorias em desvantagem educacional e econômica*. Desse modo, apenas candidatos pertencentes aos referidos grupos minoritários poderiam concorrer às vagas reservadas.

Nesse contexto, o candidato branco Allan Bakke concorreu a uma das 84 vagas restantes, tendo sido rejeitado, apesar de ter alcançado notas relativamente altas. Questionada, a Escola de Medicina não conseguiu demonstrar que Bakke teria sido preterido caso as vagas reservadas estivessem abertas a todos os candidatos. Bakke, então, ajuizou uma ação alegando que o programa de ações afirmativas da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia o violou os seus direitos constitucionais, por motivos de ordem racial. A Suprema Corte do Estado da Califórnia julgou procedente o pedido, ordenando que Bakke fosse admitido pela Escola de Medicina, e proibindo que as universidades da Califórnia considerassem a raça dos candidatos em seus critérios de admissão.

A Universidade da Califórnia recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo que, na contrariedade ao recurso, os advogados de Bakke apresentaram dois fundamentos de base para o pedido: a) a ilegalidade do programa, por violar o Título VI da Lei de Direitos Civis, de 1964, que reza que ninguém será, em razão de sua raça, excluído de participação, privado de benefícios ou sujeito à discriminação em programas subsidiados por verbas federais; e b) a inconstitucionalidade do programa, por ferir a cláusula da igual proteção, garantida na 14ª Emenda Constitucional. O relator do caso foi o juiz Lewis Powell¹¹⁶⁶.

Por uma votação de cinco a quatro, a Suprema Corte dos EUA concluiu que a Lei de Direitos Civis, por si só, não proibia programas de ações afirmativas, mesmo que utilizassem explicitamente o critério racial na admissão de seus candidatos. Os juízes decidiram, ainda, que a Constituição dos Estados Unidos autoriza a implementação de ações afirmativas, como aquelas adotadas em Havard, que permitiam que “a raça seja levada em consideração, indivíduo por indivíduo, com a finalidade de obter um corpo estudantil razoavelmente diversificado”¹¹⁶⁷. Por fim, a Suprema Corte manteve a decisão do tribunal inferior referente à admissão de Bakke, mas revogou a proibição quanto à consideração da raça sob qualquer circunstância.

¹¹⁶⁵ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, p. 453 e ss.

¹¹⁶⁶ Sobre os argumentos utilizados pelo Juiz Powell, cfr. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, p. 455 e ss.; Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 106 e ss.

¹¹⁶⁷ Citado em Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, p. 455.

Outras sentenças na área educacional são dignas de referência, a exemplo daquelas proferidas nos casos *Gratz and Hamacher v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger*, e que resultaram na reafirmação do posicionamento emitido no caso *Bakke*, estabelecendo, todavia, que, embora constitucionais, as ações afirmativas deveriam limitar-se a certos parâmetros, em especial o critério do escrutínio estrito. Desde então, a jurisprudência vem oscilando entre decisões de constitucionalidade e de inconstitucionalidade¹¹⁶⁸ das ações afirmativas raciais adotadas por determinadas universidades¹¹⁶⁹.

Mais recentemente, no caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*¹¹⁷⁰, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu se os Estados violam a cláusula da igual proteção prevista na 14ª Emenda Constitucional, ao proibirem, pela Constituição estadual, ações afirmativas baseadas na raça e no sexo para admissão em universidades públicas. Em 2012, o Tribunal de Apelações havia decidido que a proibição de Michigan, aprovada pelos eleitores do Estado, em 2006¹¹⁷¹, era inconstitucional.

Levada a questão à Suprema Corte, em 22 de abril de 2014, esta concluiu que a proibição de ações afirmativas na Constituição do Estado de Michigan é constitucional. A decisão, tomada por 6 votos a 2, remove obstáculos constitucionais para outros Estados que decidam proibir a aplicação de critérios raciais para admissão em suas universidades, movimento que teve como pioneira a Califórnia. O juiz Stephen Breyer, em seu parecer, argumentou que o mesmo princípio que apoia o direito do povo ou de seus representantes de adotar políticas de ação afirmativa em prol da inclusão também lhes dá a prerrogativa de votar para não fazê-lo, como no caso do Estado de Michigan. O juiz Anthony Kennedy, fundando-se nos processos democráticos de decisão, afirmou que o caso não era sobre como o debate acerca dos critérios raciais deve ser resolvido, e sim sobre quem deve resolvê-lo. A juíza Sonia

¹¹⁶⁸ Eder Bomfim Rodrigues, *A Igualdade Racial no Estado Democrático de Direito*, p. 33, aponta alguns julgamentos da Suprema Corte que declararam a inconstitucionalidade de planos de ações afirmativas: *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986); *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200 (1995); *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244 (2003); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. N° 1*, 551 U. S. (2007); e *Meredith v. Jefferson County Board of Education*, 551 U. S. (2007).

¹¹⁶⁹ Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*, p. 225, alertou para o fato de que as ações afirmativas – fontes de grandes controvérsias políticas, filosóficas e sociais – estavam ameaçadas nos Estados Unidos da América, na virada de século. Sobre a controvérsia de cunho político, o autor afirma que a reviravolta na orientação jurisprudencial da Suprema Corte, nos últimos anos, vem demonstrando que a escolha dos juristas nomeados para compô-la se deu em razão de suas posições explicitamente contrárias às ações afirmativas.

¹¹⁷⁰ 572 U.S. 291 (2014).

¹¹⁷¹ Em 2006, por meio de referendo, 58% dos cidadãos de Michigan votaram pela proibição de critérios raciais nos processos de admissão das universidades. Michigan é o oitavo estado a abolir políticas de ação afirmativa raciais em suas universidades.

Sotomayor, por sua vez, apresentou voto dissidente, no qual reforçou que a Corte contrariou decisões anteriores que proibiam os estados de banir remédios contra a discriminação racial. Para Sotomayor, a Constituição não confere à maioria liberdade para suprimir barreiras que protegem as minorias.

Ressalte-se que, em casos anteriores, a Suprema Corte já havia estabelecido que as políticas de admissão baseadas na raça eram constitucionalmente permitidas para os estados que desejassem utilizá-las.

No mais recente julgado, datado de 23 de junho de 2016, referente ao caso *Fisher v. University of Texas at Austin et al.*¹¹⁷², a Suprema Corte confirmou a constitucionalidade das ações afirmativas raciais para acesso às universidades. As demandantes Abigail Fisher e Rachel Multer Michalewicz – mulheres brancas que, em 2008, submeteram-se, sem sucesso, à admissão na Universidade do Texas, em Austin – ajuizaram ação alegando terem sido discriminadas com base na raça, o que violaria a cláusula de igual proteção prevista na 14ª Emenda à Constituição. Em 2009, o juiz do Tribunal Distrital dos Estados Unidos, Sam Sparks, confirmou a política da Universidade, afirmando que esta atendia aos padrões de escrutínio estrito estabelecidos na decisão *Grutter v. Bollinger*. O caso foi submetido ao crivo da Suprema Corte, em 2013 (Fisher I¹¹⁷³), e, posteriormente, em 2016 (Fisher II).

Em Fisher II, a Suprema Corte confirmou a decisão do tribunal inferior, com apertada maioria de quatro votos a três, estabelecendo que as ações afirmativas raciais para admissão nas universidades não viola a cláusula constitucional da igual proteção legal. O julgamento ocorreu em momento de desfalque na composição da Corte que, com a morte do juiz Antonio Scalia, em fevereiro de 2016, passou a ter metade de seus membros conservadores e metade liberais. A juíza liberal Elena Kagan havia se declarado impedida por ter assessorado políticas afirmativas, enquanto assessora do ex-presidente Barack Obama. O caso foi decidido, então, por sete juízes, três liberais e quatro conservadores.

Diante da composição da Corte para a decisão, os meios de comunicação prenunciavam o fim das ações afirmativas raciais nas universidades dos Estados Unidos. Entretanto, o juiz Anthony Kennedy, considerado conservador, teria supostamente mudado seu posicionamento, seguindo o voto dos demais liberais – Stephen Breyer, Ruth Ginsburg e Sonia Sotomayor – a favor das ações afirmativas raciais. Na decisão, Kennedy, que escreveu em nome da maioria, fundou-se não na garantia de matrícula de um número mínimo de estudantes de

¹¹⁷² 579 U. S. ____ (2016).

¹¹⁷³ 570 U. S. ____ (2013).

grupos minoritários (cota), mas nos benefícios educacionais decorrentes da diversidade do corpo discente. Para Kennedy, os benefícios educacionais promovidos pela diversidade incluem o fomento ao entendimento inter-racial, a dissolução de estereótipos e a formação de líderes que representem as raças com mais legitimidade.

Enfim, nota-se que, por meio da evolução – e, por vezes, involução – interpretativa procedida pela Corte Constitucional, os Estados Unidos da América passaram de um sistema de discriminação racial *de jure* para um regime de ação afirmativa concretizadora do princípio da igualdade racial em seu sentido material.

Nada obstante, não se pode negar que, mesmo depois de décadas de adoção de ações afirmativas raciais, os conflitos rracicos e a segregação racial nos Estados Unidos ainda são uma notável realidade, especialmente quando se consideram fatores como a concentração da população negra em *espaços geograficamente reservados*, a sub-representação de indivíduos negros nos espaços de poder, a concentração de afro-americanos no sistema penitenciário¹¹⁷⁴ e os inúmeros casos de violência policial direcionada a jovens negros.

Em 26 de fevereiro de 2012 o homicídio de Trayvon Martin, em Sandford, na Flórida, reacendeu o debate nacional sobre o racismo nos Estados Unidos. O jovem negro de 17 anos foi morto por George Zimmerman, vigia comunitário de um bairro residencial, que atirou contra Travyon, alegando legítima defesa, embora este estivesse desarmado¹¹⁷⁵. O fato ganhou repercussão internacional e gerou inúmeros protestos nos Estados Unidos, especialmente após o veredicto do júri que, com base na polêmica lei da Flórida – conhecida como *Stand Your Ground Law*¹¹⁷⁶ –, absolveu Zimmerman, entendendo que ele fez uso justificado de força letal, diante de dúvida razoável. A morte de Martin deu origem, em 2012, ao movimento *Black Lives Matter* (Vidas Negras Importam).

¹¹⁷⁴ Segundo o documentário *The 13th* (A 13ª Emenda), nos Estados Unidos, homens brancos têm uma em dezessete vezes chance de serem presos. Em contrapartida, a cada três jovens negros, um poderá ir para a prisão. Registra-se, ainda, que homens negros representam cerca de 6% da população dos Estados Unidos, sendo que constituem 40,2% da população carcerária do país.

¹¹⁷⁵ De acordo com as provas, na noite dos fatos, Zimmerman patrulhava as ruas de um condomínio residencial, quando ligou para a polícia para informar a presença de um suspeito na área, descrito como encapuzado (o jovem usava o capuz de seu casaco de moletom). Ignorando a ordem do operador da polícia de não seguir o suspeito, pois uma viatura já estaria a caminho, Zimmerman confrontou Travyon, que acabou sendo alvejado e morto com um tiro no peito.

¹¹⁷⁶ Essa lei estadual foi promulgada em 2005 e reproduzida em outros quinze estados. Com base na *Defense of Habitation Law* e na *Castle Doctrine* – segundo a qual, diante de ameaça em sua própria casa, o cidadão não precisa recuar no uso de força fatal, estando protegido pela legítima defesa –, a *Stand Your Ground Law* amplia o conceito de casa, permitindo que aquele que se sentir ameaçado ou entender que sua vida está em perigo, em qualquer espaço, ainda que público, pode agir com força letal.

As absolvições – ou mesmo alegações de ausência de elementos para abertura de processo nos casos de morte de jovens negros – têm levantado questionamentos sobre a imparcialidade dos júris, muitas vezes formados exclusivamente por pessoas brancas, os chamados *All White Juries*. Embora não haja, nos Estados Unidos, proibição de júris formados por apenas um grupo racial – conforme decidido desde o *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313 (1880) –, a discriminação racial nas seleções de jurados tem longa história no país¹¹⁷⁷.

Caso paradigmático submetido à Suprema Corte foi decidido em 1985, em *Batson v. Kentucky*¹¹⁷⁸, quando o Tribunal apreciou situação em que o promotor tinha utilizado suas recusas para excluir quatro jurados negros do júri que condenou um réu negro. A defesa pretendia a dissolução do júri por entender que a exclusão dos jurados negros violou os direitos de Batson a um júri imparcial, com fundamento na 6ª Emenda, e à igual proteção da lei, previsto na 14ª Emenda. A moção foi negada pelo juiz, e o réu condenado. Este apelou para a Suprema Corte de Kentucky, que confirmou a condenação, afirmando que o condenado teria de demonstrar a exclusão sistemática de jurados pertencentes a determinado grupo, não apenas no caso particular, mas nos júris ocorridos na comunidade.

O caso chegou à Suprema Corte que, por julgamento de 7 votos a 2, decidiu em favor de Batson. O Tribunal considerou que o réu pode apresentar uma presunção *prima facie* de discriminação racial intencional na seleção do júri, demonstrando ser membro de um grupo racial cuja remoção peremptória em razão da raça constitua uma prática da promotoria. Com essa demonstração *prima facie*, o ônus da prova passa para o Estado, que deverá apresentar justificativas neturas para a exclusão de jurados negros. Considerou-se que o Estado nega a um réu negro a igual proteção da lei quando o submete a julgamento perante um júri no qual membros de sua raça foram propositadamente excluídos. Na ocasião, o juiz Marshall, concordando com a maioria, reputou a decisão histórica, ponderando, entretanto, que esta não seria capaz de acabar com a discriminação racial injetada nos julgamentos criminais a partir das recusas peremptórias.

Em 23 de maio de 2016, em *Foster v. Chatman*¹¹⁷⁹, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a decisão que condenou o réu, permitindo-lhe novo julgamento, por considerar ter havido discriminação racial na seleção do júri. Timothy Foster, um homem negro de 18

¹¹⁷⁷ Apenas para mencionar alguns dos importantes casos envolvendo discriminação racial na seleção dos jurados: *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880); *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313 (1880); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); *Norris v. Alabama*, 294 U.S. 587 (1935); *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965).

¹¹⁷⁸ 476 U.S. 79 (1986).

¹¹⁷⁹ 578 U.S. ____ (2016).

anos, foi condenado à pena de morte por estuprar e matar uma mulher branca. Durante a seleção do júri, os promotores teriam se utilizado de artifícios para remover peremptoriamente os potenciais jurados negros, o que resultou em um júri totalmente composto por pessoas brancas.

Após a condenação, com base no *Georgia Open Records Act*, a defesa de Foster conseguiu ter acesso aos arquivos da acusação referentes a seu julgamento. Em meio aos documentos, foram encontradas anotações dos promotores que destacavam os nomes dos jurados negros com observações como “representa negros”, “definitivamente não” e “se se trata de escolher um dos jurados negros, este pode ser ok”. Também foi encontrado um manuscrito intitulado “Igreja de Cristo”, no qual continha a seguinte anotação: “não, nenhuma igreja negra”. Apesar das novas evidências, o Tribunal Estadual e a Suprema Corte da Georgia negaram o *habeas corpus* em favor de Foster.

Em decisão por sete votos a um, quase trinta anos depois da sentença condenatória, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que tinha jurisdição para rever o caso e afirmou que a defesa de Foster conseguiu demonstrar ter havido discriminação racial significativa e intencional na seleção dos jurados. O Tribunal entendeu que as justificativas da acusação para a exclusão de jurados negros não eram racialmente neutras, pontuando também o foco persistente na raça, nos arquivos da acusação. A partir das evidências analisadas, a Corte considerou que a animosidade racial norteou a recusa dos jurados negros por parte dos promotores do caso. Desse modo, recordando o padrão estabelecido na decisão *Batson v. Kentucky*, a Suprema Corte concluiu que a recusa de um jurado por conta da raça negra ao réu a igual proteção constitucionalmente assegurada. Doutro lado, o Tribunal afirmou que um réu não tem direito a um júri que contenha membros de nenhuma raça específica, sendo admissíveis recusas de jurados, desde que racialmente neutras. Com a decisão, abriu-se a possibilidade de novo julgamento para Foster, embora se deva admitir a excepcionalidade do caso, em que a seleção racial foi explicitada por documentos arquivados.

Em inúmeros outros julgamentos com *júris brancos*, tem sido difícil convencer os juízes do quanto o viés racial pode influenciar as decisões dos jurados em desfavor de réus pertencentes a grupos raciais minoritários¹¹⁸⁰.

A persistente violência policial contra jovens negros nos Estados Unidos também tem ganhado notoriedade internacional, em especial nos inúmeros casos que culminam na morte de *suspeitos* negros por policiais brancos.

¹¹⁸⁰ É emblemático o caso que ficou conhecido como *Scottsboro Boys*. Sobre o impacto da raça dos jurados nos julgamentos criminais, ver Shamena Anwar, Patrick Bayer e Randi Hjalmarsson, *The impact of jury race in criminal trials*.

Um dos episódios de grande visibilidade internacional ocorreu em 17 de julho de 2014, quando Eric Garner, um homem negro de 43 anos, morreu numa abordagem policial, em Staten Island, Nova Iorque, depois de um oficial da *New York City Police Department* tê-lo imobilizado por estrangulamento por cerca de 20 segundos. Durante a ação, que foi registrada em vídeo difundido nas redes sociais, Garner chegou a repetir onze vezes que não conseguia respirar, até perder a consciência. Em 3 de dezembro de 2014, o grande Júri do Condado de Richmond decidiu pelo não indiciamento de Pantaleo, o policial responsável pelo ato. O evento motivou uma onda de manifestações contra a violência policial baseada na raça.

Outro episódio de notável repercussão ocorreu em agosto de 2014, quando um policial branco atirou doze vezes contra o jovem negro de 18 anos Michael Brown, em Ferguson, no Estado de Missouri. A polícia argumentou que Brown teria tentado roubar diversos pacotes de cigarrilhas de uma loja, além de ter se comportado de maneira agressiva, quando da abordagem policial, embora testemunhas tenham afirmado que, ao ser alvejado, Brown estava rendido e desarmado. A justiça concluiu que não havia evidências suficientes para processar o policial branco que disparou contra Brown.

Talvez o caso que mais tenha repercutido nacional e internacionalmente seja o do já mencionado assassinato de George Floyd, em 25 de maio de 2020, em Powderhorn, Minneapolis, Minnesota, pelo policial branco Derek Chauvin. Após imobilizar Floyd, Derek ajoelhou-se, por oito minutos e quarenta e seis segundos, sobre o pescoço da vítima, que gritava “*I Can’t Breathe!*” e chegou a chamar pela mãe. O assassinato foi gravado e transmitido ao vivo *Facebook Live*, e gerou uma onda de protestos e revoltas antirracistas, não apenas nos EUA, mas também em várias partes do mundo.

Como consequência, a família de George Floyd recebeu uma indenização de US\$ 27 milhões, pagos pela cidade de Minneapolis em um acordo para encerrar um processo pela morte de Floyd. Foi o mais elevado valor decorrente de um acordo pré-julgamento de um processo por homicídio culposo na história do país. Em maio de 2020, o policial Derek Chauvin foi demitido, tendo sido condenado a 22 anos de prisão, em junho de 2021.

O caso gerou, ainda, uma série de debates sobre a remoção de estátuas e monumentos que celebram a supremacia branca e seus “heróis” genocidas. Além disso, uma série de projetos de leis foram propostos, com objetivos que vão desde abolição da polícia, sua reforma e, ainda, o fim dos financiamentos e investimentos no modelo atual de polícia, com direcionamento das verbas para outras áreas que atendam aos interesses da população negra. Ademais, 50 Estados e o distrito de Colúmbia elaboraram legislações para aumentar a responsabilização ou supervisão da polícia. Dentre as novas normas estão o uso obrigatório de

câmeras corporais por parte dos policiais, a criminalização de contenções pelo pescoço e a facilitação de acesso público aos registros disciplinares dos policiais. É o caso do Projeto de Lei *George Floyd de Justiça no Policiamento*, aprovado pela Câmara dos Deputados e barrado no Senado, debate que envolveu o presidente Joe Biden, depois que prometeu publicamente a aprovação da Lei.

Os acontecimentos acima se somam a uma série de outros casos semelhantes ocorridos nos Estados Unidos¹¹⁸¹, lembrando manifestações históricas contra a violência policial, a exemplo dos protestos do Harlem, em 1964; de Watts, em 1965; e os de Rodney King, Detroit e Newark, em 1967. Na sequência de eventos recentes, foram registradas mortes de policiais brancos, em suposta reação à violência policial.

A rede de pesquisa *Mapping Violence*¹¹⁸² revela que a polícia atira com frequência cinco vezes mais em pessoas negras desarmadas do que em pessoas brancas. A organização contabilizou que, de 1º de janeiro a 15 de dezembro de 2015, pelo menos 1.152 pessoas foram mortas pela polícia dos Estados Unidos. O estudo revelou, ainda, que 41% das vítimas letais da polícia são negros, embora estes representem apenas 20% da população das cidades apontadas. Segundo o relatório produzido, 41 dos 60 departamentos de polícia mataram desproporcionalmente negros em comparação com a população da respectiva jurisdição. Em 14 do total de departamentos, apenas pessoas negras foram mortas pela polícia.

5. O regime do *apartheid* na África do Sul¹¹⁸³

A história do racismo na África do Sul é particularmente marcante por ter persistido até um passado muito recente, por meio da segregação racial institucionalizada, traduzida no regime do *apartheid*, instaurado legalmente em 1948 e abolido apenas em 1990.

O vocábulo *apartheid* – que, em africânder, significa separação – foi registrado pela primeira vez em 1917, num discurso de Jan Smuts, que se tornou primeiro-ministro da África do Sul, em 1919. O termo foi adotado oficialmente, em 1948, pelo Partido Nacional Africano

¹¹⁸¹ Disponível em <<https://mappingpoliceviolence.org/2015/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹¹⁸² Apenas para mencionar alguns: Oscar Grant III (22 anos, morto em 1º de janeiro de 2009, em Oakland, Califórnia); Jason Harrison (38 anos, morto em 14 de junho de 2014, em Oak Cliff, Texas); Laquan McDonald (17 anos, morto em 20 de outubro de 2014, em Chicago, Illinois); Tamir Rice (12 anos, morto em 22 de novembro de 2014, em Cleveland, Ohio); Freddie Gray Jr. (26 anos, morto em 19 de abril de 2015, em Baltimore, Maryland); Philando Castile (32 anos, morto em 6 de julho de 2016, em St. Anthony, Minnesota).

¹¹⁸³ Desenvolvido a partir de tópico do Relatório da disciplina Direitos Fundamentais do doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Cfr. Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas*.

– que representava os africânderes¹¹⁸⁴ – para designar o regime de hegemonia dos brancos detentores do poder, com subjugação dos restantes grupos raciais, obrigados a viver separados daqueles, de acordo com leis que restringiam seus direitos. A partir de então, oficializou-se um sistema de discriminação racial existente há anos e que veio a ser reforçado e aperfeiçoado por um arcabouço de leis nacionais.

A Lei de Regulamentação do Trabalho Nativo (*The Native Labour Regulation Act*), de 1911, iniciou um sistema de monopólio no recrutamento de trabalhadores africanos nas minas sul-africanas¹¹⁸⁵. O regime implementado proibia os empregadores de oferecer salários mais elevados como forma de atrair a mão de obra da concorrência, o que resultou na significativa redução do valor pago aos trabalhadores mineiros negros. O ato também criminalizava a dissolução de contrato de trabalho por indivíduos não brancos, estabelecendo um crime próprio, com agente determinado, cuja conduta não se aplicava aos brancos.

Também em 1911, foi aprovada a *Mines & Works Act* (Ato nº 12, de 1911), uma das inúmeras normas desenvolvidas para impedir que os negros competissem por certas categorias de empregos, monopolizadas pelos brancos. Embora não estabelecesse explicitamente a discriminação racial no mercado de trabalho, essa lei exigia certificados de competência para determinadas atividades laborais – como gerentes, supervisores e inspetores de minas, engenheiros mecânicos, dentre outros – cuja certificação não era conferida aos trabalhadores negros. A ausência de certificação das pessoas de cor para suas habilidades profissionais forçou os negros a se dedicarem a atividades de mão de obra barata, restringindo-os a trabalhos não qualificados. Com tal ato, os trabalhadores negros qualificados deixavam de representar ameaça aos brancos no mercado de trabalho, neutralizando a possibilidade de desfrute de vantagens econômicas pela comunidade não branca. A legislação revisada, de 1926, revelava a crença de que os brancos poderiam sofrer graves desvantagens econômicas, caso as pessoas de cor não fossem excluídas dos postos laborais mais vantajosos.

Em 1912, foi instituído o *South African Native National Congress*, que adotou uma contraposição à política segregacionista desenvolvida pelo governo, tendo, em 1923, assumido a denominação de Congresso Nacional Africano (ANC – *African National Congress*). Sob a influência das concepções de Mahatma Gandhi, a organização regeu-se, durante quase 50 anos,

¹¹⁸⁴ O termo *africânderes* ou *africâneres* designa um grupo étnico da África do Sul – originalmente denominado de *bôeres* –, descendente dos colonos calvinistas oriundos da Holanda, da Alemanha, da França, da Grã-Bretanha e de outros países europeus que se fixaram na região entre os séculos XVII e XVIII.

¹¹⁸⁵ Cfr. Anton D. Lowenberg e William H. Kaempfer, *The origins and demise of South African Apartheid*, p. 35-36.

pelos métodos de resistência não violenta para pleitear tratamento mais justo aos negros¹¹⁸⁶. O ANC defendia que o governo entregasse uma parte das terras do país aos nativos negros, tendo até mesmo enviado delegações à Grã-Bretanha, no intuito de obter apoio contra o governo da África do Sul¹¹⁸⁷.

A reação do governo sul-africano foi diametralmente oposta ao pleito formulado pelo ANC. Em 1913, a Lei da Terra dos Nativos (*Natives Land Act*) concedeu mais de 90% das terras da África do Sul à elite branca, atribuindo os restantes 10% aos negros que, por sua vez, totalizavam mais de dois terços da população sul-africana¹¹⁸⁸. O ato resultou na divisão do país em áreas exclusivamente brancas e negras, sendo vedada a posse de terras em desconformidade com a demarcação efetuada pela lei. Por conseguinte, os nativos eram proibidos de comprar ou arrendar terrenos, exceto nas pequenas áreas que lhes eram reservadas, compostas, em grande parte, de terrenos baldios.

Para reforçar a Lei de Reservas de Emprego, a *Education Proclamation* (Ato nº 55, de 1921) previa provisões para a gestão da educação não branca, desde que em conformidade com as regulamentações governamentais. A norma abria espaço para que os não brancos recebessem educação inferior, de modo a evitar que estes pleitassem posições que lhes eram proibidas e para as quais não estariam qualificados.

O *Apprenticeship Act*, de 1922, por sua vez, impossibilitou o acesso de jovens de cor aos postos de aprendizagem, ao instituir um alto grau de qualificação mínima para ingresso como aprendiz, o que muito dificilmente era possível para as famílias negras, restritas às escolas de baixa qualidade.

Em 1927, o Parlamento da África do Sul, por meio do *Immorality Act* (Ato nº 5, de 1927), proibiu a prática do sexo extraconjugal entre brancos e negros. O ato vedava qualquer relação sexual ilícita – leia-se fora do casamento – entre um *macho* europeu (branco) e uma *fêmea* nativa (negra), estabelecendo uma pena de até cinco anos para o homem e de quatro anos para a mulher.

Em 1944, o ANC fundou a Liga da Juventude do Congresso Nacional Africano, para a qual Nelson Mandela foi eleito Secretário-Geral, em 1948, aos 30 anos de idade.

¹¹⁸⁶ Cfr. Gwyneth Williams; Brian Hackland, *The dictionary of contemporary politics of southern Africa*, p. 5-8.

¹¹⁸⁷ Benjamin Pogrand, *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*, p. 13.

¹¹⁸⁸ Sobre os efeitos do *Natives Land Act* para a população nativa da África do Sul, ver Solomon Tshekisho Plaatje, *Native life in South Africa before and since the European War and the Boer Rebellion*, p. 29 e ss.

Em maio de 1948, o Partido Nacional Africano venceu as eleições – das quais os negros, que não tinham direito a voto, foram excluídos –, implementando-se oficialmente a política do *apartheid*. Nos anos que se seguiram, houve a aprovação de diversas leis segregacionistas, que reforçaram a dominação da população branca sobre as demais raças. A segregação atingia os mais diversos espaços públicos e privados, a exemplo de hospitais, ambulâncias, escolas, universidades, transporte público, bibliotecas, cinemas, restaurantes, hotéis e praias.

As uniões matrimoniais inter-raciais também foram proibidas, em 1949, pela Lei da Proibição de Casamentos Mistos (*Prohibition of Mixed Marriages Act*), que tornou ilegal o casamento entre brancos e não brancos¹¹⁸⁹.

Em 1950, foi aprovada a segunda Lei da Imoralidade (*Immorality Act*), por meio do ato nº 21, para estender a proibição do Ato, de 1927, passando a proibir relações sexuais entre europeus e não europeus, nestes incluídos os negros, os asiáticos e as pessoas de ascendência mista.

Ainda em 1950, foi instituída a Lei de Registro Populacional (*Population Registration Act*), que exigia que cada habitante da África do Sul fosse classificado e registrado, de acordo com suas características raciais, como indivíduo negro, branco ou *de cor*. O Ato – que foi emendado diversas vezes – fornecia as bases para a separação da população da África do Sul em diferentes raças, conforme a cor da pele dos indivíduos¹¹⁹⁰. A partir dessa classificação racial – empreendida como etapa necessária para a efetivação do sistema do *apartheid* –, a população foi extratificada em subgrupos oficiais cuja pertença determinava, em grande parte, o acesso a direitos sociais e políticos, às oportunidades educacionais e laborais e, conseqüentemente, ao status econômico. Inicialmente, existiam três classificações: negros, brancos e *de cor*. Posteriormente, os indianos – ou seja, os sul-asiáticos oriundos da antiga Índia britânica e seus descendentes – foram acrescentados em classificação à parte¹¹⁹¹. Foi criado o *Office for Race Classification* para supervisionar o processo de classificação racial dos indivíduos.

Sob os termos dessa lei, as pessoas *de cor* eram classificadas por exclusão, não sendo nem brancas nem nativas. Os nativos ou negros consistiam naqueles que eram de fato ou geralmente aceitos como membros de qualquer raça aborígene ou tribo da África. Os brancos,

¹¹⁸⁹ Cfr. Gwyneth Williams; Brian Hackland, *The dictionary of contemporary politics of southern Africa*, p. 112.

¹¹⁹⁰ Cfr. Dennis Michael Patrick MacCarthy, *International business history*, p. 166-167.

¹¹⁹¹ Sob a vigência do ato, emendas normativas classificaram os indianos e outras pessoas de cor em diversos subgrupos.

por sua vez, configuravam-se como aqueles que obviamente aparentassem sê-lo ou que fossem geralmente aceitos como tais, excluindo-se, no entanto, as pessoas que, embora tivessem obviamente aparência de brancos, fossem socialmente consideradas como pessoas *de cor*¹¹⁹².

Os registros oficiais de raça instituídos pelo governo permitiram-lhe o estabelecimento de diretrizes segregacionistas, a partir de leis restritivas dos direitos das *minorias raciais*. Embora o Parlamento Sul-Africano tenha revogado o ato em 17 de junho de 1991 – ano que marcou a revogação das leis do *apartheid* –, as categorias raciais então definidas permanecem enraizadas na cultura nacional e ainda constituem as bases para estatísticas e para políticas oficiais destinadas à correção dos desequilíbrios econômicos do passado.

A base do controle da circulação dos negros pelas áreas delineadas pela lei era o salvo-conduto. Todos os negros tinham obrigatoriamente que portar um documento de autorização para permanência nas cidades, como se fossem estrangeiros no seu próprio país. Aqueles que, abordados pela polícia, não apresentassem o salvo-conduto eram presos e processados, tendo tal sistema de controle sido responsável pela punição de mais de 10 milhões de negros durante o regime do *apartheid*¹¹⁹³.

A Lei de Supressão do Comunismo (*Suppression of Communism Act*)¹¹⁹⁴, também de 1950, baniu a ideologia comunista, bem como as organizações que, segundo catalogação do governo, fossem consideradas comunistas. O governo poderia, ainda, impor restrições a pessoas, publicações e reuniões associadas ao comunismo. Concedia-se ao ministro da Justiça a competência para listar os membros dessas organizações, proibindo-os de ocupar cargos públicos e de participar de reuniões públicas pelo período de cinco anos.

Ainda em 1950, a Lei de Áreas de Agrupamento (*Group Areas Act*)¹¹⁹⁵ alargou as disposições contidas no *Natives Land Act*, de 1919, vedando o acesso de não brancos a diversas áreas urbanas. Desse modo, atribuía-se ao governo poder para expulsão dos indivíduos que se encontrassem em áreas não designadas para o seu grupo racial específico¹¹⁹⁶. Os nativos, os

¹¹⁹² Além da aparência – fator, em geral, preponderante e com base no qual se observavam características físicas como cor da pele, textura dos cabelos e traços faciais –, outros critérios foram utilizados para determinação da classificação racial dos indivíduos, como: idioma materno (especialmente o conhecimento do *afrikaans*), área residencial, emprego, status socioeconômico e hábitos alimentares.

¹¹⁹³ Benjamin Pogrand, *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*, p. 14.

¹¹⁹⁴ D. A. Kotzé, *African politics in South Africa*, p. 10.

¹¹⁹⁵ Cfr. Kevin Shillington, *Encyclopedia of African History – vol. I*, p. 216.

¹¹⁹⁶ Apenas em 1982, a Suprema Corte sul-africana decidiu que ninguém deveria ser retirado de uma área na qual estivesse residindo ilegalmente, salvo nos casos em que houvesse alternativa para sua acomodação. Cfr. Graham Leach, *South Africa: no easy path to peace*, p. 73.

indianos e outras pessoas *de cor* foram removidos das terras em que viviam há gerações e transferidos para zonas rurais longínquas e desestruturadas ou para zonas residenciais suburbanas. Aos negros e outras minorias raciais apenas era permitido ingressar nas áreas urbanas exclusivas para brancos, quando comprovassem que lá exerciam atividade laboral. Caso contrário, poderiam ser presos e processados.

Em 1950, Nelson Mandela foi eleito presidente da Liga da Juventude e, assim como os outros membros do Congresso Nacional Africano, pregava o princípio da não violência. As ideias do Congresso Indiano da África do Sul, o qual também seguia as concepções de resistência não violenta de Mahatma Gandhi, influenciaram decisivamente as ações do ANC.

Em 1951, foi promulgada a Lei das Autoridades Bantu (*Bantu Authorities Act*), a qual – abolindo o Conselho Representativo dos Nativos (*Natives Representative Council*) – estabeleceu uma hierarquia entre as autoridades bantu, distribuindo-as pelas tribos, regiões e territórios atribuídos aos nativos no âmbito do *Group Areas Act*. Essas autoridades bantu eram dominadas por chefes brancos nomeados pelo governo¹¹⁹⁷.

O *Reservation of Separate Amenities Act*, de 1953, instituiu a separação de instalações, veículos e serviços públicos por raças. Nos termos das disposições desse ato, os bebedouros, banheiros, praias e transportes públicos deveriam ter seções separadas para cada grupo racial¹¹⁹⁸. Somente estradas e ruas públicas foram excluídas da lei, que tornou legal não apenas o fornecimento de instalações segregadas, mas também de instalações exclusivas para brancos, sem que equipamentos semelhantes fossem disponibilizados para os demais grupos raciais. Com base nesse ato normativo, diversos municípios se apressaram para criar áreas reservadas apenas para brancos.

Os proprietários de estabelecimentos abertos ao público eram obrigados a seguir as mesmas regras separatistas. Caso permitissem o uso do mesmo espaço por membros de raças distintas, incorriam em delito punível nos termos da lei. Com a promulgação da mencionada legislação, inúmeras placas indicativas de exclusividade – contendo escritos como *só para brancos e proibida a entrada de não brancos* – foram espalhadas por toda a África do Sul. Ressaltem-se, ainda, os altíssimos custos despendidos para manutenção de diferentes instalações conforme a raça, para o oferecimento do mesmo tipo de serviço público¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ Cfr. Robert I. Rothberg, *Suffer the future: policy choices in Southern Africa*, p. 76 e ss.

¹¹⁹⁸ Cfr. Robert I. Rothberg, *Suffer the future: policy choices in Southern Africa*, p. 73 e ss.

¹¹⁹⁹ Cfr. Robert I. Rothberg, *Suffer the future: policy choices in Southern Africa*, p. 74. Por óbvio que as instalações exclusivas para brancos eram superiores em qualidade e infraestrutura, mesmo porque a lei estabelecia a não obrigatoriedade de preservação da qualidade dos espaços restritos para brancos nos equipamentos disponibilizados para os demais grupos raciais.

A situação de exclusão das *raças inferiores* seguiu repercutindo no setor educacional, tendo como relevante marco a Lei da Educação Bantu (*Bantu Education Act*)¹²⁰⁰, de 1953, responsável pelo estabelecimento de diversas medidas voltadas explicitamente para a redução do nível de educação da população negra. Sob o pretexto de fomentar as culturas nativas – em especial a bantu –, o ato determinava que aos estudantes negros deveriam ser proporcionados métodos de ensino de acordo com as oportunidades de vida e de trabalho da população negra, de caráter essencialmente rural. Subsídios estatais foram suprimidos, resultando na venda ao governo ou fechamento de inúmeras escolas, especialmente aquelas controladas por igrejas africanas missionárias. O controle da educação dos nativos se concentrou no Departamento de Assuntos Nativos e no Departamento da Educação Bantu. Estima-se que, nesse período, o governo sul-africano gastava pelo menos dez vezes mais com a educação de estudantes brancos do que com a educação de não brancos¹²⁰¹.

A Lei da Segurança Pública (*Public Safety Act*)¹²⁰², de 1953, concedeu ao Governo Geral Britânico poderes para suspender todas as leis e decretar estado de emergência, expedindo atos normativos emergenciais. Em setembro do mesmo ano, o governo aplicou uma série de sanções a Nelson Mandela que, entre outras restrições, não podia se ausentar de Joanesburgo, nem participar de nenhuma reunião política ou social, tendo ainda sido obrigado a romper com o ANC¹²⁰³.

De 1956, a Lei de Conciliação Industrial (*Industrial Conciliation Act*) formalizou a discriminação racial na indústria, habilitando o ministro do Trabalho a reservar, discricionariamente, categorias de emprego a membros de grupos raciais específicos. Assim, se o Ministério do Trabalho considerasse que os brancos estavam submetidos a desvantagens ou risco de desemprego, os postos de trabalho poderiam sofrer nova categorização, para beneficiar a população branca. Na prática, no entanto, a demarcação dessas fronteiras raciais na esfera industrial não alcançou tamanha rigidez, uma vez que a força de trabalho da população branca era diminuta e acarretava dificuldades para a expansão da indústria nacional¹²⁰⁴.

Em 1958, o Congresso Nacional Africano enfrentou conflitos internos. Enquanto parte dos seus membros passou a aceitar a cooperação entre as raças, outros componentes

¹²⁰⁰ Cfr. Peter Kallaway, *The history of education under apartheid – 1948 to 1994*, p. 11 e ss.; Kevin Shillington, *Encyclopedia of African History – vol. I*, p. 1.450 e ss.

¹²⁰¹ Cfr. Benjamin Pogrand, *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*, p. 18.

¹²⁰² Cfr. D. A. Kotzé, *African politics in South Africa*, p. 11.

¹²⁰³ Cfr. Benjamin Pogrand, *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*, p. 34.

¹²⁰⁴ Cfr. Mats Lundahl e Eskill Wadensjö, *Unequal Treatment – A study in the Neo-Classic Theory of Discrimination*, p. 223 e ss.

acreditavam que os negros deveriam atuar autonomamente. Nelson Mandela, adepto da cooperação inter-racial, defendia que todos os grupos raciais deveriam trabalhar em conjunto na busca pela igualdade de direitos. A parcela dissidente do ANC afirmava que a organização não vinha apresentando suficiente oposição ao regime do *apartheid*. As divergências internas culminaram, em agosto de 1958, na ruptura do ANC e consequente formação do Congresso Pan-Africano (PAC), chefiado por Robert Mangliso Sobukwe.

Também na esfera educacional, a Lei da Extensão da Educação Universitária (*Extension of University Education Act*), de 1959, proibiu os não brancos de frequentarem instituições universitárias reservadas para brancos, estabelecendo universidades separadas para nativos, indianos e pessoas *de cor*. Embora as universidades para negros estivessem situadas em territórios *autogovernados*, o governo mantinha sobre estas rígido controle para evitar o desenvolvimento de *ideologias políticas indesejáveis*¹²⁰⁵.

Em 21 de março de 1960¹²⁰⁶, o Congresso Pan-Africano deu início a um movimento contra a exigência do uso de salvo-condutos pelos negros, reunindo em frente à sede da organização, em Sharpeville, milhares de pessoas. A reação violenta da polícia – que respondeu ao protesto pacífico com disparos de arma de fogo sobre a multidão desarmada – resultou na morte de 69 negros, deixando outros 186 feridos. O evento ficou conhecido como o Massacre de Sharpeville e gerou uma onda de manifestações violentas no país¹²⁰⁷.

No mesmo ano dos acontecimentos em Sharpeville, na tentativa de repreender a oposição ao regime instituído, o governo sul-africano banuiu o Congresso Pan-Africano e o Congresso Nacional Africano, tendo este último, a partir de 1961, abandonado os meios pacíficos de resistência. Foi, então, criado o *Umkhonto we Sizwe* (A Lança da Nação), um movimento clandestino de sabotagem, que desencadeou sua primeira ação em dezembro de 1961, com a derrubada de postes de eletricidade.

Em 5 de agosto de 1962, Nelson Mandela foi preso, processado e condenado a cinco anos de prisão, por ter incitado a greve dos trabalhadores negros e por ter deixado ilegalmente o país. No mesmo ano, teve início seu último julgamento, no qual a acusação pleiteava pena de morte para Mandela e outros coautores, pela prática do crime de sabotagem¹²⁰⁸. Mesmo sabendo

¹²⁰⁵ Cfr. Reitumetse Obakeng Mabokela, *Voices of conflict – Desegregating South African Universities*, p. 24 e ss.

¹²⁰⁶ Em memória ao Massacre de Sharpeville a ONU institui o dia 21 de março como o Dia Internacional de Luta pela Eliminação da Discriminação Racial.

¹²⁰⁷ Cfr. Benjamin Pogrand, *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*, p. 39-40.

¹²⁰⁸ Para acesso à peça de acusação na íntegra, cfr. Joel Joffe, *The State vs. Nelson Mandela: the Trial that changed South Africa*, p. 272 e ss.

que poderiam dificultar as estratégias da defesa, os réus decidiram não negar os fatos, aproveitando a visibilidade do julgamento para revelar as distorções e falsificações promovidas pelos poderes públicos sul-africanos.

O julgamento atraiu atenção internacional para o sistema do *apartheid*, resultando, em 1962, na aprovação pelas Nações Unidas de sanções à África do Sul. Por 106 votos a 1¹²⁰⁹, a ONU aprovou uma resolução (Resolução nº 1.761) que condenava o regime de segregação racial sul-africano, clamando pelo abandono do julgamento arbitrário e pela libertação incondicional dos presos políticos e de todas as pessoas sujeitas a restrições por terem manifestado oposição à política do *apartheid*.

Durante o julgamento, 32 Estados Africanos solicitaram aos países que mantinham relações diplomáticas com a África do Sul que tomassem medidas no sentido de evitar a execução dos líderes nacionalistas que estavam sendo processados. Dois dias antes do veredicto, o Conselho de Segurança da ONU pediu que o governo sul-africano suspendesse o julgamento e concedesse anistia aos réus¹²¹⁰.

Nenhuma dessas medidas, no entanto, impediu o curso do julgamento, embora tenham surtido efeito quanto à pena aplicada a Nelson Mandela e aos demais acusados, que, ao invés de serem executados, foram condenados à prisão perpétua, em 12 de junho de 1964¹²¹¹.

Em 1973, a Assembleia Geral das Nações Unidas, mais uma vez tendo como fio condutor a reação internacional *antiapartheid*, aprovou a Convenção Internacional da Punição e Supressão ao Crime do *Apartheid*. Embora o texto apresentasse evidente propósito de retaliação às políticas discriminatórias persistentes na África do Sul, a Convenção estendia a proibição de condutas semelhantes a qualquer outro Estado.

Em 1975, decretou-se a obrigatoriedade do ensino em idioma africânder nas disciplinas das escolas secundárias negras, o que representava mais um obstáculo ao já prejudicado sistema educativo oferecido aos alunos nativos, que, em geral, não eram fluentes nesta língua. A medida somou-se aos sucessivos atos normativos do governo sul-africano, os quais impuseram a inferiorização das instituições de ensino destinadas aos nativos, obrigados a custear seus estudos, enquanto que, aos brancos, era reservada educação gratuita de qualidade.

Em 16 de junho de 1976, estudantes negros marcharam por *Soweto* – conhecido subúrbio negro de Joanesburgo –, em manifestação pacífica contra as condições precárias e a

¹²⁰⁹ O único voto contrário foi o da própria África do Sul.

¹²¹⁰ Cfr. Joel Joffe, *The State vs. Nelson Mandela: the trial that changed South Africa*, p. xv.

¹²¹¹ Sobre o longo curso do julgamento até a condenação final, cfr. Nelson Mandela, *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*, p. 347 e ss.

baixa qualidade das escolas negras da África do Sul. A polícia reagiu ao protesto com desmedida violência, não testemunhada desde a década de 60, no Massacre de Sharpville, deixando, segundo dados oficiais, 95 estudantes mortos. O episódio ficou conhecido como Levante de Soweto, tendo sido, em 1991, a data instituída como o Dia da Criança Africana, pela *Organisation of African Unity*. O ativista *antiapartheid*¹²¹² e fundador do *Black Consciousness Movement*, Steve Biko – apesar de banido pelo governo do *apartheid* em 1973¹²¹³ –, desempenhou importante papel na organização do levante. Biko passou a ser alvo prioritário das autoridades policiais, até sua prisão em 18 de agosto de 1977, ocasião em que foi interrogado, sob tortura, e morto em 12 de setembro do mesmo ano.

Os movimentos internacionais, combinados com problemas internos, acabaram por convencer o governo sul-africano de que sua política era indefensável, o que impulsionou a introdução de algumas reformas, a partir de 1984. Diversas leis instituídas no regime segregacionista começaram a ser repelidas, e uma nova Constituição foi introduzida, concedendo representação, embora limitada, a alguns grupos não brancos, apesar de não estendê-la à maioria negra.

Em 1989, Frederic Klerk sucedeu Pieter Willem Botha na Presidência da África do Sul, tendo declarado, em 2 de fevereiro de 1990, na abertura do Parlamento, que o regime do *apartheid* e as proibições aos partidos políticos, incluindo o ANC, seriam abolidos.

Ao longo dos anos seguintes, as leis de segregação racial foram, pouco a pouco, sendo revogadas, eliminando-se a separação das áreas públicas por raças e a divisão das cidades por zonas raciais. Apenas nesse período deu-se a revogação da Lei da Terra, datada de 1913.

Em 11 de fevereiro de 1990, aos 71 anos – completando um total de 27 anos encarcerado e após ter rejeitado diversas ofertas de liberdade, todas mediante condições –, Nelson Mandela foi libertado e se tornou presidente da África do Sul, em 1994, após as primeiras eleições democráticas do país.

Com a abolição do regime do *apartheid* – que teve suas leis revogadas, em 1991, pelo presidente De Klerk –, medidas afirmativas começaram a ser inseridas no ordenamento jurídico sul-africano.

¹²¹² “Sou contra a estratificação da sociedade em superior-inferior, branco-negro, que faz do branco um perpétuo professor e do negro um perpétuo aluno (e um mau aluno, além do mais). Sou contra a arrogância intelectual dos brancos que faz com que acreditem que a liderança branca é uma condição *sine qua non* neste país, e que os brancos têm um mandato divino para imporem o seu ritmo ao progresso. Sou contra o fato de que uma minoria de colonizadores imponha todo um sistema de valores ao povo nativo.” Cfr. Steve Biko, *Escrevo o que eu quero*, p. 41.

¹²¹³ As restrições impostas pelo governo incluíam proibição de falar em público ou com a imprensa e de escrever publicamente, bem como interdição de transitar fora do território de Cabo Oriental (terra natal de Steve Biko).

Em 1994, a Lei do Serviço Público (*Public Service Act*) foi emendada, instituindo-se medidas afirmativas que consideravam fatores como raça, gênero e deficiência física dos candidatos – aliados às exigências tradicionais de qualificação –, para contratação ou promoção, no âmbito do serviço público¹²¹⁴.

Um ano depois foi aprovado o *Labour Relations Act*, tornado lei em 1996, em substituição ao *Labour Relations Act*, de 1956. Estabelecendo as normas que regem as relações de trabalho na África do Sul, a lei prevê a adoção de ações de promoção da igualdade racial pelos próprios empregadores¹²¹⁵.

Em 1995, a Corte Constitucional da África do Sul, no caso *Motala v. University of Natal*, lidou com a questão do tratamento diferenciado na educação superior. Motala, estudante de ascendência indiana, apesar da pontuação obtida, não logrou admissão na Escola de Medicina da Universidade de Natal, tendo em vista a oferta limitada de apenas 40 vagas para o grupo racial ao qual pertencia. Argumentou que os indianos também haviam sido discriminados pelo regime anterior e que a preferência concedida aos alunos negros equivalia a uma discriminação injusta. O Tribunal considerou que a política de admissão da universidade foi concebida para promoção da igualdade em favor de grupos desfavorecidos por discriminações passadas. A Corte admitiu que os indianos foram vítimas de discriminação, mas pontuou que, sob o sistema dos quatro níveis de educação do *apartheid*, aos negros africanos foram impostas piores condições que aquelas destinadas aos indianos. Decidiu-se, nessa linha de entendimento, que o sistema de seleção não era contrário às disposições da Constituição provisória. Desse modo, o Tribunal admitiu o tratamento preferencial de um grupo em desvantagem (negros) em relação a outro grupo em desvantagem (indianos), baseando-se na relevância dos graus de desvantagem sofrido pelos diferentes grupos raciais¹²¹⁶.

Em 8 de maio de 1996, a atual Constituição da República da África do Sul – primeira Constituição democrática do país – foi adotada pela Assembleia Constitucional, por meio do Ato nº 108, de 1996. Trata-se de uma Constituição nitidamente preocupada com o pluralismo, a diversidade e o respeito às diferenças, despertando especial atenção, nesse sentido, o reconhecimento oficial de 11 línguas no seu Capítulo I, Seção 6.

Já no preâmbulo constitucional, são reconhecidas as injustiças do passado cujas divisões devem ser curadas por meio da Constituição – enquanto lei suprema da República –

¹²¹⁴ Penelope E. Andrews, *Affirmative Action in South Africa: Transformation Tokenism?*, p. 88 e ss.

¹²¹⁵ Pieter A. Grobler *et al*, *Human Resource Management in South Africa*, p. 83 e ss.

¹²¹⁶ Johan Beckman, Elmene Bray, Simeon Maile, *Inclusive Education and Training System*, p. 132 e ss.

para estabelecer “uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais”.

Em seguida, dentre os valores fundamentais da República da África do Sul, elencam-se a dignidade humana, a realização da igualdade, o avanço dos direitos humanos e das liberdades, além do *não racialismo* e do *não sexismo* (Capítulo I, Seção 1).

A Carta Constitucional traz no seu segundo capítulo o *Bill of Rights* sul-africano, com extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais diversas prerrogativas de caráter social, como o direito à saúde, à educação e à moradia adequada.

Merece destaque, particularmente, a cláusula da igualdade, prevista na Seção 9, a partir da qual se nota a preocupação de evidenciar a amplitude do princípio igualitário¹²¹⁷. Com efeito, parte-se da igualdade em seu viés formal (1.), para se estabelecer que, com vista à promoção da igualdade, podem ser adotadas medidas legislativas, ou de outra natureza, destinadas à proteção ou avanço de pessoas ou categorias de pessoas desfavorecidas por discriminações injustas (2.). Desse modo, abre-se espaço, explicitamente, a partir da própria Constituição, para a adoção de ações afirmativas em prol de grupos vulnerabilizados em decorrência de discriminações passadas. Decerto que, a partir do contexto histórico de segregação rracica inerente ao regime do *apartheid*, o dispositivo constitucional ora sob análise se aplica especialmente à promoção da efetiva igualdade racial. Na sequência, apresenta-se a proibição ao Estado de discriminar de forma injusta, direta ou indiretamente, qualquer pessoa, por motivo de raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, língua e nascimento (3.). Note-se que, embora se trate de rol exemplificativo de *fatores suspeitos* de discriminação injusta, o enunciado se antecipa, elencando, de maneira abrangente, as principais causas de vulneração dos sujeitos nas sociedades contemporâneas. No item seguinte, o legislador constituinte estende a mesma proibição aos particulares, atribuindo a tarefa de prevenir e proibir a discriminação injusta à legislação nacional (4.). Por fim, ainda tratando-se da cláusula da igualdade, declara-se que a discriminação fundada nos fatores listados na subseção 3 é considerada injusta, salvo

¹²¹⁷ “(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination. (5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.”

se ficar estabelecido que é justa. Com isso, quer-se reforçar a proibição *a priori* de discriminações com base nesses elementos, impondo-se maior ônus de fundamentação acerca da justiça do tratamento diferenciado àquele que o adotar.

Em 1996, a Corte de Apelação do Trabalho (*Labour Appeal Court*), na decisão do caso *Western Cape Education Department v. George*, estabeleceu o entendimento de que a discriminação no local de trabalho era inaceitável, exceto nos casos de aplicação de medidas de ação afirmativa, ressaltando, ainda, que todos os empregados deveriam ser igualmente tratados no tocante às promoções na carreira. Para o Tribunal, a implementação de medida de ação afirmativa não justificava a exclusão injusta de empregados brancos¹²¹⁸.

Após ampla discussão, em 1997, foi lançado o *Green Paper on Affirmative Action*¹²¹⁹, que traz um quadro conceitual das ações afirmativas direcionado para a gestão da diversidade no serviço público. O ato estabelece que as ações afirmativas devam ser integradas, em âmbito nacional e local, nos serviços centrais das empresas, particularmente no âmbito da gestão de recursos humanos e do desenvolvimento das políticas e práticas empresariais. De acordo com o Livro Verde, os programas de ações afirmativas devem incidir em três principais áreas: a) na efetivação da representatividade dos grupos minoritários; b) na correção de desvantagens; e c) no desenvolvimento de uma cultura de gestão mais diversificada.

Acionada no caso *Public Servants Association of South Africa v. Minister of Justice*, em 1997, a Corte Constitucional sul-africana foi instada a se pronunciar a respeito do programa de ações afirmativas adotado pelo ministro da Justiça na seara do serviço público¹²²⁰. Na oportunidade, o Tribunal decidiu que a promoção da representatividade de grupos desprivilegiados deve ser acompanhada pelo critério de eficiência, considerando-se parâmetros de adequação na implementação das políticas de ações afirmativas. Enfim, a Corte entendeu que, sendo a ação afirmativa uma exceção à cláusula igualitária, e não parte integrante dela¹²²¹, o Estado é obrigado a demonstrar que a desequiparação adotada não é injusta.

Em 1998, foi promulgado o *Employment Equity Act*, o qual considerava que, como resultado do *apartheid* e de outras práticas discriminatórias instituídas por lei, havia disparidades persistentes no mercado de trabalho sul-africano, responsáveis por criar desvantagens para certas categorias de pessoas. Reconhecendo que a simples revogação de leis discriminatórias não era capaz de concretizar a igualdade no setor laboral, o ato teve como

¹²¹⁸ Cfr. Benjamin Aaron *et al*, *International Labour Reports*, p. 227 e ss.

¹²¹⁹ Cfr. G. van der Waldt; D. F. P. du Toit, *Managing for Excellence in the Public Sector*, p. 386 e ss.

¹²²⁰ Cfr. Sonia Bendix, *Industrial relations in South Africa*, p. 448 e ss.

¹²²¹ Marsha Freeman, *Temporary special measures: how long is temporary and what is special?*, p. 99, afirma que essa construção jurisprudencial baseou-se na Constituição interina, e não na atual Constituição sul-africana.

propósito: a) promover o direito constitucional à igualdade e o exercício de uma verdadeira democracia; b) eliminar a discriminação injusta no domínio empregatício; c) garantir a execução das políticas de emprego e equidade, a fim de corrigir os efeitos da discriminação; d) alcançar uma força de trabalho diversificada e representativa do povo sul-africano; e) promover o desenvolvimento econômico e a eficiência no trabalho; e f) dar cumprimento às obrigações da República Sul-Africana, enquanto membro da Organização Internacional do Trabalho¹²²².

O Ato elenca como grupos minoritários os negros (o que inclui os nativos africanos, as pessoas *de cor* e os indianos), as mulheres e as pessoas com deficiência, permitindo a adoção, por parte do empregador, de medidas de ação afirmativa compatíveis com os propósitos previstos na lei.

Em 2000, foi promulgada a Lei da Promoção da Igualdade e Prevenção da Discriminação Injusta (*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*)¹²²³, com o propósito de dar efetividade à Secção 9, em conjunto com o item 23 (1) do *Schedule 6*, da Constituição da República Sul-Africana, de 1996. Trata-se de lei antidiscriminação que – na esteira do que determina o texto constitucional – proíbe a discriminação injusta, tanto por parte do governo quanto por parte de pessoas privadas ou organizações. Os principais objetivos do ato são: a) prevenir e proibir a discriminação e assédio injustos; b) promover a equidade e eliminar a discriminação injusta; e c) prevenir e proibir o discurso fundado no ódio.

Com base na Lei da Igualdade, foram criados os Tribunais da Igualdade (*Equality Courts*), com competência para julgar os casos de discriminação injusta, discurso do ódio e assédio, quando não enquadrados na competência de outros tribunais por legislação especial, a exemplo dos Tribunais do Trabalho. Assim, respeitadas as especialidades previstas em lei, aos Tribunais da Igualdade cabe julgar os casos de discriminações injustas por motivo de raça, gênero, sexo, cor, idade, deficiência, religião, idioma, entre outros.

Mais recentemente, as medidas de ação afirmativa na África do Sul passaram a abranger também os contratos públicos. O Ato de Difusão da Emancipação Econômica do Negro (*Broad-based Black Economic Empowerment Act*), promulgado em 2003, adotou como uma de suas estratégias a chamada *contratação preferencial*¹²²⁴. Trata-se de um mecanismo

¹²²² Cfr. Anne-Marie Mooney Cotter, *Race matters: an international legal analysis of race discrimination*, p. 123 e ss.

¹²²³ Shadrack B. O. Gutto, *Equality and non-discrimination in South Africa – the political economy of law and law making*, p. 328 e ss.

¹²²⁴ International Labour Organization, *Equality at work: tackling the challenges – global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, p. 65.

baseado numa série de leis e políticas introduzidas desde meados da década de 1990, com o objetivo de *desracializar* o controle e a propriedade de empresas. A contratação preferencial está orientada para a promoção do empreendedorismo negro e feminino no âmbito do fornecimento de serviços ao governo e às grandes empresas privadas, prevendo, por exemplo, um sistema de preferência de preços entre 10% e 20% – durante a adjudicação das propostas – para empresas que tenham negros ou mulheres como proprietários.

Em 1º de outubro de 2010, a Suprema Corte de Apelação da África do Sul, no julgamento do caso *Emma Smith Educational Fund v. The University of Kwazulu-Natal*¹²²⁵ negou recurso contra decisão do Tribunal Superior que anulou cláusula racialmente restritiva que limitava os potenciais beneficiários do Fundo Educacional Emma Smith que deveriam ser necessariamente mulheres brancas. O fundo foi constituído por um legado ao Colégio Universitário de Natal pela vontade de Sir Charles George Smith, proeminente industrial e político local, falecido em 1941. Na ocasião, três décimos do resíduo do espólio foram legados ao Colégio que aceitou o legado e instituiu o fundo. A Universidade de Kwazulu-Natal – atual administradora do fundo – recorreu, com sucesso, ao Tribunal Superior para remoção da cláusula restritiva, argumentando que, para além do constrangimento em administrar um fundo racialmente excludente, poderia ser acionada perante o Tribunal da Igualdade por infringir o *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4*, de 2000, por administrar fundo exclusivamente reservado para brancos. O curador de potenciais beneficiárias do fundo recorreu da decisão do Tribunal Superior. A Suprema Corte de Apelação julgou improcedente o recurso, considerando haver um conflito entre o imperativo constitucional de remoção de cláusulas racialmente restritivas e as condições raciais impostas pelo fundo, que violava os valores fundamentais da Constituição, particularmente o direito à igualdade.

A segregação racial na África do Sul teve como particularidade – em relação às formas de discriminação racial existentes em outros países – o fato de ter sido institucionalizada por leis nacionais, vigentes em todo o território sul-africano. É por esse motivo que não se desenvolveu farta jurisprudência sobre a discriminação racial e o direito à igualdade racial, durante o período do *apartheid*.

Outra diferença que merece ser mencionada diz respeito à forma de inserção dos negros em cada uma das duas realidades abordadas. Nos Estados Unidos da América, os negros foram transplantados para seu território de maneira forçada, passando estes e seus descendentes,

¹²²⁵ Case nº 510/09. Disponível em «<http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2010/136.html>». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

após a abolição da escravatura, a fazer parte do elemento populacional e político do país, apesar da exclusão e discriminação racial sofridas. Na África do Sul, em contrapartida, os negros eram nativos e foram subordinados pelos colonizadores na sua própria terra natal. Dito de outro modo, os negros sul-africanos foram subjugados como grupo racial *estranho* e *indesejado* em seu próprio território de origem, apesar de numericamente representarem maioria da população.

Interessa notar, enfim, e com observância das peculiaridades históricas de cada um dos países estudados, que os direitos das minorias raciais nos Estados Unidos da América evoluíram em ritmo significativamente diverso, quando em comparação com a África do Sul. Com efeito, em 1964, quando da promulgação do *Civil Rights Acts* nos EUA, a justiça sul-africana condenava Nelson Mandela à prisão perpétua, por sabotagem ao sistema do *apartheid*.

6. Raça, sistema de castas e ações afirmativas na Índia

6.1. A persistência do sistema de castas indiano

O sistema de castas é um dos mais controversos temas envolvendo a sociedade indiana e desperta a atenção de estudiosos de diversas áreas do saber, merecendo – enquanto esquema de estratificação social, ao menos, breve abordagem. A análise do sistema de castas é importante para descortinar até que ponto se trata de hierarquização racial e, mais do que isso, para compreender os efeitos que sua persistência ainda produz no acesso a direitos fundamentais. Parte dos estudiosos atribui ao fenômeno caráter cultural ou religioso, enquanto outros buscam suas origens no artefato colonial.

A ideologia presente nos textos rituais – ratificada, em muitos aspectos, por narrativas históricas – consolidou a organização hierarquizada da sociedade indiana, dividida em quatro *varnas* ou castas. O *Rig Veda*¹²²⁶, que reúne os textos bramânicos fundacionais do hinduísmo, traz uma cosmogonia que teria alicerçado a estruturação da sociedade, a partir de um rito no qual *Purusha*, o ser primordial, foi sacrificado. Das partes de *Purusha* teriam surgido as quatro *varnas*: de sua cabeça, os *brahmanes* (brâmanes); dos seus braços, os *kshatriyas* (xátrias); das suas pernas, os *vaishyas* (vaisias); e dos seus pés, os *shudras* (sudras)¹²²⁷.

Na estrutura de divisão social, distinguem-se dois termos de afiliação do indivíduo: *jati* – referente ao grupo de nascimento – e *varna* – associado à ordem, classe ou tipo. Embora

¹²²⁶ Escrito provavelmente entre 1.700 e 1.100 a.C., o *Rig Veda* - mais antigo dos quatro textos sagrados do hinduísmo, conhecidos como *Vedas* – reúne hinos dedicados às divindades *Rigvédicas*.

¹²²⁷ Cfr. Wendy Doniger O’Flaherty, *Textual sources for the study of Hinduism*, p. 27 e ss.

ambos sejam utilizados para expressar a ideia de castas, o primeiro costuma ser empregado para designar o grupo de pessoas que podem ser identificadas para certos fins, como o casamento. Em contraposição à profusão de grupos *jatis* ou grupos de nascimento existentes (entendidos como subcastas), o conceito de *varna* envolve as quatro divisões – associadas às partes de *Purusha* e que transcendem associações regionais específicas: a) a dos *brahmanes*, normalmente identificados como sacerdotes e letrados; b) a dos *kshatriyas*, composta por reis e guerreiros, posição tradicionalmente associada aos soldados e governantes; c) a dos *vaishyas*, formada pelos comerciantes e proprietários de terras; e d) a dos *shudras*, cujos membros são servos, camponeses, artesãos e outros trabalhadores¹²²⁸. À margem dessa estrutura social – ou seja, fora do esquema *varna* –, ocupando posição inferior ambivalente encontram-se os chamados *intocáveis*, *dalits* ou *párias*¹²²⁹, aos quais se atribui *atividades indignas*, e, ainda, os denominados *tribais* (populações de colinas e florestas).

A partir de uma perspectiva colonial – apontada como dominante – sustenta-se que os povos arianos tenham invadido a Índia, por volta de 1500 a.C., e subjugado os povos nativos, tratados como culturalmente inferiores e ritualmente impuros. Após séculos de conflitos constantes, graças à tecnologia militar superior dos arianos, os povos nativos teriam sido conquistados, resultando no isolamento de parte deles em regiões ainda não ocupadas pelos invasores, enquanto outros teriam sido incorporados como castas separadas e inferiores. Nesse contexto, a prática da intocabilidade teria se iniciado em torno de 600 a.C.¹²³⁰

Independentemente das discussões acerca de suas origens dessa estratificação social¹²³¹, é certo que a religião, na Índia, é concebida como elemento estruturante da sociedade, sob o qual se solidificou o sistema de castas. O discurso contido nos textos de tradição védica foi reproduzido em diversas esferas como reflexo não apenas da preeminência ritual, mas também de uma concreta dominação social e política dos brâmanes sobre as demais castas, o que reforçou a ideologia das quatro *varnas* como uma representação estática da sociedade indiana, com sua distribuição de funções e posições. Os *varnas* constituem, ainda nos dias de

¹²²⁸ Susan Bayly, *The New Cambridge History of India – Caste, Society and Politics in India from the Eighteenth Century to the Modern Age*, p. 8, explica que esse esquema hindu de classificação é amplamente reverenciado em escrituras sagradas, embora seja possível identificar doutrinas sagradas que desvalorizam ou condenam o princípio de castas.

¹²²⁹ Para se referir aos intocáveis ou *párias*, também são utilizados os seguintes termos: *dalits* – que significa oprimido e tem sido mais empregado pelos militantes; *scheduled caste*, empregado como designação oficial; além do vocábulo *harijan* (filhos de Deus), disseminado Mahatma Gandhi.

¹²³⁰ Cfr. S. M. Michael, *Dalits in modern India: visions and values*, p. 17.

¹²³¹ Para uma revisão sobre os autores que abordam as origens do sistema de castas hindu, ver Constâncio Mascarenhas, *As Castas da Índia (esboço de um estudo antropológico)*, p. 29 e ss. Sobre as origens do sistema de castas, ver G. S. Ghurye, *Caste and race in India*, p. 141 e ss. E ainda, cfr. Andreas Hofbauer, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*.

hoje, um sistema ordenador fundamental da sociedade indiana que orienta as relações sociais, definindo, de acordo com a pertença às castas, o status, as profissões e o próprio acesso dos indivíduos aos direitos fundamentais.

Tradicionalmente, pertencer a uma casta superior ou inferior é uma questão de qualidade ou essência inata, o que confere a tal complexo esquema hierárquico uma estrutura de difícil mobilidade social. Apesar da relativa generalidade que se pode atribuir ao sistema de castas¹²³², da premissa básica dessa estrutura social resulta que aqueles que se reconhecem como hindus estão atrelados a unidades fixas de descendência que determinam seus nomes e títulos específicos. O pertencimento a uma mesma casta confere, não apenas uma noção de descendência e de origem geográfica comuns, mas também uma ideia particular de ocupação em meio à sociedade.

Tal estratificação resulta na contraposição entre aqueles nascidos nas *altas castas*, considerados superiores, em especial quando confrontados com o seu *extremo oposto* – os *impuros ou intocáveis* –, independentemente das circunstâncias, das riquezas ou das capacidades individuais. Em linhas gerais, ainda que se aproximem em termos econômicos ou materiais um *intocável* e um indivíduo pobre de casta elevada, remanescem entre eles divisões não apenas abstratas, mas também concretas e que representam impactos fáticos reais. De modo semelhante, mesmo que se encontrem em situações de privação econômica, os *brahmanes* continuarão tendo sua superioridade reconhecida em relação aos indivíduos que – embora possuam mais riqueza, mais instrução e mais influência política – pertençam às castas ditas inferiores¹²³³.

Muito embora seja possível afirmar que pessoas de diferentes tradições doutrinárias e situações sociais diversas atribuem graus variáveis de importância ao esquema de castas, fato é que essa típica estratificação social ainda se reflete em desigualdades fáticas juridicamente relevantes. Com efeito, apesar de sua abolição constitucional em 1950, a prática da intocabilidade continua sendo fenômeno incrustado na realidade indiana, notadamente na Índia rural.

¹²³² Sobre esse aspecto, Susan Bayly, *The New Cambridge History of India – Caste, Society and Politics in India from the Eighteenth Century to the Modern Age*, p. 9, afirma que “once caste or castelike norms have come to be widely shared in a given region, a reference to jati can therefore identify people in a very minute and precise way; the designations of varna evoke vast and sweeping generalities. While one would expect to find at least a rough match between the two, there has often been much dispute about the precise order of merit among the various jati populations of a given region”.

¹²³³ Cfr. Susan Bayly, *The New Cambridge History of India – Caste, Society and Politics in India from the Eighteenth Century to the Modern Age*, p. 11.

Representando mais de um sexto da população da Índia, os *dalits* são submetidos a ostracismo social, de modo que não podem cruzar a linha que divide sua parte da aldeia daquela ocupada por castas mais altas; não são autorizados a usar os mesmos poços, visitar os mesmos templos, ou beber dos mesmos copos em barracas de chá. As crianças *dalits* sofrem intensa discriminação nas escolas, situação que traz sérios prejuízos à sua aprendizagem e evolução escolar. Dogmas de *pureza e impureza* são aplicados socialmente por meio de proibições estritas de casamento¹²³⁴ ou outras interações sociais entre castas. Além disso, os intocáveis são rotineiramente vítimas de abusos e crimes por parte de membros de castas superiores, com alegada cumplicidade dos poderes públicos.

Os *dalits* também são relegados à chamada limpeza manual, prática que emprega mais de um milhão de pessoas. Consiste na remoção manual de excrementos humanos não tratados de vasos sanitários e fossas, com o auxílio de baldes e pás, em geral, sem nenhum equipamento de proteção pessoal. A limpeza manual – que, baseada no sistema de castas, emprega maioria de mulheres – foi oficialmente proibida por lei, em 1993, embora, na prática, o próprio governo continue admitindo catadores em seus quadros, o que reforça a sua persistência como fonte de exclusão dos *dalits* de outros empregos.

Nas últimas cinco décadas, as regras tradicionais de pureza e status social parecem ter se enfraquecido, paulatinamente, sobretudo nos centros urbanos, devido à penetração da economia de mercado, à expansão de redes de comunicação e à melhoria das condições de vida de membros de castas inferiores, fenômeno este impulsionado também pela adoção das ações afirmativas. Nas áreas rurais, por sua vez, o sistema de castas permanece mais rígido e opressor das castas inferiores, sendo comuns notícias de linchamentos e outros tipos de atos violentos contra *dalits*.

A partir de dados etnográficos nacionais, extraídos da Pesquisa de Desenvolvimento Humano da Índia, de 2004-2005, Sonalde Desai e Amaresh Dubey examinam a relação entre exclusão social e sistema de castas na Índia, apontando a persistência contínua das disparidades entre castas em áreas como educação, emprego e renda. Os autores analisam narrativas opostas sobre a estratificação social indiana apontando, de um lado, estudiosos que sustentam que as divisões históricas entre castas, tribos e religiões persistem e podem ter até mesmo se agravado na Índia moderna; d'outro, teóricos que afirmam que, embora o sistema de

¹²³⁴ D. L. Sheth, *Caste and Class: social reality and political representations*, p. 210, observa que, embora os membros de determinada casta possam estar em processo crescente de diferenciação uns dos outros e os círculos endógamos das *jatis* estejam em expansão, os casamentos entre pessoas de diferentes *varnas* ainda não são estatisticamente significativos na Índia.

castas continue sendo uma importante dimensão da vida social moderna, seus efeitos são limitados à endogamia e têm pouca relevância na formação de desigualdades materiais. O sistema de castas é analisado a partir de quatro perspectivas diferentes: a) como hierarquia de status; b) como sistema de exclusão e exploração; c) como um sistema em transformação; d) como construção social¹²³⁵.

De acordo com a primeira perspectiva – defendida por estudiosos como Murray Milner Jr., Louis Dumont e Max Weber –, o sistema de castas deve ser visto como mera representação de status, baseada em fundamentos religiosos e ideológicos, com iniquidades epifenomênicas. Para essa corrente, a disjunção entre o sagrado e o profano confere ao sistema de castas um caráter sociológico, que o diferencia de outras formas de desigualdade social alicerçadas em recursos materiais. Nesse sentido, estruturadas como fenômeno oposto aos chamados grupos de afinidade – as castas gerariam uma espécie de segregação de status, cuja estrutura consiste num sistema social vertical de superordenação e subordinação, no qual as castas privilegiadas são reconhecidas socialmente como mais dignas e honradas.

Em nítido contraste com a visão anterior, outra corrente – seguida por autores como Kathleen Gough, Santosh Goyal, Ashwini Deshpande, Sukhdeo Thorat e Katherine Newman – defende que as castas indianas operam como um sistema de exclusão e exploração, fundadas nas bases ocupacionais do sistema varna, no qual se pode observar nítida associação entre ocupação e renda, revelando um sistema de desigualdade material no acesso a recursos produtivos, como terra e educação, além da evidente discriminação no mercado de trabalho. Séculos de organização social baseada em castas teriam deixado um legado de desigualdades não apenas de oportunidades, mas também de resultados, gerando uma estratificação socioeconômica persistente¹²³⁶.

Uma terceira corrente – sustentada, entre outros, por Andre Beteille, Simon Commander, Sudan Bayly e Sharma – advoga que as castas são um sistema em transformação. Nessa perspectiva, afirma-se que, após a independência indiana, a ligação entre castas e ocupação/status econômico se enfraqueceu consideravelmente, tornando tal associação marginal, no contexto da Índia moderna. Uma variedade de forças em conjunto teria interrompido a associação entre casta e ocupação. A reforma agrária teria resultado na transferência de posse de terra para membros de castas intermediárias; o declínio dos

¹²³⁵ Sonalde Desai e Amaresh Dubey, *Caste in 21st Century India: Competin Narratives*, p. 2-4.

¹²³⁶ Nesse sentido, agregam-se dados que revelam que as castas registradas ocupam 60% dos postos de varredores vinculados ao governo central. Em contrapartida, os *brâmanes* – cuja representação na população indiana é de apenas 5% – ocupam 37% dos cargos de oficiais dos Serviços Administrativos Indianos. Ver Sonalde Desai e Amaresh Dubey, *Caste in 21st Century India: Competin Narratives*, p. 3.

rendimentos do comércio de artesanatos e o influxo da produção em massa de bens teriam reduzido o número de ocupações para as castas de ceramistas, tecelões e outros artesãos que migraram para o trabalho manual para garantia de subsistência. As políticas de ações afirmativas ampliaram o poder das castas inferiores com reservas de empregos públicos e no ensino superior. Todos esses fenômenos, dentre outros, teriam gerado a diluição do papel das castas no status econômico dos cidadãos indianos.

Uma quarta perspectiva – desenvolvida por autores como Veena Das, Nicholas Dirks¹²³⁷ e Khare – enfatiza o poder colonial na construção do sistema de castas, traduzido, dessa maneira, como uma espécie de *comunidade enumerativa* responsável por solidificar identidades até então fluidas. Sob essa ótica, a presumida superioridade dos *brâmanes* seria resultado de um discurso ideológico orientalista – defensor da aquiescência do subjugado com sua própria subjugação –, que os privilegiou em detrimento dos *kshatriyas*. Esse entendimento sugere que o foco no sistema de castas, enquanto princípio organizador da sociedade indiana, seria responsável pela mobilização e polarização das castas. Em contrapartida, sem essa atenção continuada, as distinções de castas tenderiam a desaparecer.

Pontuando as limitações e especificidades da pesquisa e a metodologia aplicada à sua análise, Sonalde Desai e Amaresh Dubey demonstram que as disparidades entre castas permanecem estatisticamente significativas em cada marcador de estrutura de oportunidade, com *dalits*, *adivasis* e outras classes inferiores na base da pirâmide. Dito de outro modo, quando comparados com castas superiores, *dalits* e *adivasis* são menos propensos a possuírem terra, têm menos anos de escolaridade, mais reduzido acesso a redes sociais, menos acesso à nutrição, saúde e serviços médicos. Os dados também sugerem que mesmo para crianças de origens socioeconômicas semelhantes, há fatores no ambiente escolar que resultam em níveis mais baixos de aquisição de habilidades por parte de estudantes *dalits* e *adivasis*, denotando a possibilidade de discriminação, em vez de simples disparidade no acesso à educação, o que resulta num ciclo de desvantagens de longo prazo¹²³⁸.

Os resultados da pesquisa demonstram que, se por um lado, há sinais de mudanças no sistema de castas, por outro, ainda é impossível afirmar que este deixou de definir a estrutura de oportunidades ou de resultados para uma vasta proporção de população.

¹²³⁷ Por todos, ver Nicholas B. Dirks, *Castes of Mind – Colonialism and the Making of Modern India*.

¹²³⁸ Sonalde Desai e Amaresh Dubey, *Caste in 21st Century India: Competin Narratives*, p. 7-8.

6.2. A internacionalização da discussão sobre o sistema de castas indiano

Embora não se trate de um problema exclusivamente indiano – já que a discriminação fundada na pertença a castas existe em outros países, como Nepal, Paquistão, Sri Lanka, Bangladesh, e, ainda, em formatos similares, no Japão e em determinadas regiões do continente africano –, o sistema de castas da Índia é o que, internacionalmente, mais tem alcançado visibilidade.

A internacionalização das questões envolvendo o sistema de castas indiano intensificou-se a partir da demanda de equiparação da opressão de castas à discriminação racial, por parte significativa do movimento *dalit* da Índia. Parte dos ativistas *dalits* iniciou uma campanha global para incorporação da questão da intocabilidade no discurso mais amplo sobre racismo. A campanha ganhou visibilidade na Conferência de Genebra e foi reforçada na III Conferência Mundial da Organização das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial e a Intolerância Correlata, ocorrida em 2001, em Durban¹²³⁹. A agenda da Conferência teve três grandes eixos temáticos: a) a identificação das fontes e causas da discriminação; b) a identificação de vítimas da discriminação; e c) a definição de um programa de ação, incluindo medidas compensatórias possíveis para o combate à discriminação.

Antes mesmo do encontro em Durban, a Índia já se recusava a considerar a *descendência*, prevista na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CIEDR), como base discriminatória intrínseca ao sistema de castas, sob o argumento de que o termo seria aplicável apenas em relação à discriminação racial. Diante disso, o *Committee on the Elimination of all forms of Racial Discrimination* já havia se pronunciado a respeito do tema. Com efeito, nas observações finais de sua 49ª sessão, realizada em agosto/setembro de 1996 – quando revisou relatórios periódicos da Índia sob a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial –, a Comissão afirmou que “a situação das castas programadas e das tribos programadas se enquadra no escopo” da Convenção. A Comissão declarou claramente que o termo *descendência*, contido no artigo 1º da Convenção não se refere apenas à raça, mas abrange também a situação de castas e tribos registradas. Em março de 2001, as observações conclusivas do Comitê sobre o relatório apresentado pelo Japão pontuaram que a discriminação baseada na descendência constitui

¹²³⁹ Sobre a campanha pelos direitos humanos dos *dalits* na Conferência, ver Erik Berg, *Sovereignties, the World Conference against Racism 2001 and the Formation of a Dalit Human Rights Campaign Dag*.

discriminação racial, mas que o termo *descendência* tem seu próprio significado e não deve ser confundido com raça ou origem étnica ou nacional.

Na Conferência de Durban (agosto/setembro de 2001), os ativistas *dalits* pretendiam associar o sistema de castas ao racismo, afirmando que a discriminação decorrente do esquema de castas é equivalente à discriminação racial, merecendo proteção dos instrumentos internacionais pertinentes. A Índia, no entanto, manteve o discurso¹²⁴⁰ – já difundido na Conferência preparatória realizada no Teerã – de que a inclusão de outras formas de discriminação de natureza geral, como as castas, prejudicaria o foco do encontro de Durban, assentado no combate ao racismo. Prevaleceu, na ocasião, a posição defendida pelo Governo indiano, que rebateu a equivalência entre casta e raça, sustentando a exclusão do sistema de castas dos documentos da Conferência de Durban¹²⁴¹. Desse modo, decidiu-se pela retirada do parágrafo no qual a discriminação baseada na casta encontraria conexão sob a expressão “discriminação baseada no trabalho e na descendência”.

Nada obstante, em 2002, na 61^a sessão do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, foi expedida a Recomendação Geral nº 29, concernente à discriminação fundada na ascendência. Um dos principais debates girou em torno do sistema de castas na Índia. A centralidade do tema deveu-se à ausência da matéria na Conferência de Durban, o que levou os *páreas* da Índia – diante da dificuldade de discussão intergovernamental sobre a temática – a recorrerem ao Comitê. Durante a sessão, foram ouvidos relatos de vítimas e de membros do movimento anticastas indiano¹²⁴², denunciando a discriminação decorrente da rígida hierarquização de grupos e pessoas no sistema de castas. Na ocasião, diante da diversidade da origem das pessoas ouvidas – oriundas de países como Japão, Senegal, Sudão e Mauritània –, evidenciou-se que o sistema de castas não é regime exclusivo da Índia, e que a discriminação fundada na ascendência é fenômeno amplo e persistente em diferentes regiões do mundo.

Confirmando a opinião do Comitê de que o termo *descendência*, constante do artigo 1º, § 1º, da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, refere-se não apenas à raça, mas também tem um significado que complementa os outros fundamentos para os quais qualquer discriminação é proibida; reafirmando que a discriminação

¹²⁴⁰ Note-se, no entanto, que, em 1975, a Índia votou a favor da resolução da Organização das Nações Unidas que equiparava o sionismo ao racismo. Também em Durban, o país apoiou os Estados Unidos da América e outros países europeus, tanto no que diz respeito à questão do sionismo quanto no que tange às demandas de reparação.

¹²⁴¹ Cfr. Andreas Hofbauer, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*, p. 153-154.

¹²⁴² Sobre a evolução histórica e demandas do movimento anticastas na Índia, cfr. Gail Omvedt, *The anti-caste movement and the discourse of power*.

por motivo de descendência inclui a discriminação contra membros de comunidades alicerçadas em formas de estratificação social, como castas e sistemas semelhantes de status hereditário; e, ainda, reconhecendo que esse tipo de discriminação impede o gozo igualitário de direitos e configura uma violação à Convenção; o documento recomenda a adoção de medidas gerais e intervenções nas seguintes searas: a) discriminações contra mulheres integrantes de comunidades fundadas na ascendência; b) segregação contra membros de comunidades fundadas na ascendência; c) difusão da incitação ao ódio, em especial pelos meios de comunicação e pela internet; d) administração da justiça, para igual acesso aos membros dessas comunidades; e) direitos civis e políticos; f) direitos econômicos e sociais; e g) direito à educação.

Dentre dez medidas gerais previstas, o Comitê orienta que os Estados-Partes adotem providências para identificar comunidades sob sua jurisdição nas quais subsistem discriminações fundadas na ascendência, notadamente no marco de sistemas de castas e sistemas análogos de condição hereditária, cuja existência possa ser constatada a partir de fatores como: incapacidade ou capacidade limitada de modificar a condição hereditária; imposição de restrições sociais a matrimônios fora da comunidade; segregação nos domínios públicos e privados, notadamente em matéria de moradia, educação, acesso a espaços públicos, lugares de culto e a fontes de alimentos e água de uso público; limitação à liberdade de recusar profissões hereditárias ou trabalhos degradantes e perigosos; submissão à servidão por dívidas; sujeição a afirmações desumanizantes relativas à contaminação ou à condição de intocáveis; falta generalizada de respeito à sua dignidade e igualdade como seres humanos. Quanto às medidas de ordem legislativa, recomenda-se a consideração da possibilidade de inclusão da proibição expressa de discriminação baseada na ascendência nas constituições nacionais, além de alterações legislativas nesse sentido ou colocação em prática das leis e medidas já em vigor. Mencione-se, ainda, a orientação para adoção de medidas especiais em favor de grupos e comunidades baseadas na ascendência para garantia do gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sobretudo no que concerne às funções, empregos e educação públicos.

Em atenção à interseccionalidade de gênero, o item 2 recomenda a consideração – em todos os programas e projetos pertinentes – da situação das mulheres pertencentes a essas comunidades, enquanto vítimas de discriminações múltiplas, de exploração sexual e de prostituição forçada, adotando todas as medidas necessárias para eliminação de tais discriminações, notadamente as fundadas na ascendência, especialmente nos domínios da segurança pessoal, emprego e educação.

No que diz respeito à questão da segregação, o Comitê concita os Estados-Partes a adotarem medidas voltadas para a prevenção, proibição e eliminação de práticas segregacionistas dirigidas contra membros de comunidades baseadas na ascendência, especialmente em matéria de moradia, educação e emprego. Recomenda-se, ainda, a garantia a toda pessoa de acesso, com igualdade e sem discriminação, a todo lugar ou serviço cujo uso seja previsto para o público em geral, além da promoção de comunidades mistas, com integração entre membros de comunidades afetadas e outros elementos da sociedade, e nas quais os serviços fornecidos sejam acessíveis a todos em pé de igualdade.

A Recomendação Geral destina seu quarto item especificamente à questão da difusão do discurso do ódio, aconselhando a adoção: de medidas contra todo tipo de difusão de ideias de superioridade/inferioridade de castas ou que busquem justificar atos de violência, ódio ou discriminação contra as comunidades baseadas na ascendência; de medidas estritas contra toda incitação de discriminação ou violência contra tais comunidades, compreendendo aquelas cometidas pela Internet; de medidas de conscientização dos profissionais de comunicação sobre a natureza e as consequências da discriminação fundada na ascendência.

Em sede de administração da justiça, o Comitê se concentra nas seguintes providências: adotar medidas necessárias para garantir igual acesso à justiça a todos os membros das comunidades fundadas na ascendência; garantia de que, nos casos pertinentes, as decisões judiciais e as medidas oficiais considerem plenamente a proibição de discriminação baseada na ascendência; assegurar que as pessoas que cometem crimes contra membros de comunidades fundadas na ascendência sejam processadas, e as vítimas devidamente indenizadas; incentivar o recrutamento de membros dessas comunidades na polícia e em outros órgãos encarregados de fazer cumprir a lei; organizar programas de formação destinados a funcionários públicos e a outros órgãos encarregados de fazer cumprir a lei, com vista à prevenção de injustiças ligadas ao preconceito contra membros de comunidades fundadas na ascendência; encorajar e facilitar o diálogo construtivo entre a polícia e outros órgãos encarregados de fazer cumprir a lei e os membros dessas comunidades.

Em matéria de direitos civis e políticos, a Recomendação Geral expressa também intensa preocupação com a efetiva participação dos membros das comunidades baseadas na ascendência nas decisões que as afetem, além de na vida pública e política; com o direito à sua participação (ativa e passiva) nas eleições com base no sufrágio universal e igualitário; e com sua devida representação em órgãos governamentais e legislativos.

O maior elenco de orientações se encontra no item sobre os direitos econômicos e sociais, o qual recomenda, inicialmente, a adoção de planos e de programas de desenvolvimento

socioeconômico igualitários e não discriminatórios, e, ainda, a implementação de medidas de erradicação da pobreza em comunidades baseadas na ascendência. Em matéria de acesso ao emprego, propõe-se o estabelecimento de medidas especiais de fomento à inserção de membros das comunidades afetadas, nos setores público e privado; a elaboração de leis e práticas que proíbam discriminações fundadas na ascendência, nas esferas do emprego e do mercado de trabalho; além da adoção de sanções contra organismos públicos, sociedades privadas e outras associações que, para fins de emprego, investiguem a ascendência dos candidatos. Também no domínio do trabalho, os Estados-Partes são orientados a implementar medidas para remediar a particular vulnerabilidade à exploração do trabalho infantil das crianças das comunidades fundadas em considerações de ascendência; e, ainda, a tomar medidas enérgicas para a eliminação da servidão por dívidas e das condições de trabalho degradantes estabelecidas em função da discriminação por ascendência. No que concerne à questão da moradia, recomendam-se providências contra práticas discriminatórias das autoridades locais ou proprietários privados em matéria de residência e acesso à habitação adequada por parte dos membros das comunidades afetadas. Ainda no elenco das medidas pertinentes aos direitos econômicos e sociais, o Comitê preocupa-se com a garantia de igual acesso aos cuidados médicos e serviços de seguridade social aos membros das comunidades fundadas na ascendência, bem como com sua participação na elaboração de projetos e programas de saúde.

A situação de exclusão social e de violência sofrida pelos *dalits* e outros grupos vulnerabilizados na Índia também tem sido objeto de preocupação da União Europeia.

A Resolução do Parlamento Europeu sobre os direitos humanos dos *dalits* na Índia, de 1º de fevereiro de 2007, em seus considerandos apontou a realidade discriminatória à época ainda vivenciada pelos *dalits* na Índia. Registra-se que, apesar dos avanços de ordem legislativa – a exemplo das disposições da Constituição indiana para a proteção e promoção dos direitos dos *dalits*; das numerosas medidas legislativas que estabelecem a abolição de algumas das piores práticas de intocabilidade e discriminação de castas; e das inúmeras recomendações no mesmo sentido –, a Comissão Nacional dos Direitos Humanos da Índia informou que a implementação do *Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act* permanece muito insatisfatória. Embora haja registro oficial de 27 atrocidades cometidas diariamente contra *dalits*, a polícia, geralmente, impede que estes tenham acesso às estações policiais, recusa o registro dos casos pertinentes, além de, regularmente, praticar tortura contra os *dalits*, impunemente. Admitindo o fato de que muitos *dalits* deixam de registrar crimes de que são vítimas por medo de represálias por parte das castas dominantes, o documento baseia-se também em estatísticas oficiais da polícia, as quais revelavam que, nos cinco anos anteriores,

em média, a cada semana, 13 *dalits* eram assassinados, 5 casas ou bens de *dalits* eram queimados e 6 *dalits* eram sequestrados(as); a cada dia, 3 mulheres *dalits* eram estupradas e 11 *dalits* eram espancados; e a cada 18 minutos um crime era cometido contra um *dalit*. Menciona-se, ainda, um estudo sobre intocabilidade na Índia rural, abrangendo 565 aldeias em 11 estados, cujas conclusões indicaram, dentre outros dados, que, em 33% das aldeias, os agentes de saúde se recusaram a visitar casas *dalits*; em 37,8% das escolas públicas, as crianças *dalits* tiveram de fazer as refeições separadas das demais; em 48,4% das aldeias, foi negado o acesso dos *dalits* a fontes de água por questões relacionadas à segregação e às práticas de intocabilidade. Segundo o documento, os dados referentes à mortalidade e à subnutrição infantil também eram alarmantes e revelavam a persistência da discriminação em razão da ascendência: a subnutrição atingia metade das crianças *dalits*; 21% delas estavam gravemente abaixo do peso e 12% morriam antes dos cinco anos de idade. Consideram-se também as altas taxas de analfabetismo entre os *dalits*, especialmente as mulheres que enfrentam dupla discriminação – com base na casta e no gênero – em todas as esferas da vida, além de abusos sexuais por castas dominantes; e a submissão dos *dalits* a trabalho forçado e discriminação nos mercados de trabalho, habitação, consumo, capital e crédito. A partir dessas constatações, o Parlamento Europeu insta o Governo da Índia a aprimorar seu sistema de justiça para facilitar o registro de crimes contra *dalits*; aumentar a taxa de condenação dos autores desses crimes; reduzir significativamente a duração dos processos judiciais; e adotar medidas especiais de proteção das mulheres *dalits*. Sobre a questão do trabalho infantil, o documento reconhece a importância da proibição do emprego de crianças como empregadas domésticas e trabalhadoras em estradas, restaurantes, lojas de chá e outros estabelecimentos. No entanto, requer o avanço das medidas por parte do Governo, no sentido da completa proibição de todas as formas de trabalho infantil. A Resolução solicita também que o Governo indiano adote providências urgentes para garantir a igualdade de acesso dos *dalits* às estações de polícia e a todas as outras instalações e instituições públicas, incluindo aquelas relacionadas à estrutura democrática, como as assembleias locais e as cabines de votação.

O Parlamento ainda insta o Governo da Índia a se engajar com os órgãos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas na efetiva eliminação da discriminação baseada em castas, a ratificar a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, e a adotar medidas preventivas para redução do risco de tortura aos *dalits*.

Importa fazer menção também à Resolução do Parlamento Europeu sobre discriminação em razão da casta na Índia, de 13 de dezembro de 2012¹²⁴³. Considerando que, apesar dos esforços constitucionais e legislativos, cerca de 170 milhões de *dalits* e *adivasis*¹²⁴⁴ continuam sendo vítimas de graves formas de exclusão social no país, a Resolução solicita às autoridades indianas de todos os níveis o cumprimento da legislação pertinente, voltada para a proteção dos *dalits* e de outros grupos vulneráveis. O documento registra também que, apesar da proibição legal do tratamento manual de detritos, a prática continua generalizada no país, submetendo quase que exclusivamente mulheres *dalits* a essa forma de servidão. Quanto a esse tema, a Resolução solicita que o parlamento indiano coloque em prática seus planos de aprovar uma nova lei que proíba o exercício do tratamento manual de detritos e assegure a reabilitação dos tratadores, além de propor que o Governo atue para aplicar imediatamente a legislação pertinente. Outra questão colocada pela Resolução diz respeito à dupla discriminação – de casta e de gênero – sofrida pelas mulheres *dalit* e *adivasi*, que, além de socialmente excluídas e economicamente exploradas, estão sujeitas a graves violações de sua integridade física e de sua liberdade sexual, crimes que permanecem impunes pelo sistema de justiça indiano. Nesse ponto, o documento requer a órgãos da União Europeia e a seus Estados-Membros que desenvolvam uma política própria sobre a discriminação em razão da casta; que aprovem o projeto de princípios e diretrizes para a efetiva eliminação da discriminação com base no emprego e na origem familiar no Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas; que incluam a questão da discriminação baseada na casta nos seus diálogos com as autoridades indianas; e que confirmem prioridade a programas de combate à discriminação em razão da casta – até mesmo no ensino – e a programas especialmente dirigidos a mulheres.

Em 17 de janeiro de 2013, o Parlamento Europeu aprovou mais uma Resolução, desta feita com atenção voltada especificamente para a violência contra a mulher na Índia (2013/2512 (RSP)). O documento apresenta casos de violência sexual contra mulheres e adolescentes, chamando a atenção para a impunidade que tem prevalecido em meio ao sistema de justiça indiano. Afirma-se que, de acordo com dados da Agência Nacional de Registros Criminais da Índia, foram notificados mais de 24.000 casos de estupro em 2011, sendo que dos mais de 635 casos notificados em Deli, em 2012, apenas um resultou na condenação do autor do crime. A Resolução chama salienta, ainda, as diversas formas de violências de gênero, fundadas no sistema de castas – que não se resumem à violência sexual, mas abrangem disputas

¹²⁴³ (2012/2909(RSP)).

¹²⁴⁴ O termo *adivasi* abrange um grupo heterogêneo de etnias e grupos tribais correspondente à minoria aborígine da Índia.

de dote, infanticídio feminino, prostituição forçada e ritual, tráfico de mulheres, violência doméstica e acesso desigual a recursos e cuidados de saúde –, responsáveis pela morte de quase dois milhões de mulheres e meninas de castas consideradas inferiores. O documento não deixa de evidenciar também que, apesar dos altos índices de violência registrados, as autoridades permanecem negligentes e ineficientes na proteção dessas mulheres.

Para além da discussão sobre se casta e raça são fatores equivalentes, o debate em torno do sistema de castas indiano permitiu que se visibilizassem internacionalmente as discriminações sofridas pelos *dalits* a partir de suas próprias experiências cotidianas¹²⁴⁵. A maioria dos ativistas jamais pretendeu o reconhecimento da casta como sinônimo de raça, embora enfatizasse que os efeitos discriminatórios do castismo e do racismo eram semelhantes e resultavam em formas comparáveis de violação de direitos humanos¹²⁴⁶. A rejeição da tese fez com que parte dos estudiosos e ativistas indianos imputasse caráter etnocêntrico à decisão das Nações Unidas de não incluir o castismo nas resoluções finais da Conferência de Durban. Argumentou-se que, assim agindo, o organismo internacional demonstrou que sua concepção de racismo continua inteiramente pautada pelo paradigma ocidental¹²⁴⁷.

Apesar da não inclusão expressa do castismo como espécie de discriminação racial nos documentos finais da Conferência de Durban, seu destaque como questão afeta à violação de direitos humanos produziu, como visto, ações em âmbito internacional. Decerto que o levantamento da questão também em fóruns internacionais é de fundamental importância para a construção de políticas voltadas para o combate às discriminações e desigualdades fundadas na casta.

Não há dúvidas da necessidade de ampliação da discussão e das formas de proteção contra todas as práticas sociais e culturais tendentes à subalternização de determinados grupos de pessoas. Entretanto, tal percepção não deve resultar numa confusão de categorias e conceitos, que pode até se revelar contraproducente para a elaboração de políticas de

¹²⁴⁵ Tratando do tema, Martin Macwan, *(Un)touchable in Durban*, p. 2, aborda a realidade da vida dos intocáveis na Índia, pontuando que “when we talk of dalits, we refer to manual scavenging, a practice that according to official figures employs over a million people to sustain the system of manual handling of human waste; millions of those in rural areas whose existence faces constant threat; the *devdasis* who face the threat of everyday rape by the representatives of Hindu gods right in the temple premises; millions of innocent and bright children who are forced to drop out from primary education both due to poverty and humiliation by teachers and fellow students; millions of farm workers who do not enjoy uniform legal protection with respect to guaranteed minimum wages; and above all, the millions who are victims of caste prejudice of hardcore casteists, religious fundamentalists, ‘defunct’ sociologists, economists and politicians of various shades and colour who trace their social origin to the ‘so-called’ upper caste and class. And finally we talk of dalits who, irrespective of the faith that they may profess, suffer from discrimination arising out of a caste mind as a national character and practice”.

¹²⁴⁶ Cfr. Deepa S. Reddy, *The ethnicity of caste*, p. 561.

¹²⁴⁷ Cfr. Prakash Louis, *Casteism is horrendous than racism: Durban and Dalit discourse*, p. 1.

enfretamento dos sistemas de opressão de grupos populacionais específicos, por desconsiderar as peculiaridades de suas demandas em cada contexto.

6.3. Racismo e castismo: identidade ou sobreposição de opressões?

A questão central que deve ser colocada é se, diante do sistema de estratificação castista verificado na Índia, raça e casta são conceitos equivalentes ou se consistem em formas sobrepostas de opressão.

Já se pontuou que o sistema de castas produz discriminações e desigualdades materiais, impondo obstáculos para acesso aos direitos fundamentais às pessoas pertencentes às castas inferiores e, de modo especial, aos *dalits*. Os efeitos do racismo – enquanto fenômeno persistente, focado especialmente em marcadores físicos –, são semelhantes em termos de exclusão social e de direitos. No entanto, tal constatação não permite concluir que raça e casta são conceitos equivalentes.

Andreas Hofbauer aponta leituras inspiradas em teses panafricanistas, como a de Joseph Harris, que afirmam existir nexos entre os simbolismos religiosos hindus presentes no *Rig Veda* e as cores de pele de duas populações entre as quais haveria hierarquização¹²⁴⁸.

Ângela Barreto Xavier, por sua vez, abordando a disputa de poder, na sociedade goesa, entre portugueses e seus descendentes (casados), de um lado, e a elite brâmane local, de outro, afirma que dialogavam, nesse contexto, duas noções de pureza que competiam entre si e, ao mesmo tempo, fortaleciam-se mutuamente. Segundo Xavier, os portugueses invocavam o *sangue maculado* e a *pele escura* para depreciar os membros da elite local e, com isso, excluí-los dos cargos de alta hierarquia. Os brâmanes, por seu turno, recorriam aos mesmos fatores para imputar aos chamados *casados* status de inferioridade, por pertencerem a um grupo *de sangue misturado* e de *descendência negra*¹²⁴⁹. Essa estratégia discursiva de pureza de sangue – respaldada pelos valores hindus – tinha por objetivo o reconhecimento e a delimitação de grupos de descendências, aos quais os portugueses denominaram castas. A autora chama ainda a atenção para o fato de que documentos portugueses desse período histórico revelam o uso indistinto das palavras *raça* e *casta*, utilizadas genericamente para descrever diferenças entre grupos sociais hierarquizados, de acordo com critérios religiosos, profissionais e de

¹²⁴⁸ Cfr. Andreas Hofbauer, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*, p. 156 e ss.

¹²⁴⁹ Cfr. Ângela Barreto Xavier, *Purity of blood and caste. Identity narratives among early modern Goan elites*, p. 134 e ss.

pertencimento a linhagens. Essas categorias, segundo Xavier, estavam centradas na manutenção da *pureza grupal*, manifestada, na época, tanto em termos religiosos quanto físico-corporais¹²⁵⁰.

Ainda que possam existir simbolismos religiosos que valorizem a branquitude e depreciem, em contrapartida, a cor negra, e que possam ter consolidado, originalmente, a divisão da sociedade indiana em castas, o fato é que a cor da pele das pessoas, atualmente, não constitui elemento factível de diferenciação entre indivíduos de castas opostas. De fato, os indivíduos pertencentes a comunidades de castas inferiores são, em geral, quase invariavelmente indistinguíveis na aparência física dos membros de comunidades de castas superiores. Dito de outro modo, não se trata de uma *classificação* fundada primordialmente nas características morfofenotípicas das pessoas. A linguagem utilizada para descrever as comunidades de baixa e alta casta não faz referência especial à cor da pele, ficando-se, predominantemente – apesar da variação na origem geográfica –, nas ideias de *pureza* e *impureza*. Essas designações são empregadas para justificar a segregação física e social – que envolve a exclusão de certas ocupações e o monopólio involuntário sobre ocupações e tarefas *impuras* – de comunidades de castas inferiores e, sobretudo dos *intocáveis*, do resto da sociedade.

Partindo de uma ótica que contemporiza a valorização da cor branca nos textos védicos, Gupta entende que a casta não é uma categoria tão imutável quanto a raça, visto que possibilita a mobilidade interna por meio da ascensão econômica dos membros das castas inferiores. Ocupando-se também das diferenças sociológicas entre raça e casta, Gupta entende que o regime de raças está associado a uma hierarquia reconhecida por todas as raças – gerando até mesmo o desejo de indivíduos pertencentes a raças subordinadas fundirem-se com as raças dominantes, algo totalmente impensável no mundo das castas. O autor pontua que a ausência de marcadores biológicos é evidente no sistema de castas, em contraposição à questão racial, em que determinada diferença física é destacada para justificar e perpetuar desigualdades entre as pessoas. Desse modo, Gupta conclui que casta e raça, enquanto fenômenos distintos, devem gerar estratégias diferentes para o enfrentamento das discriminações específicas delas decorrentes¹²⁵¹.

Certamente, casta e raça têm a hereditariedade como elemento comum. Com efeito, as características físicas que conferem identidade racial às pessoas são transmitidas hereditariamente, embora não seja a ascendência, e sim o fenótipo, o fator preponderante a gerar

¹²⁵⁰ Cfr. Ângela Barreto Xavier, *Purity of blood and caste. Identity narratives among early modern Goan elites*, p. 143.

¹²⁵¹ Cfr. Dipankar Gupta, *Caste, race, politics*, p. 81.

o *discrîmen*. A segregação racial ocorre com base em diferenças intergrupais perceptíveis porque fenotipicamente manifestas. A casta, por sua vez, decorre da *linhagem familiar* do indivíduo – o que a associa também à hereditariedade –, não sendo, no entanto, determinada pelo fenótipo de seus membros. Trata-se de complexa estrutura sócio-histórica dentro da qual aos grupos sociais é conferido um status *ritual* que especifica seu grau de *pureza* ou *impureza*, delimitando a ocupação dos indivíduos e suas alianças matrimoniais endogâmicas.

Tanto o racismo como o castismo – apesar de suas distinções – operam como sistemas de opressão e de subalternização de grupos de pessoas, restringindo-lhes o acesso a direitos fundamentais e gerando desigualdades materiais persistentes nas sociedades contemporâneas. Decerto que, até mesmo em virtude de cada contexto histórico, suas origens e seus efeitos são peculiares, o que requer análise atenta para adoção de mecanismos específicos de combate e políticas públicas adequadas de promoção da igualdade.

Afirmar que raça e casta são concepções distintas e que características físicas não são marcadores fundamentais para a divisão em castas, não implica concluir que esses fatores são irrelevantes na sociedade indiana. Abordando a diáspora africana na Índia e a exclusão social dos *siddis*¹²⁵², Ineke van Kessel procura demonstrar, a partir de relatos do cotidiano, como a cor da pele produz efeitos discriminatórios nas mais diversas esferas da vida em sociedade, na Índia¹²⁵³.

Os *siddis* encontram-se representados no complexo sistema de castas indiano em posição hierárquica próxima à base, ligeiramente acima dos intocáveis. A sociedade indiana tende a fomentar estereótipos negativos dos *siddis*, “como sujeitos preguiçosos, potencialmente talentosos em música e esportes, mas incapazes de empreendimentos intelectuais”¹²⁵⁴. Nada obstante, apesar das questões envolvendo a cor da pele mais escura – associada à ancestralidade africana –, Kessel observa que as discussões sobre a diáspora africana desenvolvidas no chamado Atlântico Negro não se dão de modo semelhante nas diversas comunidades afro-asiáticas, que parecem priorizar outras demandas (terra, emprego e educação), sem necessária

¹²⁵² Os *siddis* – também denominados de *sidis*, *siddhis*, *sheedis* ou *habshis* – são um grupo étnico presente na Índia e no Paquistão, cujos membros descendem dos povos bantu da região da África Oriental que vieram para a Índia na condição de escravizados, soldados, marinheiros, empregados domésticos, concubinas, guardas do palácio ou mercadores livres. Cfr. Ineke van Kessel, *The African Diaspora in India*.

¹²⁵³ Ineke van Kessel, *The African Diaspora in India*, menciona a fala de abertura na Conferência sobre Diáspora Africana em Goa da então parlamentar indiana Margaret Alva, para quem a Índia é uma sociedade que atribui muita importância à cor da pele (*colour-conscious*). Em sua fala, a parlamentar fez referência ao comportamento das avós indianas, que, quando suas filhas estão prestes a dar à luz, costumam perguntar, primeiro, se o novo membro da família será menino ou menina, para, logo em seguida, perguntarem se a criança terá pele clara.

¹²⁵⁴ Cfr. Ineke van Kessel, *The African Diaspora in India*.

associação à sua origem africana¹²⁵⁵. É nesse sentido que, na Conferência de Goa sobre a Diáspora Africana na Ásia, ocorrida entre 10 e 14 de janeiro de 2006, mencionou-se pesquisa¹²⁵⁶ segundo a qual os acadêmicos poderiam estar impondo uma identidade africana aos *siddis*, quando eles próprios parecem ter preocupações muito diferentes e pontuam, até mesmo, não gostarem de ser identificados como *negros*, uma vez que tal identificação dificultaria a busca por empregos.

A situação dos *siddis* tem sido associada à história dos quilombos no continente americano, sob o argumento de que sua fuga para regiões remotas da Índia foi resultado do fácil reconhecimento de sua condição de escravizados ou descendentes de escravizados, em virtude de suas peculiares características físicas, notadamente a cor da pele. Essa interpretação advoga a favor da tese de que o fenótipo teve papel relevante na diferenciação social em meio à sociedade indiana, mesmo no âmbito do sistema de castas¹²⁵⁷. Afirma-se que os próprios *siddis* costumam estabelecer diferenciações entre pessoas a partir de marcadores físicos – como a textura dos cabelos – e têm buscado seguir padrões hegemônicos da estética indiana, recorrendo a métodos de alisamento dos cabelos e de clareamento da pele¹²⁵⁸.

Na condição de grupo historicamente desfavorecido da população indiana, os *siddis* têm pleiteado reconhecimento enquanto *tribo registrada*, nos termos da Constituição da Índia, com vista à obtenção do tratamento preferencial constitucionalmente previsto, sendo que, em determinadas regiões, já lograram êxito.

¹²⁵⁵ Segundo Ineke van Kessel, *The African Diaspora in India*, os contatos entre Índia e África remontam há vários milênios, sendo que, com o crescimento dos impérios islâmicos, as trocas comerciais da África Oriental tiveram início muito antes e duraram muito mais do que o tráfico de seres humanos da África Ocidental para as Américas. Ainda de acordo com Ineke van Kessel, *Conference report: Goa Conference on the African Diaspora in Asia*, p. 461, uma das principais questões colocadas na Conferência de Goa dizia respeito à própria utilização da expressão *diáspora africana* para o contexto do Oceano Índico. Kessel afirma que, na ocasião Gwyn Campbell, da Universidade do McGill, no Canadá, afirmou se tratar de expressão imprópria para a realidade indiana, pois a dispersão de africanos no Oceano Índico não deve ser vista como uma extensão do modelo atlântico. O acadêmico teria ressaltado que nem todos os africanos vieram para a Ásia como escravizados e nem todos os escravizados eram africanos.

¹²⁵⁶ Ineke van Kessel, *Conference report: Goa Conference on the African Diaspora in Asia*, p. 463, menciona a pesquisa do cineasta e acadêmico indiano-americano Beheroze Shroff.

¹²⁵⁷ Cfr. Andreas Hofbauer, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*, p. 156 e ss.

¹²⁵⁸ Cfr. Andreas Hofbauer, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*, p. 177 e ss.

Independentemente de uma unidade de demandas e de identidade¹²⁵⁹ associada à sua origem africana, o fato é que a cor da pele tem sido um fator de discriminação racial contra os *siddis*, como aponta Obeng em seus escritos¹²⁶⁰.

Pelo que até aqui foi evidenciado, embora as características morfofenotípicas não sejam – salvo raras exceções, como o caso dos *siddis* e outros grupos pertencentes a castas inferiores, especialmente as tribos – elementos observáveis na divisão da sociedade indiana em castas, isso não significa que os traços físicos, em especial a cor da pele, não figurem como fatores propícios a gerar discriminação de ordem racial na Índia. Nesse sentido, determinados grupos podem estar sujeitos cumulativamente aos efeitos do castismo e do racismo, o que demanda olhar cuidadoso diante das especificidades a serem observadas para a eficiência das pertinentes políticas públicas de promoção da igualdade.

Sob essa ótica, é importante compreender quais são os reflexos dessas estruturas de opressão na vida das pessoas, para, enfim, determinar qual a postura jurídico-política a ser adotada para garantia de igualdade de oportunidades. Estabelecido que raça e casta não se confundem, é preciso que se discuta de que modo os efeitos discriminatórios e excludentes operados pelo sistema de castas indiano se assemelham àqueles produzidos pelo racismo, e até que ponto a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção contra a discriminação racial pode agregar ao enfrentamento das desigualdades geradas pelo castismo.

Nesse sentido, a generalização grosseira de categorias-chave pode ser até mesmo prejudicial, por desconsiderar as especificidades de determinadas formas de opressão, bem como as experiências e avanços locais, forçando a adoção de soluções ocidentais padronizadas, nem sempre válidas para desconstruir todas as formas de subalternização ou sub-humanização de pessoas existentes no mundo.

6.4. Ações afirmativas na Constituição indiana

Ações afirmativas têm sido aplicadas, em diversos países, como medidas de promoção da igualdade em contextos sociopolíticos marcados pela persistência de

¹²⁵⁹ Ineke van Kessel, *Conference report: Goa Conference on the African Diaspora in Asia*, p. 462, afirma que, devido aos baixos padrões educacionais e divisões religiosas, os *siddis* não foram capazes de formar organizações para defesa de seus interesses comuns, embora mais recentemente sua identidade *siddi* pareça se sobrepor à sua diversidade religiosa (muçulmanos, hindus e cristãos).

¹²⁶⁰ Pashington Obeng, *Shaping membership, defining nation*, p. 205, critica posicionamentos que buscam explicar a inferiorização dos *siddis* unicamente por sua posição subalterna no sistema de castas indiano, enfatizando a raça tanto como critério de discriminação quanto como fator de identificação dessas tribos.

determinados padrões de desigualdade e discriminação. Estados Unidos, África do Sul, Índia, Sri Lanka, Malásia, Indonésia, Canadá, Austrália, Paquistão, Nova Zelândia e Brasil são alguns exemplos.

Na Índia, essas medidas de promoção da igualdade começaram a ser implementadas pelos colonizadores britânicos, no fim do século XIX, e se consolidaram por meio da Assembleia Constituinte, após a conclusão do processo de independência, em 1947. Consagradas também na Constituição indiana, de 1950, as ações afirmativas na Índia não se restringem a cotas no ensino superior, sendo também aplicadas nas legislaturas, na educação, nos serviços públicos e no mercado de trabalho.

A Índia possui a mais duradoura – e talvez a mais complexa – experiência com ações afirmativas de que se tem registro, tendo servido de paradigma para outras realidades jurídico-políticas. Tendo por alicerce as desigualdades do sistema de castas, a diversidade de destinatários das medidas de promoção da igualdade, na Índia, torna seu sistema único. Dentre as *scheduled tribes* beneficiárias de ações afirmativas há grupos étnicos minoritários que merecem proteção específica, seja pelas suas especificidades culturais e territoriais, seja por seus marcadores físicos – fatores que tornam seus membros suscetíveis à discriminação racial. Tais medidas incluem grupos vulnerabilizados – classificados como *other backward classes* – que, para além da segregação castista, encontram-se em notável situação de privação econômica. Também as comunidades minoritárias anglo-indianas possuem reserva constitucionalmente prevista, notadamente para garantir representatividade nas casas legislativas. Tem-se, ainda – talvez como destinatários mais importantes das ações afirmativas na realidade indiana –, os *dalits*, grupos estigmatizados pela *intocabilidade*, cuja militância pleiteia a inclusão social sem a ratificação da identidade degradada que lhes é atribuída^{1261 1262}.

A questão das desigualdades fundadas na raça e na casta é tão relevante na história da Índia e produz tantos reflexos na sua organização social e no seu sistema jurídico-político, que na Constituição indiana o termo *raça* é repetido 11 vezes e o vocábulo *casta* 50 vezes.

A Constituição da Índia, de 1950, confere aos seus cidadãos um estatuto de igualdade, estabelecendo que o Estado não deve discriminá-los por motivos fundados apenas na religião, raça, casta, sexo e local de nascimento (artigo 15 (1)), fatores que também não podem servir de base para condicionar ou restringir o acesso a lojas, restaurantes, hotéis e locais

¹²⁶¹ Richard Pais, *Scheduled Castes, Employment and Social Mobility*, realizou estudo de campo sobre emprego e mobilidade social, envolvendo as *scheduled castes* de Mangalore, tendo concluído que há uma relação positiva entre as políticas de reserva (ações afirmativas) e a mobilidade social dos *dalits* no contexto local.

¹²⁶² Shyam Babu, *Caste and Class among the Dalits*, avalia a relação entre classe social e casta entre os *dalits* indianos.

de entretenimento público (artigo 15 (2), (a)); ou a utilização de poços, tanques, *ghats* de banho, estradas e recintos públicos mantidos total ou parcialmente com fundos do Estado ou destinados ao uso do público em geral (artigo 15 (2), (b)).

No item 4 do mesmo dispositivo, o legislador constituinte evidencia que o disposto no artigo 15 ou na cláusula 2 do artigo 29¹²⁶³ não impede que o Estado promova medidas especiais para o avanço de quaisquer classes de cidadãos em situação de desvantagem social ou educacional, ou para *scheduled castes* e *scheduled tribes*¹²⁶⁴. Na sequência (artigo 15 (5)), de modo semelhante, institui-se que o conteúdo da alínea “g” do item 1 do artigo 19¹²⁶⁵ da Constituição não obsta à adoção de provisões especiais, por lei, para o avanço dos mesmos grupos já indicados, contanto que tais medidas especiais estejam relacionadas à sua admissão em instituições educacionais – até as de natureza privada, auxiliadas, ou não, pelo Estado –, além das instituições educacionais minoritárias referidas no artigo 30 (1)¹²⁶⁶.

Em matéria de emprego ou cargo público, o artigo 16 estabelece igualdade de oportunidades (1), destacando que nenhum cidadão deve, apenas por motivos relacionados à religião, raça, casta, sexo, descendência, local de nascimento, residência ou qualquer um deles, ser inelegível ou discriminado no acesso a qualquer emprego ou cargo estatal (2), sem prejuízo das medidas de ação afirmativa, por meio do Parlamento ou do Estado, especialmente em favor de indivíduos pertencentes a classes em situação de desvantagem social ou educacional, ou para *scheduled castes* ou *scheduled tribes* (itens (3) a (5)).

O artigo 17 da Constituição indiana declara abolida a intocabilidade, proibindo sua prática sob qualquer forma, estabelecendo, ainda, punição legal para a aplicação de desvantagens dela decorrentes.

A Parte XVI da Constituição indiana disciplina as provisões especiais relacionadas a determinadas classes, instituindo reserva de assentos para castas e tribos registradas e garantia

¹²⁶³ “29. (...)”

(2) No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them.”

¹²⁶⁴ As expressões *scheduled castes* e *scheduled tribes* já eram aplicadas pelo governo colonial britânico, na ocasião do levantamento das castas e tribos existentes na Índia, supostamente para fins administrativos. Essas classificações obtiveram destaque em meio à sociedade indiana com a promulgação da Constituição de 1950. Cfr. Cyprian Henry Lobo, *Siddis in Karnatak – A report making out a case that they be included in the list of scheduled tribes*, p. 89.

¹²⁶⁵ “19. (1) All citizens shall have the right:

(...)

(g) to practise any profession, or to carry on any occupation, trade or business”.

¹²⁶⁶ “30. (1) All minorities, whether based on religion or language, shall have the right to establish and administer educational institutions of their choice.

de representação¹²⁶⁷ da comunidade anglo-indiana na *House of People* (artigo 330) e nas Assembleias Legislativas de cada Estado (artigo 332), cujos efeitos devem expirar após 70 anos da promulgação da Constituição (artigo 334), desde que não afetem nenhuma representação até a dissolução da então existente Casa ou Assembleia, conforme o caso. Na sequência, há ainda provisões especiais relacionadas a: reivindicações de membros de castas e tribos registradas, referentes a nomeações para serviços e postos relacionados a assuntos do Estado (artigo 335); nomeações de membros da comunidade anglo-indiana a determinados serviços (artigo 336); subvenções educacionais em benefício da comunidade anglo-indiana (artigo 337); instituição de Comissão Nacional para Castas Registradas (artigo 338) e de Comissão Nacional para Tribos Registradas (artigo 338-A). Os dispositivos seguintes desta parte da Constituição estabelecem o controle da União sobre a administração das castas e tribos registradas (artigo 339), a instituição de comissão designada para investigar as condições das ditas classes em desvantagem (artigo 340), bem como a forma de reconhecimento das castas (artigo 341) e tribos (artigo 341).

O complexo esquema de ações afirmativas estabelecido pela Constituição indiana de 1950, complementada pela legislação posterior, tem sido objeto constante de estudos – não apenas na seara jurídica, mas também em meio às ciências sociais –, com o fito de demonstrar seus efeitos na desconstrução das desigualdades decorrentes do sistema de castas¹²⁶⁸. Apesar da relevância das ações afirmativas para a promoção da igualdade em contextos de persistente subalternização de certos grupos de pessoas, essas medidas não prescindem da adoção simultânea de um conjunto de outros mecanismos que foque na desconstrução das bases dos sistemas de opressão, capazes até mesmo de intensificar o potencial transformador das ações afirmativas.

¹²⁶⁷ Sobre castas e representação política na Índia, ver D. L. Sheth, *Caste and Class: social reality and political representations*.

¹²⁶⁸ Dentre outros, cfr. Yoko Kijima, *Caste and Tribe Inequality: Evidence from India, 1983-1999*; Ross Mallick, *Affirmative Action and Elite Formation: An Untouchable Family History*; P. G. Jogdand, *Reservation Policy and the Empowerment of Dalits*; D. L. Sheth, *Caste and Class: social reality and political representations*; Oliver Mendelsohn, *Compensatory Discrimination for India's Untouchables*; Eleanor Zelliot, *From Untouchable to Dalit – Essays on the Ambedkar Movement*.

– CAPÍTULO III –
IGUALDADE RACIAL: CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA

“The peculiar contract to which I am referring, though based on the social contract tradition that has been central to Western political theory, is not a contract between everybody (‘we the people’), but between just the people who count, the people who really are people (“we the White people”). So it is a Racial Contract”.

Charles W. Mills

Explorados a dignidade da pessoa humana e o princípio igualitário – enquanto fundamentos da igualdade racial –, suas concepções e conteúdos, bem como sua equilibrada manifestação num Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, para, em seguida, abordarem-se a questão racial, sua relevância jurídica e as lutas antirracistas, parte-se, agora, para a etapa nodal do trabalho, qual seja, a delimitação do conteúdo do direito fundamental à igualdade racial.

Procurar-se-á descortinar os feixes de prerrogativas integrantes do direito à igualdade racial – levando-se em consideração seu *conteúdo ótimo* –, seus limites e alcance, além das relações que estabelecem entre si. Em continuação, discutir-se-á se a prerrogativa jusfundamental estudada possui conteúdo minimamente observável, e quais as dimensões que comporiam esse *mínimo dignificante* em termos de igualdade racial.

Ainda será objeto de análise nessa parte principal do estudo a natureza jurídica da igualdade racial, partindo-se especialmente da sua interface com o princípio da dignidade da pessoa humana, para, enfim, tratar-se da constitucionalização da igualdade racial nos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos e nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Antes, porém, tratar-se-á da colonialidade enquanto persistente realidade – associada ao colonialismo moderno – e da necessidade de construção da igualdade em seu sentido emancipatório, notadamente no que concerne à igualdade racial, verdadeiro devir pós-colonial igualitário.

1. A igualdade racial como devir pós-colonial

1.1. *Nós* e os *outros* no colonialismo moderno

Os processos de *subalternização* do diferente têm origem em épocas remotas e buscam *fundamento racional* para justificar a indiferença moral diante do sofrimento e da aniquilação do *outro*. Com efeito, os supostos interesses racionais civilizatórios e de autopreservação serviram de base para os mais hediondos sistemas de subalternização de seres humanos ao longo da história, como o colonialismo, a escravidão, o genocídio, o holocausto, o *apartheid* e o racismo. Essa indiferença moral tem como um de seus principais fundamentos a *sub/desumanização* ou *monstrificação* do diferente, classificado como inferior.

O colonialismo da modernidade – iniciado a partir da expansão europeia nas Américas – inaugurou um padrão de poder baseado na categorização racial hierarquizada dos povos, classificando a humanidade em europeus (brancos, superiores, racionais, civilizados) e não europeus (não brancos, inferiores, sub-humanos, selvagens). Nessa conjuntura, a ampliação do sistema colonial europeu, intensificada a partir do século XVI, teve como elemento essencial a supremacia branca sobre as demais raças, que, *incapazes de se autogovernarem*, precisavam ser dominadas e, então, civilizadas. Daí se afirmar que a supremacia branca constitui o sistema político que deu origem ao mundo moderno tal qual ele é atualmente¹²⁶⁹.

As relações de dominação estabelecidas pelo colonialismo tinham, portanto, como elemento fundacional as *diferenças de humanidade* entre as raças. No âmbito do colonialismo moderno, a engrenagem da racialização operava igualmente na distribuição do trabalho¹²⁷⁰, realidade que se manteve ao longo de todo o período colonial e que preserva seus reflexos em muitas sociedades contemporâneas. A inferioridade das *raças subalternas* justificava a

¹²⁶⁹ Cfr. Charles Mills, *The racial contract*, p. 1.

¹²⁷⁰ Para Anibal Quijano, *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*, p. 119, “uma nova tecnologia de dominação/exploração, neste caso raça/trabalho, articulou-se de maneira que aparecesse como naturalmente associada, o que, até o momento, tem sido excepcionalmente bem-sucedido”.

exclusividade do trabalho assalariado para os brancos/europeus, dignos também do produto do trabalho dos negros escravizados.

O suposto *aperfeiçoamento racional e humanístico* do glorioso período das luzes iluminava apenas as relações sociais nas metrópoles. Com as expedições colonizadoras rumo às Américas não embarcavam os mesmos princípios e valores proclamados em solo europeu. Nesse sentido, o contrato social enquanto pacto de natureza consensual *firmado* entre livres e iguais – para a instituição da sociedade civil e do Estado – não envolvia todas as pessoas, mas apenas aquelas que importavam (os brancos), o que revela, enfim, a existência de um verdadeiro *contrato racial*. Esse *contrato racial* opera como um elo entre dois mundos contrapostos: de um lado, o convencional, de caráter moral, preocupado com a discussão sobre justiça e direitos (*the white world*); do outro, um mundo de opressão e exploração (a)moral, no qual esses valores não são aplicáveis¹²⁷¹.

É nesse sentido que Boaventura de Sousa Santos caracteriza o pensamento moderno ocidental como um *pensamento abissal*, que divide a realidade em dois universos distintos: o “deste lado da linha” – representado pelas sociedades metropolitanas, às quais se aplicava a dicotomia regulação/emancipação – e o “do outro lado da linha” – que, historicamente, coincidiu com os territórios coloniais, nos quais era empregada a dicotomia apropriação/violência¹²⁷². O que quer que ocorresse do “outro lado da linha” – onde reinavam a lei do mais forte, a violência e a pilhagem – não daria origem à aplicação dos mesmos princípios éticos e jurídicos inerentes a “este lado da linha”¹²⁷³.

¹²⁷¹ Charles W. Mills, *The racial contract*, p. 13-14, afirma que “the Racial Contract establishes a racial polity, a racial state, and a racial juridical system, where the status of whites and nonwhites is clearly demarcated, whether by law or custom. And the purpose of this state, by contrast with the neutral state of classic contractarianism, is, inter alia, specifically to maintain and reproduce this racial order, securing the privileges and advantages of the full white citizens and maintaining the subordination of nonwhites”.

¹²⁷² Santiago Castro-Gómez, *Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”*, p. 83, afirma que “a modernidade é um ‘projeto’ porque seus dispositivos disciplinares se vinculam a uma dupla governamentalidade jurídica. De um lado, a exercida para dentro pelos estados nacionais, em sua tentativa de criar identidades homogêneas por meio de políticas de subjetivação; por outro lado, a governamentalidade exercida para fora pelas potências hegemônicas do sistema-mundo moderno/colonial, em sua tentativa de assegurar o fluxo de matérias-primas da periferia em direção ao centro. Ambos os processos formam parte de uma única dinâmica estrutural”.

¹²⁷³ Boaventura de Sousa Santos, *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*, p. 24 e ss.

Os interesses econômicos – verdadeiro motor da *filantropia evangelizadora* do colonialismo – tornaram o *fardo*¹²⁷⁴ *civilizatório* do homem branco uma missão recompensada com extraordinária opulência, por meio das mais diversas formas de expropriação¹²⁷⁵.

Para Aimé Césaire, o *pedantismo cristão* foi o grande responsável nesse domínio, por instituir uma desonesta equação (*cristianismo* = *civilização*; *paganismo* = *selvageria*), a partir da qual se sucederam abomináveis consequências colonialistas e racistas cujas vítimas seriam os indianos, os amarelos e os negros¹²⁷⁶. Em seu *Discours sur le colonialisme*, Césaire, em abordagem sobre o colonialismo e escravismo europeus, afirma que a Europa – cuja hipocrisia coletiva pretende uma inconciliável associação entre colonização e civilização – “é moralmente indefensável”¹²⁷⁷.

O autor pondera as supostas vantagens do colonialismo – o progresso, a cura de doenças, quilômetros de estradas, canais e caminhos de ferro construídos, toneladas de algodão e de cacau exportadas – com a devastação em diversas esferas – propriedades confiscadas; pessoas sacrificadas e arrancados de seus deuses, suas terras, suas vidas, suas sabedorias; culturas destruídas; instalação de subalimentação –, para apresentar uma nova equação: *colonização* = *coisificação*¹²⁷⁸.

A humanidade dicotômica colonial era, desse modo, dividida em europeus e não europeus, superiores e inferiores, racionais e irracionais, civilizados e selvagens, humanos e sub-humanos, *nós* e *os outros*¹²⁷⁹. Nessa senda, o europeu afirma-se como o ápice evolutivo no

¹²⁷⁴ Recorde-se do poema *The White man's burden* (O fardo do homem branco) – do poeta britânico Rudyard Kipling, Prêmio Nobel de Literatura, em 1907 –, publicado em 1899. Os versos foram celebrados como uma espécie de ode ao imperialismo. Com efeito, o poema trata do *fardo do homem branco* que assumiu, heroicamente, a difícil missão civilizatória dos selvagens, tristes povos “metade demônio, metade criança”. No contexto do poema, ao generoso homem branco cabia a tarefa de enfrentar as “guerras selvagens pela paz, de encher a boca dos famintos, de cessar as doenças”.

¹²⁷⁵ Cfr. Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, p. 4, “qu'est-ce en son principe que la colonisation? De convenir de ce qu'elle n'est point; ni évangelisation, ni entreprise philanthropique, ni volonté de reculer les frontières de l'ignorance, de la maladie, de la tyrannie, ni élargissement de Dieu, ni extension du Droit; d'admettre une fois pour toutes, sans volonté de broncheries conséquences, que le geste décisif est ici de l'aventurier et dupirate, de l'épicier en grand et de l'amateur, du chercheur d'or et du marchand, de l'appétit et de la force, avec, derrière, l'ombre portée, maléfique, d'une forme de civilisation qui, à un moment de son histoire, se constate obligée, de façon interne, d'étendre à l'échelle mondiale la concurrence de ses économies antagonistes”.

¹²⁷⁶ Cfr. Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, p. 5.

¹²⁷⁷ Cfr. Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, p. 2-3.

¹²⁷⁸ Cfr. Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, p. 19-21.

¹²⁷⁹ Tratando da dupla consciência que marca a história do homem negro americano, W. E. B. Dubois, *The Souls of the Black Folk*, p. 8, afirma “it is a peculiar sensation, this double-consciousness, this sense of always looking at one's self through the eyes of the others, of measuring one's soul by the tape of a world that looks on in amused contempt and pity. One ever feels his two-ness – an American, a Negro –; two souls, two thoughts, two un-reconciled strivings; two warring ideals in one dark body”. Essa dupla consciência é resultado decorrente das subjetividades dicotômicas produzidas pela colonialidade. Em sentido semelhante, Grada Kilomba, *Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism*, p. 16, afirma que esse fenômeno “is based upon processes in which *split off* parts of the psyche are projected outside, always creating the so-called ‘Other’ as an antagonist to the ‘self’. This splitting evokes the fact that the *white* subject is somehow divided within her/himself, for she/he

*caminho linear e unidirecional*¹²⁸⁰ da espécie humana, do primitivo/tradicional ao civilizado/moderno. Esse colonialismo eurocêntrico – que se inicia como sistema global a partir do século XV, com o descobrimento da América, consolidando-se nos séculos posteriores de expansão colonizatória – classifica os seres humanos a partir da universalização das particularidades do *homem padrão hegemônico*, invisibilizando as particularidades dos seres *variantes* ou *desviantes*.

Anibal Quijano explica que o *colonialismo* – enquanto sistema global de dominação política, social e cultural europeia sobre os povos colonizados –, sobretudo em seu aspecto político formal, foi amplamente derrotado, inicialmente na América e, após a Segunda Guerra Mundial, na África e na Ásia¹²⁸¹. A *colonialidade*, no entanto, mostrou-se mais duradoura, permanecendo como matriz de racialização das relações de poder entre conquistadores e conquistados¹²⁸². Trata-se de elemento *constitutivo, e não derivativo*, da modernidade¹²⁸³, capaz de colonizar o próprio *imaginário dos dominados*.

Nessa linha de entendimento, a espoliação colonial legitimou-se a partir de um imaginário que estabelece a dualidade binária entre colonizador e colonizado, na qual raça e cultura operam de forma taxonômica separando identidades contrastantes. Como resultado desse processo, pode-se observar, como assevera o sociólogo peruano, que as principais linhas matrizes do poder mundial atual – envolvendo até mesmo a distribuição de recursos e de trabalho – evidenciam que a grande massa “dos explorados, dos dominados, dos discriminados,

develops two attitudes toward external reality: only one part of the ego – the ‘good’, accepting and benevolent – is experienced as ‘self’; the rest – the ‘bad’, rejecting and malevolent – is projected onto the ‘Other’ and experienced as external. The Black subject becomes then a screen of projection for what the white subject fears to acknowledge about her/himself: in this case, the violent thief, the indolent and malicious robber”.

¹²⁸⁰ Anibal Quijano, *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, p. 75.

¹²⁸¹ Cfr. Anibal Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidade*, p. 11.

¹²⁸² Sobre colonialismo e colonialidade, Anibal Quijano, *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, p. 73, afirma: “Colonialidade é um conceito diferente de, ainda que vinculado ao Colonialismo. Este último refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração em que o controlo da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial. Mas nem sempre, nem necessariamente, implica relações racistas de poder. O colonialismo é, obviamente, mais antigo, enquanto a Colonialidade tem vindo a provar, nos últimos 500 anos, ser mais profunda e duradoira que o colonialismo. Mas foi, sem dúvida, engendrada dentro daquele e, mais ainda, sem ele não poderia ser imposta na intersubjectividade do mundo tão enraizado e prolongado”. Nelson Maldonado-Torres, *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*, p. 131, por sua vez, explana que “colonialismo denota una relación política y económica, em la cual la soberanía de un pueblo reside en el poder de outro pueblo o nación, lo que constituye a tal nación e num imperio. Distinto de esta idea, la colonialidad se refiere a un patrón de poder que emergió como resultado del colonialismo moderno, pero que en vez de estar limitado a una relación formal de poder entre dos pueblos o naciones, más bien se refiere a la forma como el trabajo, el conocimiento, la autoridad y las relaciones intersubjetivas se articulan entre sí, através del mercado capitalista mundial y de la idea de raza”.

¹²⁸³ Cfr. Walter D. Mignolo, *A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade*, p. 38.

são exatamente os membros das raças, das etnias, ou das nações em que foram categorizadas as populações colonizadas”¹²⁸⁴.

A própria história do colonialismo centrou-se na hegemonia do pensamento europeu que, autocontemplativo e exclusivista, renegou outras histórias e outras epistemologias¹²⁸⁵.

Assim, o processo colonialista resultou – com reflexos perpetuados até os dias atuais – na colonialidade do poder¹²⁸⁶, do saber¹²⁸⁷ e do próprio ser¹²⁸⁸, fenômenos intrínsecos à modernidade e ao capitalismo e que negam/inferiorizam a humanidade do outro para afirmar a *humanidade hegemônica* como universal. As particularidades identitárias não hegemônicas foram categorizadas como hierarquicamente inferiores, justificando a subalternização *do outro* cujas *desigualdades naturais* impediam a formação de verdadeiros *sujeitos* de conhecimentos. Desse modo, inferiores e *desiguais por natureza*, os povos colonizados eram apenas objeto de conhecimento e também de práticas de controle/dominação. Por conseguinte, bloquearam-se a diversidade cultural e epistêmica e, conseqüentemente, o *diálogo de saberes*.

A colonialidade do saber universaliza concepções e conhecimentos hegemônicos como sendo únicos, invisibilizando as epistemologias estabelecidas pelos sujeitos históricos de outras partes do mundo. Sob essa ótica, no processo de eurocentrização – que valida a Europa e os pensadores europeus como catalisadores do conhecimento universal e dos padrões de humanidade –, não apenas as pessoas são racializadas, mas ocorre, do mesmo modo, a racialização do conhecimento, das línguas, das religiões, das crenças, do imaginário.

¹²⁸⁴ Cfr. Anibal Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidade*, p. 12.

¹²⁸⁵ Para Walter D. Mignolo, *A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade*, p. 40, “O imaginário do mundo moderno/colonial surgiu da complexa articulação de forças, de vozes escutadas ou apagadas, de memórias compactadas ou fraturadas, de histórias contadas de um só lado, que suprimiram outras memórias, e de histórias que se contaram e se contam levando-se em conta a duplicidade de consciência que a consciência colonial gera”.

¹²⁸⁶ Para Anibal Quijano, *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, p. 73, a Colonialidade – que se origina e se mundializa a partir da América – “sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjectivos, da existência social quotidiana e da escala societal”. Trata-se, portanto, de um sistema que implica relações racistas de poder.

¹²⁸⁷ Cfr. Eduardo Landier, *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Apresentação*, p. 7, para quem a Colonialidade do Saber reflete – para além do legado de desigualdades e injustiças sociais próprios do colonialismo e do imperialismo – um legado epistemológico do eurocentrismo, que “nos impede de compreender o mundo a partir do próprio mundo em que vivemos e das epistemes que lhes são próprias”.

¹²⁸⁸ Nelson Maldonado-Torres, *A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade*, p. 355, afirma que “a relação entre poder e conhecimento conduziu ao conceito de ser. E se, então, existia uma colonialidade do poder e uma colonialidade do conhecimento (*colonialidad del saber*), pôs-se a questão do que seria a colonialidade do ser” (grifos do autor). Para Maldonado, p. 363, “a colonialidade do Ser refere-se ao processo pelo qual o senso comum e a tradição são marcados por dinâmicas de poder de caráter preferencial: discriminam pessoas e tomam por alvo determinadas comunidades. O caráter preferencial da violência pode traduzir-se na colonialidade do poder, que liga o racismo, a exploração capitalista, o controle sobre o sexo e o monopólio do saber, relacionando-os com a história colonial moderna”.

Em sua obra *The African origin of civilization*, Cheikh Anta Diop confronta a arrogância intelectual e a ausência de ética acadêmica e científica do Ocidente, sobretudo no que diz respeito ao tratamento conferido ao conhecimento produzido pelos povos e civilizações da África. O físico, egiptólogo, historiador e antropólogo senegalês revelou que os egípcios do Antigo Egito – responsável por importante legado cultural, artístico, científico e civilizacional – eram negros, desmentindo a versão dos cientistas ocidentais do século XIX, que afirmavam que aqueles eram pessoas de origem branca (ou vermelho-escura)¹²⁸⁹.

O ideal colonizatório, fortemente influenciado e legitimado pelo racismo científico, permeou os discursos e teorias de grande parte dos filósofos dos séculos XVIII e XIX, os quais, ainda que de modo implícito, eram compatíveis com a defesa do colonialismo e da escravidão como instrumentos imprescindíveis à evolução civilizatória dos povos não europeus. Tal perspectiva – de referencial eurocentrado, com nuances específicas conforme os paradigmas dos respectivos estudiosos – afastava concepções jurídico-filosóficas de igualdade racial.

A liberdade, tão preconizada pelos pensadores iluministas como valor supremo universal, convivia com sua exata antítese: a escravidão. As vantagens econômicas do sistema capitalista escravocrata *tornavam* a escravização de não europeus – em especial de negros transplantados da África – *justificável política, jurídica e moralmente*.

Diversas obras de conhecidos pensadores europeus podem ser pontuadas por marcarem a construção da universalidade a partir da particular história europeia, ou, dito de outro modo, tendo como ponto de partida uma universalidade não universal/excludente¹²⁹⁰. Havia evidente contradição entre o discurso da universalidade dos *direitos do homem* e a prática escravocrata. No contexto do pensamento iluminista – no qual a liberdade era apregoada como direito natural e universal de *todos os homens* –, quando não era omitida, a escravidão surgia como metáfora e antítese da liberdade, sem que, no entanto, os pensadores europeus incluíssem em suas obras a crítica ao sistema escravista colonial e às suas bases racialmente construídas¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ Cfr. Cheikh Anta Diop, *The African origin of civilization: myth or reality*, p. xiv, afirma que: “The ancient Egyptians were Negroes. The moral fruit of their civilization is to be counted among the assets of the Black world. Instead of presenting itself to history as an insolvent debtor, that Black is the very initiator of the ‘western’ civilization flaunted before our eyes today. Pythagorean mathematics, the theory of the four elements of Thales of Miletus, Epicurean materialism, Platonic idealism, Judaism, Islam, and modern science are rooted in Egyptian cosmogony and science. One needs only to meditate on Osiris, the redeemergod, who sacrifices himself, dies, and is resurrected to save mankind, a figure essentially identifiable with Christ”.

¹²⁹⁰ Eduardo Lander, *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos*, p. 11, afirma que “foi, assim, necessário estabelecer uma ordem de direitos universais de todos os seres humanos como um passo para exatamente negar o direito à maioria deles”.

¹²⁹¹ Cfr. Susan Buck-Morss, *Hegel e Haiti*, p. 131-132.

Apesar da existência de movimentos abolicionistas – dentre os quais a *Société des Amis des Noirs*, na França –, a defesa da liberdade não tinha como elemento central a igualdade racial, realidade impensável na época, diante até mesmo da certeza de superioridade racial dos europeus/brancos, em contraposição aos negros, sequer considerados seres humanos. Os poucos filósofos que manifestavam repugnância ao instituto da escravidão em termos de emancipação universal tiveram seus discursos moldados por acontecimentos econômicos e políticos¹²⁹².

Para Thomas Hobbes – cujo pensamento, nesse aspecto, parecia seguir o de outros teóricos, como Hugo Grotius e Samuel Pufendorf –, a escravidão era consequência da guerra de todos contra todos, inerente ao estado de natureza e, portanto, às naturais disposições humanas. Tratava-se, para ele, de “parte inalienável da lógica do poder”¹²⁹³, sendo que, mesmo os indivíduos de *nações civilizadas e florescentes*, poderiam retornar ao estado de escravidão¹²⁹⁴.

Em sua obra, John Locke retrata a propriedade privada como um direito individual de livre disposição sobre as coisas. Tal prevalência do direito individual, e não coletivo, em relação às coisas e à natureza – a partir do paradigma eurocêntrico –, serviu de fundamento para o domínio dos corpos e dos territórios das coletividades colonizadas. No entanto, os *indivíduos* pertencentes a estas não teriam o mesmo direito, quer individual, quer coletivo, à propriedade ou às suas terras originárias. O argumento filosófico de Locke de igualdade universal no estado de natureza era temperado pela *igual racionalidade de todos os homens* que consentiam para estabelecer o contrato social. Mas deste, certamente, estavam excluídos os escravizados, pois seres incultos e desprovidos de razão não faziam parte da sociedade civil formada a partir do consentimento racional. Embora as linhas iniciais do *Primeiro Tratado sobre o Governo* declarem ser a escravidão uma condição humana vil e miserável, aqui Locke ataca não a escravidão colonial, mas aquela decorrente do poder absoluto dos monarcas, que pretendiam escravizar todos os homens, livres por natureza. Trata-se de uma metáfora para a tirania legal¹²⁹⁵, em explícita contraposição de Locke à filosofia política patriarcal de Filmer, defensor da monarquia absoluta. A repulsa à escravidão no Império Britânico, de 1630-1750 – período no qual foram publicados os *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, de Locke –, conviviu com a “exploração quase incontestada do cativeiro de africanos”. O próprio Locke, possuidor de ações na Real Companhia Africana, considerava a escravidão justificável como instituto capaz

¹²⁹² Cfr. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 82.

¹²⁹³ Cfr. David Brion Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*, p. 263.

¹²⁹⁴ Cfr. Susan Buck-Morss, *Hegel e Haiti*, p. 134.

¹²⁹⁵ Cfr. Susan Buck-Morss, *Hegel e Haiti*, p. 135.

de salvar os africanos de um destino ainda pior do que aquele reservado aos negros escravizados pelo colonialismo moderno¹²⁹⁶.

Charles-Louis de Secondat, o filósofo, político e escritor francês, conhecido como Montesquieu, em um dos capítulos de seu *l'Esprit des Loïs* – uma das primeiras obras do Iluminismo contendo argumentos antiescravagistas¹²⁹⁷ – explicitou as justificativas convencionais dos europeus para a escravização de negros africanos. Montesquieu recordava que, após o extermínio dos povos das Américas pelos europeus, foi necessário escravizar os africanos para garantir que o açúcar não se tornasse demasiado caro¹²⁹⁸. As características físicas e mentais constituiriam fator suficiente para justificar a ausência de alma e humanidade dos negros, e, portanto, o natural direito – conferido aos colonizadores – de submissão destes à escravidão. Montesquieu trazia, ainda, o argumento de que os negros não atenderiam a *critérios elementares* – em especial por conta da cor de sua pele e do desdém em relação ao ouro – para serem considerados homens¹²⁹⁹. Entendidos como repúdio indireto à escravização dos negros africanos no Novo Mundo, a partir da ridicularização das razões apresentadas pelos colonos escravistas das *plantations*¹³⁰⁰, os mencionados trechos da obra de Montesquieu, no entanto, limitavam-se a isso. Não é possível vislumbrar, em o *Espírito das Leis*, argumentos efetivamente antiescravagistas capazes de contrapor ao escravismo colonial a igualdade racial e, portanto, a condição de igual humanidade dos negros escravizados.

Apesar de seus argumentos antiescravagistas¹³⁰¹, Jean-Jacques Rousseau, um dos mais célebres defensores da liberdade e igualdade da Revolução Francesa, no entanto, ignorava solenemente a paradoxal convivência entre os ideais iluministas e a prática econômica escravagista, tão evidente e lucrativa na França de seu tempo. Rousseau nem sequer menciona

¹²⁹⁶ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do escravismo colonial: 1776-1848*, p. 54-55.

¹²⁹⁷ Para Montesquieu, a escravidão era incompatível com o direito natural e o direito civil e contrária à natureza humana. No entanto, o filósofo francês apresenta argumentos para relativizar a injustiça da escravidão dos negros, tornando-a *justa e conforme a razão*.

¹²⁹⁸ “Les peuples d'Europe ayant exterminé ceux de l'Amérique, ils ont dû mettre en esclavage ceux de l'Afrique, pour s'en servir à défricher tant de terres. Le sucre serait trop cher, si l'on ne faisait travailler la plante qui le produit par des esclaves”. Cfr. Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, p. 393.

¹²⁹⁹ “Ceux dont il s'agit sont noirs depuis les pieds jusqu'à la tête; et ils ont le nez si écrasé qu'il est presque impossible de les plaindre. On ne peut se mettre dans l'esprit que Dieu, qui est un être très sage, ait mis une âme, surtout une âme bonne, dans un corps tout noir. (...) Une preuve que les nègres n'ont pas le sens commun, c'est qu'ils font plus de cas d'un collier de verre que de l'or, qui, chez des nations policées, est d'une si grande conséquence. Il est impossible que nous supposions que ces gens-là soient des hommes; parce que, si nous les supposions des hommes, on commencerait à croire que nous ne sommes pas nous-mêmes chrétiens”. Cfr. Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, p. 393.

¹³⁰⁰ Cfr. Robin Blackburn, *A queda do escravismo colonial: 1776-1848*, p. 59-61.

¹³⁰¹ Para Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, p. 46, “renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à des devoirs. (...) Une telle renunciation est incompatible avec la nature de l'homme (...)”.

em sua obra o *Code Noir*, Decreto Real, de 1688, sancionado por Luís XIV, que estabelecia a política escravagista nas colônias francesas. Além de legalizar a escravidão negra em todo território sob jurisdição francesa, o código considerava os negros escravizados como propriedade móvel, impondo a estes tratamentos como tortura, mutilação, marcação a ferro e pena capital. É difícil conceber que Rousseau – que viveu boa parte de sua vida na França, tendo falecido em solo francês, em 1778 – desconhecesse tal legislação, vigente até 1848¹³⁰². O filósofo que mais eloquentemente proclamava a igualdade entre os homens e denunciava a origem das desigualdades na propriedade privada não dedicou argumentos contrários à escravidão nas colônias francesas que, afrontando todos os princípios por ele defendidos, tornava as pessoas negras escravizadas propriedade privada a serviço da economia europeia.

1.2. A igualdade racial como *desracialização* do princípio igualitário

A história do princípio igualitário constitui parte importante da própria história da humanidade, em especial a partir da perspectiva das sociedades ocidentais modernas. A modernidade é habitualmente associada ao processo e aprimoramento civilizatório da humanidade, bem como à racionalização da natureza humana, em busca de ideais pacificadores e democráticos. Sobreleva-se a figura do cidadão em contraposição ao súdito do antigo regime. A universalização dos direitos à liberdade, à propriedade e à busca da própria felicidade consistiria marco definitivo das sociedades modernas, inaugurando a possibilidade de autodeterminação do indivíduo sobre seu próprio modo de ser e estar no mundo.

Nada obstante, no contexto histórico-político das revoluções liberais – a partir da declaração da *igualdade natural entre todos os homens* –, define-se não apenas um espectro de direitos naturais e inalienáveis a serem positivados, mas também se estabelece, sobretudo, quem teria o poder de *construir* a igualdade e de determinar os sujeitos aos quais tal prerrogativa deveria ser atribuída. Com efeito, a construção da igualdade moderna se deu, historicamente, de modo a desconsiderar a participação e as demandas dos grupos subalternizados, revelando-se insuficiente, na sua artificialidade, para gerar efetivas transformações sociais. Nesse sentido, a igualdade formal, revestida de mera declaração solene, permitia, abstratamente, a

¹³⁰² Louis Sala-Molins, *Le Code noir, ou le calvaire de Canaan*, dedicou-se a contrapor o texto do *Code Noir* aos escritos dos filósofos iluministas franceses, apontando as contradições e omissões destes. No que se refere especificamente à obra de Rousseau, Sala-Molins, p. 238 e ss., considera um despropósito que Rousseau tenha omitido de seus escritos o *Code Noir* – o mais perfeito exemplo da legalização de algo que, no pensamento rousseauiano, não poderia ser legalizado: a escravidão.

representação de sujeitos diferentes como iguais, como mote de um processo de contraposição ao anterior regime, fundado no privilégio e na desigualdade.

A igualdade dos modernos pretendia, assim, servir de fundamento à nova ordem social, a partir da positivação de uma ficção permissiva do esquecimento das diferenças entre os sujeitos. Desse modo, a igualdade foi construída sobre as bases da indiferença, como um espelho narcísico pelo qual se enxerga não a diversidade de todas as *diferentes imagens refletidas*, mas apenas aquelas *seletivamente iguais*. Nessa perspectiva, a universalização da igualdade – suposto projeto de justiça da modernidade – é reduzida ao papel de alicerce filosófico-político para a manutenção do conquistado *status quo*, sem pretensão de emancipação igualitária dos sujeitos subalternizados.

Efetivamente, quando as revoluções liberais eclodiram em defesa da liberdade e da igualdade *entre todos os homens*, a escravidão de negros e extermínio dos indígenas eram realidades incontornáveis, em escala mundial, assim como a inferiorização das mulheres, nos contextos social, jurídico e político. Assim, no decurso do tempo e da consolidação jurídico-política do princípio da igualdade, este teve seu sentido e contornos apropriados por uma pequena parcela, porém hegemônica, da humanidade.

Como visto, a era moderna tem reflexos incontestáveis na produção do conhecimento e no estabelecimento dos rumos e dos registros da história. Nesse contexto, as conquistas e referências eurocêntricas traçaram a linha de desenvolvimento dos valores que deviam alcançar significação universal. Não remanesce dúvida, a partir dessa conjuntura, sobre quem estabelece os princípios jurídicos e direitos ditos universais; sobre quem determina os sentidos, limites e alcances da própria igualdade jurídica. Sob essa ótica o princípio igualitário foi, também ele, racializado.

O pensamento moderno se esforçou para justificar a substituição de um estado de natureza, no qual prevalecia a injusta lei do mais forte, por um estado em que a racionalidade da lei tornar-se-ia mediadora da paz, impedindo a guerra de todos contra todos. A igualdade e a liberdade do estado selvagem corresponderiam à negação de si mesmas, diante dos instintos humanos de tendência belicosa que precisavam ser limitados pelo Estado, pela sociedade civil, pela lei. É a partir da defesa do instinto natural de guerra e morte que se elabora também a própria solução traduzida na necessidade inevitável de salvação pelo Estado. Legitimam-se, portanto, as decisões sobre a liberdade e igualdade de todos nas mãos de muito poucos. O ideal da liberdade e da igualdade sob controle do Estado triunfante da modernidade representa a racionalização – e também a racialização – da dominação do *outro*, numa conjuntura em que à proclamada fraternidade atribui-se papel de relevo quase insignificante.

Sob essa ótica, o princípio da igualdade, em sua dimensão puramente formal, revela-se débil, com sentido e alcance limitados, seletivos, permitindo-se a dissociação entre a cláusula igualitária positivada e o projeto emancipatório que parecia inscrito na sua origem. O pacto social em prol da limitação da liberdade absoluta pelo Estado não logra alcançar igual liberdade e direitos iguais para todos. Antes parece transferir da natureza para o ente estatal o poder de regência da vida humana, cuja importância é medida, em muitos termos, conforme a cor da pele, o sexo, a origem¹³⁰³. Nesse ponto, não é forçoso novamente lembrar que declarações de direitos e constituições consagradoras da igualdade de todos perante a lei *conviveram harmoniosamente* com sistemas escravocratas. Pouco importando a intencionalidade, o fato é que, nesses contextos históricos, acabava-se por atribuir à igualdade mero caráter declaratório ou descritivo, com pouca ou nenhuma propensão à efetiva normatividade.

Assim, a sociedade que se constrói fundada no princípio moderno da igualdade se converte em ordem perpetuadora da divisão entre homens e mulheres, brancos e negros, governantes e governados, ricos e pobres, proprietários e não proprietários, nacionais e estrangeiros. A partir do reconhecimento de todos como cidadãos iguais, o princípio da igualdade assume a função de generalização de expectativas e demandas particulares, cujas condições de concretização são *juridicamente irrelevantes*¹³⁰⁴. Trata-se, portanto, de uma *igualdade universalizada* por meio da indiferença às diferenças¹³⁰⁵, ou pior: da cegueira à própria existência do *outro*.

¹³⁰³ Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*, p. 28, “as teorias do contrato social dos séculos XVII e XVIII são tão importantes pelo que dizem como pelo que silenciam. O que dizem é que os indivíduos modernos, ou seja, os homens metropolitanos, entram no contrato social abandonando o estado de natureza para formarem a sociedade civil. O que silenciam é que, desta forma, se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza, um estado de natureza a que são condenados milhões de seres humanos sem quaisquer possibilidades de escaparem por via da criação de uma sociedade civil. A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declarar efectivamente como não-existente o estado de natureza. O presente que vai sendo criado do outro lado da linha é tornado invisível ao ser reconceptualizado como o passado irreversível deste lado da linha”.

¹³⁰⁴ Cfr. Ana Rubio, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, p. 262.

¹³⁰⁵ Ana Rubio, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, p. 263, chama a atenção para as distintas formulações nos textos das declarações de direitos e Constituições posteriores à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Com efeito, a expressão “todos os homens nascem livres e iguais em direitos”, presente na Constituição revolucionária de 3 de setembro de 1789, é substituída na primeira Constituição republicana francesa, de 24 de junho de 1793, pela máxima de que “todos os homens são iguais por natureza e perante a lei”. A formulação de *igualdade em direitos* permite a valorização das diferenças e consequente interação igualdade-diferença, enquanto que a formalidade abstrata da igualdade por natureza e perante a lei pressupõe a irrelevância das diferenças.

Essa ambivalência sempre marcou a história da igualdade no mundo jurídico moderno, já que as declarações de direitos oitocentistas tinham como foco consagrar a igualdade para seus próprios proclamadores. Por meio da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, proclamava-se a igual liberdade e independência de todos os homens, por natureza. A locução *todos os homens* abarcava apenas os próprios colonos conquistadores dos direitos declarados, mas não os *seus escravos*. O mesmo se diga acerca da *igualdade em direitos* consagrada pela Declaração francesa, de 1789, *válida* apenas para os revolucionários burgueses; alheia às classes subalternizadas pelos processos de pauperização e escravização nas colônias.

A equiparação indiscriminada de sujeitos produzida por uma visão reducionista da igualdade desconsidera as diferenças entre os indivíduos como se estas não representassem condicionantes decisivas no acesso e gozo de direitos fundamentais. Nos limites dessa concepção formalista da igualdade – que parece desconhecer ou pretende invisibilizar o potencial de transformação social do princípio igualitário –, reduz-se a complexidade dos tecidos sociais – marcados pela diversidade, mesmo quando não reconhecida e valorizada –, validando-se tratamentos sociais ilegítima e injustamente desiguais. Nessa linha de intelecção, é preciso que as diferenças de tratamento – que já existem e produzem tais desigualdades sociais – recebam uma espécie de filtragem por meio do princípio igualitário, no seu sentido substancial, de modo a corrigir injustiças e promover igualdade em direitos.

Ao longo da história, as (re)formulações da igualdade, restritivas do caráter emancipatório do princípio igualitário, não foram capazes de suprimir a sua *força utópica* e o seu intrínseco *valor social*¹³⁰⁶. Juridicamente, a dimensão sociopolítica do princípio da igualdade apenas parece ser retomada, em textos constitucionais, na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos – marco do Estado Social de Direito –, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, e que recupera o sentido da igualdade em direitos¹³⁰⁷, não se contentando com a mera declaração de igualdade formal entre todos.

As transformações sociais impulsionam a complementação do princípio igualitário, agregando-lhe, gradativamente, nuances necessárias ao *despertar* das sociedades e dos entes públicos para a efetiva participação dos grupos subalternizados nas decisões da comunidade

¹³⁰⁶ Cfr. Ana Rubio, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, p. 259.

¹³⁰⁷ Veja-se o artigo 3º, I, a (atualmente correspondente ao artigo 3º, II, “c”, da constituição vigente), que reza que o critério que orientará a educação “contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos”.

política. Essa *metamorfose inacabada* do princípio da igualdade deve ter em conta não apenas a necessidade de materialização de mudanças sociais que equilibrem as desigualdades fáticas, mas principalmente de garantia do envolvimento ativo e autônomo dos sujeitos historicamente olvidados¹³⁰⁸, cujos interesses e necessidades são, com frequência, invisibilizados. Caso contrário, estar-se-á permitindo que a decisão de poucos sobre os limites e conteúdo da igualdade continue sendo universalizada como se atendesse aos anseios e demandas de todas as pessoas.

No atual estágio de evolução do princípio igualitário, a tarefa que se impõe é a de não desconsiderar o legado deixado pela trajetória da igualdade moderna – notadamente a extinção formal de privilégios –, mas de conferir-lhe sentido emancipatório, a partir do uso e desenvolvimento do seu senso prescritivo, em prol da igual dignidade e expansão autônoma dos grupos vulnerabilizados. Nessa senda, a densificação do conteúdo normativo da igualdade é, certamente, uma das formas de incorporar verdadeiro sentido revolucionário ao princípio igualitário.

Trata-se de reconhecer que o princípio igualitário – para que transcenda a um projeto meramente abstracionista que distorce e engessa a realidade social – deve, finalmente, sobrelevar o princípio da solidariedade. Não no sentido utilitarista de sacrifício e aniquilamento do indivíduo em benefício do coletivo, mas no sentido de fortalecimento emancipatório de todos os sujeitos de direitos. Nessa perspectiva, é preciso reconhecer a necessidade de promoção de direitos dos grupos vulnerabilizados, seara na qual o princípio da igualdade ganha delineamentos inerentes à concepção de justiça (re)distributiva.

Ademais, a diversidade de demandas e necessidades dos indivíduos e grupos nas sociedades contemporâneas, associada aos processos internacionais que levaram à mitigação dos contornos jurídico-políticos dos Estados-Nação forçam a revisão de importantes concepções – como dignidade humana, direitos fundamentais e cidadania – que também interferem decisivamente na delimitação das dimensões do princípio igualitário. A noção moderna de cidadania, que se consolidou sob uma tênue e abstrata fraternidade, precisa cristalizar-se sob o manto de uma solidariedade mais concreta que permita o reconhecimento

¹³⁰⁸ De acordo com Anibal Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidade*, p. 19, a crítica do paradigma europeu de racionalidade/modernidade é indispensável, mas não como simples negação de suas categorias, sendo necessário “desprenderse de las vinculaciones de la racionalidad/modernidad con la colonialidad, en primer término, y en definitiva con todo poder no constituido em la decisión libre de gentes libres.” Para o autor, p. 20, “la liberación de las relaciones interculturales de la prisión de la colonialidad, entraña también la libertad de todas las gentes, de optar individual o colectivamente en tales relaciones; una libertad de opción entre las diversas orientaciones culturales. Y, sobre todo, la libertad para producir, criticar y cambiar e intercambiar cultura y sociedad. Es parte, enfin, del proceso de liberación social de todo poder organizado como desigualdad, como discriminación, como explotación, como dominación”.

da igualdade na diferença¹³⁰⁹; da igual capacidade e necessidade de intervenção de *novos setores* da população nas decisões jurídico-políticas e, conseqüentemente, no gozo equitativo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana – amplamente consagrado em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como em diversas constituições vigentes – figura como importante marco jurídico-político e moral a nortear o atual sentido da igualdade entre as pessoas. A densificação normativa e a concretização desse princípio norteador por meio de outros princípios constitucionais que neste encontram seu eixo condutor permitem que se definam direitos fundamentais geradores de demandas igualitárias impreteríveis em sociedades democráticas. Mas, nessa linha de entendimento, é preciso que se estabeleça a necessidade de legitimação do sentido do próprio princípio igualitário a partir da abertura da sociedade de intérpretes constitucionais¹³¹⁰, com a busca de igual acesso e participação dos grupos historicamente subalternizados na comunidade jurídico-política. Caso contrário, estar-se-ão medindo os limites e alcances da igualdade sempre a partir dos interesses daqueles que detêm o poder, o que se traduz continuamente num desejo de manutenção do *status quo*.

O desafio de conceber a igualdade contemporaneamente está também na conjugação de suas dimensões jurídica, política e social, cujo desenvolvimento não pode permanecer alheio às diferenças. Quando as diferenças essenciais permanecem sendo obstáculos à concretização de direitos fundamentais, operando desigualdades de ordem

¹³⁰⁹ Para Anibal Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidade*, p. 19, “por lo tanto, la idea de totalidad social, en particular, no solamente no niega, sino que se apoya en la diversidad y en la heterogeneidad históricas de la sociedad, de toda sociedad. E notros términos, no solamente no niega, sino requiere la Idea del ‘outro’, diverso, diferente. Y esa diferencia no implica, necesariamente, nila naturaleza desigual de lotro y por eso la exterioridade absoluta de las relaciones; nila desiguald adjerárquica o la inferioridad social de lotro. Las diferencias no son, necesariamente, el fundamento de nila desiguald adjerárquica dominación. Al mismo tiempo y por eso mismo, allí la heterogeneidad histórico-estructural, implica la copresencia y nila desiguald articulación de diversas ‘lógicas’ históricas en tome de alguna de ellas, hegemonica, pero de ningún modo única”.

¹³¹⁰ Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 15, propõe a democratização do processo de interpretação constitucional, por meio da ampliação do círculo de intérpretes, o que corresponderia a uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete, não havendo espaço para um monopólio da interpretação constitucional pelos órgãos públicos – nem mesmo os jurídicos –, uma vez que esta não se configura como um *evento exclusivamente estatal*. Tal ampliação do círculo de intérpretes decorreria da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, fortalecendo a mediação entre Estado e sociedade. A multiplicidade de intérpretes – e, portanto, de possíveis interpretações – constitucionais não resulta, para o autor, numa quebra da unidade constitucional (que resulta da conjugação do *processo e das funções de diferentes intérpretes*), haja vista os diferentes níveis de legitimação conforme a vinculação do agente à Constituição. Nas palavras do autor, p. 30, “uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita”.

econômica, política e social, a igualdade, enquanto princípio normativo, deve ser articulada para a máxima redução dessas desigualdades.

Dessa maneira, o princípio igualitário – colmatado de forma democrática e não unilateral, racializada e hegemônica –, de um lado, reconhece, valoriza e tutela as diferenças; de outro, reduz as desigualdades com vista ao equilíbrio de forças desejável numa perspectiva de justiça social. Essa dupla função normativa da igualdade deve orientar-se, nesse sentido, para a efetiva universalização dos direitos fundamentais, em condições equitativas, sem prejuízo das diferenças.

Sob essa ótica, não se alcança a igualdade sem a própria diferença, razão pela qual o princípio igualitário¹³¹¹ agrega, em seu próprio conteúdo e sob pena de parcialização e dominação hegemônica de seu sentido, o direito à diferença¹³¹². Igualdade e diferença se articulam inexoravelmente e de modo tal que não há igualdade sem diferença e vice-versa, confluência que possibilita o livre e pleno desenvolvimento das identidades individuais e coletivas¹³¹³ numa sociedade democrática.

O equilíbrio entre a necessária generalidade das normas jurídicas e o respeito às diferenças apenas é possível a partir de procedimentos democráticos que busquem garantir liberdades iguais para todos. A reivindicação de interação entre igualdade e diferença não se opõe ao estabelecimento de normas jurídicas para todos, mas exige que o *diferente* ou não hegemônico tenha igual liberdade para desenvolver sua própria identidade, sem rejeição à sua subjetividade por uma comunidade jurídico-política da qual não participa e na qual não se reconhece, nem é reconhecido.

A complexa incorporação da diferença no princípio igualitário abre espaço para a harmonização, no sistema jurídico, entre o abstrato e o concreto, o geral e o particular, cuja realização não consiste na fuga, mas na aproximação e enfrentamento da conflitualidade inerente a uma sociedade integrada por indivíduos concretos, plurais e diferentes. Dito de outro modo, o afastamento dos singularismos por meio de normas gerais e abstratas não deve sufocar

¹³¹¹ Abordando a relação entre o princípio da igualdade, de um lado, e a diferença e a desigualdade, enquanto elementos fáticos, de outro, Luigi Ferrajoli, *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*, p. 2, conceitua a igualdade como “l’uguale valore associato a tutte le differenze di identità che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona come tutte le altre”. Sob o ponto de vista de sua contraposição com a desigualdade, o autor afirma que a igualdade consiste no “disvalore associato a tutte le disuguaglianze materiali e social dalle quali l’uguale valore delle differenze e la pari dignità delle persone sono di fatto limitati o, peggio, negati”.

¹³¹² Nilma Lino Gomes, *Intelectuais negros e produção do conhecimento: algumas reflexões sobre a realidade brasileira*, p. 422, enfatiza a necessidade de “uma democracia que não se perca na construção de uma cidadania abstrata, mas, sim, na efetivação da igualdade de direitos e, dentre estes, o direito à diferença”.

¹³¹³ Cfr. Ana Rubio, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, p. 268-269.

a valorização das diferenças essenciais para a configuração livre e autônoma das identidades¹³¹⁴. Em sentido contrário, a rigidez da igualdade formal alheia às diferenças permitiria a instrumentalização do indivíduo como peça-chave para a justificação de um sistema jurídico dito neutro, racional e objetivo.

A valorização das diferenças a que se faz referência não se confunde aqui com o estabelecimento de privilégios ou discriminações arbitrárias, mas vai de encontro à totalitarização de interesses hegemônicos – fortemente ligados ao paradigma do homem, branco e proprietário –, normatizados como universais, a despeito das desigualdades fáticas que acabam por reforçar.

Nessa senda, o princípio da igualdade, em termos substancialmente democráticos, deve considerar as diferenças relevantes para o exercício dos direitos fundamentais, reconhecendo-as e garantindo que não sejam reflexo da perpetuação de desigualdades. Isso porque, concebido ao largo das diferenças e de seus efeitos nas relações sociais, a igualdade torna-se norma vazia, inefetiva, subjugada pelas desigualdades e discriminações concretas em que se convertem as diferenças. Sob essa ótica, não há contrassenso juridicamente intransponível entre igualdade e diferença, uma vez que as diferenças formadoras da identidade de cada pessoa devem ser valorizadas e tuteladas pelo sistema jurídico em obediência ao próprio princípio igualitário. Se, em contrapartida, essas diferenças essenciais são ignoradas, é também a própria igualdade que está sendo violada.

Enquanto valor prescritivo, o princípio da igualdade reconhece que os seres humanos são diferentes e que suas diferenças não devem figurar como fatores de desigualdade, estabelecendo, a partir dessa premissa, que os diferentes *devem ser* tratados com igual dignidade e respeito, prescrição a ser difundida por todo o sistema jurídico. Tendo a igualdade caráter normativo, “não basta anunciá-la, é preciso implementá-la, observá-la, garanti-la e sancioná-la”¹³¹⁵.

Na conjuntura de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, a função precípua dos poderes públicos, em especial por meio do sistema jurídico, é a *qualificação igualitária* dos valores e prerrogativas jusfundamentais – direitos iguais, igual liberdade, igual dignidade – o que pressupõe uma concepção emancipatória do Direito com foco na *justa igualização dos diferentes*. A igualdade, como aqui concebida, significa prescrição normativa de igualdade em direitos fundamentais. É nesse sentido que se afirma que

¹³¹⁴ Cfr. Ana Rubio, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, p. 279-280.

¹³¹⁵ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*, p. 5-6.

a “igualdade jurídica consiste na idêntica titularidade e garantia de direitos fundamentais, ainda que seus titulares sejam entre si diferentes e economicamente desiguais”¹³¹⁶. No entanto, para que se logre efetivamente essa qualificação igualitária pode ser preciso, de acordo com o contexto histórico-social, lançar mão de medidas jurídico-políticas diversas, conforme as *diferentes identidades* e suas *subjacentes desigualdades*.

Embora não seja este o espaço para se explorarem de maneira exaustiva as características e propostas das correntes filosóficas em torno da igualdade, importa tratar ao menos de algumas questões pertinentes à concepção de igualdade adotada no presente trabalho.

A corrente utilitarista, embora confira importância à igualdade entre os seres humanos, não a alicerça na intrínseca dignidade de todas as pessoas, antes propõe, em certas vertentes mais clássicas, uma visão do indivíduo como meio de realização da felicidade geral. Nesse sentido, cada indivíduo é tratado como mero componente do todo, passível de instrumentalização – nas versões utilitaristas desagregadas do princípio da dignidade e que desvalorizam a autonomia do sujeito – em prol da coletividade. Não se quer com isso descartar toda a ideia de utilitarismo da ordem jurídica, mas ajustá-la aos princípios estruturantes de um Estado Democrático de Direitos Fundamentais, que não pode desconsiderar a unicidade e autonomia do indivíduo.

Também uma concepção do indivíduo como ser isolado – típica das correntes liberais-atomistas – não condiz com a noção de igualdade aqui desenvolvida, uma vez que, ao considerar o ser humano como sujeito atomizado e absolutamente livre, ignora a necessária contextualização que permite a construção de vínculos de solidariedade entre as pessoas, na condição de iguais participantes da comunidade política. Ademais, ao focar-se apenas no indivíduo abstrato e descontextualizado, despreza as diferenças e as vulnerabilidades socialmente construídas a partir destas, refutando a necessidade de direitos especiais e, portanto, de medidas de promoção da igualdade. Certa concepção de igualdade, homogeneizante, meramente abstrata – cega às diferenças e às especificidades identitárias do ser humano – traz a ilusão de um sujeito completamente livre, mas também inteiramente (ir)responsável por suas escolhas e posições, afastando a ideia de justiça (re)distributiva e legitimando a perpetuação das desigualdades fáticas.

A corrente comunitarista, por sua vez, focada na pertença do indivíduo, peca por – em versões mais extremas – justificar uma dependência exacerbada do sujeito em relação à comunidade da qual faz parte. Sob essa ótica, a composição do indivíduo é de tal forma

¹³¹⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*, p. 8.

vinculada à comunidade que este tem sua autonomia tolhida, sendo inapto a contestar as concepções comunitárias de vida boa, supostamente superiores às escolhas morais do próprio sujeito. De outro modo, a total rejeição dos valores comunitaristas impede a formação de éticas compartilhadas entre os indivíduos, que, na perspectiva de uma sociedade democrática, formam-se a partir do *diálogo entre iguais*, parceiros na interpretação dos valores constitucionais e nas decisões da comunidade política.

A completa determinação do ser humano pelo meio, numa relação praticamente matemática de causa e efeito, levaria à ruptura dos direitos individuais e à desconsideração do indivíduo como sujeito dotado de racionalidade e capaz de escolhas morais destoantes daquelas que lhe teriam sido *destinadas pela lógica social*. De outro modo, a absolutização da liberdade individual cria um homem incapaz de vínculos de solidariedade e, portanto, de percepção do outro como igualmente digno e igualmente livre.

Se de um lado se acata a ideia de centralidade do indivíduo na ordem jurídica do Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais, doutro se afirma a existência de limitações impostas pelo contexto – social, histórico, político, econômico, ambiental, racial, de gênero – sobre ele. Aos limites de ordem externa retratados pelo meio – uma vez que o ser humano já inicia sua existência imerso em determinado contexto –, podem se agregar limites de ordem interna, aptos a reduzir a capacidade de percepção do sujeito quanto ao seu lugar no mundo, à sua identidade e à compreensão de suas próprias potencialidades. Não há dúvidas de que, embora não sejam inexoravelmente determinantes, tais limitações que emergem do contexto representam potenciais e significativas restrições à autonomia individual.

Desse modo, as vicissitudes do meio devem ser consideradas, do ponto de vista prescritivo, na remoção das barreiras e na promoção das condições para o desenvolvimento das potencialidades de cada ser humano. Sob essa perspectiva, a consideração do indivíduo como ser autônomo e contextualizado requer uma composição integral da igualdade, capaz de densificar o princípio da dignidade humana, em prol da expansão igualitária da autonomia, fundamentando a redistribuição de status econômico, político, social e racial.

Por tudo que foi até aqui abordado acerca do colonialismo moderno, ficou evidente que a colonialidade – cujas diversas formas de manifestação permanecem vigentes nas relações de poder – operou e opera também no sistema jurídico, conformando restritivamente o próprio sentido e alcance do princípio da igualdade, notadamente em termos raciais¹³¹⁷. Se a

¹³¹⁷ Anibal Quijano, *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, p. 113, afirma que “(...) a luta contra a exploração/dominação implica, sem dúvida, em primeiro lugar, o engajamento na luta pela destruição da

colonialidade se constitui como racialização das relações de poder, conceber um direito à igualdade racial demandaria, ao menos, um devir pós-colonial igualitário, uma desracialização do próprio princípio da igualdade.

Nessa linha de entendimento, as histórias locais também são e devem ser parte do projeto igualitário pós-colonial, de modo a garantir que os sujeitos antes ignorados ou subalternizados pelos sistemas hegemônicos sejam também protagonizados enquanto efetivos participantes da construção do ideal igualitário e emancipatório da humanidade. Numa ótica pós-colonial, histórias locais e projetos globais precisam estar conectados de forma a democratizar os espaços de poder, as concepções do ser e a produção do saber. É preciso, então, descolonizar a própria história do colonialismo para desvendar e valorizar os múltiplos saberes deslegitimados pelo único enredo que se impôs legítimo¹³¹⁸.

Enrique Dussel propõe uma “trans-modernidade”, como projeto mundial de libertação, que corresponderia à correalização, *mútua fecundidade criadora*, da Modernidade e de sua Alteridade negada (suas vítimas subalternizadas). Tratar-se-ia da correalização de solidariedade envolvendo centro/periferia, mulher/homem, diversas raças, etnias e classes, enfim, cultura ocidental/culturas do mundo periférico ex-colonial¹³¹⁹.

Boaventura de Sousa Santos, por seu turno, apresenta a *ecologia de saberes* como proposta de pensamento pós-abissal que – tendo como premissa a diversidade epistemológica do mundo e o reconhecimento de uma pluralidade de formas de conhecimento além do científico – confere “consistência epistemológica ao pensamento pluralista e propositivo”¹³²⁰.

A trajetória dinâmica, e, portanto, inconclusa, da igualdade deve passar a ser construída e complementada com a *coparticipação solidária de todo(a)s e para todo(a)s*, o que implica reconhecer os condicionamentos até aqui impostos pela colonialidade. Não há como enfrentar e desconstruir a colonialidade sem admitir que as relações de poder racialmente

colonialidade do poder, não só para terminar com o racismo, mas pela sua condição de eixo articulador do padrão universal do capitalismo eurocentrado”.

¹³¹⁸ Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses, *Epistemologias do Sul – Introdução*, p. 10-11, ao tratarem dos efeitos homogeneizadores da pretensa missão colonizadora, salientam a obliteração da diversidade epistemológica, cultural e política do mundo. Os “saberes inferiores próprios de seres inferiores”, são submetidos à norma epistemológica dominante que confere exclusividade à ciência e obstaculiza o diálogo com outros saberes. Henrique Freitas, *O Arkhé e o Xirê: Das pilhagens epistêmicas à literatura-terreiro*, p. 39, utiliza o termo *pilhagem epistemológica* para se referir a “uma das perversões do epistemicídio que consiste na subtração ou apropriação de elementos constitutivos dos saberes subalternos (aqueles que constituem as cosmogonias indígenas, africanas, negro-brasileiras ou as tecnologias sociais e linguísticas dos pobres) sem qualquer agenciamento e muitas vezes mesmo referência dos sujeitos dessas gnoses”. Sobre o epistemicídio como elemento constitutivo do dispositivo de racialidade/biopoder que opera na sociedade brasileira, ver Aparecida Sueli Carneiro, *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*, p. 96 e ss.

¹³¹⁹ Cfr. Enrique Dussel, *Europa, modernidade e eurocentrismo*, p. 29.

¹³²⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*, p. 47.

estabelecidas ainda reverberam intensamente no próprio sistema jurídico-político em escala mundial, dentro e fora das fronteiras estatais.

É a partir dessa premissa que, aqui, propõe-se a densificação do conteúdo do direito fundamental à igualdade racial, prerrogativa cuja afirmação, por si só, já representa um devir pós-colonial igualitário.

2. O conteúdo do direito à igualdade racial

Considerando-se que a análise do conteúdo dos direitos fundamentais é indispensável para a compreensão dos limites e extensão de tais prerrogativas, o enfoque do presente trabalho é a determinação do conteúdo do direito à igualdade racial.

A simples e deliberada defesa da igualdade racial, sem ponderação acerca de suas premissas e de seu conteúdo, parece conspirar contra a sua efetividade, porque permite uma visão restrita do alcance e da importância dessa prerrogativa no contexto racializado das *democracias contemporâneas*. De outro modo, a falsa ideia da democraticidade das relações raciais no mundo contemporâneo – apenas defensável a partir de uma visão a-histórica e acrítica das sociedades – tende a esvaziar o debate jurídico-político em torno da questão racial, relegando a igualdade racial a mera proclamação, carente de juridicidade.

Dessa maneira, o estudo da igualdade racial envolve a análise das diversas dimensões que compõem tal cláusula igualitária, sem desconsiderar também que a delimitação do seu teor dependerá, em parte, de condicionantes existentes em cada ordenamento jurídico e em cada sociedade.

Almeja-se aqui determinar o *conteúdo ótimo* da igualdade racial, analisando cada uma de suas dimensões constitutivas. No entanto, é importante que se elucide – em especial diante do que já foi dito acerca da determinação do conteúdo da igualdade – a despretensão, nesse espaço, de se apresentar um paradigma definitivo e taxativo do direito fundamental à igualdade racial. Uma proposição dessa natureza equivaleria a desprezar as vindouras formas de ameaça e violação da igualdade racial, que deve se revestir do necessário dinamismo para preservação de seu objetivo de realização da igual dignidade racial de todas as pessoas.

Ambiciona-se, então, propor uma espécie de *modelo rebus sic stantibus*, suscetível de complementação extensiva, conforme o dinamismo evolutivo das relações sociorraciais. No estágio atual de densificação do princípio igualitário, entende-se que suas dimensões são passíveis de extensão, o que conduz à aceitação de uma *mutação evolutiva* do direito à igualdade racial.

Conceber um modelo – a partir da colmatação do conteúdo do direito à igualdade racial – é tarefa marcada por certo grau de abstração, o que não significa que haja indiferença em relação à prática jurídica¹³²¹. O que se pretende, nessa linha de entendimento, é não apenas formatar uma concepção ideal de igualdade racial, mas também fornecer subsídios para as discussões teóricas e operacionais envolvendo a prerrogativa em questão, em busca de sua efetiva garantia.

A identificação das dimensões da igualdade racial e a delimitação dos contornos de cada uma delas trarão parâmetros para decisões sobre quais atos ou fatos se encontram no âmbito de proteção do direito em estudo; se essa ou aquela intervenção estatal configura violação da igualdade racial; ou, ainda, definir se, a partir do seu conteúdo positivo, é possível exigir determinadas prestações estatais. Atentando-se para tais premissas, vislumbrar-se-ão as vertentes da igualdade racial que podem resultar na imposição de deveres correlatos, seja às entidades públicas, seja às entidades privadas. Isso porque o reconhecimento de *direitos de igualdade racial*, ou das diversas dimensões da igualdade racial – extraíveis do princípio da dignidade da pessoa humana e, desse modo, associadas em menor ou maior grau às dimensões dignitárias estudadas – corresponde à *descoberta* de um feixe de tarefas estatais e de deveres fundamentais correlatos¹³²².

Embora a concepção da evolução dos direitos fundamentais na lógica da tríade *égalité-liberté-fraternité* possa ter certa relevância para a compreensão do conteúdo do direito à igualdade racial, não é exatamente com esse sentido que é aqui empregado o termo *dimensões*.

Na teoria geral dos direitos fundamentais, o reconhecimento gradativo de novos direitos não implica a superação das prerrogativas já estabelecidas. Pelo contrário, trata-se de um processo de fortalecimento e cumulação de direitos, de acordo com as demandas emergentes em cada período da história. Daí porque parte da doutrina opta pela expressão *dimensões de direitos*, dirigindo fundadas críticas ao vocábulo *gerações*, tendo em vista a equivocada impressão de paulatina superação ou substituição de uma geração de direitos fundamentais por outra, quando se trata de evolução aditiva¹³²³.

É certo que a configuração do direito à igualdade racial, tal qual será adiante exposta, não contemplaria vertentes prestacionais, caso se estivesse num estágio inicial de

¹³²¹ Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 176, observa que “desenvolver um modelo é, de um lado, uma tarefa analítica de alto grau de abstração que pretende, por outro lado, fornecer elementos para a concreta interpretação e aplicação do direito”.

¹³²² Cfr. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 538 e 593.

¹³²³ Nesse sentido, cfr. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 525, e Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 53-54.

desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ver-se-á, por exemplo, que o direito à não discriminação racial vincula-se predominantemente aos direitos de liberdade ou de primeira dimensão, enquanto o direito à promoção da igualdade racial associa-se mais diretamente aos direitos de segunda dimensão. Tais reflexões se harmonizam perfeitamente com a ideia de que o direito à igualdade racial é prerrogativa em construção, passível de complementação, diante da inexauribilidade essencial dos direitos fundamentais.

Dito isso, avança-se para estabelecer que o termo dimensões é aqui utilizado para designar os feixes de direitos que, juntos, conferem sentido e efetividade ao direito à igualdade racial. De outra banda, malgrado não se confunda com a noção própria da teoria geral dos direitos fundamentais, também aqui a expressão dimensões denota que os elementos constituintes se agregam sem suplantar os demais, antes se justapondo de forma a instituir uma prerrogativa jusfundamental equacionadora do respeito à dignidade da pessoa humana, em termos racionais.

Em consonância com o que se discutiu a respeito da igualdade enquanto premissa da prerrogativa ora estudada, já se deduz que a assunção de postura não discriminatória pelos poderes públicos se configura como primeira etapa no processo de efetivação da igualdade racial. No entanto, o mero tratamento não discriminatório não é o bastante para afastar a segregação fundada no fator racial se o Estado não toma para si também a promoção da igualdade racial, com o propósito de conferir igualdade de oportunidades às *minorias étnico-raciais*. A adoção pelos entes estatais de conduta ativa ante as desigualdades fundadas na raça pressupõe, ainda, o reconhecimento das diferenças, condição *sine qua non* para a adoção de medidas promotoras da igual dignidade de todas as raças. Enfim, indispensável também – a fim de colmatar as dimensões apontadas – a proteção da igualdade racial, que levará à intervenção nos casos em que se verifique violação de qualquer de suas dimensões, sem prejuízo das medidas preventivas pertinentes.

Sob essa perspectiva, entende-se que da igualdade racial proviriam quatro dimensões, todas interligadas e teleologicamente direcionadas, quais sejam: a) o direito à não discriminação racial; b) o direito à diferença racial; c) o direito à promoção da igualdade racial; e d) o direito à proteção da igualdade racial.

Esses *direitos de igualdade racial* podem consistir, ao mesmo tempo, em direitos a atos negativos e/ou a ações positivas¹³²⁴. Isso porque o direito à igualdade racial é aqui

¹³²⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.258-1.259, atribui três perspectivas aos direitos a atos negativos: a) direito ao não impedimento; b) direito à não intervenção; c) direito à

entendido não apenas na sua imprescindível, porém limitada, função de defesa – que pode permear, em maior ou menor intensidade, todas as dimensões apontadas –, mas também na sua função prestacional, mais comumente associada à ideia de justiça social.

Embora se vislumbre a completude – *rebus sic stantibus*, conforme já ressaltado – da igualdade racial a partir do reconhecimento dessas quatro dimensões, entende-se que o grau de vinculação dos poderes públicos – e das entidades privadas – à concretização dessas prerrogativas dependerá do contexto fático em questão, mais especificamente das relações raciais verificadas em cada sociedade. Isso porque, numa sociedade *racialmente homogênea* ou efetivamente democrática em termos raciais, dificilmente poder-se-ia defender a exigibilidade de atos concretos tendentes a garantir o direito à promoção da igualdade racial, ante a ausência de grupos vulnerabilizados em razão da pertença étnico-racial.

Também não se pode olvidar que os *direitos de igualdade racial* podem estar positivados de diversas maneiras – ora por meio de regras, ora por meio de princípios –, muitas vezes não sendo explicitamente reconhecidos pelo sistema constitucional vigente. Dessa forma, a configuração da igualdade racial como princípio ou também na forma de regras, e a consequente extração de direitos atributivos de posições jurídico-subjetivas dela decorrentes dependerá, em última análise, do modo de positivação e da densidade das normas constitucionais correspondentes, bem como da composição dos valores consagrados na Constituição em sua imbricada correlação com o contexto social, sem prejuízo de sua definição por meio de mediação legislativa.

As quatro dimensões indicadas, malgrado componham o direito fundamental à igualdade racial, podem ser consideradas, por si sós, como prerrogativas jusfundamentais autônomas e, nessa condição, podem entrar em conflito entre si, notadamente quando estão em questão interesses de titulares diversos. Pode-se vislumbrar, por exemplo, uma tensão entre o direito à promoção da igualdade racial de um indivíduo beneficiado pelo sistema de cotas, de um lado, e, de outro, o direito à não discriminação racial do sujeito *preterido* por tal medida. A problemática dos conflitos entre as dimensões da igualdade racial – e também destas com direitos fundamentais de ordem diversa – ficará mais evidente a partir da delimitação do conteúdo de cada prerrogativa estudada. Nada obstante, importa fazer menção a essa temática nesse momento para explorar alguns pontos preliminares.

não eliminação de posições jurídicas. Quanto aos direitos a ações positivas, o autor identifica aquelas que garantem uma *ação positiva de natureza fática* e aquelas que garantem um *ato positivo de natureza normativa*.

À primeira vista, afirmar a possibilidade – e mesmo a probabilidade – de oposição entre as próprias dimensões que compõem a igualdade racial pode levar à suposição de que se adota aqui a teoria dos limites imanentes¹³²⁵.

Em linhas gerais, essa corrente doutrinária sustenta que as restrições aos direitos fundamentais decorrem dos limites lógicos, imanentes, provenientes da própria estrutura e natureza de cada prerrogativa. Trata-se de uma *teoria interna* segundo a qual o direito e seus limites compõem uma unidade, excluindo-se a adição de restrições a partir de fatores externos. Dito de outro modo, não sendo resultado de imposição externa, os limites seriam elementos extraíveis *de dentro* do direito fundamental. Por conseguinte, refutando-se a conflituosidade entre os direitos fundamentais, afastar-se-ia ou, ao menos, reduzir-se-ia¹³²⁶, a ponderação como método para a resolução dos conflitos jusfundamentais.

Ora, se a definição dos limites e alcance dos direitos fundamentais é tarefa que independe de fatores externos e que, portanto, não sofre condicionamentos exteriores – quer de natureza fática, quer de natureza normativa –, então, cada direito fundamental terá seu conteúdo fixado, *a priori*, de maneira abstrata e definitiva, e não *prima facie*¹³²⁷.

Não é essa a linha de entendimento aqui perfilhada, mesmo porque incompatível com o asseverado nas linhas acima no que tange à adaptabilidade ou mutabilidade do direito fundamental à igualdade racial. É tarefa da teoria dos direitos fundamentais a delimitação dos contornos de cada prerrogativa jusfundamental até mesmo como meio de estabelecer parâmetros para a interpretação e aplicação do direito, com o que se contribui para o controle da discricionariedade e subjetividade envolvidas no processo de decisão. Essa missão doutrinária se desenvolve a partir da extração do conteúdo do direito fundamental abstratamente considerado, não apenas isoladamente, mas também na sua *conflituosa convivência* com outros preceitos e direitos fundamentais, sem olvidar outros condicionamentos externos (ainda que não normativos) porventura existentes.

¹³²⁵ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 57 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 283 e ss.; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 289 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 126 e ss.

¹³²⁶ Isso porque mesmo entre os defensores da teoria dos limites imanentes há aqueles que entendem que, embora a maior parte das questões seja resolvida a partir da delimitação do conteúdo do direito fundamental, ainda podem remanescer conflitos com elementos externos. Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 61-62.

¹³²⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo, restrições e eficácia*, p. 129, a partir do enfoque da teoria interna, os direitos fundamentais teriam sempre a estrutura de regras, o que resultaria na aplicação da regra do “tudo ou nada” e na impossibilidade de serem objeto de sopesamento.

O conteúdo dos direitos materialmente fundamentais expressa realidades histórico, cultural, sociojurídica e politicamente situadas, que devem ser consideradas não apenas abstratamente, mas também casuisticamente. Nessa senda, ao sentido estabelecido inicialmente em abstrato se agregam elementos do caso concreto que podem influenciar na aplicação e no exercício do direito em questão.

Dito isso, ratifica-se o objetivo desta etapa do estudo que pretende descortinar o conteúdo do direito fundamental à igualdade racial abstratamente e *prima facie*, identificando-se as dimensões ou direitos específicos que compreendem o direito principal¹³²⁸, como manifestação ótima (*rebus sic stantibus*) da igualdade sob sua perspectiva racial.

É certo que o esforço teórico em desvendar os elementos que constituem determinado direito fundamental é tarefa que possui também seu viés demarcatório, já que pretende explorar o sentido e, portanto, os marcos preliminares da prerrogativa estudada. Isso, no entanto, não afasta a existência de limites externos, tampouco a necessidade de ponderação dos interesses em colisão, sejam eles componentes do próprio direito em apreciação ou, ainda, oriundos de outros direitos fundamentais.

Assim, a delimitação do direito fundamental à igualdade racial, a partir da identificação de suas dimensões não permite concluir que toda restrição a tal prerrogativa seja inferida *de dentro*, a partir dos seus componentes internos. Mesmo porque, consideradas autonomamente, tais dimensões jusfundamentais – que não seguem nenhuma ordem hierárquica pré-estabelecida no âmbito da igualdade racial – podem entrar em conflito entre si e/ou, de igual maneira, com outros direitos fundamentais.

2.1. Direito à não discriminação racial

O ato de discriminar – que no vernáculo significa distinguir, estabelecer diferenças – adquire sentido negativo a partir da pressuposição de um veto a esse comportamento,

¹³²⁸ Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 129, distingue “o direito principal – aquele que a interpretação permite concluir ser o sentido primário de garantia visado pela norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua perspectivação estilizada em cada uma das faculdades ou pretensões nele contidas – e os direitos instrumentais, ou seja, os direitos que se destinam a proteger, concretizar tornar possível ou garantir um exercício otimizado ou adequado do direito principal, a afastar os perigos ou ameaças que sobre ele impendem ou a reconstruir a situação anterior a uma lesão verificada no seu âmbito de proteção ou, na impossibilidade dessa reconstrução, a compensar o titular por danos sofridos”. Para o autor, p. 130, “qualquer uma destas pretensões ou direitos especiais encontra-se, relativamente ao direito principal numa relação de especialidade, de concretização ou de conformação, pelo que podemos dizer constituírem, cada um deles, elementos integrantes do próprio direito principal, mas que, simultaneamente, podem ser considerados autonomamente como direitos fundamentais”.

traduzindo-se numa imposição de não discriminação, não distinção, não estabelecimento de tratamento discriminatório.

O direito à não discriminação em virtude da raça consiste no direito de não ser tratado de forma ilegítima ou arbitrariamente desigual, por motivos de ordem racial¹³²⁹. Trata-se de uma dimensão eminentemente negativa do direito à igualdade racial, que determina uma não atuação discriminatória, consubstanciando-se num correspondente dever de abstenção.

Numa perspectiva objetiva, a não discriminação racial funciona como subprincípio derivado do princípio da igualdade, consistindo, sob esse prisma, numa ordem de valores que se propaga por todo o sistema jurídico, vinculando a atuação dos poderes públicos e também das entidades privadas. Para além de sua dimensão objetiva¹³³⁰, a não discriminação é consagrada ainda em sua dimensão subjetiva, determinando o estatuto jurídico dos indivíduos em suas relações com o Estado e – guardadas as devidas proporções – com os entes privados.

No domínio do direito constitucional positivo, a dimensão de cunho negativo por excelência da igualdade racial evidencia-se sem maiores esforços hermenêuticos, uma vez que os textos constitucionais, ao disciplinarem o princípio da igualdade, costumam associá-lo à não discriminação. Tome-se como exemplo, apenas para citar alguns casos, a Constituição Italiana, de 1947 (artigo 3º); a Constituição Portuguesa, de 1976 (artigo 13º); a Constituição Espanhola, de 1978 (artigo 14º); e a Constituição Brasileira, de 1988 (artigo 3º, IV). São *mandatos de não discriminação por razões específicas*¹³³¹, que incluem o fator racial como critério discriminatório não autorizado ou, conforme visto anteriormente, como proibição concreta de discriminação.

Essa dimensão da igualdade racial tem por objetivo afastar não apenas as discriminações raciais jurídicas, mas também as fáticas. Aquelas ocorrem quando há exclusão ou restrição arbitrária da titularidade de direitos – em especial, os fundamentais –, por força da identidade racial do sujeito discriminado. Decerto que, partindo-se de contextos jurídico-políticos próprios de Estados Democráticos e Sociais de Direitos Fundamentais, discriminações jurídicas explícitas tendem a ser reduzidas ou quase inexistentes, em virtude principalmente da

¹³²⁹ Recorde-se que – com finalidade de ampliar seu espectro protetivo – os instrumentos normativos costumam estender o sentido da expressão discriminação racial para englobar outros elementos identitários do indivíduo, além da raça.

¹³³⁰ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cfr. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 105 e ss.

¹³³¹ Juan Maria Bilbao Ubillos, *Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares*, p. 391, utiliza a expressão *mandato taxativo de não discriminação por razões específicas*, referindo-se ao artigo 14 da Constituição Espanhola. Optou-se pela supressão do termo *taxativo*, por se entender que se trata de um rol exemplificativo, que enumera algumas das discriminações tidas, *a priori*, como odiosas.

consagração da igualdade racial, em suas diversas dimensões, mas também em razão das proibições concretas de discriminação racial nas ordens constitucionais. Desse modo, torna-se mais comum a discriminação racial jurídica na aplicação e interpretação da lei do que propriamente nos textos legislativos contemporâneos. De todo modo, nas hipóteses de discriminação racial jurídica, é cabível o afastamento do ato discriminatório – seja este externado por meio de ato administrativo, judicial ou legislativo – por afronta à ordem constitucional vigente.

Já a discriminação racial de fato, em linhas gerais, consiste na perpetuação da exclusão social, econômica, política, fundada na raça, muito embora a igualdade racial juridicamente consagrada garanta, ao menos formalmente, a titularidade dos mesmos direitos fundamentais a todas as raças. Pode ser perpetrada a partir de atos individuais, coletivos ou institucionais, atingindo sujeitos determinados e/ou a coletividade do grupo racial vulnerabilizado. A persistência da discriminação racial fática produz relevantes obstáculos sociais e revela inefetividade da igualdade racial juridicamente formalizada, que, se compreendida enquanto dimensão unicamente defensiva, acaba por homologar as desigualdades provocadas pela discriminação de fato. Ver-se-á linhas adiante que a discriminação racial de fato pode assumir diversas formas de manifestação, sendo certo, nos casos em que se configura de maneira estruturante e sistêmica, que medidas de promoção da igualdade racial são imprescindíveis para a sua efetiva desconstrução.

Apesar da sua inquestionável importância para a configuração da prerrogativa igualitária sob análise, pode-se afirmar que o direito à não discriminação racial constitui o *conteúdo mínimo* da igualdade racial¹³³². Isso porque a simples abstenção de discriminação não basta para minar de modo satisfatório as bases das ordens sociais hierarquizadas conforme a raça, e garantir a justa distribuição de bens e direitos de maneira racialmente equitativa. Também o mero impedimento à discriminação racial, nas sociedades racializadas, não se mostra suficiente para desconstruir o racismo e diluir os seus efeitos desigualitários, exigindo-se, então, medidas concretas e positivas para o alcance da equidade racial. Com efeito, a discriminação racial estruturante e institucionalizada em determinadas ordens sociais somente pode ser enfrentada se, para além de ações de combate e prevenção, forem adotadas medidas de promoção da igualdade racial e de reconhecimento e valorização das diferenças. Vê-se, novamente, a correlação e complementaridade entre as dimensões da igualdade racial e, conseqüentemente, entre os feixes dignitários aos quais estão associadas.

¹³³² Cfr. Maria Lúcia Amaral, *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*, p. 44.

A discriminação racial, além de violar o direito à igualdade racial – em uma ou mais de suas dimensões –, pode representar uma ofensa a outros direitos fundamentais do discriminado, como os direitos à liberdade, à honra e à reputação¹³³³, resultando, de acordo com as circunstâncias fáticas e com o vínculo estabelecido entre as partes, na responsabilização civil (contratual e/ou extracontratual), administrativa e até mesmo penal do agente. Efetivamente, a discriminação racial pode atingir, em maior ou menor grau, a liberdade da pessoa discriminada, restringindo-lhe o direito de ir e vir – quando, por exemplo, tem negado ou dificultado o seu acesso a estabelecimentos públicos ou privados – e a plena e desembaraçada fruição de determinados bens da vida – como emprego, saúde, educação e moradia. Nesse sentido, exige-se aqui, prioritariamente – mas não exclusivamente –, o afastamento ou contenção das interferências racialmente discriminatórias que afetam a liberdade do indivíduo para exercer sua autonomia, conforme seus objetivos, crenças e identidade racial.

Mas a dimensão autonômica da dignidade – segundo o entendimento esposado na primeira parte deste estudo – envolve também os direitos políticos que compõem o espectro de liberdade do indivíduo, permitindo a sua participação concreta na formação da vontade geral e na organização político-social do Estado, enquanto igual participante da comunidade política. Percebe-se, sob essa ótica, que o direito à não discriminação implica também a possibilidade de igual participação jurídico-política na comunidade, ou, dito de outro modo, a ausência de ingerência restritiva no acesso aos espaços de poder. Não há dúvidas de que as restrições ou condicionantes raciais – sejam diretas ou indiretas – à plena participação do cidadão nas decisões políticas, além de afetarem sua autonomia, violam o princípio dignitário também na sua dimensão de reconhecimento, por impactar na aceitação e integração do sujeito de direito na comunidade em que está *inserido*.

Nas estruturas sociais racialmente hierarquizadas, pode-se perceber a violação cotidiana do direito à não discriminação racial daqueles que compõem os grupos raciais vulnerabilizados, o que reflete, numa outra perspectiva, na igual liberdade dessas pessoas, quando em comparação com os indivíduos pertencentes ao grupo racial dominante, beneficiários de privilégios nos mais diversos campos da vida em sociedade. O direito à não discriminação racial envolve, então, o acesso e gozo de prerrogativas em termos racialmente equitativos, ou seja, sem interferências ou obstáculos discriminatórios e violadores da igual liberdade das pessoas em função de sua raça.

¹³³³ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 374.

Dentre as chamadas *características protegidas* – em relação às quais se estabelece, *a priori*, as proibições de discriminação – convém tecer algumas considerações a respeito da nacionalidade. Os instrumentos jurídicos internacionais e os ordenamentos jurídicos de cada Estado incluem – com algumas variações – a nacionalidade no rol dos critérios discriminatórios ilegítimos, assim como a cor, a raça, a origem, a ascendência e a etnia. Nada obstante, tal interdição *prima facie* não exclui a incidência de normas que conferem aos cidadãos nacionais de determinado país um estatuto jurídico próprio, associado à sua nacionalidade. A nacionalidade é a condição jurídico-política própria de um cidadão nacional, adquirida pelo nascimento ou pela naturalização e que legitima um tratamento diferenciado por parte do Estado que com ele mantém esse vínculo. Com efeito, a ordem jurídica de cada país condiciona a atribuição de certas prerrogativas à nacionalidade do sujeito de direito, a exemplo do acesso a determinados cargos públicos e da garantia de não ser extraditado.

Atenta a essa questão, a Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, no seu artigo 1º, nº 3, excepciona as disposições legislativas dos Estados-Partes referentes à nacionalidade, à cidadania e à naturalização, desde que não sejam discriminatórias para determinada nacionalidade. Portanto, no que tange ao *discrimen* associado às normas estatais referentes à nacionalidade, via de regra, não há de se alegar o direito à não discriminação racial, o que não quer dizer que aquela, enquanto característica protegida não possa figurar como fundamento de atos racialmente discriminatórios.

O caso *Moustaquim v. Belgium*¹³³⁴, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é elucidativo quanto ao tema. Sr. *Abderrahman Moustaquim*, um cidadão marroquino, formalmente acusado pela prática de diversos crimes¹³³⁵, diante da iminência de sua expulsão do território belga, apresentou reclamação contra a decisão, alegando – dentre outros argumentos – que a medida violava o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por ser discriminatória em razão de sua nacionalidade. Alegou, em síntese, que cidadãos belgas acusados de infrações criminais não eram submetidos à expulsão. O TEDH – afastando o suposto caráter racialmente discriminatório da expulsão contestada – declarou que a situação do cidadão marroquino não era idêntica à situação dos cidadãos belgas, uma vez que, nos termos da CEDH, os Estados não podem expulsar seus nacionais¹³³⁶. Quanto ao

¹³³⁴ TEDH, *Moustaquim v. Bélgica* (nº 12.313/86), 18 de fevereiro de 1991.

¹³³⁵ Embora o requerente ainda fosse inimputável, diante de sua menoridade penal, até 28 de setembro de 1981, já havia, na *Liège Juvenile Court*, 147 acusações contra ele, incluindo 82 de roubo agravado, 39 de furto qualificado tentado e 5 de roubo. Em 02 de dezembro de 1981, já tendo atingido a maioria penal, de acordo com a legislação belga, o Sr. Moustaquim foi formalmente acusado de 26 crimes que tiveram lugar entre 10 de fevereiro de 1980 e janeiro de 1981.

¹³³⁶ Esse direito é confirmado pelo artigo 3º do Protocolo nº 4 (1963).

tratamento preferencial dado aos nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia¹³³⁷ – outro argumento aduzido pelo reclamante –, o TEDH entendeu que havia fundamento objetivo e razoável para tanto, uma vez que a Bélgica pertence, sob esse ponto de vista, a uma ordem jurídica especial. Desse modo, a decisão entendeu que a expulsão não violou os artigos 8º e 14º da CEDH, pelo que não reconheceu casuisticamente a ocorrência de discriminação racial.

A partir da ampla concepção de discriminação racial adotada pelos instrumentos normativos, também é oportuno considerar a imbricada relação existente entre etnia e raça, a qual pode influenciar decisões acerca da violação do direito à igualdade racial.

Ao explicar os conceitos de raça e origem étnica, o TEDH tem explicitado que a língua, a religião, a nacionalidade e a cultura podem ser, no caso concreto, indissociáveis da raça. No processo *Timishev v. Russia*¹³³⁸, julgado em 13 de dezembro de 2005, Ilyas Yakubovich Timishev, advogado de origem chechena, radicado em Nalchik, argumentou que, em virtude de sua etnia, teve sua passagem barrada, repetidas vezes, num posto de fronteira entre a Chechênia e a Rússia, chegando, em dada ocasião, a ser forçado a abandonar seu veículo e completar sua viagem de carona. Constatou-se que não se tratava de incidente isolado, mas de um padrão discriminatório adotado pela polícia russa, a partir do perfil étnico-racial de chechenos e outros caucasianos¹³³⁹. Decidindo, por unanimidade, que houve violação dos artigos 2º e 14 do Protocolo nº 4 – em que se reconhecem direitos e liberdades, além do que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à CEDH –, por restrição ao direito de ir e vir do requerente, em virtude de sua pertença étnica, o TEDH afirmou, nos seus argumentos que origem étnica e raça são conceitos inter-relacionados e que se sobrepõem. Para o Tribunal, “enquanto o conceito de raça radica na ideia da classificação biológica dos seres humanos em subespécies segundo características morfológicas, como a cor da pele, a origem étnica radica na ideia de grupos sociais marcados por uma mesma nacionalidade, filiação tribal, fé religiosa, língua partilhada ou por origens ou antecedentes culturais e tradicionais comuns”. Desse modo, o Tribunal entendeu que a discriminação motivada pela etnia é uma forma de discriminação

¹³³⁷ Que, atendidas determinadas condições, não são passíveis de expulsão, por força da legislação da UE em matéria de liberdade de circulação.

¹³³⁸ Ver aplicações nº 55762/00 e nº 55974/00.

¹³³⁹ Tal sistema de verificação de tráfego surgiu em 1991, em especial entre as cidades de Nalchik e Grozny, depois que o general Dzhokhar Dudaiev foi eleito presidente da Chechênia e declarou a independência da Chechênia da Federação Russa. Em 1994, o conflito militar entre Moscou e Grozny levou o governo russo a aumentar o número de postos de controle ao longo das estradas Nalchik-Grozny, chegando ao número de 21 unidades. Desde então, há registro de inúmeras abordagens abusivas e aviltantes contra motoristas de origem chechena, sendo comuns notícias de suborno, detenções ilegais e desaparecimentos em postos de controle da região. Em setembro de 2008, a *Open Society Justice Initiative* realizou uma pesquisa que demonstrou acentuada diferença de tratamento da polícia russa, com base na etnia dos motoristas abordados.

racial, e que a diferença de tratamento baseada exclusivamente na origem étnica não pode ser objetivamente justificada numa sociedade contemporânea democrática, que deve ser construída sob as bases do pluralismo e do respeito às diferenças.

Decisão semelhante foi emitida pelo TEDH no processo *Sejdić e Finci v. Bósnia-Herzegovina*, primeiro a ser julgado à luz do Protocolo nº 12 à CEDH – que trata de proibição geral de discriminação, reforçando que “o princípio da não-discriminação não obsta a que os Estados partes tomem medidas para promover uma igualdade plena e efectiva, desde que tais medidas sejam objectiva e razoavelmente justificadas”. A Constituição, de 1995, da Bósnia e Herzegovina, aprovada como parte do Acordo de Dayton, que pôs fim à Guerra da Bósnia (1992-1995), incluiu disposições de partilha de poder entre os três principais grupos étnicos nacionais – bosniaks, sérvios bósnios e croatas bósnios –, reservando os cargos da Presidência e da Casa dos Povos exclusivamente àqueles que se autodeclarassem pertencentes a uma dessas etnias. Os requerentes, Dervo Sejdić e Jakob Finci cidadãos da Bósnia-Herzegovina, de etnia cigana e judia, respectivamente, contestaram tais dispositivos, sob a alegação de discriminação com base na raça e na origem étnica.

O TEDH decidiu, em dezembro de 2009, que a inelegibilidade dos candidatos violava o artigo 14 da CEDH (proibição de discriminação em matéria de direitos da Convenção), o artigo 3º do Protocolo nº 1 (eleições livres), bem como o artigo 1º do Protocolo nº 12 (proibição geral de discriminação). A Corte reiterou o seu entendimento sobre a relação entre raça e origem étnica, acrescentando que a discriminação motivada pela origem étnica constitui uma forma de discriminação racial. O Tribunal considerou ainda que, não obstante os termos delicados do acordo de paz da Bósnia e Herzegovina, este não podia justificar tal discriminação.

Elucidadas as particularidades referentes à nacionalidade e à etnia, podem-se vislumbrar as seguintes manifestações de atos racialmente discriminatórios: a) discriminação racial de um indivíduo contra outro; b) de um indivíduo contra uma coletividade; c) de um indivíduo contra uma instituição; d) de uma entidade ou instituição contra um indivíduo; e) de uma instituição contra uma coletividade; ou, f) interinstitucional.

No primeiro caso, o ato discriminatório – embora seja fundado na pertença do indivíduo discriminado a determinado grupo racial – é cometido por um sujeito e direciona-se especificamente a outro sujeito, restringindo ou violando seus direitos e liberdades. Ocorre, por

exemplo, quando o segurança de um estabelecimento comercial, deliberadamente¹³⁴⁰, impede o ingresso de uma pessoa, em virtude da sua raça. Ou, ainda, quando, pelo mesmo motivo, um indivíduo deixa de ser contratado para uma vaga de emprego anunciada ao público. Note-se que, assim como outras formas de discriminação racial, revela-se de difícil comprovação já que, muitas vezes, acontece de maneira não declarada ou sem que haja testemunhas que possam demonstrar a ocorrência do fato.

Na segunda hipótese, o ato discriminatório é praticado por um indivíduo, mas, ao invés de visar a uma pessoa específica, pretende atingir uma coletividade ou grupo racial como um todo. Dá-se nas situações em que um sujeito se manifesta publicamente imputando atributos negativos, genericamente aos negros, por exemplo. No Brasil, na sequência do resultado das eleições presidenciais que reelegeram Dilma Rousseff ao cargo de presidente da República, diversos indivíduos manifestaram-se nas redes sociais contra os nordestinos brasileiros – supostamente responsáveis pelos resultados do pleito –, imputando-se-lhes características inferiorizantes, o que gerou inúmeros registros no Ministério Público brasileiro por prática de racismo/xenofobia¹³⁴¹.

É relevante assinalar que é comum a sobreposição das duas modalidades acima. Com frequência, são noticiados casos em que um indivíduo pratica o ato discriminatório contra uma pessoa específica, mas na mesma ocasião atinge designadamente também a coletividade à qual pertence a vítima.

A discriminação racial praticada por uma pessoa também pode se voltar contra uma instituição, por sua representação ou associação a certo grupo racial. Pode ocorrer, por exemplo, se um indivíduo anuncia ao público a locação de um imóvel para fins comerciais e, posteriormente, se nega a concluir o contrato, exclusivamente por se tratar a empresa-contratante de instituição representada por judeus ou com finalidades orientadas para a comunidade judia.

Pode-se também vislumbrar atos de discriminação racial imputáveis a uma entidade – pública ou privada –, seja contra um indivíduo, seja contra uma coletividade ou grupo racial, ou ainda contra outra instituição. Nessas hipóteses, muito embora seja difícil perquirir acerca da responsabilidade criminal, há possibilidade de responsabilização administrativa e/ou cível,

¹³⁴⁰ Diz-se deliberadamente porque é possível que se trate de uma prática reiterada baseada na política institucional do estabelecimento comercial e, nessa hipótese, pode se configurar racismo institucional.

¹³⁴¹ A autora da tese atua, desde julho de 2015, como promotora de justiça da Promotoria de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa da Comarca de Salvador, no Ministério Público do Estado da Bahia, razão por que muitos dos exemplos podem se basear na experiência profissional e atuação prática no referido órgão.

podendo-se mesmo gerar – observadas as circunstâncias do caso concreto – a obrigação de contratação e/ou de indenização pelos danos materiais e morais causados.

Por ora, apenas se pontue que, juridicamente, a discriminação violadora do princípio igualitário corresponde a toda ação capaz de negar ou restringir o acesso a direitos iguais a indivíduos, em virtude de sua pertença a determinado grupo ou coletividade. Tais condutas discriminatórias podem ser cometidas pelos poderes públicos ou pelos particulares, conforme, nessa última hipótese, constaram explicitamente na definição de discriminação racial adotada pela Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, no que se apresenta mais completa do que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A discriminação que envolve preferências ou antipatias demonstradas no âmbito das relações estritamente interindividuais, levando-se em consideração especificamente certas características individuais dos sujeitos envolvidos, pode, no entanto, não possuir relevância jurídica, circunstância que dependerá das peculiaridades do caso concreto. Quando, no entanto, a conduta discriminatória volta-se, não para certas características ou qualidades peculiares do indivíduo em suas relações interpessoais, mas tendo em conta elementos relacionados à pertença do sujeito a certo grupo racial, então, sua relevância jurídica é patente. Para que seja constatada sua efetiva relevância jurídica, por violação ao princípio da igualdade, deve-se perquirir, ainda, se tal discriminação nega, restringe ou viola direitos fundamentais daquele indivíduo discriminado. Isso porque, certas distinções estabelecidas no âmbito das relações interpessoais, por mais que possam ser consideradas odiosas, não devem sofrer restrição legal. A título de exemplo, não se pode obrigar um indivíduo antissemita a convidar judeus para sua festa de aniversário; ninguém pode ser obrigado a manter relações de amizade ou afetivas com negros. Observando-se, por óbvio, as nuances do caso concreto, é possível que tais condutas estejam no âmbito da esfera estritamente privada do indivíduo, sem que o Estado possa intervir, por meio do Direito, em determinadas hipóteses.

No que tange à titularidade do direito à não discriminação racial, tanto o indivíduo quanto a *coletividade* – e, ainda, em determinadas hipóteses, as pessoas jurídicas – podem ser vítimas de discriminação racista e, portanto, titulares da prerrogativa em questão. É interessante frisar que a discriminação racial se dá em virtude da pertença – *real ou imaginária* – do sujeito a certo grupo *socialmente definido* como uma raça. Isso importa dizer que, ainda que a discriminação possa se manifestar de maneira individualizada – direcionando-se para um indivíduo especificamente –, ocorre levando-se em conta que a pessoa objeto da discriminação é membro de um grupo que reúne determinadas características tidas como inferiorizantes.

Elucidados esses aspectos, importa fixar também que o direito à não discriminação racial não se circunscreve apenas à prerrogativa de não sofrer discriminação de forma direta, mas deve assegurar, ainda, que atos de discriminação indireta também sejam juridicamente sancionados. Sob outra perspectiva, pode-se, ainda, identificar o que se convencionou denominar de racismo institucional, racismo ambiental e racismo religioso, manifestações que também afetam o direito à não discriminação racial. Analisar tais modalidades de discriminação e suas implicações na esfera do direito à igualdade racial é etapa necessária para se prosseguir descortinando o conteúdo dessa prerrogativa jusfundamental.

2.1.1. Discriminação racial direta

Diz-se que há discriminação racial direta quando um indivíduo é submetido – em razão de sua pertença a determinado grupo racial – a tratamento menos favorável do que aquele que é, foi, ou possa vir a ser dado a outra pessoa, de *grupo racial favorecido*, em situação equivalente. É nesses termos que a discriminação racial, na sua modalidade direta, é definida no artigo 2º, “a”, da Diretiva da União Europeia relativa à igualdade racial (Diretiva 2000/43/CE)¹³⁴².

Assim, nessa formulação, configura-se a discriminação racial direta quando se verifica diferença no tratamento de pessoas em situações análogas ou sensivelmente semelhantes, baseada na raça, enquanto característica protegida identificável no caso concreto. Trata-se, pois, de conduta que de forma irrazoável e de maneira explícita – ou demonstrável – se contrapõe ao mandato de igualdade, sem que se possa afastar o caráter suspeito do fator racial enquanto critério de discriminação.

Nas hipóteses de discriminação direta, há um nexo de causalidade entre a *característica protegida* e o tratamento menos favorável¹³⁴³. No caso do ato racialmente discriminatório, deve-se questionar se o tratamento – supostamente menos favorável – teria sido o mesmo, caso a raça da vítima fosse diversa. Se a resposta for positiva, é possível determinar que o *discrímen* é imputável ao fator rácico.

Nesse ponto, uma elucidação torna-se pertinente: a comparação, via de regra, deve ser estabelecida entre o grupo racial a que pertence a vítima e o grupo racial *dominante* ou outro

¹³⁴² “a) Considera-se que existe discriminação directa sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objecto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.”

¹³⁴³ European Court of Human Rights, Council of Europe, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, p. 29.

não vulnerabilizado. Isso porque é possível se chegar a uma conclusão equivocada, ao se cotejar o grupo racial da vítima com grupo racial diverso, mas igualmente vulnerável. Por exemplo, dois indivíduos – um negro e outro asiático –, ambos em situação comparável, podem ter seu acesso a determinado direito negado, sem que se possa afirmar peremptoriamente a inexistência de discriminação racial, por serem ambos, no contexto sociorracial analisado, membros de grupos raciais *minoritários*. A depender do caso concreto, é possível que os sujeitos comparados estejam, tanto um como o outro, sendo submetidos ao mesmo tratamento desfavorável em função de suas raças, diferentes, porém, igualmente vulnerabilizadas. Daí ser preciso, nessas circunstâncias, confrontar a raça da vítima com outra raça que, naquela ordem social racialmente hierarquizada, não seja de igual modo vulnerabilizada.

Um caso admitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) contra o Brasil¹³⁴⁴ ilustra, com precisão, típica hipótese de discriminação racial direta. Segundo a petição, no dia 22 de março de 1998, foi publicado no jornal diário, Folha de São Paulo, anúncio pela empresa NIPOMED – Planos de Saúde –, que informava estar recrutando candidatos ao cargo de representante comercial. A requerente, Isabel Lazzarini, tomando conhecimento do anúncio, informou à sua amiga e colega de trabalho, Neusa dos Santos Nascimento. No dia 26 de março, Neusa, acompanhada de outra colega, Gisele Ana Ferreira – sendo ambas negras –, apresentaram-se à empresa, onde foram atendidas por um preposto que, sem solicitar informação curricular das candidatas, informou que todas as vagas haviam sido preenchidas. Na mesma data, todavia no turno vespertino, Isabel Lazzarini, que é branca – sem ter conhecimento do insucesso de sua colega –, dirigiu-se à NIPOMED, ocasião em que foi atendida pelo mesmo preposto que a encaminhou a outro setor, onde foi admitida de imediato para o cargo anunciado, sendo até mesmo questionada se conhecia outras pessoas com suas características.

Oferecida denúncia pelo Ministério Público contra o preposto da empresa pela prática do crime tipificado no artigo 4º da Lei nº 7.716, de 1989¹³⁴⁵, a ação penal foi julgada improcedente, sob a justificativa de que havia “dúvidas a respeito da verdadeira conduta do réu”, cuja real intenção não havia sido demonstrada. Apesar da apelação movida contra a sentença, até a data da apresentação da denúncia perante a CIDH, em 8 de dezembro de 2003, o recurso nem sequer havia sido distribuído no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹³⁴⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, relatório nº 84/06, caso nº 1.068/03, Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira (Brasil), 21 de outubro de 2006.

¹³⁴⁵ Trata-se da lei que, no ordenamento jurídico brasileiro, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O artigo 4º estabelece pena de reclusão de dois a cinco anos para quem negar ou obstar emprego em empresa privada por motivos relacionados à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Apesar de se tratar de um ato de discriminação racial praticado por um particular, e não pelo Estado, o peticionário alegou que o Brasil violou a Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de seus órgãos judiciais, por não haver protegido o direito à não discriminação racial das vítimas.

Embora a CIDH tenha se manifestado apenas quanto à admissibilidade da petição, os fatos noticiados constituem um exemplo emblemático de discriminação racial direta. Com efeito, as vítimas, mulheres negras, obtiveram um tratamento desfavorável quando comparado com aquele oferecido a uma mulher branca que se encontrava em situação materialmente comparável, até no que se referia à experiência profissional e currículo das envolvidas. A única diferença objetiva identificável entre as candidatas ao cargo oferecido pela NIPOMED era a raça, elemento motivador do tratamento diferenciado adotado pelo preposto da empresa. Desse modo, todos os elementos apontados como sendo constituintes desse tipo de discriminação estão cabalmente presentes na ocorrência em análise, até mesmo a comparação concreta entre pessoas de raças diferentes – sendo uma vulnerabilizada e a outra não – as quais se encontravam em situação análoga.

Nada obstante, é preciso salientar que, na prática, a comparação concreta de circunstâncias semelhantes nem sempre será possível, tampouco imprescindível para a configuração da discriminação direta. Por exemplo, há discriminação racial quando uma pessoa tem sua entrada recusada num local aberto ao público, em virtude de sua raça, sem que seja preciso demonstrar, no caso concreto, que outra pessoa de raça diversa foi admitida no recinto. O que se deve questionar, hipoteticamente, é se, abstraído o fator racial, a vítima seria tratada de modo diferente, ou seja, não seria submetida ao ato racialmente discriminatório.

No cotejo com a discriminação de caráter indireto, a discriminação racial direta é mais facilmente demonstrável, uma vez que não possui as vestes de neutralidade. Ou seja, restringe, exclui, limita o acesso, marginaliza de modo manifesto e direto em função da pertença da vítima à *raça indesejada*. Não há imposição de se comprovar o efeito discriminatório por detrás de um ato supostamente igualitário e neutro, como ocorre nas hipóteses de discriminação racial indireta. Também é importante recordar que não é imperativo que haja manifestação oral ou escrita que fundamente o tratamento desfavorável para que se configure a discriminação racial direta. Basta demonstrar que, de fato, houve o tratamento desfavorável e que este se baseou em motivos racionais, o que parece ser exatamente o caso submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, é relevante afirmar que o ato discriminatório não precisa necessariamente incidir sobre a raça enquanto *característica protegida*, sendo, em dadas circunstâncias,

suficiente que recaia sobre elemento que lhe seja diretamente associado, como, por exemplo, a adesão a certas religiões e o uso de determinadas indumentárias, o que pode configurar o chamado *racismo religioso*.

Merece atenção, ainda, o chamado assédio racial. Antes considerado como forma particular de discriminação direta, com a Diretiva 2000/43/CE, designadamente em seu artigo 2º, nº 3¹³⁴⁶, o assédio passou a ser tratado em título específico. O que se pode denominar de *assédio racial*, em termos conceituais, continua possuindo natureza de discriminação direta, tendo sido singularizado, enquanto forma de tratamento discriminatório, em razão de sua peculiar natureza danosa. Decerto, com o objetivo de violar a dignidade da pessoa, com a criação de um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador, o assédio constitui comportamento de extrema nocividade. Dificilmente perpetrada por meio de um único ato (físico e/ou verbal) – e justamente porque tende a se consumir pela habitualidade – tal conduta discriminatória deve ser reputada como modalidade agravada de discriminação racial, o que deve repercutir na sua sanção.

À luz da definição apresentada, e tendo em conta seus efeitos potencialmente nocivos, para que se configure o assédio racial, não é indispensável que se estabeleça um elemento comparativo¹³⁴⁷. Um exemplo prático pode ser elucidativo. Num processo ajuizado perante a autoridade para a Igualdade de Tratamento da Hungria, foi apresentada queixa por assédio, contra professores de uma escola – com maioria de alunos ciganos – que, reagindo ao mau comportamento dos estudantes, ameaçava-os, fazendo referências à guarda húngara¹³⁴⁸. Com fundamento no artigo 10 do Ato CXXV, de 2003 (sobre a igualdade de tratamento e a promoção da igualdade de oportunidades), a autoridade húngara concluiu que os professores – que possuem responsabilidade acrescida e que, nesse contexto, deveriam atender a padrões mais elevados que profissionais de outras áreas – tinham implicitamente apoiado o posicionamento racista da guarda, criando um ambiente de temor e humilhação, constitutivo de assédio.

Por fim, outra espécie de ato discriminatório é autonomizado pela Diretiva 2000/43/CE, merecendo breve análise. Trata-se da instrução no sentido de discriminar,

¹³⁴⁶ “3. O assédio é considerado discriminação na acepção do nº 1 sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Nesse contexto, o conceito de assédio pode ser definido de acordo com as leis e práticas nacionais dos Estados-Membros.”

¹³⁴⁷ Cfr. European Court of Human Rights, Council of Europe, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, p. 35-36.

¹³⁴⁸ Tratava-se de um movimento de extrema direita dissolvido pelo Tribunal, em virtude de suas atividades racistas e violentas, dirigidas particularmente a indivíduo de etnia cigana.

conforme denominação atribuída pelo artigo 2º, nº 4¹³⁴⁹, do instrumento normativo. Embora não haja uma definição da expressão, pode-se compreendê-la como o ato de incitar ou incentivar terceiros a tratar determinados indivíduos de maneira desfavorável, em virtude da raça. Não é necessário, na modalidade em análise, que o instigador pratique, por si mesmo, o ato racialmente discriminatório, sendo suficiente que haja a instrução para que outrem atue desse modo. Para a configuração da instrução no sentido de discriminar é suficiente a prática da incitação ou instigação, ainda que ninguém seja efetivamente encorajado a ponto de consumir a orientação de praticar *tratamento racialmente diferenciado*.

Analisadas as modalidades de discriminação de natureza direta, importa tecer breves comentários acerca dos critérios jurídicos para a determinação da ocorrência de tal espécie conduta racialmente discriminatória. Desse modo, em linhas gerais, três elementos devem estar presentes para a caracterização da discriminação racial direta, no caso concreto: a) o tratamento desfavorável; b) o fundamento racial do tratamento desfavorável; e c) a ausência de justificativa razoável e proporcional. Dito de outro modo, torna-se imprescindível o estabelecimento de um nexo causal entre o *discrímen* e o fator rracico, não sendo, no entanto, indispensável se demonstrar a intenção discriminatória do agente. Assim, a rigor, não é necessário provar que o discriminador agiu movido por sentimentos racistas ou preconceituosos para se determinar juridicamente a ocorrência da discriminação racial. Significar dizer que tais fatos acessórios que, com frequência, estão associados à conduta racialmente discriminatória, não precisam constituir prova da alegação, embora possam, uma vez revelados, desvendar o fundamento racial do *discrímen*, caso ainda encoberto. Com efeito, se a configuração da discriminação racial dependesse inexoravelmente de tais fatores relacionados aos propósitos e convicções do agente – elementos de natureza interna, que, em regra, não são reguláveis pela lei, até que sejam externados –, o reconhecimento de sua ocorrência estaria sempre adstrito à confissão.

Retome-se o exemplo do caso nº 1.068, de 2003, apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil. As circunstâncias em que ocorreram os fatos tornaram desnecessária a aferição da intenção discriminatória do preposto da empresa que, no caso concreto, não confessou seu desígnio. Isso porque ficou evidente a diferença de tratamento entre as candidatas, fundada na raça, sem que houvesse justificativa objetiva, razoável e proporcional. Suponha-se, no entanto, que apenas Neusa tivesse respondido ao

¹³⁴⁹ “4. Uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base na origem racial ou étnica é considerada discriminação na acepção do nº 1.”

anúncio ou não tivesse tomado conhecimento da contratação da candidata branca, que apresentava as mesmas características e condições da primeira candidata para o preenchimento da vaga, salvo a raça. Nessa hipótese, dificilmente teria ficado demonstrado o fundamento racial do tratamento diferenciado, que dependeria da admissão, por parte do representante da empresa, de seus propósitos discriminatórios e ou convicções racistas.

Note-se que, aqui, trata-se da configuração da discriminação racial juridicamente relevante, como um todo, sem foco na seara criminal que, em certos casos, especialmente aqueles relacionados aos *crimes de ódio*, podem exigir níveis mais rigorosos de prova, até mesmo quanto à intenção discriminatória. De qualquer sorte, a justiça brasileira exigiu, para condenação criminal do preposto da empresa, requisitos não exigíveis pela lei e não contidos na definição de discriminação racial direta, quando, a bem da verdade, havia elementos suficientes que demonstravam ter havido negativa de acesso a cargo em empresa privada, por motivos racionais, conduta tipificada pelo artigo 4º da Lei nº 7.716, de 1989. Além do processo criminal, caberia no caso concreto condenação na seara cível, com reparação dos danos materiais e morais sofridos pela vítima discriminada, ou mesmo imposição da obrigação de contratar.

2.1.2. Discriminação racial indireta

Alguns instrumentos jurídicos internacionais dedicam-se à conceituação da discriminação racial de natureza indireta, a exemplo da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância (artigo 1º, nº 2)¹³⁵⁰ e a Diretiva 2000/43/CE, sobre a igualdade racial¹³⁵¹.

A discriminação racial indireta configura-se quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutros colocam indivíduos pertencentes a determinado grupo racial em situação de significativa desvantagem, quando em comparação com outro ou outros grupos raciais. Em outras palavras, para além das hipóteses em que pessoas são tratadas de forma

¹³⁵⁰ “Discriminación racial indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico basado en los motivos establecidos en el artículo 1.1, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.”

¹³⁵¹ “b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.”

diretamente discriminatória em virtude da raça, também pode ocorrer discriminação racial quando pessoas em situações diferentes são tratadas de forma idêntica, sem observância de suas peculiaridades e necessidades especiais, gerando, assim, um modo indireto de discriminação racial. Nesses casos, não é o tratamento dispensado que é mais ou menos favorável, e sim os seus resultados, cujos efeitos incidem de maneira diversa sobre pessoas com características desiguais.

Nessa conjuntura, como já observou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em alguns de seus recentes acórdãos, “uma medida ou política geral com efeitos prejudiciais desproporcionados sobre um determinado grupo pode ser considerada discriminatória, ainda que não vise especificamente o referido grupo”¹³⁵².

O primeiro elemento que distingue a discriminação indireta da direta é, portanto, a existência de uma disposição, critério ou prática, com neutralidade aparente, que supostamente aplica o princípio igualitário. Daí porque, como já visto em tópicos anteriores, a neutralidade estatal não pode servir de pretexto para adoção de medidas supostamente igualitárias, mas que não enxergam as circunstâncias fáticas que vulnerabilizam certos grupos. Do mesmo modo, o argumento da neutralidade não pode justificar a omissão do Estado diante das desigualdades fáticas, sob pena de incorrerem os poderes públicos no que se pode denominar de *discriminação por omissão* – ou omissão do seu dever de proteção contra a discriminação racial ou, ainda, do seu dever de promoção da igualdade racial – também configurável por meio de discriminação indireta, que retrata uma postura supostamente neutra.

A segunda característica imputável à discriminação indireta é o efeito desfavorável que a medida produz em relação a pessoas pertencentes a um grupo racial específico (vulnerabilizado), quando em comparação com indivíduos pertencentes a outro grupo (especialmente, o dominante).

Por fim, identifica-se, ainda, a ausência de objetivo ou justificativa razoável do ato, que, caso fosse alicerçado na razoabilidade, poderia, aliado a outros critérios, caracterizar uma medida especial legítima – ainda que aparentemente neutra, mas com impactos mais favoráveis aos grupos raciais inferiorizados –, com promoção da igualdade racial para correção das desigualdades fáticas.

Embora não seja escopo do presente trabalho a discussão dos aspectos processuais pertinentes à matéria, convém pontuar que, nas hipóteses de discriminação racial indireta é

¹³⁵² TEDH, *D.H. and Others v. The Czech Republic* (nº57325/00), 13 de novembro de 2007; TEDH, *Opuz v. Turkey* (nº 33.401/02), 9 de junho de 2009. TEDH, *Zarb Adami v. Malta* (nº 17209/02), 20 de junho de 2006.

particularmente importante que se estabeleça a inversão do ônus da prova¹³⁵³, sob pena de, muitas vezes, tornar inócua a proteção contra o ato racialmente discriminatório dessa natureza. Em outras palavras, caberia à vítima aduzir que o efeito da medida ou prática é discriminatório, apesar de sua aparente neutralidade, invertendo-se o ônus da prova, para que o Estado ou parte demandada prove que a medida é de fato neutra e obedece ao princípio igualitário, sem causar impactos especiais para determinado grupo racial. Mesmo porque, em muitos casos, é a parte demandada, em especial quando se trata dos poderes públicos, que possui acesso efetivo a dados e informações que permitam verificar, no caso concreto, os efeitos danosos focalizados em certa coletividade racial.

Outra questão processual diz respeito à modalidade das provas admitidas nos casos envolvendo discriminação racial indireta. Com o intuito de garantir aos interessados a proteção efetiva dos seus direitos, tem-se admitido a estatística como elemento de prova¹³⁵⁴. A jurisprudência recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem admitido a apresentação pelos requerentes de dados estatísticos de fontes confiáveis, quando estes alegam o efeito desfavorável de medidas gerais, supostamente neutras, como forma de se avaliarem os impactos das práticas contestadas¹³⁵⁵. É importante que se ressalte, todavia, que, muito embora a estatística possa constituir relevante fonte de prova, isso não significa que seja a única, podendo a parte interessada lançar mão de outros mecanismos para demonstrar a ocorrência de discriminação indireta. Conquanto apenas casuisticamente se possa determinar a melhor prova para caracterização da discriminação indireta, a demonstração de que os efeitos maléficos da medida supostamente neutra se repetiram em relação a pessoas pertencentes ao mesmo grupo vulnerável pode ser particularmente relevante.

¹³⁵³ Nos seus *considerandos* preambulares, a Diretiva 2000/43/CE dispõe que "impõe-se a adaptação das regras do ônus da prova em caso de presumível discriminação e, nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efectiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ônus da prova incumba à parte demandada".

¹³⁵⁴ A Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, já em seus *considerandos*, dispõe sobre a possibilidade de as ordens jurídicas dos Estados estabelecerem os dados estatísticos como meio de prova da discriminação de natureza indireta, nos seguintes termos: "(15) A apreciação dos factos dos quais se pode deduzir que houve discriminação directa ou indirecta é da competência dos órgãos judiciais, ou outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou a prática do direito nacional. Essas normas podem prever, em especial, que a determinação da discriminação indirecta se possa fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos".

¹³⁵⁵ Ver TEDH, *Hoogendijk v. The Netherlands* (nº 58641/00), 6 de janeiro de 2005. Embora se refira à discriminação em razão do gênero, a decisão retrata a importância dos dados estatísticos como meio de prova, afirmando que um candidato é capaz de mostrar, com base em estatísticas oficiais indiscutíveis, a existência de discriminação *prima facie*, quando uma regra, embora formulada de forma neutra, na verdade, afeta uma percentagem evidentemente mais elevada de mulheres do que de homens. Nesse caso, reconheceu-se que se reverte para o Estado a obrigação de demonstrar que a medida é resultado de fatores objetivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Ver também o já mencionado TEDH, *Zarb Adami v. Malta* (nº 17209/02), 20 de junho de 2006.

Por último, ainda no que tange à perspectiva processual, incumbe ressaltar que também não há necessidade de demonstração da intenção de discriminar, mesmo porque o que importa para a configuração da discriminação indireta são os efeitos discriminatórios da medida. Outrossim, nessa modalidade de natureza indireta, seria ainda mais difícil perquirir acerca dos propósitos discriminatórios do agente, especialmente quando se leva em consideração que o tratamento dispensado à vítima é igual àquele conferido aos demais, residindo justamente nessa neutralidade o efeito desfavorável.

Nessa mesma linha de entendimento, também não é indispensável provar que o discriminador tinha conhecimento dos efeitos nocivos do *tratamento igualmente dispensado*. Ou seja, ainda que o responsável pela medida – seja entidade pública, seja entidade privada – demonstre que a prática era bem intencionada ou revestida de boa-fé, se esta resultar em situação de desvantagem para determinado grupo, em virtude da raça, configura-se discriminação racial indireta. Mesmo porque, na prática, é comum, por exemplo, verificar-se, casuisticamente, a ausência de intenção discriminatória e, ainda assim, ser necessária a correção das políticas públicas de caráter geral, com vista a adaptá-las à realidade fática, e garantir a efetividade do direito à igualdade racial.

Foi o que se verificou no processo *D.H. e Outros c. República Checa*¹³⁵⁶, julgado pelo TEDH. Na República Checa, a legislação dispunha sobre a utilização de testes para aferição da aptidão dos estudantes, a fim de subsidiar a transferência destes do sistema de ensino geral para escolas especiais. De acordo com informações fornecidas nos autos pelo Governo, as chamadas escolas especiais (*zvláštní školy*) foram instituídas após a Primeira Guerra Mundial para as crianças com necessidades especiais, incluindo as que sofrem de deficiência mental, problemas de saúde ou *desvantagem social*¹³⁵⁷. Nos termos da legislação nacional, a decisão de colocar uma criança em escola especial era feita pelo diretor da escola, com base em resultados de testes para medir a capacidade intelectual do aluno, realizados num centro de Psicologia Educacional, mediante o consentimento do responsável legal da criança. Todos os alunos passíveis de colocação em escolas especiais eram submetidos ao mesmo teste, não havendo, pois, tratamento diferenciado nesse aspecto. Contudo, na prática, o teste era elaborado com base no nível referencial da população checa majoritária, o que trazia resultados desiguais imputáveis a questões culturais.

¹³⁵⁶ TEDH, *D.H. and Others v. The Czech Republic* (nº 57325/00), 13 de novembro de 2007.

¹³⁵⁷ De acordo com a legislação checa em vigor na ocasião, uma criança é socialmente desfavorecida quando inserida num ambiente familiar com baixo status sociocultural ou se encontra em risco de fenómenos sociopatológicos.

Por conseguinte, os alunos ciganos¹³⁵⁸ – cujas peculiaridades não eram consideradas quando da aplicação do exame – tinham um risco maior de obter maus resultados. Nos relatórios apresentados pelas autoridades checas, nos termos do artigo 25, § 1º, da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, constatou-se que, em 1999, do total de alunos matriculados em escolas especiais, entre 80% e 90%, era de crianças ciganas. Também se relatou que, em 2004, grande número de crianças ciganas ainda estava sendo colocada em escolas especiais. Ademais, o Comitê Consultivo para a Convenção-Quadro observou, no seu Relatório, de 26 de outubro de 2005, que, de acordo com estimativas não oficiais, até 70% dos alunos matriculados em escolas especiais eram ciganos, que se encontravam sobrerrepresentados nessas instituições. Por último, dados fornecidos pelo Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia concluíram que mais da metade das crianças ciganas em toda a República Checa frequentou escolas especiais.

Diante desse quadro, os peticionários argumentaram que a capacidade intelectual das crianças não havia sido testada de forma confiável, e os seus representantes não tinham sido devidamente informados das consequências de consentir com a colocação de seus filhos em escolas especiais. Os recorrentes alegavam que tinham sido vítimas de discriminação indireta, na qual, por causa de sua raça ou origem étnica, receberam tratamento supostamente neutro em relação a crianças em situação comparável, mas cujos efeitos afetavam direta e especificamente as crianças ciganas, sem justificativa objetiva e razoável para tanto. Aduzindo violação do artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em conjunto com o artigo 2º do seu Protocolo nº 1, solicitou-se a revogação das decisões impugnadas pelos recorrentes, por afronta ao direito à educação sem discriminação. Segundo os queixosos, na prática, a política implementada resultou numa verdadeira segregação racial, refletida na existência de dois sistemas educativos organizados separadamente para membros de diferentes grupos raciais: as escolas especiais para os alunos ciganos, e as escolas primárias regulares para os estudantes pertencentes ao grupo racial da maioria da população¹³⁵⁹. A questão, portanto, era saber se, pela maneira como foi aplicada a legislação, a medida, na prática, resultou num número desproporcional de crianças ciganas matriculadas em escolas especiais, colocando-as em situação de significativa desvantagem em relação às demais crianças.

¹³⁵⁸ Na República Checa, os ciganos têm o estatuto nacional de minoria e, portanto, gozam dos direitos especiais que lhe estão associados. A Comissão das Minorias Nacionais, um órgão consultivo do governo checo, sem poder executivo, tem a responsabilidade de defender os interesses das minorias nacionais, incluindo os *Roms* (ciganos).

¹³⁵⁹ Convém ressaltar que o currículo seguido nas escolas especiais era diferente e inferior, em termos de conhecimentos básicos, ao adotado nas escolas primárias regulares, dificultando o acesso dos alunos especiais ao ensino secundário.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que havia considerável risco de os testes terem sido tendenciosos, sendo que seus resultados não foram analisados à luz das peculiaridades e características especiais das crianças ciganas. Nessas circunstâncias, a Corte concluiu que se tratava de caso de discriminação indireta, e os testes em questão não poderiam servir de justificação para os efeitos negativos do tratamento supostamente neutro ou igualitário empregado pelo governo da República Checa.

Outra importante temática discutida pelo TEDH refere-se à validade do consentimento em casos de discriminação racial. No processo *D.H. e Outros c. República Checa*, o governo checo sustentou que o consentimento dos pais das crianças foi fator decisivo, sem o que os candidatos não teriam sido colocados em escolas especiais. É pertinente questionar, então, se tal consentimento poderia representar aceitação da diferença de tratamento, ou, em outras palavras, aceitação do ato racialmente discriminatório, como uma espécie de renúncia ao direito à não discriminação.

De acordo com a jurisprudência anterior do TEDH, a renúncia a um direito garantido na Convenção é permitida, devendo, no entanto, ser estabelecida de forma inequívoca, com pleno conhecimento de causa, o que implica imprescindibilidade do prévio *consentimento livre e esclarecido*¹³⁶⁰. Nada obstante, no contexto do caso sob enfoque, a Corte não se convenceu de que os pais das crianças ciganas tenham sido capazes de ponderar todos os aspectos da situação, bem como as consequências de seu consentimento¹³⁶¹. O Tribunal também considerou indiscutível que os pais ciganos foram confrontados com o dilema de escolher escolas comuns que estavam mal estruturadas para atender às diferenças sociais e culturais de seus filhos – e nas quais estes poderiam ser expostos ao isolamento e ostracismo – ou as escolas especiais, onde, ao menos, a maioria dos alunos era cigana. Especificamente no processo analisado, o Tribunal Pleno entendeu que, diante da importância fundamental da proibição de discriminação racial, mesmo observadas as condições cabíveis, nenhuma renúncia ao direito de não ser submetido à discriminação racial pode ser aceita, sob pena de violação do próprio interesse público¹³⁶².

Cabe ainda neste tópico referente à dimensão eminentemente negativa da igualdade racial – o direito à não discriminação – abordar três formas de manifestação do racismo que, a depender das circunstâncias fáticas, podem configurar discriminação racial direta ou indireta,

¹³⁶⁰ Ver TEDH, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, (nº 10802/84), 25 de fevereiro de 1992.

¹³⁶¹ Note-se que o governo admitiu que o consentimento tinha sido dado por meio da assinatura dos pais em um formulário pré-preenchido que não continha informações sobre as alternativas disponíveis ou as diferenças entre o currículo das escolas especiais e o currículo seguido em outras escolas.

¹³⁶² Ver também TEDH, *Hermi v. Itália* (18114/02), 18 de outubro de 2006.

exigindo medidas peculiares, conforme o caso. Desse modo, serão dedicadas breves linhas ao racismo institucional, ao racismo ambiental e ao racismo religioso.

2.1.3. Racismo institucional

O debate em torno do racismo institucional se inicia na década de 1960, notadamente no cenário da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos da América, tendo seu conceito anunciado por dois ativistas do movimento Panteras Negras – Kwane Ture e Charles V. Hamilton –, no livro *Black Power: the politics of liberation in America*, publicado em 1967. Associava-se o racismo institucional à operação ativa e estruturante de atitudes e práticas antinegras – que não podiam ser reduzidas a atos de indivíduos –, fundadas num senso de inferioridade dos negros que justificava sua subordinação aos brancos¹³⁶³. Os autores viam nessa manifestação do racismo um *modelo colonial interno* capaz de manter a iniquidade racial, a exploração político-econômica e o isolamento social dos afro-americanos. A tese de Hamilton e Ture foi decisiva para a compreensão de que o Estado e as instituições reproduzem o racismo como forma de poder, difundindo-o em meio a toda a sociedade¹³⁶⁴.

Na Inglaterra, o racismo institucional ganhou contornos jurídico-políticos a partir do assassinato de Stephen Lawrence, jovem negro morto, em 22 de abril de 1993, por um grupo racista branco. O fato ganhou repercussão, gerando amplo debate sobre o racismo na sociedade inglesa, em especial pela forma com que as investigações foram conduzidas pelo *Metropolitan Police Service* (MPS). Um inquérito público foi instaurado, em 1998, sob a presidência de Sir William Macpherson, que analisou o procedimento apuratório da MPS e concluiu que a força policial era institucionalmente racista. Em seu relatório William Macpherson definiu racismo institucional como sendo “o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica”¹³⁶⁵. As discussões sobre o racismo institucional, a partir de então, tiveram grande repercussão na sociedade britânica e contaram com a participação da *Comission for Racial Equality*, culminando em importantes alterações legislativas.

¹³⁶³ Cfr. Stockely Carmichael e Charles V. Hamilton, *Black Power: the politics of liberation in America*, p. 5.

¹³⁶⁴ Cfr. Stockely Carmichael e Charles V. Hamilton, *Black Power: the politics of liberation in America*, p. 16-17.

¹³⁶⁵ Ver relatório do inquérito público apresentado, em fevereiro de 1999, ao Governo do Reino Unido em «https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277111/4262.pdf». Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

No contexto brasileiro, em 2001, foi criado o Programa de Combate ao Racismo Institucional – a partir de uma parceria estabelecida entre o Ministério Britânico para o Desenvolvimento Internacional e Redução da Pobreza; o Ministério da Saúde; a Secretaria Especial de Políticas para Promoção da Igualdade Racial; o Ministério Público Federal; a Organização Panamericana de Saúde; e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento –, importando-se a concepção britânica do fenômeno.

Vê-se, então, que a concepção tradicional – ou, pelo menos a mais difundida no Brasil – de racismo institucional o retrata como sendo o fracasso das instituições em prover um serviço racialmente equitativo aos diferentes grupos raciais, o que reflete a ideia de uma estrutura neutra das instituições modernas. Tal conceito, embora tenha o mérito do reconhecimento da questão racial também no âmbito organizacional, foca o problema na ignorância das instituições e na ineficiência do aparato estatal na execução de suas tarefas de forma racialmente equitativa. Ocorre que essa conceituação de racismo institucional pode ter como consequência a aceitação de medidas limitadas para o seu enfrentamento e que, desse modo, acabam por colaborar para sua perpetuação. É como se se pretendesse curar a doença com o mero tratamento de seus efeitos colaterais, e não com o combate às suas reais causas.

Nesse sentido, é comum, por exemplo, a proposição de qualificação de servidores públicos como mecanismo de combate ao racismo institucional no âmbito do Estado. Ações como essa – embora representem algum avanço, pelo menos no que diz respeito ao reconhecimento da existência de tratamento racialmente hierarquizado prestado pelas entidades públicas e da necessidade de difusão de conhecimentos sobre o tema –, além de não produzirem resultados significativos, transferem a responsabilidade do racismo institucional para os servidores, simplificando e tornando ineficiente o processo de enfrentamento desse fenômeno sistêmico.

Outra proposição usualmente apresentada como resolutiva é a inclusão física de membros dos grupos raciais vulnerabilizados nos quadros das instituições, como demonstração da diversidade e *permeabilidade racial* destas. Trata-se, não raras vezes, de mecanismo paliativo, de caráter mais simbólico do que efetivo, e que se centra não nas demandas e necessidades inferidas do contexto sociorracial, e sim na intenção de valorização da imagem da instituição. Ademais, as políticas de inclusão racial – notadamente nas entidades de cunho privado –, em geral, limitam-se a incrementar – de forma não satisfatória – o acesso aos quadros institucionais de membros de grupos raciais tradicionalmente discriminados no mercado de trabalho, reservando-lhes, no entanto, posições e cargos também racialmente hierarquizados.

Apenas a título de ilustração, pesquisa realizada pelo Instituto Ethos – que analisa dados referentes ao perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas no Brasil¹³⁶⁶ – demonstrou a sub-representação dos negros, particularmente nos mais elevados níveis dos quadros de pessoal. O estudo, publicado em 2016, revelou que os negros têm participação de 57,5% como aprendizes; 28,8% como estagiários; e 58,2% como *trainees*. Tais dados deveriam corresponder a uma perspectiva de aproveitamento dos negros nos níveis ascendentes das empresas, o que, no entanto, não se confirma. De fato, a presença de negros nos quadros funcionais cai para 35,7%, com decréscimo progressivo para 25,9% nos cargos de supervisão; 6,3% na gerência; 4,7% nos quadros executivos; e 4,9% no conselho de administração. Nota-se, portanto, a ocorrência de *afunilamento hierárquico*, conforme se analisa a presença de negros nos níveis mais elevados de atividade funcional das empresas privadas. Isso num contexto social em que os negros representam 52,9% do total da população brasileira; 52,8% da população economicamente ativa; e 51,9% da população ocupada no Brasil¹³⁶⁷.

Para compreender o racismo institucional é preciso ter como premissa que as instituições criadas a partir da Modernidade não são marcadas pela neutralidade, antes são reflexos do racismo enquanto processo político de dominação¹³⁶⁸. Dito de outro modo, as instituições modernas – incluindo o Estado e o próprio Direito –, em linhas gerais, incorporam, explícita ou implicitamente, em menor ou maior grau, pretensões de grupos dominantes, projetando funções de controle material, civilizacional, político, econômico e social sobre outros povos. Nesses termos, o princípio da neutralidade estatal serve a uma lógica de manutenção do *status quo*, sendo que a festejada universalidade do Direito adota como paradigma características de uma minoria dominante, naturalizando-as como de interesse de todos, ao tempo em que ignora as diferenças dos grupos vulnerabilizados e desconsidera as especificidades de contextos sociais e históricos distintos.

Dessa maneira, para se alcançar uma definição mais adequada de racismo institucional – e, com isso, viabilizar ações capazes de combatê-lo – é preciso refletir sobre os

¹³⁶⁶ O estudo está na sua sexta edição e conta com a cooperação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e tem parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a ONU Mulheres, a Secretaria Municipal de Promoção da Igualdade Racial (SMPIR) da Cidade de São Paulo e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em «http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Perfil_Social_Tacial_Genero_500empresas.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹³⁶⁷ Cfr. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2013, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em «http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2013/brasil_defaultxls_brasil.shtm». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹³⁶⁸ Silvio Almeida, *O que é racismo estrutural?*, p. 40., afirma que o racismo é um processo político sistêmico de discriminação viabilizado pelo poder político. Para o autor, p. 41-42, a politicidade apresenta-se, basicamente, em duas dimensões: a) a dimensão institucional; e b) a dimensão ideológica.

próprios processos de criação, estruturação e seleção das instituições modernas que revelam mais do que mera ineficiência ou despreparo, mas efetiva seletividade sociorracial. Esses mecanismos seletivos de vantagens e desvantagens racialmente determinadas envolvem a interposição de barreiras aos *grupos raciais inferiorizados*, sem que haja medidas explícitas ou formais de controle, o que contribui para a invisibilização do racismo institucional. Este se distingue pela sua sistematicidade, amplitude e, com frequência, pelo seu caráter implícito ou não declarado. A forma dissimulada com que se mantém, associada a seu status genérico muitas vezes dificultam a identificação de suas causas concretas, embora seus resultados sejam bastante evidentes.

O racismo institucional, portanto, não diz respeito apenas ao fracasso das instituições em fornecer serviço adequado aos *grupos racialmente vulnerabilizados*, mas retrata a institucionalização sistemática de práticas, estruturas e missões institucionais que reproduzem e retroalimentam a ordem social hierarquicamente racializada, resultando na distribuição desigual de bens, serviços, prerrogativas e oportunidades entre os distintos grupos raciais, o que reflete na sub-representação dos *grupos racialmente vulnerabilizados* nas instituições, organizações e espaços de poder.

Desse modo, instauram-se procedimentos, normas, linguagens e condutas que impregnam a *cultura institucional*, naturalizando e perpetuando a hierarquização racial nas instituições, o que influencia, ainda, a definição das prioridades institucionais internas e externas, sempre dissociadas das demandas e interesses próprios dos grupos raciais marginalizados.

Como consequência direta, opera-se também, a partir do racismo institucional, uma espécie de fragmentação racialmente seletiva na distribuição dos resultados do processo de produção de riquezas. Mais do que isso, ocasiona-se o *desperdício de recursos humanos*¹³⁶⁹, atribuindo-se a exclusão racial, não ao racismo, mas às raças, pela legitimação da ideia de que pessoas pertencentes a certos grupos raciais são incapazes de assumir determinadas posições e responsabilidades.

O racismo institucionalizado extrapola as relações interpessoais e se manifesta no funcionamento habitual das organizações. Nessa linha de intelecção, afirma-se que o racismo institucional funciona a partir de supostas *operações anônimas*¹³⁷⁰ que perpetuam um padrão de exclusão e hierarquização racial, nos mais diversos setores da sociedade, não podendo, a

¹³⁶⁹ Cfr. Camara Phyllis Jones, *Confronting Institutionalized Racism*, p. 10.

¹³⁷⁰ Cfr. Ellis Cashmore, *In Ellis Cashmore, Dicionários das Relações Étnicas e Raciais*, p. 469.

princípio, ser imputada à conduta de um indivíduo em particular, uma vez que possui caráter grupal ou coletivo. Sob essa ótica, é preciso reconhecer que o racismo ultrapassa a mera intencionalidade individual, incrustando-se nas dinâmicas institucionais e estruturais e nas relações sociais.

Essa *coletivização ou institucionalização da responsabilidade* por certos efeitos nocivos é uma das características da Modernidade. Esta produz mecanismos de afastamento do valor moral das ações dos indivíduos, eximindo-os, de certo modo, da culpabilização inerente a determinados efeitos sociais de suas condutas. É assim que a burocracia, a tecnologia e a institucionalização das ações obscurecem a autonomia – e as responsabilidades que lhe são correlatas – do sujeito perante fenômenos complexos como o racismo. Afasta-se ou se invisibiliza a responsabilidade dos indivíduos pelas consequências de seus atos, atribuídos não mais à conduta de cada um, mas ao Estado, aos processos tecnológicos e burocráticos, às instituições e seus mecanismos de seleção e atuação.

Em muitos de seus aspectos, o racismo institucional – cuja configuração prescinde de intencionalidade –, reproduz a dinâmica das relações sociorraciais imperantes na sociedade, sendo resultado de processos históricos de segregação, sem necessariamente fundar-se em ideologias racistas adotadas explicitamente pelas instituições avaliadas¹³⁷¹. Com efeito, a diluição das concepções ideológicas de *hierarquização das raças* não impede que a institucionalização da discriminação racial se conserve em muitas sociedades contemporâneas, até mesmo como decorrência dos novos processos de migração, ainda que o racismo não faça – como, via de regra, não faz – parte do discurso oficial das instituições.

Sobre a intencionalidade do racismo institucional, a Comissão para Igualdade Racial já se manifestou afirmando que se as consequências racistas podem ser imputadas às leis, costumes e práticas institucionais, que sistematicamente refletem e reproduzem as iniquidades raciais na sociedade, então a instituição deve ser considerada racista, ainda que os indivíduos mantenedores de tais práticas não tenham intenções racistas. Mesmo porque estruturas, políticas, processos e práticas organizacionais que resultam no tratamento injusto e menos equitativo às minorias desencadeiam-se, de fato, sem que se possa demonstrar intenções deliberadamente racistas.

Nada obstante, a manutenção de postura institucional alegadamente neutra, justificadora de tratamento genericamente igualitário, não deve servir de argumento para escamoteação dos evidentes efeitos desse racismo estruturante, que, nesses moldes, pode ser

¹³⁷¹ Cfr. John Rex, *Raça e etnia*, p. 185.

enquadrado, casuisticamente, como discriminação racial indireta. Diz-se casuisticamente porque, apesar de sua natureza difusa, por vezes é possível identificar práticas reiteradas que envolvem tratamento racialmente diferenciado – porém não declarado – por parte de entidades públicas ou privadas, sendo, nessas hipóteses, possível se falar em responsabilização da pessoa jurídica – e/ou seus dirigentes – por racismo institucional.

Assim como nas hipóteses de discriminação racial indireta, o recurso às estatísticas pode figurar como meio de fundamental importância para a constatação da institucionalização do racismo. No Brasil, os indicadores raciais – conforme será visto mais adiante – demonstram nítida institucionalização do racismo, que se manifesta tanto na obtenção de condições materiais, quanto no acesso ao poder. Quanto às condições materiais, os exemplos incluem sobre-representação em subempregos, remuneração inferior à de indivíduos pertencentes aos grupos raciais dominantes – ainda que no exercício das mesmas funções –, participação reduzida nas instituições educacionais de qualidade, sub-representação nos postos de trabalho de maior remuneração, alto índice de mortalidade infantil, sobre-representação no sistema penitenciário, além de acesso desigual aos serviços de saúde e à moradia digna. No que tange à esfera do acesso ao poder, pode-se apontar a distribuição iníqua da informação – incluindo a omissão no que diz respeito à contribuição do grupo racial marginalizado para a formação histórico-cultural do país –, acesso desigual ao sistema de justiça, controle dos meios de comunicação pelos grupos dominantes e sub-representação nos cargos políticos.

Decerto que a natureza estruturante dessa faceta da discriminação racial acaba por se refletir – em maior ou menor grau – nos sistemas jurídicos que, ainda que não reproduzam de modo direto a sectarização racial, concorrem, mesmo que por omissão, para a manutenção de seus efeitos. Ademais, o racismo institucional – que, como dito, atinge também o sistema de justiça – opera de maneira a deslegitimar concepções de justiça redistributiva, a partir da desvalorização do princípio da igualdade, da redução de perspectivas de democracia, bem como da limitação da eficácia constitucional, por meio da sonegação hermenêutica ou subinterpretação das normas da Constituição.

A partir das noções apresentadas, se, de um lado, não remanescem dúvidas de que do racismo institucional resulta a violação generalizada do direito à não discriminação racial em âmbito coletivo – vitimando os indivíduos e, ao mesmo tempo, toda a coletividade racial a que pertencem –, de outro, o seu peculiar *anonimato* pode dificultar a individualização das condutas e, por conseguinte, a responsabilização jurídica dos envolvidos. Como se trata de sistema impregnado nas instituições a partir do *costume*, não é imprescindível – embora, em determinados casos, seja possível – a identificação de um autor individualizado para o

reconhecimento de sua existência. Mesmo porque o racismo institucional se evidencia, usualmente, a partir da *inação diante da necessidade*¹³⁷²; da omissão diante dos efeitos visíveis de sua perpetuação.

Assim, a constatação do racismo institucional é elemento indicativo da imposição de medidas de promoção da igualdade racial, especialmente quando se considera que mecanismos de proteção contra a discriminação racial são insuficientes para o seu enfrentamento¹³⁷³. Desse modo, a omissão do Estado em efetivar o direito à promoção da igualdade racial, assumindo a ideia de neutralidade estatal diante de tal fenômeno sistêmico de exclusão, poderá ensejar as formas de controle social, político e jurídico cabíveis.

Retomando a ideia de ausência de neutralidade das instituições modernas, reafirma-se ser possível a desconstrução do racismo institucional apenas se, para além dos *efeitos colaterais* por este causados, forem também tratados os seus verdadeiros núcleos de perpetuação, que envolvem todo o sistema institucional. Em outras palavras, não se trata apenas da dimensão estrutural das instituições – que abarcam desde sua organização e funcionamento, até seus processos institucionais internos e externos –, mas também e essencialmente da dimensão sistêmica que as antecede. Se, como dito, as instituições reproduzem o sistema hierarquizado das relações sociorraciais, não se pode esperar que os efeitos da atuação institucional sejam antirracistas ou racialmente igualitários; daí a perpetuação do racismo por meio das organizações, sem que haja necessariamente amparo em teorias racistas intencionais. Portanto, deve-se ter como questionamento o próprio sistema racializado que legitima e normaliza o racismo institucional. Apenas a partir de uma visão emancipatória do direito, fundada na igual dignidade de todas as pessoas e na força normativa da igualdade racial em todas as suas dimensões é possível, sob a perspectiva jurídica, construir bases sólidas para o combate ao racismo institucional.

2.1.4. Racismo ambiental

O racismo ambiental configura-se como forma de discriminação racial que atinge especificamente determinadas etnias/raças e grupos populacionais tradicionais¹³⁷⁴, como

¹³⁷² Cfr. Camara Phyllis Jones, *Confronting Institutionalized Racism*, p. 10.

¹³⁷³ Ivair Augusto Alves dos Santos, *Direitos humanos e as práticas de racismo*, p. 26, ressalta que “a força da ideia do racismo institucional está em denunciar a discriminação racial dissimulada, e em levar à consciência de que não é possível esperar que, espontaneamente e de maneira voluntária, ocorram mudanças nas condições sociais da população negra; é preciso investimento das instituições”.

¹³⁷⁴ No Brasil, o Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 – que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – define os povos e comunidades tradicionais “como sendo

ribeirinhos, extrativistas, pantaneiros, pescadores, caiçaras, ciganos, comunidades de terreiro, comunidades quilombolas, dentre outros¹³⁷⁵. Trata-se da exposição desproporcional de grupos étnico-raciais a riscos e gravames ambientais, intensificada, ainda, pelo acesso desigual a recursos e bens ambientais. Dito de outro modo, consiste numa das manifestações concretas do racismo que determina as condições ambientais a que são submetidos grupos raciais vulnerabilizados.

O debate sobre racismo ambiental exige reflexão sobre as estratégias políticas de proteção ambiental e de combate ao racismo existentes nas contemporâneas sociedades democráticas. Nesse sentido, é preciso avançar criticamente na análise das diversas formas de discriminação, partindo-se da compreensão do racismo ambiental enquanto uma das facetas do que se pode denominar de injustiça ambiental, explorando-se seu contraponto, a justiça ambiental.

A expressão justiça ambiental foi cunhada por Robert Doyle Bullard, ativista contra o racismo ambiental e um dos líderes do chamado Movimento de Justiça Ambiental, surgido nos Estados Unidos entre as décadas de 1970 e 1980. O conceito de justiça ambiental emerge, nesse período, como extensão da luta por direitos civis¹³⁷⁶, num contexto de denúncia do despejo de lixo tóxico em áreas de residência da população afrodescendente daquele país¹³⁷⁷. O evento que marcou o início das demandas por justiça ambiental foi o protesto nacional, de 1982, em oposição à escolha do condado de Warren, no Estado da Carolina do Norte, de maioria negra, como local para instalação de um aterro de lixo tóxico, contaminado com bifenilpoliclorado (BPC).

As manifestações impulsionaram a realização de um estudo, iniciado em 1983, pela *US General Accounting Office*, para análise da correlação entre a instalação de aterros de resíduos perigosos e o status racial e econômico das comunidades do entorno. Os resultados da pesquisa revelaram que três em cada quatro desses aterros estavam localizados em comunidades predominantemente afro-americanas, embora os afro-americanos, na ocasião, compusessem

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

¹³⁷⁵ Cfr. Selene Herculano, *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*, p. 16.

¹³⁷⁶ Cfr. Elena Steinhorst Damasceno e Horácio Antunes de Santana Júnior, *Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RDJA): expressão e forma do movimento social contemporâneo*, p. 5.

¹³⁷⁷ Cfr. Henri Acselrad, *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental*, p. 111; Lara Moutinho da Costa, *Territorialidade e racismo ambiental: elementos para se pensar a educação ambiental crítica em unidades de conservação*, p. 108; Selene Herculano, *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*, p. 2.

apenas 20% do total da população da região analisada – compreendendo oito estados do sul dos Estados Unidos¹³⁷⁸.

Os protestos também levaram a Comissão para a Justiça Racial da *United Church of Christ* (UCC), a produzir, em 1987, o primeiro estudo nacional sobre a relação entre instalação de aterros de resíduos tóxicos e características demográficas, cujas conclusões consideraram a raça – à frente da pobreza e do valor da terra – como variável mais relevante na determinação da escolha dos locais para descarte desse tipo de dejetos. O relatório gerado, intitulado *Toxic Wastes and Race* faz uso da expressão *racismo ambiental* para revelar que as políticas institucionais e leis ambientais atribuíam maior carga de suportabilidade de resíduos tóxicos às comunidades negras dos Estados Unidos. Em 2007, a UCC lançou o relatório de um novo estudo que denota a persistência da questão racial sobre a produção de injustiças ambientais, denunciando novas formas de racismo ambiental¹³⁷⁹.

Na década de 1990, nota-se a expansão dos movimentos por justiça ambiental, que, em decorrência da intensificação e variabilidade das manifestações de injustiça ambiental, passam a englobar as demandas de outros grupos vulnerabilizados, associadas também à questão territorial e geográfica. A Primeira Conferência Nacional de Lideranças Ambientais de Pessoas de Cor, ocorrida na cidade de Washington, em 1991, revela tal constatação. Embora focada na questão racial, a conferência aprovou dezessete princípios de justiça ambiental, que, para além do enfrentamento da discriminação racial, abordaram outras formas de injustiça ambiental, ligadas à autodeterminação dos povos, às condições de trabalho dos imigrantes e à situação econômica dos grupos sociais, dentre outros fatores¹³⁸⁰.

Importante marco do reconhecimento estatal da existência de injustiça ambiental – e, por conseguinte, de racismo ambiental, como uma de suas formas de manifestação –, foi a aprovação nos Estados Unidos, em 11 de fevereiro de 1994, da Ordem Executiva nº 12.898¹³⁸¹, intitulada *Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-*

¹³⁷⁸ Cfr. Robert D. Bullard, *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*, p. 4.

¹³⁷⁹ Cfr. United Church of Christ, *Toxic wastes and race at twenty: 1987-2007*. Disponível em «http://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/unitedchurchofchrist/legacy_url/7987/toxic-wastes-and-race-at-twenty-1987-2007.pdf?1418432785». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

¹³⁸⁰ Cfr. Robert Bullard, *Enfrentando o racismo ambiental no século XXI*, p. 46.

¹³⁸¹ No que se refere às responsabilidades das agências federais, a ordem estabelece que “each Federal agency shall conduct its programs, policies, and activities that substantially affect human health or the environment, in a manner that ensures that such programs, policies, and activities do not have the effect of excluding persons (including populations) from participation in, denying persons (including populations) the benefits of, or subjecting persons (including populations) to discrimination under, such programs, policies, and activities, because of their race, color, or national origin.”. Cfr. texto completo da Ordem Executiva em «<http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/pdf/12898.pdf>». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

Income Populations. A ordem determinava que as agências federais incorporassem em seus programas e ações as demandas por justiça ambiental como forma de prevenção à imposição desproporcional de riscos ambientais a determinados grupos.

Em oposição ao conceito de justiça ambiental, emerge da Declaração de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, de 2001¹³⁸², a concepção de injustiça ambiental, que se constitui como o mecanismo por meio do qual as sociedades econômica e socialmente desiguais destinam seletivamente maior carga de danos ambientais às populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, povos tradicionais, dentre outras coletividades vulnerabilizadas. Analisando o histórico brasileiro, verificam-se influências estreitas do Movimento de Justiça Ambiental estadunidense na gênese das primeiras discussões, estudos e organizações coletivas nacionais sobre os temas injustiça e racismo ambientais. Nada obstante, no contexto brasileiro, procura-se ampliar o enfoque da discussão sobre justiça ambiental, em relação à perspectiva dos Estados Unidos, considerando-se as vicissitudes do Brasil, para abarcar, dentre outros, fatores como carência de saneamento ambiental no meio urbano e, no meio rural, degradação de terras de assentamentos de reforma agrária¹³⁸³.

Os estudos relacionados ao racismo ambiental apontam para a existência de uma seletividade sistêmica que se esforça para abarcar uma gama de sujeitos em condições de hipossuficiência, apoiada tanto em elementos de ordem étnico-raciais, quanto por fatores relacionados às condições materiais e à ausência de poder. Desse modo, o conceito de racismo ambiental iria além da discriminação e exclusão meramente raciais e étnicas, englobando as injustiças e a desigualdade que afligem populações ambientalmente excluídas¹³⁸⁴. Essa

¹³⁸² A partir da Declaração de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, pode-se compreender a justiça ambiental como sendo o conjunto de princípios e práticas que “a) asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; b) asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; c) asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; d) favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso”. Cfr. Selene Herculano, *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*, p. 11.

¹³⁸³ Cfr. Selene Herculano, *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*, p. 6, que observa que “não são apenas os trabalhadores industriais e os moradores no entorno das fábricas aqueles que pagam, com sua saúde e suas vidas, os custos das externalidades da produção das riquezas brasileiras, mas também os moradores dos subúrbios e periferias urbanas onde fica espalhado o lixo químico, os moradores das favelas desprovidas de esgotamento sanitário, os lavradores no campo, levados a consumir agrotóxicos que os envenenam, e as populações tradicionais extrativistas, progressivamente expulsas de suas terras de uso comunal”.

¹³⁸⁴ Cfr. Robert D. Bullard, *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*, p. iii, alerta que o racismo ambiental “institutionalizes unequal enforcement, trades human health for profit, places the burden of proof on the “victims” rather than the polluters, legitimizes human exposure to harmful chemicals,

constatação abre espaço para possíveis reflexões sobre a falta de adequação terminológica para tal fenômeno, que, para definir genericamente todos os sujeitos subjugados, seria mais fidedigno se fosse aplicada a expressão *injustiça ambiental*.

No que interessa especificamente a este estudo, adota-se a categoria racismo ambiental como referência específica a políticas, práticas ou diretivas – voluntárias ou involuntárias – que, em termos ambientais, afetam diferencialmente em sentido negativo indivíduos, grupos ou comunidades com base em fatores rracicos, reforçando a estratificação racial das sociedades¹³⁸⁵. Nesse sentido, há convergência entre políticas públicas e práticas industriais, de maneira a beneficiar grandes corporações e grupos dominantes, em detrimento de coletividades étnico-raciais vulnerabilizadas – que são submetidas aos mais diversos riscos –, o que demonstra a já afirmada ausência de neutralidade das instituições contemporâneas. Decerto que o racismo ambiental não tem existência dissociada do próprio racismo institucional e sistêmico que orientam as relações de poder nas sociedades racialmente hierarquizadas, impondo mais um elemento de vulneração e inferiorização definido a partir do status racial dos indivíduos e grupos.

Deve-se observar que o conceito de racismo ambiental é ampliado para acompanhar a própria concepção de justiça ambiental. Se, inicialmente, a ideia de racismo ambiental estava ligada à exposição desproporcional de comunidades não brancas a riscos ambientais, passou a agregar também – em consonância com o alargamento da noção de ambiente – as disparidades no acesso a recursos e serviços ambientais, até no que diz respeito a equipamentos urbanos¹³⁸⁶.

Sob outra perspectiva, a noção de justiça ambiental se associa também à concepção de igualdade procedimental e, por conseguinte, à busca de efetiva participação dos grupos vulnerabilizados pelo racismo ambiental nas decisões da comunidade política sobre a proteção do ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável para todos. Isso requer o reconhecimento por parte do Estado da legitimidade desses grupos para pautarem suas próprias demandas e prioridades diante da injustiça ambiental que os afeta diretamente, seja pela ausência de acesso aos recursos ambientais, seja pela carga preferencial dos efeitos da degradação ambiental. O combate ao racismo ambiental, portanto, não pode desconsiderar a autonomização e o empoderamento das comunidades atingidas para participação nas ações e estratégias de

pesticides and hazardous substances, promotes “risky” technologies, exploits the vulnerability of economically and politically disenfranchised communities, subsidizes ecological destruction, creates an industry around risk assessment, delays cleanup actions and fails to develop pollution prevention and precaution processes as the overarching and dominant strategy”.

¹³⁸⁵ Cfr. Ivy de Souza Abreu, *Biopolítica e racismo: uma análise da realidade ambiental brasileira*, p. 2.

¹³⁸⁶ Cfr. Arivaldo Santos de Souza, *Direito e racismo ambiental na diáspora africana: promoção da justiça ambiental através do direito*, p. 30 e ss.

prevenção e *recuperação* de danos ambientais, em busca do desenvolvimento econômico sustentável comunitariamente orientado¹³⁸⁷.

Tomando-se por base uma noção alargada de justiça ambiental, os impactos do racismo ambiental envolvem desde a insustentabilidade seletiva e desproporcional do ambiente – enquanto espaço geográfico habitado por comunidades vulnerabilizadas em razão da pertença a grupos étnico-raciais determinados –, passando pela iniquidade racial na prestação de serviços e no desenvolvimento de políticas públicas ambientais, retratando-se, ainda, na exclusão de tais comunidades vulnerabilizadas dos espaços decisórios e de controle social das decisões ambientais¹³⁸⁸. Tais vicissitudes, que produzem efeitos nas mais diversas esferas da vida pública e privada – mormente quando se atenta para as consequências em cadeia produzidas no gozo de outros direitos fundamentais –, devem ser consideradas na busca por mecanismos de enfrentamento do racismo ambiental.

Nessa linha de intelecção, deve-se refletir – observado o contexto e as idiosincrasias próprias de cada coletividade analisada casuisticamente – sobre a relação entre o racismo ambiental e a crescente deterioração das condições de sobrevivência material e imaterial dessas comunidades. Ademais, não há como negar que, assim como em outras formas de violação ao direito à não discriminação racial, o racismo ambiental repercute na liberdade e autonomia dos grupos afetados, ao pretender determinar heteronomamente o modo e espaço de vida destes, o que significa também exercer o controle sobre os corpos dos indivíduos¹³⁸⁹ pertencentes a tais coletividades.

Sob essa perspectiva, além da distribuição justa e equilibrada dos bens e riscos ambientais – afastando-se a sobrecarga direcionada a determinados grupos raciais –, que diz respeito à *justiça ambiental distributiva*, não se deve perder de vista também a necessidade de *reconhecimento* e validação das idiosincrasias que pautam o perfil identitário de certas coletividades e que estão diretamente associadas à sua relação com os recursos naturais. Os povos e comunidades considerados tradicionais são frequentemente atingidos por políticas públicas que instituem unidades de conservação ambiental ou áreas estratégicas de segurança nacional, em detrimento dos territórios tradicionalmente ocupados e utilizados para a garantia da existência e subsistência, além da preservação das atividades identitárias desses grupos.

¹³⁸⁷ Cfr. Robert D. Bullard, *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*, p. 7.

¹³⁸⁸ Note-se que a Declaração de Princípios da Rede Brasileira de Justiça Ambiental já incluía entre suas preocupações a ideia de democratização do debate em torno da questão ambiental, a partir da participação dos grupos vulnerabilizados nos processos decisórios.

¹³⁸⁹ Cfr. Arivaldo Santos de Souza, *Direito e racismo ambiental na diáspora africana: promoção da justiça ambiental através do direito*, p. 24.

No contexto brasileiro, por exemplo, têm sido noticiados conflitos entre comunidades quilombolas e a Marinha do Brasil, com disputa pelos territórios historicamente ocupados pelos moradores. É o que ocorre no Quilombo da Ilha da Marambaia, no Rio de Janeiro. No século XIX, funcionava no local um entreposto negreiro, que, com a abolição da escravidão, continuou servindo de moradia aos quilombolas. Em 1906, os herdeiros do proprietário da Ilha a teriam vendido para a União. Na década de 1970, o local passou a ser utilizado para treinamento de fuzileiros navais, iniciando-se, então, a disputa pela posse da área entre a Marinha do Brasil e os remanescentes de quilombos da Ilha de Marambaia. Em decorrência, os quilombolas tiveram suas fontes de subsistência – fundada especialmente na pesca artesanal – e suas relações socioculturais desestabilizadas, resultado do não reconhecimento do direito daquela comunidade à propriedade das terras que ocupavam há mais de um século. Apenas em 8 de outubro de 2015, as famílias da Comunidade Quilombola da Ilha da Marambaia, localizada no município de Mangaratiba, Rio de Janeiro, receberam a titulação definitiva de parte da terra, o que assegurou o domínio coletivo parcial do território, embora a Marinha do Brasil continue gerindo ilha.

Situação semelhante acontece no Quilombo Rio dos Macacos, localizado no município de Simões Filho, região Metropolitana de Salvador, na Bahia, onde também há disputa entre os moradores da comunidade e a Marinha do Brasil. O conflito teve início na década de 1970, quando, por ocasião da construção da Base Naval de Aratu, a União pretendeu a desocupação da área, ocupada pelas famílias remanescentes de quilombolas. Em dezembro de 2010, uma decisão liminar favorável ao pedido de ação reivindicatória proposta pela Marinha ordenou o despejo das famílias. Em 18 de novembro de 2015, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) reconheceu parte da área como sendo da Comunidade Remanescente do Quilombo Rio dos Macacos, mantendo, entretanto, importante faixa do território sob a administração da Marinha, por se tratar de *zona de interesse estratégico à defesa nacional*. A partir da decisão administrativa adotada, os moradores permanecem sem acesso direto ao rio, elemento de essencial importância para o sustento da comunidade, que tem a pesca artesanal como principal meio de subsistência.

Casos como esses denotam a importância da teoria do reconhecimento para a concepção de justiça ambiental¹³⁹⁰, notadamente no que se refere às demandas especiais de

¹³⁹⁰ Nesse sentido, tratando especificamente do caso do Quilombo da Ilha da Marambaia, Roberta Camineiro Baggio, *Justiça Ambiental entre redistribuição e reconhecimento – A necessária democratização da proteção da natureza*, p. 249-250, defende que “se, de fato, deve haver reciprocidade entre democracia e justiça, no sentido de que uma situação de justiça social é atingida a partir da pressuposição das relações democráticas que a permeiam, então o que se tem nessas experiências é a construção de uma dinâmica moral falseada, que perde sua

determinados grupos raciais tradicionais, como as comunidades remanescentes de quilombos e que têm justificado a reivindicação do chamado *direito quilombola*¹³⁹¹.

Assim, o combate ao racismo e a promoção da igualdade racial devem se pautar por uma perspectiva emancipatória, consolidada na participação efetiva dos grupos raciais vulnerabilizados nas decisões institucionais, mas também no reconhecimento de suas diferenças e especiais necessidades na elaboração das diretrizes das políticas ambientais. Caso contrário, estar-se-á legitimando *soluções igualitárias* heterônomas, fulcradas sempre na *hermenêutica externa* de grupos hegemônicos que desconsideram as experiências identitárias dos grupos vulnerabilizados no processo decisório, em evidente violação ao direito à diferença que se pauta também pela necessidade de reconhecimento.

Pelo que foi até aqui desenvolvido, percebe-se que o racismo ambiental costuma se materializar a partir da estrutura de instituições públicas ou privadas. Assim, embora seja possível a existência de racismo ambiental individual, não há dúvidas de que, no mais das vezes, sua manifestação se dá na modalidade *racismo ambiental institucional*. Do mesmo modo, o fenômeno do racismo ambiental pode se revestir de ações ou omissões das instituições que, de maneira não necessariamente intencional, resultam em tratamento ambientalmente mais prejudicial a determinados grupos étnico-raciais.

A materialização do racismo ambiental – enquanto uma das facetas de concretização do racismo – assume amplo espectro quanto ao fato ou ação/omissão central verificada casuisticamente, no que tange aos efeitos impostos aos sujeitos vulnerabilizados. Sob essa perspectiva, podem-se distinguir três manifestações do racismo ambiental, quais sejam: a) racismo ambiental degradativo; b) racismo ambiental restritivo; e c) racismo ambiental omissivo.

O chamado racismo ambiental degradativo se operacionaliza a partir de um conjunto de práticas que – direta ou indiretamente, em curto ou longo prazo – atinge o local de moradia ou de vivências de determinados grupos raciais vulnerabilizados, revelando desprezo

legitimidade na medida em que fere expectativas normativas de reconhecimento de direitos consagrados no texto constitucional brasileiro”.

¹³⁹¹ Cfr. Marli Mateus dos Santos, *O direito quilombola nas encruzilhadas jurídicas: Marinha do Brasil x Quilombo Rio dos Macacos*. Sobrelevando a experiência dos quilombos para explorar a noção de quilombismo, enquanto conceito científico histórico-social, ver Abdias do Nascimento, *Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira*. O autor, p. 205, evidencia que “quilombo não significa escravo fugido. Quilombo quer dizer reunião fraterna e livre, solidariedade, convivência, comunhão existencial. Repetimos que a sociedade quilombola representa uma etapa no progresso humano e sociopolítico em termos de igualitarismo econômico”. E conclui, p. 203, que “o quilombismo tem se revelado fator capaz de mobilizar disciplinadamente o povo afro-brasileiro por seu profundo apelo psicossocial, cujas raízes estão entranhadas na história, na cultura e na vivência afro-brasileiros”.

pelos direitos, tradições e história das comunidades afetadas. Exemplos disso são pontuados na literatura pelo despejo de dejetos químicos ocorridos preferencialmente em bairros majoritariamente negros, nos Estados Unidos da América¹³⁹².

O racismo ambiental restritivo se concretiza a partir da proibição de entrada e trânsito de sujeitos e comunidades em determinados espaços, sejam estes naturais ou urbanizados. Tal blindagem se dá por aparatos normativos positivados ou até mesmo por coações simbólicas e físicas. Na realidade brasileira, a regulação relacionada ao ambiente natural, associada a discursos ambientalistas preservacionistas costumam impactar decisivamente nas comunidades e povos tradicionais, obstaculizando, quando não proibindo, sua convivência e manutenção de suas tradições, em *áreas protegidas*¹³⁹³.

Por fim, o chamado racismo ambiental omissivo diz respeito à completa omissão do Estado e de suas agências, ou, ainda, à sua atuação prestacional incompleta ou negligente no processo de implementação, estruturação e regulação de obras, serviços e outras medidas relacionadas à existência de ambientes adequadamente dignos e saudáveis para determinado recorte populacional, sabidamente constituído majoritariamente por grupos raciais vulnerabilizados. Nesse aspecto, em muito se vincula ao racismo institucional, porque, diante da necessidade de intervenção, os poderes públicos permanecem inertes, validando, desse modo, a seletividade étnico-racial persistente na sociedade, que se reproduz também no que tange à justiça ambiental. Robert Bullard observa que o racismo institucional continua a determinar as opções de moradia e a mobilidade de afro-americanos de todos os níveis de renda, influenciando a qualidade dos bairros para estes destinados. Desse modo, verificam-se práticas discriminatórias no mercado imobiliário como resultado da ação e omissão das autoridades governamentais federais e locais, das companhias de seguro e instituições financeiras¹³⁹⁴.

Destaque-se, ainda, que, no plano internacional, a dinâmica globalizatória da economia mundial resultou na degradação seletiva sobre ecossistemas de territórios ocupados por negros e povos indígenas, notadamente em países subdesenvolvidos, em especial por meio

¹³⁹² Cfr. Selene Herculano, *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*, p. 3.

¹³⁹³ Cfr. Kellen Josephine Muniz de Lima e Ilzver Matos Oliveira, *Racismo ambiental e supressão de espaços litúrgicos naturais das religiões de matriz africana: dilemas entre políticas públicas de preservação ambiental e de proteção às manifestações culturais afro-brasileiras*, p.3; Lara Moutinho da Costa, *Territorialidade e racismo ambiental: elementos para se pensar a educação ambiental crítica em unidades de conservação*, p. 114.

¹³⁹⁴ Cfr. Robert D. Bullard, *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*, p. 1.

de indústrias de extração de madeira, petróleo e recursos minerais¹³⁹⁵, realidade que retrata o chamado *colonialismo* ou *imperialismo tóxico*¹³⁹⁶.

O racismo ambiental configura-se, portanto, como uma das facetas do racismo contemporâneo, que afeta o direito à não discriminação racial – atingindo a autonomia e o acesso a outras prerrogativas jusfundamentais das coletividades discriminadas –, além de poder atingir o próprio direito à diferença, a partir da negativa do reconhecimento das especificidades dos dos grupos vulnerabilizados, enquanto efetivos participantes integrais da comunidade política.

2.1.5. Racismo religioso

No âmbito internacional, historicamente, a religião esteve em posição central dentre os tópicos mais relevantes na materialização dos direitos fundamentais. O combate à intolerância religiosa e a ideia de pluralidade de religiões já eram tônicas de documentos históricos, como a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Em termos constitucionais, a Constituição dos EUA parece ter sido a pioneira nessa seara, a partir da previsão expressa da garantia de liberdade religiosa, na primeira emenda ao *Bill of Rights*, de 1791.

Muitos avanços normativos e legislativos emergiram como instrumentos de defesa da liberdade religiosa, principalmente a partir da segunda metade do século XX, sob a influência do histórico de extermínio dos judeus na Alemanha nazista e da posterior criação da Organização das Nações Unidas. Com efeito, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, surgiram importantes dispositivos relacionados à garantia da liberdade religiosa e proteção contra a intolerância religiosa, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos¹³⁹⁷, de 1966, e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de

¹³⁹⁵ Cfr. Robert D. Bullard, *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*, p. 3. O autor, p. 2, traz à baila alguns importantes exemplos de racismo ambiental, ao afirmar que “the destruction and degradation of indigenous peoples’ land and sacred sites, and of the health and quality of life of Native Americans on reservations, Africans in the Niger Delta, African-Americans in Louisiana, Mexicans in the border towns and Puerto Ricans on the Island of Vieques, Puerto Rico, all have their roots in economic exploitation, racial negligence and oppression, devaluation of human life and the natural environment, and the dominance of financial profits over other quality of life variables”.

¹³⁹⁶ Cfr. David Harvey, *Justice, nature and the geography of difference*, p. 366-367.

¹³⁹⁷ Adotado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 1992, que, em seu artigo 18, estabelece que: “1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará

Intolerância e Discriminação fundadas na Religião, apresentada na Assembleia Geral da ONU, em 1981.

No entanto, a verificação do percurso histórico da defesa da liberdade religiosa fundada no Iluminismo – marco emblemático de exaltação das liberdades individuais no Ocidente – permite a constatação de que tal discurso religioso emancipatório representou um simulacro que pregava a tolerância somente entre os diversos segmentos cristãos reconhecidos pelos iluministas¹³⁹⁸. Tal realidade perdura até os dias atuais, em que o racismo institucional e a intolerância religiosa correlata fazem com que a laicidade seja um princípio de frágil operacionalização nos mais diversos Estados nacionais, dentre eles o Brasil¹³⁹⁹.

Compreender o racismo religioso demanda o entendimento prévio de algumas categorias importantes como a intolerância e a discriminação religiosas, cujas concepções podem, pelo que já foi abordado até aqui, ser deduzidas. Nada obstante, segundo a Declaração Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundada na Religião, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de novembro de 1981 (Resolução nº 36/55), configuram-se como “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo objetivo ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, do gozo e do exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (artigo 2º, § 2º).

A discriminação fundada na crença religiosa guarda intrínseca relação com o ideal europeu autocentrado de religiosidade cristã, que resulta na subjugação e deslegitimação das manifestações de fé que destoem desse paradigma. A suposta diferença *interpovos* que fundamentou a formação de relações raciais hierarquizadas de acordo com a classificação dos homens em raças superiores e inferiores encontra na rejeição de crenças e práticas religiosas não cristãs um estratagema de variação do fenômeno do racismo¹⁴⁰⁰. Nessa conjuntura, pode-

sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

¹³⁹⁸ Cfr. Thiago Massao Cortizo Teraoka, *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*, p. 16.

¹³⁹⁹ Para Joana Zylbersztajn, *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*, p. 194, “pela generalidade dos parâmetros jurídicos acerca das possibilidades democráticas de relação entre o Estado e a religião, pela fragilidade de compreensão do significado e extensão do princípio da laicidade, e pela forte presença social e histórica da religião no país, verifica-se que o espaço público pátrio permanece altamente permeável à influência religiosa, deixando vulnerável a efetivação da laicidade no Brasil”.

¹⁴⁰⁰ Segundo Guillermo Almeyra, *Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo*, p. 8, “El racismo antiárabe, imperante en Europa desde la expansión colonial de la misma, tiene su raíz en siglos de inferioridad cultural, económica y militar del viejo continente ante el Islam, que los europeos no conocían ni comprendían, pero veían con una mezcla de envidia admirativa y de odio que se expresó en las motivaciones de las Cruzadas”.

se afirmar que o etnocentrismo figurou como importante elemento de edificação do racismo em suas diversas formas de manifestação¹⁴⁰¹, até mesmo o racismo de cunho religioso.

O preconceito religioso se sustenta por meio do *juízo errôneo que decorre do desconhecimento*¹⁴⁰², e também do sentimento de superioridade de si e de sua própria religião ante as demais. A título de exemplo, menciona-se que o preconceito ao islã e sua associação equivocada ao terrorismo ainda é muito pungente hodiernamente. Do mesmo modo, as religiões de matriz africana ainda são fortemente associadas ao satanismo, consideradas como atrasadas, incivilizadas e desviantes dos modelos civilizatórios europeus, estes tidos como universais. Sob essa perspectiva, constata-se que, direcionado a religiões tradicionalmente ligadas a determinados grupos raciais, esse tipo de preconceito constitui racismo religioso, extremamente marcado por práticas intolerantes.

Fenômenos recentes fortalecem a convergência entre questões étnico-raciais e religiosas – a exemplo da crescente presença de grupos muçulmanos na Europa e da expansão do protestantismo neopentecostal na América do Sul, nomeadamente no Brasil¹⁴⁰³, – demonstrando a necessidade de se repensar o secularismo e o direito à diferença¹⁴⁰⁴, também no âmbito do direito à liberdade religiosa. Com efeito, o entrelaçamento entre demandas de reconhecimento étnico-raciais e de igual liberdade religiosa impõe a reflexão sobre as interseccionalidades que condicionam esta última prerrogativa.

Sob essa perspectiva, tem sido possível identificar manifestações discriminatórias peculiares as quais podem ser denominadas de racismo religioso e racismo cultural. No que concerne mais especificamente aos muçulmanos convencionalmente tem sido utilizado o termo islamofobia para designar essa racialização de grupos religiosos islâmicos. *Fobia* significa

¹⁴⁰¹ Para Rachel Cabral da Silva, p. 43, *Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro*, “o etnocentrismo fez com que ocorresse o aprofundamento da legitimação da inferioridade entre os povos e seus respectivos espaços. Este foi feito por meio de múltiplas estratégias de inferiorização, como o epistemicídio, genocídio, assimilacionismo, racismo, entre outras”. Para Kabengele Munanga, *Racismo – da desigualdade à intolerância*, p. 53, “etnocentrismo e racismo não deveriam ser totalmente confundidos, pois se o etnocentrismo é universal, o racismo, pelo contrário, só apareceu em certas circunstâncias historicamente determinadas. (...) O etnocentrismo, enquanto dado da psicologia humana e, portanto, presente em todas as sociedades seria baseado na recusa das diferenças e no sentimento de desconfiança em relação ao alheio, mas não chega normalmente no ponto de perseguir o outro, limitando-se geralmente a evitá-lo. Neste sentido, o etnocentrismo possui em germes as condições necessárias ao nascimento do racismo.”

¹⁴⁰² Cfr. Rachel Cabral da Silva. *Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro*, p. 39.

¹⁴⁰³ Diversos autores têm apontado as confissões religiosas de cunho neopentecostal como instâncias de fomento, operacionalização e prática de racismo religioso nas últimas décadas. Por todos, cfr. Vagner Gonçalves da Silva, *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo*.

¹⁴⁰⁴ Cfr. Paula Montero, *Religion, ethnicity, and the secular world*, p. 3.

medo ou aversão, não estando necessariamente associada à subordinação ou racialização do outro a partir da cristalização de diferenças e da consequente produção de desigualdades correlatas¹⁴⁰⁵.

No contexto das sociedades contemporâneas, no entanto, tem sido mitigado o sentido histórico-religioso do termo islamofobia para agregar construções de ordem rúcica, nas quais manifestações religiosas se tornam *identidades imutáveis* associadas de modo determinista a certos comportamentos. A ausência de conformidade fenotípica das pessoas visadas pelo racismo religioso faz com que esse fenômeno opere de maneira muito próxima ao antissemitismo¹⁴⁰⁶.

A racialização do islamismo e dos muçulmanos baseia-se em elementos observáveis de cultura e religiosidade – a exemplo de símbolos religiosos –, produzindo um *arquétipo visível*, socialmente construído, que atribui significado racial a determinadas práticas religiosas. Aos indivíduos identificados a partir dessas características reunidas num conjunto imutável pelo imaginário social atribuem-se caráter violento e comportamentos hostis. Assim, muito embora pessoas dos mais diferentes grupos étnico-raciais possam professar o islamismo, sob a perspectiva do racismo religioso, procura-se estabelecer diferenciações perceptíveis, agregando a elementos religiosos e culturais marcas físicas – como a cor da pele e o uso de barba – para criar a figura estereotipada do muçulmano.

Dessa maneira, embora os muçulmanos não constituam uma raça são examinados e discriminados por meio de processos racistas de demarcação de características físicas e reprodução de *fundamentos raciais*¹⁴⁰⁷. Agrega-se a isso o fato de a religião muçulmana ter origem histórica entre os árabes¹⁴⁰⁸, assim como as religiões afro-brasileiras entre os negros, o

¹⁴⁰⁵ Cfr. Alfredo Alietti e Dario Padovan, *Religious Racism. Islamophobia and Antisemitism in Italian Society*, p. 586.

¹⁴⁰⁶ Para Alfredo Alietti e Dario Padovan, *Religious Racism. Islamophobia and Antisemitism in Italian Society*, p. 587, “(...) all the contemporary differential racism can be understood from the formal point of view as generalized Antisemitism. For this reason it is possible to understand the potential theoretical proximity of the terrorist, fanatic, violent, and intolerant Muslim with the dreadful, conspirator, outrageous Jew. Although different and not fully overlapped, racisms fed by these figures share the same classical racial morphology and the same authoritarian and fascist syndrome well known in European history”.

¹⁴⁰⁷ Cfr. Craig Considine, *The Racialization of Islam in the United States: Islamophobia, Hate Crimes, and “Flying while Brown”*, p. 6.

¹⁴⁰⁸ Embora, muitas vezes, os termos árabe e muçulmano sejam aplicados como sinônimos, trata-se de um equívoco. Os árabes representam uma etnia (com predomínio do fator linguístico), enquanto os muçulmanos são as pessoas que professam o islamismo. Tendo o islamismo se originado entre os árabes e se difundido por todo o mundo – sendo até mesmo a religião que, atualmente, apresenta maior expansão na Europa –, há muçulmanos não árabes de diversas origens. Recorde-se, ainda, que a Índia – que não é árabe – é considerada o país que possui maior número de muçulmanos no mundo.

que reforça a racialização das confissões religiosas ao relacioná-las invariavelmente ao grupo étnico-racial de origem.

Essas novas formas de manifestação racista evidenciam como o racismo pode assumir caráter ubíquo, fluido, interseccionando-se com outros mecanismos de opressão; aglutinando sentimentos de ódio pelo *diferente*.

Desde o atentado ocorrido nos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001, o racismo religioso contra muçulmanos – aqui também denominado islamofobia – acentuou-se, não apenas em solo estadunidense, mas também na Europa, numa declarada *guerra ao terrorismo*. Nessa senda, o Relatório Europeu sobre Islamofobia, de 2016, retrata que o nível de islamofobia está em plena ascensão na Europa, notadamente em áreas como educação, emprego, política, mídia e sistema de justiça¹⁴⁰⁹.

A partir do racismo antimuçulmano – muitas vezes travestido de patriotismo ou defesa nacional – não são raras as medidas adotadas oficialmente em diversos países, que incluem reformulação de lei de cidadania, códigos de conduta para curadores de mesquitas, proibições culturais para mulheres muçulmanas, dentre outras. Assim, a problemática do racismo religioso se coloca não apenas em termos de discriminação e manifestações de ódio individuais, mas também com efeitos mais abrangentes, produzindo desigualdades fáticas e obstáculos no acesso a direitos fundamentais.

No que se refere aos conflitos existentes entre árabes e judeus, embora a questão também possa se situar no âmbito do racismo religioso, as peculiaridades históricas – que envolvem tensões religiosas e disputas de terras milenares entre os dois grupos étnicos – demandariam extenso estudo que ultrapassem as pretensões da presente tese. Nada obstante, assevere-se que, tendo origem histórica na religião¹⁴¹⁰, o relacionamento conflituoso entre árabes e judeus transcende a religiosidade para se assentar também – e de modo semelhante ao que foi aqui evidenciado – na racialização, notadamente no contexto sociopolítico vivenciado em Israel¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁹ Disponível em «http://www.islamophobiaeurope.com/wp-content/uploads/2017/05/EIR_2016.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁴¹⁰ Com efeito, desde os tempos bíblicos, judeus e árabes – dois dentre os vários povos de origem semita que ocuparam partes do território do Oriente Médio – já adotavam sistemas religiosos diversos. Com a criação do islamismo no século VII, que teve adesão em massa por parte dos árabes, as divergências se agravam significativamente.

¹⁴¹¹ Um relatório divulgado em março de 2008, pela organização Mossawa – *Advocacy Center For Arab Citizens In Israel* – já demonstrava a intensificação do racismo na sociedade israelense. O relatório menciona dados de uma pesquisa da Associação pelos Direitos Civis que revelam que 75% dos cidadãos judeus israelenses não estão dispostos a morar em um mesmo prédio tendo por vizinho um árabe. 61% dos entrevistados judeus responderam que não receberiam uma visita de árabes em sua casa. A pesquisa indica, ainda, que 55% dos judeus israelenses defendem a separação entre judeus e árabes em espaços de lazer. O relatório aponta que a intensificação de

No contexto brasileiro, pontuar o fenômeno da intolerância religiosa contra religiões de matriz africana também pode se constituir como relevante recurso para delinear mais nitidamente essa face do racismo. Diversos estudiosos investigaram os processos de subjugação, violência e racismo sofridos por membros de religiões de matriz africana no Brasil^{1412 1413}. Sob esse prisma, nota-se a emergência e persistência do racismo também enquanto fator de não reconhecimento – até mesmo jurídico – da religiosidade afro-brasileira na perspectiva de aglutinadora de identidades religiosas e raciais¹⁴¹⁴.

A articulação entre racismo e intolerância religiosa reservou lugar de subalternidade às religiões afro-brasileiras¹⁴¹⁵, por serem a expressão religiosa de grupos vulnerabilizados. Nesse sentido, as religiões afro-brasileiras ou de matriz africana foram submetidas, ao longo da história, não apenas à marginalização social, mas também à repressão estatal, até mesmo a partir de normas jurídicas restritivas. Tal repressão aos cultos afro-brasileiros está associada à questão racial e à origem africana da religiosidade, e se constitui numa das diversas formas de dominação impostas aos povos negros escravizados no Brasil, com apoio direto do sistema jurídico. O controle e a exclusão da população negra pelas classes dominantes tiveram o reforço de leis supostamente neutras que legitimavam a tentativa de extinção da cultura e religiosidade dos africanos, enquanto elementos de resistência. Dito de outro modo, o modelo de relações

manifestações racistas no país tem sido legitimada por líderes políticos que têm se manifestado publicamente com discursos racistas contra árabes. Novo relatório, publicado em 2016, demonstrou a escalada de conflitos civis motivados pela raça. O documento revelou o registro de 465 casos, entre março de 2015 e março de 2016, o que configura o dobro do número de casos registrados nos dois anos anteriores. O relatório ressaltou que o incremento de confrontos civis e de ataques sistemáticos por grupos organizados conta com a incitação racista por parte do próprio Estado. Dentre os dados apresentados, verificam-se, no período, dez propostas de leis racialmente discriminatórias dirigidas para afetação da cidadania dos árabes e de suas liberdades democráticas. Disponível em «<http://mossawa.org/en/article/view/534>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁴¹² Apenas para pontuar alguns, cfr. Maurício Azevedo de Araújo, *Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra: as religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural*; Rachel Cabral da Silva, *Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro*; Vagner Gonçalves da Silva, *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo*; Carlos Eduardo Bartel, *Manifestações de Racismo e de Intolerância no Brasil Contemporâneo*.

¹⁴¹³ Como observa Rachel Cabral da Silva, *Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro*, p. 42, “as religiões afro-brasileiras são depreciadas por serem trazidas por africanos e usualmente taxadas de religiões de negros e negras e por ainda não terem sido assimiladas pela cultura dominante, ou seja, de menos valor assim são sistematicamente subjugadas tanto pela igreja católica como pelos protestantes que travam discursos que condenavam e ainda hoje condenam as práticas religiosas afro-brasileiras, pela suposta presença do diabo e pela dita irracionalidade dos seus praticantes”.

¹⁴¹⁴ Para Hédio Silva Júnior, *A intolerância religiosa e os meandros da lei*, p. 169, “a intolerância religiosa que historicamente se abate sobre as religiões afro-brasileiras constitui uma das facetas do racismo brasileiro”.

¹⁴¹⁵ Cfr. Ilzver de Matos Oliveira, *A africanização do direito à liberdade religiosa: reconhecimento judicial das religiões de origem africana e o novo paradigma interpretativo da liberdade de culto e de crença no direito brasileiro*, p. 6.

raciais – e dos padrões religiosos impostos a partir destas – refletia-se na legislação brasileira, notadamente a lei penal.

Antes da outorga da Constituição imperial, de 1824, o Brasil foi regido, sucessivamente, pelas Ordenações do Reino, nomeadamente as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas, estas vigentes até 1830 – no seu aspecto criminal –, quando do advento do Código Criminal do Império¹⁴¹⁶.

O Livro V das Ordenações Filipinas – empregada no Brasil por mais longo tempo que as demais – possuía regras associadas direta ou indiretamente ao domínio e coisificação dos negros escravizados. No que tange mais especificamente às normas relacionadas a questões religiosas, o Código Filipino criminalizava a heresia (título I) – cuja punição eram penas corporais –; a negação ou a blasfêmia de Deus ou dos Santos (título II); a feitiçaria (título III) – cuja sanção para o feiticeiro era a pena capital –; e as reuniões, festas ou bailes organizados por escravos (título LXX)¹⁴¹⁷.

A primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824, definiu o catolicismo como religião oficial do Império, ao tempo em que, no seu artigo 5º, garantia a liberdade de culto de outras religiões, desde que exercido em ambiente doméstico, sem ostentação de templos.

Nessa época – como, em parte, ainda nos dias de hoje – as religiões afro-brasileiras não eram reconhecidas, mas, ao contrário, eram tidas como curandeirismo ou feitiçaria; associadas, portanto, a práticas criminosas.

O Código Criminal, de 1830, não previa crimes associados à feitiçaria, já que, sob a vigência da escravidão, as manifestações religiosas dos negros escravizados pareciam sob controle, até mesmo a partir da promulgação, em 1832, de Decreto que obrigava os escravos a se converterem à religião oficial. Nada obstante, em consonância com o quanto estabelecido na Constituição imperial, o Código criminalizava, em seu artigo 276, a celebração pública, ou em casa ou edifício com forma exterior de templo, de cultos de outra religião, que não fosse a do Estado. A pena era de dispersão do culto pelo juiz de paz, além de demolição da forma exterior do templo, sem prejuízo da sanção de multa imputada individualmente aos participantes das reuniões. Além disso, o artigo 278 previa pena de prisão de quatro meses a um ano e de multa para a propagação, por meio de discursos proferidos em reuniões públicas, de “doutrinas que

¹⁴¹⁶ Isso no que tange ao âmbito criminal, uma vez que, na esfera civil, as Ordenações Filipinas apenas foram revogadas a partir da promulgação do Código Civil, de 1916.

¹⁴¹⁷ Cfr. Hédio Silva Júnior, *A intolerância religiosa e os meandros da lei*, p. 171.

directamente destruam as verdades fundamentaes da existencia de Deus, e da immortalidade da alma”.

Em 7 de janeiro de 1890, com o advento do Decreto nº 119-A, do governo provisório – instituído na fase transitória entre o Império e a República – a ideia de Estado laico ganhou espaço no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da proibição de intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, além da consagração da plena liberdade de culto. Mais uma demonstração de que as religiões de matriz africana eram desconsideradas enquanto confissões religiosas, tendo em vista a continuidade do controle social, policial e jurídico que lhes era imposto, apesar da *neutralidade* do decreto que trazia garantias a todas as confissões religiosas sem distinção.

O Código Penal de 1890, posterior à abolição da escravatura e ao mencionado Decreto, tipificava práticas como o espiritismo e o curandeirismo, diretamente associadas às religiões de matriz africana. Interessa notar que, no capítulo III (artigos 185-188), que tratava dos crimes contra o livre exercício dos cultos, o Código (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) tipificava condutas violadoras de *qualquer confissão religiosa*, dentre as quais, certamente, não se consideravam as religiões de matriz africana. Tanto que o exercício do *ofício de curandeiro* – que consistia em ministrar ou prescrever substâncias de qualquer dos reinos da natureza, como meio curativo – era apenado, nos termos do artigo 158, como crime contra a saúde pública. No mesmo sentido persecutório das manifestações religiosas afro-brasileiras, o artigo 157 tipificava como crime “praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública”.

Com a promulgação da Constituição Republicana, de 1891, – que estabeleceu a separação entre Estado e Igreja e revogou, em sede constitucional, a limitação aos cultos não católicos –, consolidava-se em termos normativos constitucionais a liberdade de crença e culto no ordenamento jurídico brasileiro. A formalização jurídico-constitucional do Estado laico e da liberdade religiosa, no entanto, não asseguravam, no plano fático, igual garantia às religiões afro-brasileiras, mas apenas àquelas associadas ao universo do cristianismo eurocêntrico. Em outras palavras, a religião permaneceu, e ainda permanece, em muitos de seus aspectos, como elemento operacionalizador do racismo e da aversão aos *padrões desviantes*.

A persistência de tal fenômeno é tão marcante que mesmo o Código Penal, de 1940, ainda vigente – apesar de ter revogado a criminalização do espiritismo e da magia – continua a tipificar os crimes de charlatanismo¹⁴¹⁸ e curandeirismo¹⁴¹⁹.

Na Paraíba, a Lei nº 3.443, de 6 de novembro de 1966, determinava que sacerdotes e sacerdotisas das religiões de matriz africana se submetessem a exame de sanidade mental, com emissão de laudo psiquiátrico.

A Constituição brasileira, de 1969, (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) consagrava a liberdade de crença, condicionando, no entanto, o exercício de cultos religiosos à conformidade com a ordem pública e os bons costumes (artigo 153, § 5º). Por óbvio que tal condição atingia seletivamente as religiões afro-brasileiras, que, desconsideradas enquanto exercício da religiosidade dos negros, eram historicamente associadas à perturbação da ordem e dos bons costumes.

Na Bahia, a intervenção do poder público nas religiões de matriz africana evidenciava-se também na imposição – a partir da Lei nº 3.097, de 1972, – de cadastramento dos templos (terreiros) nas Delegacias de Crimes contra os Costumes, Jogos e Diversões Públicas, para que fossem autorizadas suas atividades litúrgicas. Tal obrigatoriedade, consistente em evidente restrição à liberdade religiosa, apenas foi abolida em 15 de janeiro de 1976, por meio do Decreto-Lei nº 25.095. Antes deste, a ostensiva repressão jurídico-policial aos terreiros era habitual, com intervenções que iam desde a interrupção de atividades religiosas, até a prisão de *filhos de santo* e apreensão de objetos sagrados¹⁴²⁰. Importa fazer referência, ainda, às Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, as quais estabeleciam, dentre os impedimentos para aqueles que pretendessem ser ordenados padres, ser “parte de nação Hebraea, ou de qualquer outra infecta: ou de Negro, ou Mulato”¹⁴²¹.

Nota-se, portanto, que, ao longo da história do Brasil, o Estado figurou como agente decisivo na discriminação das religiões de matriz africana, notadamente a partir do arcabouço jurídico-normativo pertinente, o que demonstra a propagação dos efeitos do racismo institucional também na esfera da religiosidade.

A Constituição de 1988 consagra ampla liberdade religiosa e de culto, excluindo a condicionante de respeito à ordem e aos bons costumes, estabelecida pela constituição anterior.

¹⁴¹⁸ “Artigo 283 – Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível”.

¹⁴¹⁹ “Artigo 284 – Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos”.

¹⁴²⁰ Sobre a temática, ver Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, *A proteção legal dos terreiros de candomblé – da repressão policial ao reconhecimento como patrimônio histórico-cultural*.

¹⁴²¹ Cfr. D. Sebatião Monteiro da Vide, *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, p. 92-93.

No seu artigo 5º, inciso VI, consagra-se a liberdade de crença, assegurando-se o livre exercício dos cultos religiosos, bem como a proteção aos locais de culto e suas liturgias. Nada obstante, mesmo após a consagração da plena liberdade religiosa, enquanto direito fundamental previsto na vigente Constituição, as religiões afro-brasileiras enfrentaram, e ainda enfrentam em diversas esferas, tratamento jurídico, político e social desfavorável.

Muito embora os efeitos civis do casamento religioso sejam expressamente previstos no artigo 226, § 2º, da atual Constituição, na realidade, ainda há, na prática significativa resistência ao reconhecimento jurídico de matrimônios celebrados por sacerdotes de religiões de matriz africana. A propósito do tema, recorde-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em 2002, decidiu, por unanimidade, reconhecer a validade de casamento religioso celebrado por um terreiro de umbanda, conferindo-lhe efeitos civis. O caso envolvia uma viúva que pretendia ter acesso à pensão por morte do seu falecido esposo, e, diante do não reconhecimento do casamento pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), precisou recorrer ao Judiciário¹⁴²².

A restrição de acesso das religiões afro-brasileiras a prerrogativas legais não se restringe à questão acima apontada. Ocorre também, por exemplo, na dificuldade de gozar da garantia de imunidade tributária, assegurada no artigo 150, inciso VI, alínea “b” da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto. Organizados em estruturas informais e em torno da comunidade religiosa – quer em virtude de fatores socioeconômicos, quer em decorrência da longa história de perseguição jurídico-policia –, aos terreiros acabam não sendo efetivamente conferidos os devidos benefícios fiscais. Tendo em vista a própria tradição das religiões afro-brasileiras, cujas atividades costumam se desenvolver em torno da família, muitos terreiros (templos religiosos de matriz africana) são instalados na própria residência das/os líderes religiosas/os, fator que foi objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre o alcance da imunidade tributária nessas hipóteses. Ao se pronunciar a respeito do tema, o Supremo

¹⁴²² Por ocasião do julgamento, o relator ressaltou “que o casamento no candomblé ou na umbanda tem o mesmo valor dos casamentos realizados nas religiões católicas e israelitas. Não devemos valorar mais os pactos realizados em grandes sinagogas ou catedrais pomposas, pelo fato de o casamento ter sido realizado em terreiros. Em todas essas cerimônias, o que está em questão, antes de mais nada, é a fé que cada um dos parceiros tem numa força sobrenatural. Além disso, vale também, a confiança nos padres, pais de santos, rabinos e pastores, legítimos representantes das entidades dignas da fé de cada um. Enfim, mais do que um frio e burocrático casamento civil, a relevância do casamento religioso centra-se em valores transcendentais que o direito deve aprender a reconhecer seus efeitos”. (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003296555, Rel. Des. Rui Portanova, julgamento em 27/6/2002).

Tribunal Federal concluiu que a imunidade tributária deve abranger os imóveis com duplo propósito, o residencial e o religioso.

Também a prestação de assistência religiosa no âmbito das entidades civis e militares de internação coletiva – direito assegurado pelo artigo 5º, inciso VII, da Constituição Federal – não é igualmente aplicada às religiões afro-brasileiras, já que, raramente, seus sacerdotes e sacerdotisas são autorizados a acessar hospitais e estabelecimentos prisionais para tal finalidade constitucionalmente garantida.

O histórico de perseguição e discriminação religiosa fundada na inferiorização dos povos negros escravizados perpetua-se até os dias de hoje, resultando em restrições a direitos fundamentais dos adeptos das religiões afro-brasileiras, o que viola a igualdade de tratamento em diversas dimensões de sua vida pública e privada, desde a recusa de atendimento médico, até o impedimento de acesso a órgãos públicos por usarem vestimentas próprias de sua religiosidade. Nesse contexto, apesar do conjunto de normas protetivas do direito à liberdade religiosa, dados têm demonstrado o recrudescimento dos casos de racismo religioso no Brasil.

Além das formas de violência físicas e materiais – que vão desde invasões e danos a espaços de culto até agressões físicas às pessoas que os frequentam – o racismo religioso contra as religiões afro-brasileiras também se expressa através da alegada proteção a outros bens jurídicos igualmente tutelados pelo direito constitucional brasileiro. Sob o discurso da poluição sonora supostamente provocada pelo toque dos atabaques – que são instrumentos sagrados de matriz africana –, tais objetos ainda são apreendidos pela polícia, desconsiderando-se que templos de outras confissões religiosas emitem sons de mesma ou maior intensidade por meio do uso de aparelhos mecânicos ou, até mesmo, sinos.

Como visto, o racismo religioso pode ser operacionalizado por meio de atos individuais de discriminação e intolerância religiosa, mas também pode se materializar a partir de uma perspectiva institucional, como nas hipóteses de acesso desigual às garantias legais previstas às entidades religiosas, ou mesmo da supressão de espaços litúrgicos destinados a religiões de matriz africana, sob o argumento da necessidade de preservação ambiental¹⁴²³, o que pode configurar *racismo ambiental religioso*.

¹⁴²³ Cfr. Kellen Josephine Muniz de Lima e Ilzver de Matos Oliveira, *Racismo Ambiental e Supressão de Espaços Litúrgicos Naturais das Religiões de Matriz Africana: Dilemas entre Políticas Públicas de Preservação Ambiental e de Proteção às Manifestações Culturais Afro-Brasileiras*. Os autores, p. 2-3, explicam que “os ‘terreiros’ compreendem um espaço ‘urbano’, formado pelo local de liturgia e o que serve como moradia para alguns membros da comunidade religiosa, e um espaço ‘mato’, composto da mata ritual, onde se encontram ervas, arbustos e árvores consagrados aos orixás. Contudo, atualmente vem se observando um contínuo processo de desterritorialização dos espaços litúrgicos afro-religiosos, decorrentes principalmente do adensamento urbano, que impõe uma redução severa aos denominados ‘espaço mato’ outrora existentes dentro dos terreiros, implicando de

Decerto que, assim como as demais formas de manifestação do racismo, a discriminação racial religiosa viola não apenas o direito à igualdade racial, na sua dimensão de não discriminação, mas atinge decisivamente a plena autonomia dos indivíduos afetados, merecendo ações de prevenção e repressão por parte do Estado, além de políticas públicas específicas que garantam a igual liberdade religiosa de todas as confissões.

2.1.6. Discursos racistas (*racial hate speech*): direito à liberdade de expressão ou violação do direito à não discriminação racial?

Em linhas gerais, o discurso de ódio consiste em atos de comunicação que inferiorizam, intimidam, ofendem e incitam aversão ou violência contra determinados grupos, tendo por base características como raça, cor, etnia, origem, gênero, orientação sexual, religião etc. Trata-se de manifestações que, por serem, normalmente, dirigidas a grupos vulnerabilizados, podem reforçar e até mesmo legitimar opressões e práticas discriminatórias persistentes e, em certos contextos, estruturantes das relações sociais. O chamado *hate speech* tende a propagar ideologias segregacionistas e inferiorizantes – capazes de potencializar a discriminação sofrida pelo grupo vitimado –, podendo ocasionar, em menor ou maior escala, danos à sua integridade física e psíquica.

Escorada numa concepção de absolutização da liberdade de expressão, a manifestação de ódio parece não conhecer, ao longo da história, limites temporais e geográficos. Apenas para recobrar a memória, não é demais lembrar que – desde o holocausto nazista na Alemanha, passando pela *Ku Klux Klan* nos Estados Unidos, sem esquecer, ainda, a Guerra da Bósnia, nos anos noventa, e do genocídio de Ruanda, em 1994 – o emprego do discurso de ódio serviu para acusar e perseguir pessoas, para justificar privações de direitos humanos e, levado às últimas consequências, para racionalizar o *exterminio do diferente*.

A *consternação coletiva* pós-Segunda Guerra Mundial, a persistência dos efeitos perniciosos de sistemas de opressão racial e a atual difusão da Internet e de outras tecnologias que potencializam a difusão do discurso de ódio, levaram diversos países democráticos e organismos internacionais a adotarem medidas de restrição desse tipo de manifestação, postura

forma acentuada na degradação do espaço religioso. Nesse cenário, os adeptos da religião se viram obrigados a buscarem refúgio para manutenção de suas práticas em áreas verdes remanescentes das cidades, normalmente representadas por Parques de Preservação, que passam a ser considerados sítios sagrados pelo uso ritualístico que lhes é atribuído. Contudo, até mesmo o uso histórico desses espaços vem sendo ameaçado, visto que estas áreas estão se tornando proibidas ao culto, seja em decorrência de projetos de revitalização ou em razão de políticas de preservação ambiental, o que qualifica essa prática proibitiva como ‘racismo ambiental’”.

que, no entanto, precisa ser cotejada com o direito à liberdade de expressão.

Em razão dos objetivos específicos do presente estudo, será dado enfoque ao discurso de ódio racial, notadamente a sua correlação com os direitos à liberdade de expressão e à não discriminação de ordem rática. Desse modo, inicialmente, será apresentado um panorama do tratamento do tema pelos instrumentos jurídicos de proteção dos direitos, bem como a orientação da jurisprudência internacional sobre a limitação do discurso de ódio racial. Em seguida, o *racial hate speech* será abordado na perspectiva do direito comparado, para, enfim, serem pontuados parâmetros para a compreensão dos limites à liberdade de expressão no contexto do discurso de ódio racial, levando em consideração algumas das premissas estabelecidas neste estudo.

2.1.6.1. O discurso de ódio racial nos sistemas de proteção dos direitos humanos

Não obstante a consagração da liberdade de expressão na ordem jurídica internacional¹⁴²⁴, é nítida a adoção, nos sistemas de proteção dos direitos humanos, de posicionamento contrário ao exercício abusivo desse direito. Nessa senda, alguns dos dispositivos que garantem a liberdade de expressão já se ocupam em delimitar o seu alcance, evidenciando que não se trata de direito absoluto, mas de prerrogativa que deve observar outros valores e interesses igualmente protegidos pela ordem jurídica¹⁴²⁵.

Na seara mais específica do discurso de ódio em função da raça, há ainda normas internacionais de direitos humanos que, ao disciplinarem o direito à liberdade de expressão são mais incisivas no que se refere à proibição de sua utilização como instrumento de propagação

¹⁴²⁴ A título de exemplo, mencionem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 19), a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13) e a Carta Africana de Direitos Humanos (art. 9º).

¹⁴²⁵ Nesse sentido, o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 19, item 3, estabelece que o exercício do direito à liberdade de expressão “implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. O artigo 10, item 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por seu turno, explicita que o direito à liberdade de expressão implica deveres e responsabilidades, podendo ser submetido a certas “formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. Já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu art. 13, item 2, determina que o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão “não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

de ódio ou discriminação racial. É o caso do artigo 20, item 2, do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos (PDCP) ¹⁴²⁶, ao estabelecer que “será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência”. Em sentido semelhante, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu artigo 13, item 5¹⁴²⁷, reza que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Por seu turno, a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CIERD) – importante marco normativo de enfrentamento ao racismo no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos – estabelece, nessa perspectiva, limites mais rígidos ao discurso de ódio, recorrendo à tutela penal. De fato, o artigo 4º da CIERD requer que os Estados signatários condenem propagandas e organizações baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de determinada cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial, comprometendo-se estes a adotar medidas positivas e imediatas voltadas para a erradicação dos atos de incitamento ou discriminação dessa espécie, dentre as quais:

- “a) declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nessas organizações ou nessas atividades.”

Merecem também destaque a Declaração (sobretudo os itens 86, 87, 89, 91, 94, 144, “c”, 145, 147, “b” e “e”) e o Plano de Ação (notadamente os itens 143 a 147) da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, no ano de 2001, que conferiram enfoque especial à necessidade de combate ao discurso de ódio e à discriminação contra grupos raciais e étnicos – até mesmo a

¹⁴²⁶ Para uma análise sobre o artigo 20 do PDCP, ver Ineke Boerefijn e Joanna Oyediran, *Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights*.

¹⁴²⁷ Sobre as obrigações impostas pelo artigo 13 (5) da Convenção Americana de Direitos Humanos e a história de sua elaboração, ver Joanna Oyediran, *Article 13(5) of the American Convention of Human Rights*.

partir da tutela penal –, com peculiar atenção à utilização das novas tecnologias como meio de disseminação de ideias racistas.

Já a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, no seu artigo 4^o¹⁴²⁸, elenca entre os deveres dos Estados o compromisso de prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da convenção, todos os atos de manifestação de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, até mesmo:

- “i. apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento;
 - ii. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório que:
 - a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância;
 - b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos;
- (...)”.

Levando em conta esse alicerce normativo, a jurisprudência dos organismos internacionais tem consolidado entendimento que aplica restrições ao discurso baseado no ódio racial, sem prejuízo da proporcionalidade a ser observada casuisticamente em prol do exercício da liberdade de expressão.

Em 1996, por ocasião da decisão do caso *Robert Faurisson v. France*¹⁴²⁹, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) da Organização das Nações Unidas manifestou-se acerca dos limites do direito à liberdade de expressão no âmbito do discurso de ódio racial. *Robert Faurisson* – autor francês e professor de literatura da Universidade de Sorbonne – defendeu publicamente a inexistência de câmaras de gás em *Auschwitz* e outros campos de concentração nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, afirmando ser de conhecimento geral que “o mito das câmaras de gás é uma fabricação desonesta”. Em 1990, foi aprovada na França a Lei *Gayssot*, que tornou criminalmente punível contestar a ocorrência de crimes contra a humanidade. Multado pela justiça criminal francesa, *Faurisson* argumentou que a lei restringia sua liberdade de expressão. O Comitê sustentou que as declarações feitas por *Faurisson*

¹⁴²⁸ Para uma análise acerca dos direitos humanos e do discurso de ódio racial à luz do artigo 4º da Convenção, cfr. Karl Josef Partsch, *Racial speech and human rights: article 4 of the Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Ver, ainda, a Recomendação Geral nº 35, do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, de 26 de setembro de 2013.

¹⁴²⁹ UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

constituíam discurso de ódio, reforçando que a Lei *Gayssot* pretendia servir à luta contra o racismo e o antissemitismo. No exame do mérito, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que restrições ao direito à liberdade de expressão devem, cumulativamente: a) ser previstas em lei; b) atender a um dos objetivos estabelecidos no artigo 19, item 3, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos; c) ser necessárias para alcançar um propósito legítimo. No caso concreto, o Comitê entendeu que as declarações feitas pelo autor, no contexto em que foram produzidas, eram de natureza a levantar ou fortalecer sentimentos antissemitas e que a condenação de *Faurisson* por ter violado os direitos e a reputação de outras pessoas não era contrária à proteção da liberdade de expressão assegurada no artigo 19 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Desse modo, a restrição estabelecida pela justiça francesa era permissível, por atender ao propósito de garantir o direito de a comunidade judaica viver livre do medo e do antissemitismo. Nos termos da decisão, a restrição também era necessária para servir à luta contra o racismo, uma vez que a negação do holocausto constituía um dos principais veículos contemporâneos para o antissemitismo. Apesar de ter confirmado a decisão da justiça francesa, o Comitê considerou que a proibição estabelecida pela Lei *Gayssot* era excessivamente ampla, porque poderia restringir até mesmo a publicação de pesquisas históricas de boa-fé contrárias às conclusões do Tribunal de Nuremberg. Nessa linha de entendimento, o Comitê de Direitos Humanos ressaltou que restrições a afirmações factuais plausíveis ou a opiniões fundadas em tais fatos violam os dispositivos do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, ainda que tais manifestações possam ter como resultado o aumento do antissemitismo¹⁴³⁰.

No caso *Ross v. Canada*¹⁴³¹, o Comitê de Derechos Humanos da Organização das Nações Unidas estabeleceu que opiniões antissemitas poderiam ser compreendidas no âmbito da proibição de apologia ao ódio nacional, racial e religioso, prevista no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, por constituírem incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência. O peticionário, *Malcom Ross*, na condição de docente, publicou livros e emitiu declarações públicas que menosprezavam a fé e a ascendência judias. Um pai apresentou denúncia contra a junta diretiva escolar, afirmando que esta, por não adotar nenhuma medida contra as opiniões antissemitas de *Ross*, discriminava os alunos judeus. Foi, então, formada uma comissão investigadora que, ao concluir seus trabalhos, afastou *Ross* das aulas, designando-o para um cargo não docente. A decisão da comissão foi confirmada, em última instância, pela Suprema Corte do Canadá, o que levou *Ross* a apresentar uma denúncia perante o Comitê de Direitos

¹⁴³⁰ Cfr. Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, p. 47-48

¹⁴³¹ UN Doc CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

Humanos da Organização das Nações Unidas, na qual alegou que a restrição ao seu direito de expressar suas opiniões religiosas violava o artigo 19 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Na análise sobre o mérito do caso, o Comitê abordou três relevantes aspectos. Primeiramente, quanto à remoção do peticionário do cargo de docente, o Comitê considerou que a medida estava diretamente relacionada à expressão das opiniões de *Ross*, constituindo-se como ato restritivo do direito previsto no artigo 19 do Pacto. Em segundo lugar, o Comitê avaliou se as restrições impostas à liberdade de expressão de *Ross* atendiam às condições estabelecidas pelo item 3 do mesmo dispositivo. Quanto ao requisito de previsão legal, entendeu-se pela existência de marco jurídico adequado na legislação canadense a justificar a sanção de remoção aplicada a *Ross*. Em relação aos objetivos das restrições, o Comitê concluiu que estas tinham por finalidade a proteção dos direitos e da reputação de pessoas judias, incluindo o direito de “desfrutar do ensino num sistema de educação pública livre de obstáculos, preconceito e intolerância”. A última questão abordada na decisão consistiu em determinar se as restrições à liberdade de expressão de *Ross* eram necessárias para proteger o direito ou a reputação das pessoas judias. Nesse ponto específico, o Comitê considerou que, nos termos do artigo 19 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o direito à liberdade de expressão envolve deveres e responsabilidades especiais, sendo pertinente principalmente no sistema escolar em meio a alunos jovens. Tendo em conta que a Suprema Corte do Canadá concluiu pela razoabilidade da previsão de nexos de causalidade entre as publicações antissemitas de *Ross* e o ambiente hostil a que eram submetidos os estudantes judeus do distrito escolar, o Comitê de Direitos Humanos decidiu que sua remoção do cargo de docente era medida restritiva de caráter necessário¹⁴³².

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também firmou entendimento sobre o tema no caso *Jersil v. Denmark*¹⁴³³, julgado em 1994¹⁴³⁴. Em maio de 1985, na Dinamarca, a *Sunday News Magazine* publicou uma reportagem sobre o crescimento de um grupo xenófobo e racista denominado *Greenjackets*. Dois meses depois, a mesma emissora transmitiu uma entrevista com três membros do *Greenjackets*, conduzida pelo jornalista dinamarquês *Jens Olaf Jersild*. A entrevista apresentou clipes de membros do grupo extremista fazendo declarações depreciativas sobre grupos raciais minoritários e imigrantes, com o uso de termos como *negros (niggers)* e *animais*. O bispo de *Alborg* apresentou uma queixa ao ministro da justiça que

¹⁴³² Para outros casos envolvendo discurso de ódio decididos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, ver Danilo Türk e Louis Joinet, *The right of freedom of opinion: current problems of its realization and measures necessary for its strengthening and promotion*, p. 45-46.

¹⁴³³ 19 EHRR 1 (1994).

¹⁴³⁴ Sobre o caso, ver Philippe Yves Kuhn, *Reforming the Approach to Racial and Religious Hate Speech Under Article 10 of the European Convention on Human Rights*, p. 126.

processou os três jovens pela prática do crime previsto no artigo 266 (b) do Código Penal Dinamarquês¹⁴³⁵. Além disso, as acusações também atingiram o jornalista *Jersild* e Lasse Jensen, chefe da seção de notícias da *Danmarks Radio*, por colaborarem com os *Greenjackets* na divulgação de declarações racistas. Um tribunal dinamarquês de primeira instância condenou *Jersild* e *Jensen* ao pagamento de multa ou, alternativamente, a cinco dias de prisão, afirmando que os réus incitaram os membros do grupo a expor suas opiniões racistas durante a entrevista. Ademais, o Tribunal observou que *Jersild* e *Jensen* haviam, intencionalmente, editado a entrevista para incluir e disseminar uma série de declarações ofensivas sem inserção de visões alternativas ao longo do programa. Os recursos interpostos pelos condenados foram sucessivamente negados, tendo o caso chegado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o qual considerou que a justiça dinamarquesa violou a liberdade de expressão dos jornalistas, protegida pelo artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). De acordo com a decisão, os princípios da liberdade de expressão são particularmente relevantes para os meios de comunicação, que desempenham papel vital na sociedade como “cão de guarda público”. Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as informações transmitidas pelos petionários abordavam relevante questão dentro e fora da Dinamarca: o ódio racial. Desse modo, o Tribunal considerou que o governo dinamarquês demonstrou adequadamente que a limitação à liberdade de expressão era justificada por um objetivo legítimo e necessário em uma sociedade democrática, conforme exigência do artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, salientando que os jornalistas não endossaram as mensagens racistas de seus entrevistados, mas que tinham o propósito de expor questões de relevante interesse público, a maioria do tribunal concluiu que a condenação foi desproporcional em relação ao objetivo admissível de proteger os direitos e a reputação do grupo racial atingido¹⁴³⁶. Em decisão mais recente, publicada em 20 de julho de 2017, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos debruçou-se novamente sobre a questão dos limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio. Embora o caso diga respeito mais especificamente a atos contra grupos religiosos, seu conteúdo é de considerável relevância, sobretudo se se considerar a concepção de racismo religioso abordada no presente trabalho. No caso *Belkacem v. Belgium*¹⁴³⁷ (Requerimento nº 34.367, de 2014), o Tribunal declarou inadmissível, por unanimidade, o

¹⁴³⁵ De acordo com o artigo 266 (b) do Código Penal Dinamarquês qualquer pessoa que, publicamente ou com a intenção de divulgá-la a um círculo amplo de pessoas, fizer uma declaração, ou outra comunicação, ameaçando, insultando ou degradando um grupo de pessoas em razão de sua raça, cor, nacionalidade ou origem étnica ou crença será sujeito a uma multa, detenção simples ou prisão por um período não superior a dois anos.

¹⁴³⁶ Cfr. Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, p. 48-49.

¹⁴³⁷ ECHR 253 (2017).

pedido formulado, por considerar que as declarações publicadas não estavam amparadas pelo art. 10 da Convenção. O caso dizia respeito à condenação pela justiça belga de *Belkacem*, líder e porta-voz da organização *Sharia4Belgium* – dissolvida em 2012 –, por incitamento à discriminação, ódio e violência, a partir de comentários feitos em vídeos do *Youtube* sobre grupos não muçulmanos e a *Sharia*. Em suas declarações, *Belkacem* havia convidado os telespectadores a *dominar* os não muçulmanos, *ensinar-lhes uma lição* e *combatê-los*. *Belkacem* foi processado por infrações a dispositivos da Lei Antidiscriminação da Bélgica, de 10 de maio de 2007, e por assédio *online* com intenção discriminatória. Em 2013, o Tribunal de Recurso de Antuérpia condenou *Belkacem* pontuando que a prática de incitamento público à discriminação, violência e ódio era indubitavelmente intencional, explícita, firme e sistemática. O Tribunal de Cassação negou provimento ao recurso interposto pelo réu, afirmando que o recorrente não havia simplesmente expressado seus pontos de vista, mas inquestionavelmente incitado, de forma intencional, outras pessoas a se envolverem em prática de violência com base na fé, discriminação, segregação e ódio contra não muçulmanos.

Baseando-se no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, *Belkacem* argumentou perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos que não teve a pretensão de incitar ódio, violência ou discriminação, mas apenas almejava propagar as suas ideias e opiniões. O apelante sustentou, ainda, que seus comentários consistiam numa manifestação de sua liberdade de expressão e religião e não configuravam ameaça à ordem pública. Ao analisar o caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que as manifestações de *Belkacem* tinham conteúdo marcadamente odioso e que o apelante teve a intenção de incitar o ódio, discriminação e violência contra todos os não muçulmanos. Para a Corte, esse tipo de discurso era incompatível com os valores de tolerância, paz social e não discriminação subjacentes à Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que *Belkacem* tentava desviar o verdadeiro propósito do art. 10, usando seu direito à liberdade de expressão para fins manifestamente contrários ao espírito da Convenção. Com referência aos comentários sobre a *Sharia*, o Tribunal observou que já havia decidido em outra ocasião que defender a *Sharia* incitando o uso da violência para estabelecê-la poderia ser considerado discurso de ódio, e que cada Estado tinha o direito de se opor a movimentos políticos baseados nesse tipo de fundamentalismo religioso. Nesse sentido, o Tribunal considerou que, de acordo com o artigo 17 da Convenção (proibição de abuso de direito), o discurso em questão não estava sob a proteção do artigo 10 da Convenção, que garante a direito à liberdade de expressão¹⁴³⁸.

¹⁴³⁸ Cfr. Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, p. 48-49.

A Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos ainda não avaliaram nenhum caso específico de discurso de ódio. Entretanto, importa mencionar o estudo sobre a temática, publicado no Relatório Anual, de 2004, da Comissão de Defesa da Liberdade de Expressão¹⁴³⁹, integrante da Organização dos Estados Americanos. O documento apresenta uma perspectiva jurídico-histórica da criminalização do racismo e do discurso de ódio nos tratados e cortes internacionais. Há, ainda, diversas declarações conjuntas¹⁴⁴⁰ elaboradas pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos em articulação com relatorias da mesma natureza de outros organismos internacionais, que revelam certo alinhamento no entendimento acerca das restrições ao discurso de ódio racial.

2.1.6.2. O discurso de ódio racial no direito comparado

O tema do discurso de ódio racial também tem sido enfrentado pelas ordens jurídicas de diversos Estados. A partir de uma breve incursão pela jurisprudência de alguns países será possível perceber de que modo tem sido abordada a restrição a esse tipo de discurso em cotejo com os direitos à liberdade de expressão e à igualdade, notadamente à não discriminação racial.

Para tanto, foram selecionados alguns dos países que possuem decisões de suas mais altas cortes a respeito da temática, como Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Brasil¹⁴⁴¹.

a) Estados Unidos

Datada de 1791, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América protege o direito à liberdade de expressão contra interferências do poder público, instituindo que o Congresso não poderá editar nenhuma lei que limite a liberdade de expressão ou de

¹⁴³⁹ Para uma análise de outros casos de aplicação do artigo 10 da Convenção, pela Corte Americana de Direitos Humanos, ver Anne Weber, *Manual on hate speech*, p. 28 e ss.

¹⁴⁴⁰ ECHR 253 (2017).

¹⁴⁴¹ Sobre a experiência do sistema de justiça de outros países diante do discurso de ódio racial, ver Kate Eastman, *Racial vilification: the australian experience*; Kitty Eggerking, *Australia: the role of the media in perpetuating racism*; Yuri Schmidt e Tanya Smith, *Sources of inter-ethnic discord throughout the former Soviet Union*; Stephen J. Roth, *Additional comments on anti-racism laws in the former Soviet Union*; Lene Johannessen, *Denmark: racist snakes in the Danish paradise*; Roger Errera, *In defense of civility: racial incitement and group libel in French law*; Venkat Eswaran, *Advocacy of national, racial and religious hatred: the indian experience*; Eliezer Lederman e Mala Tabory, *Criminalization of racial incitement in Israel*; Stephen J. Roth, *Laws against racial and religious hatred in Latin America: focus on Argentina and Uruguai*; Ineke Boerefijn, *Incitement to national, racial and religious hatred: legislation and practice in the Netherlands*; Gilbert J Marcus, *Racial hostility: the South African experience*; Geoffrey Bindman, *Incitement to racial hatred in the United Kingdom: have we got the law we need?*

imprensa. Com fundamento nesse importante dispositivo constitucional, a jurisprudência estadunidense tem fixado entendimento no sentido de uma progressiva expansão protetiva da liberdade de expressão, posicionamento que, sem dúvida, resulta no enfraquecimento da força normativa atribuída a outros direitos fundamentais com ela conflitantes, como a honra, a privacidade e a própria igualdade.

Em 1952, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o primeiro caso emblemático envolvendo o discurso de ódio racial. Em *Beauharnais v. Illinois*¹⁴⁴², a Corte confirmou a condenação do recorrente sob as penas do Código Penal do Estado de *Illinois*, que punia a difusão de discursos depreciativos contra uma raça ou classe de pessoas. Em 6 de janeiro de 1950, *Beauharnais*, presidente da Liga Americana do Círculo Branco, em Chicago, distribuiu panfletos em uma reunião do grupo, nos quais era apresentada uma petição ao prefeito e conselho de Chicago para que impedissem o assédio e invasão dos negros nos bairros brancos. O material distribuído atribuía depravação, criminalidade e falta de virtude aos negros, conclamando os brancos a se unirem contra estes e a evitarem a miscigenação racial. Apesar do argumento de *Beauharnais* de que a legislação estadual violava sua liberdade de expressão, a Suprema Corte argumentou que a punição prevista no estatuto de *Illinois* não era inconstitucional porque a difamação não era um tipo de discurso protegido pela Primeira Emenda. Na decisão, destacou-se que ofensas pessoais não constituem parte essencial de qualquer exposição de ideias, devendo prevalecer o interesse social na moralidade e na ordem. Adotou-se no julgado a concepção de *group libel* ou difamação coletiva, reconhecendo-se que do mesmo modo que o discurso difamatório dirigido diretamente contra indivíduos, também o discurso difamatório dirigido a grupos de pessoas pode sofrer proibições legais.

Menos de duas décadas depois, em 1969, por ocasião do julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*¹⁴⁴³, a Suprema Corte reformou decisão que condenara um líder da *Ku Klux Klan* no Estado de *Ohio*, com base na Lei de Sindicalismo Criminal. *Brandenburg* havia promovido um encontro do grupo supremacista – transmitido ao vivo, pela televisão –, no qual pessoas encapuzadas queimavam cruzes e proferiam palavras de ordem contra negros e judeus. Durante a transmissão, *Brandenburg* disse que “os crioulos (*nigger*) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel”, tendo ainda afirmado que se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a prejudicar a raça caucasiana, a *Ku Klux Klan* poderia se vingar. A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que a lei de *Ohio* violou a Primeira Emenda

¹⁴⁴² 343 U.S. 250 (1952).

¹⁴⁴³ 395 U.S. 444 (1969).

da Constituição, por não distinguir entre advocacia e incitamento a ação ilegal iminente. Para tanto, o Tribunal utilizou um teste em duas vertentes para avaliar leis que afetam a liberdade de expressão, concluindo que o discurso pode ser proibido: a) se seu objetivo for incitar ou produzir uma ação ilegal iminente; b) se ele é de fato suscetível a incitar ou produzir tal ação. Em outras palavras, a defesa do uso da força ou da prática de atos ilegais somente deveria sofrer restrições se, além de direcionada a incitar e promover tais atos, fosse adequada ao incitamento e produção da ação. Sob essa ótica, no caso concreto, a Corte entendeu que a lei estadual punia a defesa de uma ideia abstrata que não deveria ser confundida com a efetiva preparação ou incitação de indivíduos à prática de atos de violência. Traça-se, a partir dessa decisão, uma distinção entre a defesa de ideias racistas – protegidas pela cláusula da liberdade de expressão – e a incitação à prática de violência racial – não protegida e sujeita a proibições legais.

Em *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*¹⁴⁴⁴, a temática do discurso de ódio racial voltou a ocupar a jurisprudência dos Estados Unidos da América. O caso surgiu, em 1977, a partir de uma controvérsia envolvendo o *National Socialist Party of America* (NSPA), em *Skokie* (Chicago), cuja população era formada por 57% de judeus, sendo que parte dessa comunidade era de sobreviventes de campos de concentração nazistas. Nesse contexto, o líder do partido propôs a realização de uma manifestação pública pacífica para protestar contra as regulamentações sobre o uso dos parques públicos da vila para assembleias políticas. Os manifestantes deveriam usar uniformes militares nazistas e portar faixas com suásticas e declarações como “liberdade de expressão para o homem branco”. O município procurou impedir a manifestação por meio de ação judicial – julgada improcedente pela Suprema Corte de *Illinois* – e edição de normas que proibiam condutas como a exibição de suástica e a distribuição de material que incitasse ou promovesse o ódio contra pessoas de fé judaica, ou de qualquer outra crença, ancestralidade ou raça, na vila de *Skokie* – todas declaradas inconstitucionais pela 7ª *Circuit Court*¹⁴⁴⁵, por violação à liberdade de expressão. Embora tenham obtido permissão para a realização do ato, os manifestantes decidiram protestar na cidade de Chicago, oportunidade em que tiveram proteção policial para evitar conflitos.

Ao longo do tempo, o posicionamento jurisprudencial que se consolidou nos Estados Unidos foi de inconstitucionalidade das restrições ao discurso de ódio, por ofensa à liberdade de expressão, uma vez que estas envolveriam limitações ao discurso político. Sob essa ótica, o Estado deve assumir postura de neutralidade em relação às diferentes concepções

¹⁴⁴⁴ 373 N.E.2d 21 (1978).

¹⁴⁴⁵ *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir.)

de vida existentes na sociedade, ainda que estas difundam ideias racistas, consideradas repugnantes ou mesmo perigosas. Nesse sentido, o discurso de ódio racial mereceria a mesma proteção que, por exemplo, manifestações de conteúdo igualitário, salvo nos casos das chamadas *fighting words*¹⁴⁴⁶, que, pela sua capacidade de provocar imediata reação violenta – e, portanto, pôr em risco a ordem e a paz públicas – podem sofrer restrições.

Em 1992, no caso *R.A.V. v. City of St. Paul*¹⁴⁴⁷, a Suprema Corte atenuou a doutrina da *fighting words* em prol da proteção do *hate speech*, ao considerar inconstitucional um decreto que proibia palavras de combate com motivação racista, por violação à liberdade de expressão. Um grupo de jovens foi condenado pela Suprema Corte de *Minnesota*, por queimar uma cruz de madeira – símbolo da *Ku Klux Klan* – no quintal cercado de uma família afro-americana, prática considerada crime pela legislação da cidade de *Saint Paul*, que tipificava a figura do “crime motivado por preconceito” (*bias motivated crime*). O tribunal estadual entendeu que a lei municipal deveria ser interpretada conforme a Constituição para alcançar atos – como os dos jovens condenados – enquadrados como *fighting words*, insuscetíveis de proteção constitucional pela Primeira Emenda. Entretanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a decisão anterior, declarando inconstitucional a lei local, mesmo com a interpretação restritiva aplicada pelo Tribunal de *Minnesota*. Segundo a Corte, o Estado violou a liberdade de expressão por proibir e penalizar o uso de *fighting words* de forma parcial, com foco em determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. Nos termos da decisão, no caso concreto, o legislador restringiu meras manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, desrespeitando, assim, seu dever de neutralidade diante dos diversos pontos de vista existentes na sociedade¹⁴⁴⁸.

Nada obstante, em decisão mais recente, por ocasião do julgamento do caso *Virginia v. Black et al*¹⁴⁴⁹, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a constitucionalidade de uma lei do Estado da Virgínia que criminalizava a prática de queimar cruzeiros com intenção de intimidar indivíduos ou grupos. O Tribunal entendeu que não havia, *in casu*, violação da liberdade de expressão, uma vez que, à luz da Primeira Emenda é possível a restrição do discurso cujo conteúdo contenha ameaças reais. De acordo com o julgado, embora a propagação de ideias racistas não deva sofrer punição, o mesmo não se aplica a atos de ameaça. Nessa

¹⁴⁴⁶ Sobre as chamadas *fighting words*, ver Nadine Strossen, *Balancing the rights of expression and equality: a civil liberties approach to hate speech on Campus*, p. 300-301.

¹⁴⁴⁷ 505 U.S. 377 (1992).

¹⁴⁴⁸ Sobre este e outros julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, envolvendo *hate speech*, ver Ronna Greff Schneider, *Hate speech in the United States: recente legal developments*.

¹⁴⁴⁹ 538 U.S. 343.

perspectiva, a Corte concluiu que, *a priori*, a queima de cruzeiros constitui manifestação legítima da liberdade de expressão, podendo ser criminalizada se realizada com propósito intimidatório.

Nota-se, em linhas gerais, uma tendência de absolutização do direito à liberdade de expressão em meio à jurisprudência dos Estados Unidos, que nem sequer tem se debruçado, nas hipóteses de discurso de ódio racial, sobre a análise do papel do princípio da igualdade, consagrado na Décima Quarta Emenda. Nesse contexto, a prática do racismo parece legitimada pelo sistema de justiça que, ao compreender sua criminalização como indevida interferência estatal, desconsidera o passado de opressão racial que marcou a história do país e, até os dias de hoje, mantém seus efeitos persistentes na sociedade estadunidense. Não é por acaso que os Estados Unidos sediam, atualmente, grande quantidade de *sites* racistas que, diante da transnacionalidade alcançada pela Internet, têm o poder de disseminar e incitar o ódio racial para além de suas fronteiras, realidade que justifica a preocupação constante dos organismos internacionais em relação ao uso das novas tecnologias para propagação do *hate speech*.

Ver-se-á que o posicionamento de proteção do discurso de ódio, até mesmo racial, encampado pela ordem jurídica dos Estados Unidos não prevalece em outros países que, embora reconheçam a importância da liberdade de expressão nas sociedades democráticas, não assumem uma postura de enfraquecimento de outros valores e direitos fundamentais, em especial o direito à não discriminação racial.

b) Canadá

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades, aprovada por meio do *Constitution Act* de 1982, garante os direitos e liberdades nela estabelecidos, sujeitando-os “apenas aos limites razoáveis prescritos por lei, conforme demonstravelmente justificado em uma sociedade livre e democrática”. Em seu artigo 2 (b) consagra-se a liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão, incluindo a liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação. A Carta estabelece também, no artigo 15 (1), contido na seção sobre direitos de igualdade, que todo indivíduo é igual perante e por intermédio da lei e tem direito à igual proteção e benefício legais sem discriminação, em particular, de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física. O texto constitucional institui, ainda, no artigo 15 (2), a possibilidade de programas de ação afirmativa para indivíduos ou grupos em condições de desvantagem em razão dos mesmos fatores anteriormente mencionados.

Vê-se na Carta Canadense a propensão à busca pelo equilíbrio entre os princípios da liberdade e da igualdade, arcabouço jurídico-constitucional que tem sido explorado nas decisões envolvendo discurso de ódio racial¹⁴⁵⁰.

Em 1990, a Suprema Corte do Canadá se aprofundou na discussão sobre restrições ao discurso de ódio, quando do julgamento do caso *Regina v. Keegstra*¹⁴⁵¹, que analisou a constitucionalidade da condenação criminal de um professor que defendia e ensinava aos seus alunos doutrinas antissemitas. Em suas aulas, *James Keegstra* depreciava os judeus, afirmando que estes eram “traíçoeiros”, “amantes do dinheiro”, “assassinos de criança”, além de expressar dúvidas quanto à ocorrência do Holocausto. *Keegstra* foi acusado sob as penas do artigo 319 (2) do Código Penal do Canadá, por promover deliberadamente o ódio contra um grupo identificável, definido pelo item 7 do mesmo dispositivo como qualquer seção da sociedade que se caracterize pela cor, raça, religião ou origem étnica. O professor argumentou que a condenação violava o seu direito à liberdade de expressão, nos termos do artigo 2(b) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. *In casu*, a Suprema Corte do Canadá confirmou a constitucionalidade da legislação canadense que criminalizava o *hate speech*, afastando as alegações a respeito de sua imprecisão ou amplitude, e reconhecendo o seu objetivo de eliminação do racismo e do ódio.

Para julgamento do feito, o Tribunal fez uso de método usualmente empregado em suas decisões sobre restrições a direitos fundamentais. Em primeiro lugar, analisou se havia de fato restrição à liberdade de expressão, no caso concreto. Respondendo positivamente à primeira questão, passou à apreciação do conteúdo das mensagens, concluindo que, *a priori*, desde que não comunicadas de forma fisicamente violenta, a divulgação de ideias racistas são protegidas pela liberdade de expressão. Em seguida, quanto ao objetivo perseguido pelo Código Penal canadense – de impedir o dano causado pelas expressões de ódio contra grupos raciais, étnicos, nacionais e religiosos – afirmaram-se sua substancialidade, urgência e plena compatibilidade com uma sociedade livre e democrática, em especial diante do compromisso constitucional com a igualdade e o multiculturalismo, afetados pelo *racial hate speech*. O Tribunal abordou, ainda, os efeitos negativos do discurso de ódio racial em relação às vítimas e à sociedade como um todo. Em relação às vítimas, a decisão pontuou que o escárnio, a hostilidade e o abuso incentivados pela propagação de ódio têm forte impacto negativo sobre a

¹⁴⁵⁰ Sobre a regulação do discurso de ódio no Canadá, ver John Manwaring, *Legal regulation of hate propaganda in Canada*. Ver também Irwin Cotler, *Principles on hate speech, freedom of expression and non-discrimination: the Canadian experience as a case-study in striking a balance*.

¹⁴⁵¹ 3 S.C.R. 697 (1990).

autoestima do indivíduo, submetendo os integrantes de minorias étnicas e religiosas a danos psicológicos, podendo resultar, ainda, em discriminação ou violência contra membros dos grupos minoritários, além de dano ao senso de dignidade da pessoa, com relevante comprometimento de sua adesão à comunidade. No que tange à sociedade, a Corte observou o potencial de difusão do discurso de ódio, a partir da utilização das tecnologias e outros meios apropriados, ampliando a possibilidade de atrair mais indivíduos a tais causas ou mesmo incutir, sutilmente, no inconsciente dos seus receptores ideias sobre a inferioridade dos integrantes de determinadas raças ou religiões.

Por fim, o Tribunal concluiu o exame sobre a constitucionalidade da restrição legal, aplicando o princípio da proporcionalidade. Avaliou-se, inicialmente, a intensidade com que a criminalização do discurso de ódio comprometia a essência do direito à liberdade de expressão – busca da verdade, autorrealização individual e promoção da democracia. Para o Tribunal havia reduzido comprometimento da liberdade de expressão. Primeiramente diante da chance mínima de declarações de ódio contra um grupo identificável serem verdadeiras ou conduzirem a um mundo melhor. Quanto a possível prejuízo à autorrealização de autores de *hate speech*, haveria, segundo a decisão, uma compensação, diante do fato de a vedação legal impedir que se atente contra a autorrealização das próprias vítimas do discurso de ódio. No que diz respeito à democracia, a Corte asseverou que a disseminação de certas ideias tão contrárias aos valores democráticos pode ser prejudicial e não favorável ao autogoverno, e ainda que o discurso de ódio é “completamente incompatível com as aspirações democráticas que a liberdade de expressão garante”. Nessa linha de intelecção, concluiu-se que a limitação à liberdade de expressão, no caso concreto, fora adequada, haja vista a racionalidade que mantinha com a finalidade de proteção às minorias e ao próprio processo democrático. Considerou-se, ainda, que a medida imposta tinha sido necessária para restringir pontualmente o *hate speech*, não atingindo outras formas de discurso. Finalmente, levando em conta que houve afetação mínima dos valores essenciais da liberdade de expressão, entendeu o Tribunal que as restrições impostas pelo artigo 319 (2) a este direito fundamental eram constitucionalmente legítimas.

Também em 1990, outros dois casos semelhantes foram solucionados pela Suprema Corte do Canadá, que manteve sua orientação contrária à proteção das manifestações de ódio contra grupos étnicos, raciais ou religiosos. No caso *R. v. Andrews and Smith*¹⁴⁵², o Tribunal confirmou a constitucionalidade do dispositivo que criminalizava declarações que intencionalmente promovessem o ódio contra um grupo identificável, mantendo a condenação

¹⁴⁵² (1990) 3 S.C.R. 870.

de Donald Andrews – líder de um grupo político de supremacia branca, conhecido como o Partido Nacionalista do Canadá – e Robert Smith – secretário do partido –, por publicarem reivindicações contra os povos judeus e negros. Em sentido semelhante, no julgado *Taylor v. Canadian Human Rights Commission*¹⁴⁵³, a Corte definiu que o artigo 13 (1) do *Canadian Human Rights Act*, que proíbe a comunicação de mensagens de ódio por telefone, não viola a Carta Canadense de Direitos e Liberdades.

Em 1996, a Suprema Corte canadense voltou a abordar a temática das restrições ao discurso de ódio, no caso *Ross v. New Brunswick School District*¹⁴⁵⁴. Em 1991, um pai judeu apresentou uma queixa de violação de direitos humanos contra a *New Brunswick School District 15*, alegando que a permanência de um professor (*Ross*) que difundia ideias antissemitas criava ambiente hostil para estudantes judeus, comprometendo o ambiente educacional, que deve promover a tolerância e respeito mútuo entre os alunos. *Ross* foi apreendido à Comissão de Direitos Humanos de *New Brunswick*, que, com base na legislação antidiscriminação canadense, determinou que ele fosse removido das atividades em sala de aula para um cargo não docente. Além disso, *Ross* foi advertido de que, caso continuasse a publicar ou distribuir literatura antissemita, seria demitido. A decisão administrativa foi anulada pelo Tribunal de Recurso de *New Brunswick* que entendeu haver, *in casu*, violação dos direitos à liberdade religiosa e de expressão de *Ross*. Levada a questão à Suprema Corte, esta considerou que a relevância constitucional da proteção dos direitos das minorias contra o racismo e a intolerância pode justificar restrições à liberdade de expressão, sendo proporcional a decisão que determinara a transferência de *Ross* para atividade não docente. No entanto, o Tribunal entendeu desnecessária a ameaça de demissão do professor, caso ele voltasse a publicar ideias antissemitas, uma vez que o seu afastamento das atividades letivas já era medida suficiente para amenizar a influência nociva de seu discurso discriminatório sobre os alunos. Desse modo, concluiu-se que a ameaça de demissão não atendia ao princípio da proporcionalidade, por importar em restrição excessivamente ampla à liberdade de expressão de *Ross*.

A partir dessa breve incursão na jurisprudência canadense, nota-se que, em linhas gerais, o sistema de justiça do Canadá assume postura menos individualista do que o sistema de justiça dos Estados Unidos, reconhecendo as restrições ao discurso de ódio racial como constitucionais, sem prejuízo da garantia da liberdade de expressão, que deve ser cotejada, caso

¹⁴⁵³ (1990) 3 S.C.R. 892.

¹⁴⁵⁴ (1996) 1 S.C.R. 825.

a caso, com a proteção das minorias e da própria democracia, por meio do emprego do princípio da proporcionalidade.

c) Alemanha

A Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 23 de maio de 1949, consagra a liberdade de expressão no seu artigo 5 (1), dispondo que “todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação por meio do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura”. Por seu turno, as restrições à liberdade de expressão são constitucionalmente previstas no artigo 5 (2), que estabelece que tais direitos “têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito à honra pessoal”. Já o artigo 5 (3) afirma que a arte, a ciência, a pesquisa e o ensino são livres, asseverando que a liberdade de ensino não dispensa a lealdade à Constituição.

A proibição de censura reforça as liberdades asseguradas no artigo 5º da Lei Fundamental de Bonn, impedindo qualquer condicionamento de manifestação da opinião a prévia autorização dos poderes públicos. Esta, no entanto, não se confunde com a censura posterior, consistente na intervenção contra manifestações abusivas da liberdade de opinião, que, por sua vez, não são constitucionalmente protegidas por ultrapassarem os limites previstos na Constituição¹⁴⁵⁵.

Nessa senda, algumas disposições do Código Penal alemão pretendem proteger bens coletivos, a partir da tutela criminal que restringe o discurso de ódio. Na seção sobre “Ameças ao Estado Constitucional Democrático” (§§ 84 a 91) há proibição de divulgação e uso de propaganda por organizações inconstitucionais e nacionais socialistas (§§ 86 e 86a), bem como a criminalização de atos como a exibição de bandeiras, distintivos, uniformes, senhas e saudações socialistas, particularmente a saudação nazista e o uso da suástica (§ 86 a (2)). Na seção sobre “Crimes Contra a Paz Pública” (§§ 123 a 145), § 130, tipifica-se a incitação à violência contra grupos minoritários como ofensa punível¹⁴⁵⁶. Além do Direito Penal, também

¹⁴⁵⁵ Ver Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 308-309.

¹⁴⁵⁶ Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)*, p. 16 e 17, transcreve os atos tipificados pelo § 130 do Código Penal alemão:

“(1) Whosoever, in a manner liable to disturb public peace, (No. 1) incites hatred against parts of the population or invites violence or arbitrary acts against them, or (No. 2) attacks the human dignity of others by insulting, maliciously degrading or defaming parts of the population shall be punished with imprisonment of no less than three months and not exceeding five years.

o Direito Administrativo e outras esferas da ordem jurídica alemã são afetadas pela proibição do discurso de ódio, em atenção às obrigações assumidas pela Alemanha ao abrigo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁴⁵⁷.

De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, as disposições legais restritivas do discurso de ódio racial são limitações legítimas à liberdade de expressão, considerando-se outros valores e direitos fundamentais, previstos na Constituição, a serem cotejados, como a dignidade humana (artigo 1 (1)), o direito à livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2 (1)), o direito à inviolabilidade da pessoa (artigo 2 (2)) e o direito à igualdade perante a lei (artigo 3 (1)).

Ao contrário do entendimento preponderante na Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Constitucional Federal alemão não atribui prioridade geral à liberdade de expressão. Em vez disso, o Tribunal concentra-se no significado especial da liberdade de expressão diante dos casos concretos que lhes são apresentados.

Em fevereiro de 1993, o Tribunal Administrativo de *Frankfurt* confirmou haver interesse público na negação de utilização do serviço postal para envio de materiais impressos pelo Partido Nacional Democrático da Alemanha¹⁴⁵⁸. De acordo com a lei postal alemã, o serviço postal pode ser negado para salvaguardar o interesse público. No caso em questão, o material impresso a ser postado continha perguntas como: “os estrangeiros criminosos devem ser deportados ou devemos permitir que mais estrangeiros entrem em nosso país a fim de que *Frankfurt* se torne uma metrópole multicultural e multicriminosa?” Dentre as respostas à pergunta, uma afirmava: “eu sou definitivamente a favor de colocar um fim à imigração de estrangeiros. Dois terços de todos os atos criminosos em *Frankfurt* são cometidos por estrangeiros e 80% dos traficantes de drogas são requerentes de asilo”. O Tribunal Administrativo considerou essas manifestações como uma violação da proibição criminal de incitação ao ódio, notadamente incitação à discriminação de ordem racial. A Corte apoiou sua

(2) Imprisonment, not exceeding five years, or fine will be the punishment for whoever (n° 1) (a) distributes, (b) makes available to the public, (c) makes available to persons of less than 18 years, or (d) produces, stores or offers for use as mentioned in letters (a) to (c) documents inciting hatred against parts of the population or against groups determined by nationality, race, religion, or ethnic origin, or inviting to violent or arbitrary acts against these parts or groups, or attacking the human dignity of others by insulting, maliciously ridiculing or defaming parts of the population or such a group, or (n° 2) distributes a message of the kind described in n° 1 by broadcast.

(3) Imprisonment, not exceeding five years, or a fine, will be the punishment for whoever, in public or in an assembly, approves, denies or minimizes an act described in § 220 a (1) committed under National Socialism, in a manner which is liable to disturb the public peace.”

¹⁴⁵⁷ Para outras leis alemãs que restringem o discurso do ódio racial, ver Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)*, p. 14 e ss.

¹⁴⁵⁸ *Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt*, Decisão de 22 de fevereiro de 1993. Ver Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)*, p. 31.

decisão fazendo menção aos artigos 1º e 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, asseverando que estes alicerçam a vedação de hostilidades verbais contra estrangeiros¹⁴⁵⁹.

As normas relativas ao insulto coletivo e à incitação ao ódio assumem, no sistema jurídico alemão, significado especial nos casos envolvendo a temática do Holocausto. As inverdades sobre o Holocausto também suscitam responsabilização criminal, nos termos do Código Penal alemão. O Tribunal Constitucional considera que tais disposições constituem limitações justificadas à liberdade de expressão porque restringem discursos não protegidos constitucionalmente¹⁴⁶⁰.

Em 1994, o Tribunal Constitucional alemão decidiu caso emblemático envolvendo o discurso de ódio racial, oportunidade em que se manifestou sobre a constitucionalidade de ato do governo da Baviera¹⁴⁶¹, que condicionou a autorização para realização de um congresso de extrema-direita, ao compromisso de que não fosse, no encontro, sustentada a negação do Holocausto. Um dos convidados para o congresso era *David Irving*, conhecido teórico revisionista que defendia que o Holocausto era invenção dos judeus. O ato estatal se baseou em lei que permitia a proibição de reuniões em que fosse infringida a lei penal, já que se vislumbrava, no caso concreto, insulto contra o povo judeu. A Corte se posicionou no sentido de que a negação do Holocausto não constituía mera manifestação de opinião, e sim afirmação inverídica sobre um fato que, por não contribuir em nada para a formação da opinião pública, não gozava da proteção constitucional da liberdade de expressão. No julgado, o Tribunal Constitucional asseverou que o Holocausto, diante de sua singularidade, teria se convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, refletindo-se diretamente na sua relação com a sociedade alemã. Dessa maneira, a negação do Holocausto constituiria uma forma de continuidade da discriminação contra judeus, razão pela qual, a Corte reconheceu a constitucionalidade da restrição à liberdade de expressão imposta pelo governo da Baviera.

Em linhas gerais, o Tribunal Constitucional tem utilizado quatro argumentos principais para validar a interpretação de constitucionalidade da proibição de negação do Holocausto: a) em razão do Holocausto, existe especial relação moral entre alemães e judeus;

¹⁴⁵⁹ Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)*, p. 31-32, apresenta críticas a tal posicionamento, tomando por base a normativa alemã sobre a temática, em especial a proteção constitucional à liberdade de expressão.

¹⁴⁶⁰ Tratando especificamente do discurso de ódio racial na ordem jurídica alemã, cfr. Rainer Hofmann, *Incitement to national and racial hatred: the legal situation in Germany*.

¹⁴⁶¹ 90 BVerfGE 241.

b) esse dever moral pode ser transformado em uma obrigação legal positiva de reconhecimento do Holocausto, por meio da tutela penal; c) o reconhecimento do Holocausto é parte constitutiva da autopercepção coletiva e dignidade dos judeus; e d) a negação do Holocausto ataca a dignidade e a segurança de todos os judeus na Alemanha, sendo uma forma de discriminação contra estes¹⁴⁶².

Em outra decisão, também julgada em 1994, a Corte Constitucional alemã discutiu a constitucionalidade da inclusão de um livro na lista de obras consideradas pelo Governo como sendo *imorais ou perigosas*, inserção que resulta na proibição de sua propaganda e venda para menores de idade. Tratava-se do livro intitulado “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”. Nesse caso específico, não havia negação da ocorrência do Holocausto, mas a defesa da tese de que não teria sido a Alemanha, e sim seus adversários, os culpados pelo início da 2ª Guerra Mundial. Nesse julgado, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade da medida de restrição à liberdade de expressão, ressaltando que não havia relato de fatos inverídicos, mas mera manifestação de opinião, não cabendo, *in casu*, o uso do critério de correspondência à verdade¹⁴⁶³.

Vê-se, portanto, que o modelo alemão, em linhas gerais considera constitucionais as restrições legalmente impostas ao *hate speech*, sem desconsiderar a relevância da proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de questões de interesse público e a defesa da própria democracia. De fato, tem ganhado relevo em meio à doutrina e jurisprudência alemãs a concepção de *democracia militante (streitbare Demokratie)*¹⁴⁶⁴, consistente, em síntese, no compromisso dos poderes públicos em defesa da democracia de seus inimigos, que pretendem subvertê-la, violando as regras do jogo democrático.

d) Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – conhecida como Constituição cidadã –, representa um marco de redemocratização do País, após a ruptura com o regime militar ditatorial. Não é de espantar, desse modo, que o constituinte tenha sobrelevado

¹⁴⁶² Cfr. Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)*, p. 36 e ss. O autor entende que, em linhas gerais, a criminalização da simples negação do Holocausto é justificada apenas no contexto do significado singular desta para a autoimagem de todos os alemães. Para ele, na prática, o uso do direito penal para proibir a negação do Holocausto tem sido considerado justificado, ainda que as habituais salvaguardas doutrinárias em favor da liberdade de opinião sejam substancialmente contornadas no processo.

¹⁴⁶³ 90 BVerfGE 1 (1994).

¹⁴⁶⁴ Cfr. Ronald J. Krotoszynski Jr., *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*.

o direito à liberdade de expressão, permeando-lhe em diversas passagens do texto constitucional (art. 5º, incisos IV¹⁴⁶⁵, IX¹⁴⁶⁶ e XIV¹⁴⁶⁷; artigo 220, *caput* e parágrafos 1º e 2º¹⁴⁶⁸).

O destaque conferido à liberdade de expressão, como contraposição ao período anterior marcado pela censura e pelo autoritarismo, não resultou, no entanto, na sua centralidade ou absolutização no sistema jurídico-constitucional brasileiro. A própria Constituição estabelece limites à liberdade de expressão, quer expressamente – veja-se, por exemplo, o artigo 5º, incisos V¹⁴⁶⁹ e X¹⁴⁷⁰) –, quer a partir da promoção de outros valores também fundamentais para a construção de uma sociedade mais *livre, justa e solidária*.

Com efeito, o compromisso constitucional com o princípio igualitário, não apenas na sua vertente formal, mas, em especial, na sua vertente material, evidencia um verdadeiro mandamento de atuação positiva dos poderes públicos no combate às desigualdades e na promoção de igual dignidade para todas as pessoas. Nesse sentido, observa-se especial atenção do constituinte com os direitos de grupos vulnerabilizados, não só a partir da proibição de atos discriminatórios, mas também por meio de proteção específica a determinados segmentos da população, a exemplo dos grupos étnico-raciais, dos indígenas, dos quilombolas, das mulheres, das crianças, adolescentes e jovens.

É no contexto dessa missão constitucional de combate às desigualdades e discriminações que a Constituição Federal funda um autêntico microsistema antirracista, consagrando o princípio do repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII) – que deve reger as relações internacionais do Estado brasileiro –, e criminalizando sua prática, na condição de crime imprescritível e inafiançável (artigo 5º, inciso XLII). Depois de longo período de disseminação de uma ideia de democracia racial nunca vivenciada no Brasil, o reconhecimento da existência do racismo e das desigualdades raciais, como fenômenos persistentes na sociedade

¹⁴⁶⁵ “Art. 5º - (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

¹⁴⁶⁶ “Art. 5º - (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

¹⁴⁶⁷ “Art. 5º - XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

¹⁴⁶⁸ “Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

¹⁴⁶⁹ “Art. 5º - (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

¹⁴⁷⁰ “Art. 5º - (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

brasileira – mesmo um século após a declaração da abolição da escravidão –, revela uma decisão político-constitucional paradigmática.

Desse modo, o legislador constituinte se antecipa ao legislador ordinário para, ele próprio, constituir o racismo como crime, estabelecendo a necessidade de tutela penal do direito à não discriminação racial. Note-se que a Constituição Federal confere tal status de imprescritibilidade e inafiançabilidade apenas ao crime de racismo e “à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (artigo 5º, inciso XLIV), o que evidencia a legitimidade e relevância das restrições ao discurso de ódio racial no ordenamento jurídico brasileiro.

A temática foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no conhecido caso *Ellwanger (Habeas Corpus nº 82.424)*. O caso teve início em 12 de novembro de 1991, quando o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra *Siegfried Ellwanger*¹⁴⁷¹, pela prática do crime previsto no art. 20¹⁴⁷² da Lei nº 7.716, de 1989, por escrever, editar e publicar diversos livros com conteúdo antissemita. As publicações negavam a ocorrência do Holocausto e atribuíam características negativas aos judeus. Em primeira instância, o réu foi absolvido, por ter a juíza entendido que suas manifestações estavam protegidas pelo direito à liberdade de expressão. Após recurso do assistente de acusação, a decisão de primeiro grau foi totalmente reformada pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) para condenar o réu nos termos da acusação. Impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma que manteve o acórdão do TJRS. A defesa de *Siegfried Ellwanger*, então, impetrou outro *habeas corpus*, desta feita, perante o Supremo Tribunal Federal.

Segundo os argumentos da defesa, os judeus não constituíam uma raça, razão pela qual o réu não teria praticado o crime de racismo, mas “simples discriminação”, o que, no caso concreto, levaria à extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. No julgado, o Supremo Tribunal Federal teve de examinar se o conceito de racismo empregado pela Constituição abrangia, ou não, o povo judeu. Uma resposta positiva resultaria na manutenção da condenação do impetrante, diante da imprescritibilidade do crime de racismo,

¹⁴⁷¹ Segundo a peça acusatória, o denunciado “de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimento de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”. *Habeas Corpus nº 82.424-RS*, p. 135.

¹⁴⁷² O tipo penal do artigo 20, à época com redação dada pela Lei nº 8.081, de 1990, consistia em: “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. A pena prevista era de reclusão de dois a cinco anos.

constitucionalmente estabelecida. Em contrapartida, uma conclusão negativa implicaria o reconhecimento da prescrição e consequente extinção da punibilidade. A Corte concluiu que o racismo não deve ser compreendido a partir de um conceito estritamente biológico/antropológico, mas também a partir de concepções culturais/sociais/históricas, e que, sob essa perspectiva, os judeus podem ser considerados um grupo racial suscetível à prática de racismo. Sob essa ótica, foi mantida a condenação do impetrante.

Mais especificamente quanto à temática da restrição da liberdade de expressão e do discurso de ódio racial, nesse emblemático julgado, cabia ao Supremo Tribunal Federal definir acerca da incidência do tipo penal de racismo sobre a atividade de edição e publicação de livros, *a priori*, protegida constitucionalmente enquanto exercício do direito à liberdade de expressão.

Alguns trechos da ementa da decisão são elucidativos quanto aos limites impostos à liberdade de expressão em sua tensão com o direito à igualdade e não discriminação:

“EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

(...)

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

(...)

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...)”

Em linhas gerais, os votos dos ministros salientaram a necessidade de ponderação dos interesses e valores constitucionais envolvidos, em especial, de um lado, o direito à liberdade de expressão do paciente, doutro, o direito à igualdade e à dignidade do povo judeu. A matéria foi examinada de maneira elucidativa no voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes, que buscou solucionar o conflito aplicando o princípio da proporcionalidade para equacionar os interesses em jogo. Utilizando-se desse método, o ministro concluiu pela constitucionalidade da condenação de *Siegfried Ellwanger*, considerando a medida *adequada* para salvaguardar uma sociedade pluralista na qual reine a tolerância; *necessária*, por não haver outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo; e *proporcional em sentido estrito*, já que o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente era compensado pela preservação da dignidade humana e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Enfim, conforme visto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que o direito à liberdade de expressão não deve ser utilizado como instrumento para a prática de discurso de ódio racial, que, portanto, não goza de proteção constitucional. Tal entendimento, como visto, não diverge da orientação adotada pelos organismos internacionais e por boa parte dos países democráticos.

2.1.6.3. A regulação do discurso de ódio racial: entre a (igual) liberdade e a não discriminação

A partir da breve revisão jurisprudencial apresentada, foi possível identificar duas orientações principais, envolvendo o discurso de ódio racial. De um lado, organismos internacionais e países como Canadá, Alemanha, Brasil, e diversas outras democracias modernas seguem a tendência de restrições ao *racial hate speech*, conferindo maior relevo a valores como a igualdade, a dignidade e a honra, enquanto doutrina e jurisprudência dominantes nos Estados Unidos têm se destacado pelo reconhecimento da proteção constitucional desse tipo de manifestação. A partir da perspectiva preponderante nos Estados Unidos, mesmo diante de ideias destrutivas e depreciativas, o Estado deve se manter neutro, respeitando a diversidade dos pontos de vista existentes na sociedade. É que a noção de liberdade que impera no pensamento jurídico estadunidense foca-se na sua vertente formal, reduzindo-a, em grande medida, à liberdade negativa, que se contenta com a não intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos.

Essa visão reducionista da liberdade ignora as relações de forças travadas nas estruturas sociais e a consequente vulneração de determinados grupos que não gozam do mesmo

direito de liberdade exercido por aqueles que dominam os meios de comunicação e as decisões políticas. Essa visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos.

Olvida-se o efeito silenciador opressivo causado pelo discurso de ódio racial, potencializado pela conveniente invisibilização dos discursos contrapostos. Owen Fiss aborda a questão do efeito silenciador, enquanto fenômeno ligado à liberdade de expressão nas sociedades liberais¹⁴⁷³. Tal efeito seria fruto do acesso privilegiado de determinados grupos hegemônicos aos meios de comunicação de massa, ou mesmo do preconceito difundido pela imprensa contra determinadas categorias de pessoas, especialmente os grupos vulnerabilizados. Com efeito, as manifestações unilaterais em defesa de grupos hegemônicos e/ou contra grupos raciais vulnerabilizados acabam por abafar a voz das *minorias*, que ficam condenadas ao silêncio no debate público. Mas o efeito silenciador não é o único que decorre do discurso de ódio racial. Há, ainda, um perverso e perigoso efeito segregador, por meio da difusão de estereótipos que podem reforçar sentimentos de superioridade/inferioridade racial, justificadores nas maiores barbáries cometidas ao longo da história da humanidade.

Associando-se tais concepções à ideia de função social dos direitos fundamentais e da própria liberdade de imprensa – a qual tem como uma de suas vertentes a salvaguarda do regime democrático –, a atuação do Estado pode ser essencial para garantir que a voz de grupos minoritários seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo do debate público, em prol da democracia. A questão envolve delicado e complexo equilíbrio entre o excesso de intervenção estatal e a completa omissão do Estado, extremos que esvaziam diferentes dimensões do direito à liberdade de expressão.

É certo que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, sendo válida não apenas para ideias acolhidas, consideradas inofensivas ou indiferentes, ou acolhidas pela maioria, mas também para as que possam ofender, chocar ou causar inquietação. Nada obstante, e apesar da sua imprescindibilidade para o pleno funcionamento da democracia, a liberdade de expressão – até mesmo a de imprensa – não é absoluta, devendo ser considerada no conjunto sistemático dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. A liberdade de expressão, quando unilateral e seletivamente

¹⁴⁷³ Cfr. Owen Fiss, *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, p. 33 e ss.

protegida, não atende ao espírito democrático, antes o desafia, minando a pluralidade de ideias e a efetiva emancipação autônômica de todas as pessoas e grupos étnico-raciais.

O discurso de ódio – notadamente o de caráter racista – prejudica a igual dignidade de todos, porque reforça a exclusão social de certos grupos e exprime a ideia de que estes são indignos de igual respeito e cidadania¹⁴⁷⁴. Dessa maneira, o exercício abusivo ou totalitário do direito à liberdade de expressão para difusão do discurso de ódio racial extrapola os limites constitucionalmente impostos, atingindo não apenas o direito à igualdade dos grupos afetados, mas também o seu próprio direito à (igual) liberdade, excluindo-os do debate público. Sob essa ótica, o discurso de ódio não deve ser *prima facie* entendido como mero exercício do direito à liberdade de expressão, sendo de fundamental importância, num Estado Democrático de Direito, a reflexão sobre sua regulação. É que se por um lado a democracia exige o respeito à liberdade de expressão, por outro pressupõe a igualdade entre as pessoas, princípio elementar numa sociedade democrática e que o discurso de ódio se destina exatamente a negar, ao propagar a inferioridade/superioridade de determinados grupos.

As restrições ao *hate speech* devem ser compreendidas e estabelecidas não como medidas impeditivas do dissenso ou impositivas de valores majoritários de mundividência, e sim como mecanismos necessários à integridade do próprio debate público e pluralismo de ideias, terreno fértil numa sociedade na qual o reconhecimento da igual dignidade de todos os seus participantes deve ser pressuposto do regime democrático.

Waldron argumenta que a regulação do discurso de ódio pode servir a dois objetivos específicos. Em primeiro lugar, é capaz de estimular a inclusão, enquanto *bem público*. Sob essa perspectiva, cada grupo deve aceitar que a sociedade não é apenas para seus membros, mas também *para eles junto com outros*. O discurso de ódio enfraquece esse bem público ou torna a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil, ao ameaçar o ambiente de paz social, por meio da incitação à discriminação e à violência, da revitalização de *pesados vivos* do passado. Em segundo lugar, a regulação do discurso de ódio pode conferir a todos os membros da sociedade garantia de igual dignidade, o que beneficia todas as pessoas, de modo especial os membros de *grupos vulneráveis*, confirmando sua filiação, seu igual estatuto de membro da sociedade. A disseminação do discurso de ódio mina também esse objetivo, já que compromete a dignidade daqueles a quem se destina, afetando sua autoestima e sua reputação em meio a outros membros da sociedade¹⁴⁷⁵, propagando a discriminação e a intolerância.

¹⁴⁷⁴ Cfr. Neomi Rao, *Three concepts of dignity in constitutional law*, p. 251.

¹⁴⁷⁵ Cfr. Jeremy Waldron, *The harm in hate speech*, p. 4 e ss.

Nesse ponto, outra reflexão que se impõe é justamente acerca dos limites da tolerância para com os intolerantes. Sim, porque a discussão sobre os limites do discurso de ódio implicam a análise dos limites da tolerância em si. Karl Popper aborda esse dilema, denominando-o de paradoxo da tolerância. Para Popper, a tolerância ilimitada tende a ocasionar o desaparecimento da própria tolerância se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra a ofensiva dos intolerantes. O autor sugere que se deve reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante, que deve ser sancionado criminalmente por incitar a intolerância¹⁴⁷⁶. Com visão mais protetiva da liberdade de expressão, John Rawls argumenta que a liberdade do intolerante somente deve ser restringida a partir do momento em que represente ameaça à segurança das próprias instituições democráticas¹⁴⁷⁷.

É preciso pontuar que um Estado inteiramente tolerante aos intolerantes, mero expectador das forças opressivas da intolerância, omite-se diante da violação dos direitos dos grupos estigmatizados pelo discurso de ódio. Nesse aspecto, a regulação desse tipo de manifestação pode atuar não apenas repressivamente, mas como elemento de prevenção aos danos jusfundamentais, sociais, políticos, psíquicos e até mesmo físicos que podem ser infligidos às vítimas do *hate speech*.

Sem embargo, é indispensável ressaltar que as restrições ao direito à liberdade de expressão – como a qualquer outro direito de índole fundamental – não podem ser levadas a efeito de forma arbitrária pelo Estado, necessitando, para encontrar justificação constitucional, observar os *limites dos limites* aos direitos fundamentais. Não se pode perder de vista que – assim como nos demais conflitos envolvendo prerrogativas jusfundamentais – as tensões entre a liberdade de expressão e o direito à não discriminação devem ser equacionadas à luz das variáveis fáticas do caso concreto, cabendo ao Poder Judiciário, por meio do critério da proporcionalidade, conferir peso aos valores constitucionais em confronto, limitando-os fundamentadamente.

Nessa senda, não se deve apelar para uma dicotômica decisão entre dois extremos: a irrestringibilidade do direito à liberdade de expressão ou o milimétrico controle deste; ambos igualmente destrutivos do regime democrático. Antes, deve o Estado recobrar a lucidez e acuidade de um verdadeiro guardião da igual liberdade e dignidade de todos para identificar

¹⁴⁷⁶ Cfr. Karl Popper, *The Open Society & Its Enemies*, p. 581.

¹⁴⁷⁷ Cfr. John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 235 e ss.

todos os direitos fundamentais e valores sociojurídicos em jogo¹⁴⁷⁸. Assim, às vezes é preciso reduzir a voz de alguns para que se torne possível ouvir a voz de outros, e o papel do Poder Judiciário nesse cenário é crucial e constitucionalmente legitimado.

A plena promoção da igualdade racial e o efetivo respeito à igual liberdade de todas as pessoas exigem que o Estado, sem transcender os limites constitucionalmente consagrados, restrinja os discursos que violem o dever de mútuo respeito e tolerância, e que acirrem sentimentos de marginalização de toda uma comunidade, em nome de um suposto e antidemocrático direito irrestrito de liberdade. E mais do que isso, que o Estado assuma o compromisso de promover a igual liberdade e participação de todos na formação da vontade estatal, que deve ser fruto do diálogo entre pessoas que se reconhecem livres e iguais, integrantes participativos de uma mesma sociedade democrática¹⁴⁷⁹.

2.2. Direito à diferença racial

O direito à igualdade racial também tem como dimensão integrante o direito à diferença – que opera a partir do reconhecimento/valorização das diferenças –, gerando o correlato dever estatal – que não exclui os deveres fundamentais¹⁴⁸⁰ dos indivíduos, embora em outra medida – de respeito e proteção destas. Não basta se abster de discriminar; é essencial uma atuação de *validação* e *valorização* das diferenças, complementada pelo reconhecimento destas enquanto especificidades, na justa medida em que obstaculizam a participação paritária dos grupos minoritários na sociedade.

Pode-se afirmar, no entanto, a existência de tensão no debate sobre direitos humanos com relação à igualdade e à diferença¹⁴⁸¹. Isso porque, enquanto na modernidade

¹⁴⁷⁸ Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 841, afirma que “deve ter-se em consideração o modo como as formas de expressão racistas, misóginas, xenófobas, homofóbicas ou anti-religiosas podem ter um forte impacto no princípio fundamental da igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, o qual não é mais do que uma outra formulação do valor da dignidade da pessoa humana. Essas considerações apontam para a legitimidade constitucional de restrições legais, com consequências nos planos civil e criminal, a condutas expressivas que tenham por *único* objetivo a ofensa e a humilhação social de determinados grupos sociais”.

¹⁴⁷⁹ Sobre o papel do Estado na democratização da esfera comunicativa, ver Daniel Sarmiento, *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*, p. 19 e ss.

¹⁴⁸⁰ Sobre deveres fundamentais, cfr., dentre outros, José Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 27 e ss.; Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 536-539. A consolidação do princípio da solidariedade tem como resultado o estabelecimento – para além dos direitos fundamentais – de deveres fundamentais de cada indivíduo perante os demais membros da sociedade, o que implica reconhecer a complementaridade da dignidade de cada homem. Arremata Paulo Otero, *Ibidem*, p. 458, que “a dignidade do *eu* não é independente da dignidade do *tu*”.

¹⁴⁸¹ Flávio Pierucci, *Ciladas das diferenças*, p. 14 e ss., afirma que hoje a diferença assume tamanha importância que muitos a reivindicam como um direito. Para o autor, agora não há somente o direito de os diferentes serem iguais, mas também o direito de afirmar a diferença. Pierucci se funda na tese de que a obsessão pela diferença se

dava-se enfoque para a ascensão do princípio da igualdade – refletido nas declarações de direitos que emergiram naquele período –, atualmente o direito à diferença tem sido mais evidenciado. Parece, nesse sentido, ter ocorrido um *deslocamento do centro de interesse*¹⁴⁸², o que não significa que a igualdade deva ser relegada a segundo plano, e sim compreendida no contexto da diversidade, e não da *universalidade homogeneizante*¹⁴⁸³.

Conforme já se antecipou linhas atrás, adota-se, no presente estudo, a perspectiva segundo a qual – no atual contexto de desenvolvimento dos direitos humanos e do que se denominou de Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais – o direito à diferença configura-se como uma das dimensões do próprio direito à igualdade. Não se trata de reivindicar a diferença como bandeira de isolamento ou exclusão, mas como condição para o alcance da efetiva igualdade. A mera afirmação da igualdade sem consideração das diferenças e especificidades dos sujeitos de direito resulta na pretensa universalização de parâmetros hegemônicos e eurocêtricos, com aplicação parcial e excludente do princípio igualitário.

Abordados esses pontos iniciais, é indispensável explicar que o direito à diferença, sob a ótica aqui adotada, opera em duas frentes distintas. De um lado, consiste na valorização das diferenças formadoras do núcleo identitário da pessoa, protegendo-as de maneira a evitar a descaracterização da pertença do indivíduo ao grupo ao qual se associa. De outro, diz respeito à exigência de reconhecimento das especificidades de determinados grupos vulnerabilizados, sem o que políticas supostamente neutras são incapazes de alterar o *status quo* de desigualdades fundadas nas diferenças.

Abordar-se-á, inicialmente, a primeira vertente do direito à diferença.

originou no pensamento conservador da direita. O direcionamento da esquerda às diferenças colaboraria para o obscurecimento, dificultando a definição dos adversários na guerra ideológica, legitimando a invocação da diferença e o alargamento das distâncias. A solução para essa “cilada da diferença”, segundo o autor, p. 16, seria abraçar tanto a igualdade quanto a diferença. Por seu turno, Evelina Dagnino, *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania*, p. 103 e ss., afirma que, na direita, a diferença aparece como afirmação de privilégios, ou seja, na defesa da desigualdade. Já no âmbito da esquerda, a diferença emerge no campo da cidadania, de reivindicações de igualdade. A diferença vai ser afirmada no sentido de que os que a reivindicam possam vivê-la sem discriminação ou tratamento desigual.

¹⁴⁸² Vera Maria Candau, *Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença*, p. 46, Revista Brasileira de Educação v. 13 n. 37 jan./abr. 2008.

¹⁴⁸³ Flavia Piovesan, *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*, p. 29 e ss., afirma que para uma efetivação dos direitos humanos, além das políticas universalistas, são necessárias políticas específicas direcionadas aos grupos sociais vulneráveis, devendo a diversidade estar presente, juntamente com a universalidade e indivisibilidade. Nessa linha de entendimento, a igualdade formal – no âmbito da qual a diferença era temida – torna-se insuficiente para a efetiva proteção dos direitos, gerando o processo de especificação do sujeito, no qual a diferença surge, ao lado da igualdade, como direito fundamental. Em sentido semelhante, Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, p. 30, afirma que somente a partir do reconhecimento e da redistribuição é que se faz possível a realização da igualdade. Há necessidade, para o autor, “de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Extraído essencialmente da *dignidade como reconhecimento*, o direito à diferença, em linhas gerais, consiste no “direito de cada pessoa de ser e agir de acordo com sua identidade e conforme seus princípios, aspirações, capacidades e modos de vida, até mesmo mantendo (ou não, quando possível modificá-las) certas características físicas e hábitos culturais, religiosos ou comportamentais, e, ainda assim, ser reconhecida pelos demais como parte integrante daquela comunidade, como ser igualmente digno em sua incomparabilidade”¹⁴⁸⁴.

O Relatório do Desenvolvimento Humano, de 2004, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – que trata da liberdade cultural em sociedades plurais – traz à tona a questão das políticas de identidade enquanto reivindicações de grupos minoritários contra políticas assimilacionistas, a partir da exigência de reconhecimento e aceitação de suas identidades¹⁴⁸⁵.

No que diz respeito mais especificamente ao direito à diferença enquanto dimensão da igualdade racial, trata-se da prerrogativa de ser e agir conforme a sua identidade étnico-racial, de apresentar-se socialmente com as características físicas (principalmente) e outras que lhe sejam peculiares, sem receber, por isso, tratamento discriminatório. É não ser compelido a *homogeneizar* ou *padronizar* sua imagem como condição para acessar espaços de poder, bens ou direitos fundamentais. Sob essa ótica, trata-se do direito de se autodeterminar a partir do desenvolvimento de suas subjetividades étnico-raciais, o que implica intensa associação do direito à diferença, no âmbito racial, também à dignidade como autonomia. Dito de outro modo, consiste na possibilidade¹⁴⁸⁶ juridicamente assegurada de manter seus próprios padrões de subjetividade étnico-racial –, de permanecer diferente, fora dos paradigmas identitários dominantes, sejam estes estéticos ou comportamentais – sem ser, por essa razão, arbitrariamente submetido a tratamento discriminatório.

¹⁴⁸⁴ Cfr. Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa*, p. 206.

¹⁴⁸⁵ Segundo o Relatório do Desenvolvimento Humano, de 2004, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, *Liberdade cultural num mundo diversificado*, p. 1, “em contextos muito diferentes e de modos muito diversos – desde os povos indígenas da América Latina às minorias religiosas na Ásia do Sul e às minorias étnicas nos Bálcãs e em África, até os imigrantes na Europa Ocidental – as pessoas estão se mobilizando de novo em torno de velhas injustiças segundo linhas étnicas, religiosas, raciais e culturais, exigindo que sua identidade seja reconhecida, apreciada e aceite pela sociedade mais ampla”.

¹⁴⁸⁶ Diz-se possibilidade porque não é cabível a imposição ao indivíduo – seja pelo grupo de pertença, seja pela sociedade – da manutenção de determinadas características identitárias, quando passíveis de modificação. Tal decisão permanece na esfera de livre autodeterminação do indivíduo, sem que necessariamente, notadamente quando se trata de identidade racial, sua pertença seja questionada ou desconsiderada. Quer-se dizer, com isso, por exemplo, que o simples fato de uma pessoa negra deixar de usar os cabelos crespos não desconstitui sua pertença ao grupo racial, levando-se em consideração, ainda, que poucos dados identitários raciais (ao menos os físicos) são passíveis de alteração. Daí a já mencionada involuntariedade e imodificabilidade da raça de uma pessoa, entendida como o conjunto de características fenotípicas que a associam a um grupo racial. O que não se pode afirmar em relação a outros elementos identitários, como, por exemplo, a religião.

O direito à diferença revela, portanto, a exigência inerente à dignidade humana do reconhecimento do igual valor de cada pessoa, protegendo-a da imposição de encargos ou da privação de vantagens como resultado da expressão de sua identidade racial. Importa em *reconhecer o diferente como igual*, sem impeli-lo a dissimular ou tolher as diferenças que conformam sua constituição identitária.

Apenas para ilustrar brevemente a concepção ora apresentada, mencione-se que, no estado da Bahia, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública por ato de discriminação estética e racial, contra o Banco Bradesco S.A., entre outros motivos, por não tolerar que, no exercício da atividade profissional, suas funcionárias negras se apresentassem com os cabelos naturais. É certo que do contrato de trabalho pode resultar algum constrangimento da liberdade do empregado, tendo em vista os poderes patronais e as atividades finalísticas da entidade empregadora. Importa, entretanto, questionar os limites desse *constrangimento* restritivo dos direitos fundamentais da pessoa trabalhadora. No exemplo apresentado, a exigência de que as funcionárias do banco utilizassem os cabelos escovados pode ser considerada uma cláusula contratual não escrita que, embora de validade questionável, parecida reger, na prática, a relação laboral, sem que, no entanto, guardasse relação com a atividade desenvolvida.

Pelo que já foi até aqui explanado, nota-se que a violação do direito à diferença – assim como a violação do direito à não discriminação – afeta não apenas o princípio igualitário, mas pode atingir também a própria autonomia do sujeito ou grupo ofendido. É que ao não ter a sua diferença validada, o indivíduo – e, a depender das circunstâncias concretas e da proporção da violação de direitos, também o grupo vulnerabilizado – é impulsionado a se adequar aos padrões hegemônicos para acessar bens e direitos, o que, sem dúvida, afeta a sua autodeterminação¹⁴⁸⁷. Nesse sentido, a ofensa ao direito à diferença alcança não apenas a dignidade como reconhecimento, mas a dignidade como autonomia, o que demonstra as imbricações, mais ou menos intensas, entre as dimensões da igualdade racial.

Sob essa ótica, verifica-se que, na perspectiva racial, os direitos à não discriminação e à diferença complementam-se tão intensamente que se poderia mesmo crer na completa sobreposição de tais dimensões igualitárias. Isso porque é indubitoso que a violação do direito

¹⁴⁸⁷ Sob a perspectiva do direito à diferença, de fato, “los problemas de libertad pueden ser interpretados también como problemas de igualdad y vice-versa. Así, una limitación de la libertad vigente con carácter general puede plantear la cuestión de la igualdad cuando, atendiendo a la situación fáctica, afecta sólo o de manera específica a un grupo definido por características comunes. (...) Y, vice-versa, una diferenciación social entre grupos de personas puede afectar a las libertades tuteladas por la Constitución cuando provoca la distribución desigual de las condiciones que hacen posible el disfrute efectivo de la libertad”. Cfr. Dieter Grimm, *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, p. 56.

à diferença consiste, em certa medida, em discriminação racial. Quais seriam, então, as distinções relevantes entre tais prerrogativas?

Decerto que a ofensa ao direito à diferença poderá implicar, em maior ou menor grau, efeitos violadores do direito à não discriminação. Diante de determinadas circunstâncias, não há como dissociar as duas dimensões da igualdade racial em comento, sendo, no entanto, possível vislumbrar aquela que se destaca casuisticamente.

Em linhas gerais, a discriminação racial se opera de modo mais peremptório, estabelecendo distinção prejudicial e arbitrária de tratamento, por motivos rácicos. Ocorre quando, por exemplo, um indivíduo, embora mais qualificado profissionalmente, é preterido no acesso a uma vaga em determinada instituição, em virtude de sua raça. Ou na hipótese de uma pessoa ter seu acesso negado ou restringido a um estabelecimento aberto ao público pelas mesmas razões.

Já nas ocasiões em que o direito à diferença é o foco da ofensa, verifica-se a aversão às características racialmente identitárias do sujeito, que são convertidas em obstáculo para o acesso ou permanência em determinados espaços. Operacionaliza-se, por exemplo, quando, embora tenha logrado êxito em acessar um posto de trabalho, o sujeito seja compelido, sem fundamentos razoáveis, a alterar determinadas características ou comportamentos associados à sua pertença racial, como no caso, sucintamente apresentado linhas acima, envolvendo uma instituição bancária privada. De certo modo, em tais hipóteses, atrelado ao desrespeito à diferença, há também um tratamento discriminatório do sujeito que tem sua autonomia identitária tolhida a partir do estabelecimento de condições arbitrárias pelo empregador, medidas que não são aplicadas àqueles funcionários considerados *esteticamente adequados* ao perfil da empresa.

Por óbvio que, assim como as demais prerrogativas jusfundamentais que integram o direito à igualdade racial, o direito à diferença não se reveste de caráter absoluto, sendo, muitas vezes, de mais complexa harmonização com outros direitos fundamentais, em especial no âmbito jurídico-privado, notadamente nas relações de especial sujeição, como as relações laborais.

Caso concreto ocorrido em Salvador pode melhor ilustrar a complexidade dos conflitos entre direitos fundamentais na esfera racial – seja das dimensões da igualdade racial entre si ou com outras prerrogativas. Trata-se de situação relacionada a práticas religiosas, mas que, como dito anteriormente, podem se associar diretamente a questões rácicas, principalmente quando atribuídas historicamente a grupos raciais específicos, como é o caso

das religiões de matriz africana no Brasil¹⁴⁸⁸. Com efeito, em determinados contextos histórico-culturais certas práticas motivadas pela religião – enquanto convicção transcendental compartilhada por significativo número de pessoas¹⁴⁸⁹ – são associadas, de modo direto, à identidade étnico-racial das pessoas, não apenas por estas – cuja adesão às confissões religiosas de seus ancestrais, em muitos casos, faz parte de um processo de autoafirmação identitária –, mas também por terceiros.

Em novembro de 2016, foi expedida recomendação pelo Ministério Público do estado da Bahia, por meio do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação, para que uma rede de supermercados respeitasse a igual liberdade de crença de seus empregados de todas as confissões religiosas. Um funcionário da rede de supermercados – adepto do candomblé – foi impedido de ingressar no ambiente de trabalho por fazer uso de um chapéu para cobrir a cabeça, prática indispensável durante o seu período de obrigação religiosa.

Na ocasião, a responsável pelo setor de recursos humanos alegou incompatibilidade da indumentária com a política de fardamento da empresa, impelindo o funcionário a escolher entre o emprego e seus rituais religiosos. Nenhuma alternativa – como concessão de folga ou férias no período da obrigação religiosa, troca temporária de setor de trabalho etc. – foi possibilitada ao funcionário que, certamente, após ausências reiteradas e injustificadas, seria demitido por justa causa. Com a intervenção do Ministério Público, a empresa permitiu o uso da indumentária pelo período determinado da obrigação religiosa do funcionário, sem prejuízo do exercício de suas habituais atividades laborais.

À primeira vista, podem-se vislumbrar, de um lado, os direitos à diferença e à liberdade religiosa do funcionário, de outro, os direitos à liberdade contratual e à imagem da empresa¹⁴⁹⁰. Poderiam estar também envolvidos direitos coletivos como o direito à saúde e à

¹⁴⁸⁸ Para melhor compreensão quanto a esse ponto, remete-se o leitor ao item sobre racismo religioso.

¹⁴⁸⁹ Isso para pontuar que, diferentemente da liberdade de consciência – cujos comportamentos permitidos ou proibidos são determináveis pelo indivíduo –, no caso da liberdade religiosa a conduta protegida enquanto religiosamente determinada associa-se a uma conexão de sentido supraindividual. Cfr. Dieter Grimm, *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, p. 58 e ss.

¹⁴⁹⁰ Em célebre caso julgado na França, no qual um açougueiro muçulmano foi demitido por se recusar a cortar carne de porco, o Tribunal de Cassação considerou que o empregado não pode se prevalecer de sua religião como fundamento para se recusar a cumprir relevante tarefa de execução do seu contrato de trabalho, se esta não é contrária ao interesse público. Para a Corte, tendo em vista que as convicções religiosas do empregado não são relevantes no âmbito do contrato de trabalho, este não pode impor sua identidade ou convicções face ao empregador, salvo acordo particular entre as partes. *Bulletin Civil V, n° 171, 24 mars 1998. Cour de Cassation, Chambre Sociale.*

segurança¹⁴⁹¹ – a depender do setor de trabalho do empregado. No caso sob análise, é importante pontuar alguns elementos que podem ser decisivos para a resolução dos direitos/interesses em conflito. Tratava-se de empregado cujo setor de trabalho não interferia na higiene dos alimentos produzidos pela empresa, nem na segurança do estabelecimento. Ademais, o uso do chapéu seria necessário por tempo reduzido e não prejudicaria o desempenho funcional do indivíduo, não sendo também incompatível com as atividades laborais desenvolvidas. Todas essas circunstâncias fáticas devem ser consideradas na análise do direito à diferença que, não sendo absoluto ou *prima facie* dominante, pode ser temporizado com outros direitos fundamentais, tanto nas relações jurídico-privadas como nas relações com entidades públicas.

Sem pretensão de análise definitiva e pormenorizada do caso concreto em comento, convém ressaltar que a liberdade religiosa não se limita a religiões determinadas nem possui conteúdo determinado conforme as religiões dominantes¹⁴⁹². Trata-se de direito fundamental – com imbricações diretas no direito à autodeterminação da personalidade e no direito à diferença – que tutela todas as formas de expressão religiosa.

De todo modo, deve-se ter em conta o princípio da proporcionalidade, a fim de se buscar analisar, de um lado, o significado da ação ou comportamento identitário do indivíduo ou grupo afetado, e, de outro, os custos da prestação ou concessão por parte da instituição pública ou privada e para terceiros.

Pelo que foi até aqui explorado, percebe-se a necessidade de se buscar o equilíbrio entre a *integração indiscriminada* e a *tolerância incondicional*¹⁴⁹³ das peculiaridades inerentes às *minorias étnico-raciais*. Isso porque o direito à diferença não é absoluto e pode ser eventualmente limitado quando em conflito com outras prerrogativas fundamentais. Pode-se perquirir, por exemplo, se o uso da burca deve ser garantido em qualquer situação ou se pode

¹⁴⁹¹ Com efeito, o uso de determinadas indumentárias poderia comprometer a higiene dos alimentos oferecidos aos consumidores – caso se tratasse de funcionário do setor de produção alimentícia do supermercado –, ou mesmo a segurança do estabelecimento, dos demais funcionários e dos consumidores.

¹⁴⁹² Não é despidendo recordar que a falta de conhecimento acerca das práticas religiosas não dominantes interfere decisivamente na interpretação e aplicação do direito aos casos de conflitos envolvendo a liberdade religiosa. Comportamentos como o uso de adereços para cobrir a cabeça – que podem ser desprovidos de sentido para o senso comum ou para pessoas que professam outras religiões –, podem ser essenciais e determinantes para certas confissões religiosas. Daí a necessidade de abertura do direito para as diferenças e suas especificidades – sejam estas religiosas, políticas, econômicas etc. –, permitindo-se um tratamento jurídico e socialmente adequado dos diversos contextos.

¹⁴⁹³ Rodolfo Vázquez, *Derechos de las minorias y tolerancia*, p. 208. Nas palavras do autor, p. 209, “la aceptación de la multiplicidad de los pueblos, sin un núcleo de unidad, implica la destrucción del Estado, la imposición de la unidad sin respeto a la diversidad, conduce a un Estado opresivo. La solución sólo puede darse en una forma de síntesis entre unidad y multiplicidad”. Sobre a distinção entre integração e assimilação e suas relações com comportamentos racistas, cfr. António Rodrigues, *Raça – Etnicidade – Integração – Assimilação*.

ser limitado diante de outros valores constitucionais a serem perseguidos pelo Estado. Ou se o empregado de uma empresa privada pode se negar a realizar determinada atividade contrária às crenças e costumes do *grupo minoritário* a que pertence. Ou, ainda, se o empregador pode exigir que o empregado deixe de portar determinados adereços ou de se apresentar fenotipicamente de acordo com sua identidade étnico-racial para se adequar ao perfil da empresa.

O *princípio da tolerância* parece atuar de maneira diversa quer se trate da esfera das crenças religiosas ou de outras especificidades identitárias, como raça, etnia, sexo ou origem¹⁴⁹⁴. É que a intolerância, no que diz respeito à seara das convicções políticas, morais e religiosas, consiste na não aceitação de ideias opostas julgadas censuráveis e deriva, em geral, da crença de possuir a verdade. Quando, no entanto, a problemática da intolerância refere-se a especificidades físicas ou sociais aproxima-se mais da questão da discriminação e do preconceito¹⁴⁹⁵, afastando-se da *disputa entre verdades*. Nessa esfera, sendo reduzida ou mesmo impossível a contraposição de ideias com vista à eventual conversão, a intolerância consistiria mais nitidamente em sentimento de repulsa pela imodificável essência do *diferente*. Ademais, remanesce no domínio do racismo a *disputa de verdades* referentes à superioridade/inferioridade de determinadas raças, o que já motivou, ao longo da história, não apenas a exclusão e discriminação, mas a própria intenção de extermínio racial. Daí a relevância em se debater a temática da tolerância também no âmbito da problemática racial.

Embora já abordados os limites da mera tolerância e a necessária adesão ao ideal de respeito, alteridade e solidariedade nas sociedades regidas por Estados Democráticos de Direitos Fundamentais, a discussão sobre a tolerância na seara jurídica continua sendo relevante, com especial atenção para as relações jurídico-privadas. Se as constituições democráticas vinculam o Estado a reconhecer e valorizar as diferenças, este, a partir do seu aparato coercitivo e da atuação protetiva dos poderes públicos, se não impele os particulares ao efetivo respeito e valorização das diferenças, ao menos, pode compeli-los a tolerá-las.

Quando, no entanto, a ordem jurídica estabelece determinado dever de não intervenção como consequência do reconhecimento de um direito correlato à diferença, extrapola-se a noção de tolerância enquanto princípio de ética e convivência social¹⁴⁹⁶. Nessa

¹⁴⁹⁴ Parte da doutrina entende que não se pode falar propriamente em tolerância quando está em questão a discriminação racial. Isso porque, nessa hipótese, apesar da aversão a algo (divergência), não é possível identificar a competência de intervenção (poder de intervenção) na raça do outro, o que situaria tais casos no âmbito do ódio racial e não da intolerância. Nesse sentido, René González de la Vega, *Una nota sobre la tolerancia*, p. 189.

¹⁴⁹⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *As razões da tolerância*, p. 206-207.

¹⁴⁹⁶ Para Ernesto Garzón Valdés, *El sentido actual de la tolerancia*, p. 33, “cuando el acto tolerado se convierte en derecho, no tiene sentido hablar de tolerancia. Más aún, hablar de tolerancia en el caso de un derecho reconocido

linha de entendimento, num ordenamento jurídico que não reconhece, mas também não afasta expressamente, o direito ao uso de certos adereços em espaços públicos – a exemplo da burca para mulheres muçulmanas ou do torço para aquelas que professam religiões afro-brasileiras –, pode-se discutir se a conduta de um empregador que permite a utilização destes por seus empregados, no ambiente de trabalho, situa-se no âmbito da mera tolerância ou na esfera do direito à diferença e seu correlato dever de tolerância (às diferenças).

Isso posto, não se pode propriamente falar em tolerância se a atitude tolerante não é voluntária; se não decorre da renúncia ao poder de interferência, mas sim de imposição externa, seja social, política ou normativa. Nessa última hipótese, já se está diante do cumprimento de um dever juridicamente estabelecido – e, por isso, dotado de coercibilidade, verdadeiro *dever de tolerância*¹⁴⁹⁷.

Por todo o exposto, pode-se definir o direito à diferença, no âmbito da temática racial, como a prerrogativa jusfundamental de valorização das características raciais¹⁴⁹⁸, como fatores relevantes na configuração identitária dos indivíduos e grupos, com garantia de respeito estatal e busca de validação social.

Sob essa perspectiva, poder-se-ia presumir que o direito à diferença exige exclusivamente uma postura passiva das entidades públicas, no sentido de não interferência no exercício dessa prerrogativa, ou de simples indiferença às diferenças. No entanto, a ótima concretização do direito à diferença envolve não só o reconhecimento, a aceitação, o respeito e a valorização positiva desses atributos, mas também a criação de mecanismos que garantam um espaço democrático para a convivência das diferentes particularidades étnico-raciais¹⁴⁹⁹. São esses elementos de atuação – e não de mera omissão ou passividade – que permitem a

en el sistema normativo básico o es una apelación innecesaria, ya que con ella se pretende superar una discrepancia deóntica inexistente, o es una señal de la ineficacia del sistema normativo básico (...). Por ello, la tolerancia y el derecho reconocido son conceptos que se excluyen reciprocamente”.

¹⁴⁹⁷ Entende-se aqui respeito como algo que transcende a mera tolerância imposta juridicamente. Em linhas gerais, a tolerância pressupõe, em menor ou maior grau, relações de poder, nas quais aquele que tolera se sente ou se apresenta em situação de superioridade – seja quantitativa ou qualitativa. O respeito, por sua vez, envolve reconhecimento de igualdade entre as partes, o que embora possa ser deontologicamente estipulado, em termos de relações intersubjetivas nem sempre é alcançado. Por isso, fala-se em dever de tolerância e não dever de respeito.

¹⁴⁹⁸ Quer-se, nesse ponto, incluir aspectos como aparência física – incluindo forma de apresentação dos cabelos, vestimentas –, características linguísticas, religiosas e culturais.

¹⁴⁹⁹ Apenas a título exemplificativo, essas particularidades podem envolver práticas, crenças, costumes e outras idiosincrasias inerentes às pessoas e grupos, como tabus alimentares, festas religiosas, vestimentas, formas de apresentação dos cabelos etc. Cfr. Frédéric Guimard e Sophie Robin-Oliver, *Discrimination, diversité et race: les mots et les concepts*, p. 7. Importa mencionar, nesse contexto, a Resolução nº 03, de 1999, do Ministério da Educação e Cultura (publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 17 de novembro de 1999. Seção 1, p. 19) que reconhece a singularidade dos povos indígenas, valorizando sua cultura. A resolução fixa as Diretrizes Nacionais para o funcionamento das escolas indígenas, “visando à valorização plena das culturas dos povos indígenas e à afirmação e manutenção de sua diversidade étnica”.

distinção e o cotejo complementar entre o direito à diferença e o direito à não discriminação racial.

Tratou-se até aqui do direito à diferença no seu viés de valorização das especificidades raciais – e aquelas que lhe são correlatas – que, por formarem a essência identitária do indivíduo, devem ser protegidas pelo Estado de modo a estimular a validação social e convivência com a diversidade, bem como, na medida da composição dos direitos fundamentais em jogo, obrigação de não interferência dos poderes públicos e de outros particulares.

Mas o direito à diferença opera também na vertente do necessário reconhecimento para, a partir deste, garantir-se a igual participação dos indivíduos e grupos subalternizados na sociedade. De fato, há contextos em que o reconhecimento das diferenças são especialmente relevantes para fins de promoção da igualdade, razão pela qual se impõem a sua visibilidade e relevância jurídica.

O reconhecimento das diferenças deve buscar a equidistância entre a excessiva atribuição da diferença e a desconsideração de distinções essenciais¹⁵⁰⁰, extremos que, por vias diversas, acabam por obstaculizar a integração das minorias. Dessa maneira, o reconhecimento deve se dar de modo pragmático e contextualizado, na justa medida da necessidade de superação de obstáculos – impostos justamente pelo modo como são socialmente julgadas tais diferenças – à paridade participativa dos membros dos grupos subalternizados¹⁵⁰¹.

Assim considerado, o direito à diferença gera para o poder público o dever de reconhecimento das diferenças *desigualizantes* no contexto apresentado. Mas não basta o simples reconhecimento de que essas diferenças – ou melhor, as desigualdades que delas resultam – obstaculizam a igual participação na comunidade política e nos espaços de poder, bem como o igual desfrute dos direitos fundamentais. Cabe também ao Estado identificar em que medida e em quais dimensões atuam *negativamente tais diferenças*, adotando as ações necessárias para a igualização de oportunidades.

Aplicando-se tal entendimento ao direito à diferença racial, tem-se que as especificidades de ordem racial devem ser reconhecidas nos contextos sociais em que geram obstáculos à igual participação e autonomia de determinados indivíduos e grupos raciais, com vista à promoção da igualdade rática. Nada obstante, nos contextos em que uma igualização

¹⁵⁰⁰ Nem o universalismo antidiferencialista – que, operando pela negação das diferenças, impõe uma norma de homogeneização supostamente neutra –, nem o universalismo diferencialista – que absolutiza as diferenças, impedindo qualquer diálogo transcultural. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *A construção multicultural da igualdade e da diferença*, p. 6.

¹⁵⁰¹ Cfr. Nancy Fraser, *Reconhecimento sem ética?* p. 122.

homogeneizante opera diluindo as subjetividades identitárias dos grupos raciais, estes têm direito à valorização de suas diferenças. Dito de outro modo, a consideração das diferenças – quando não inferiorizantes, ou, ao menos, quando ressignificadas de modo a negar a inferiorização – não pode prescindir da valorização destas, evitando-se a descaracterização identitária dos grupos vulnerabilizados.

Em apertada síntese, o direito à diferença – aqui considerando-se as duas vertentes exploradas – ora deve fundamentar a valorização das diferenças, ora deve justificar a promoção da igualdade¹⁵⁰². E nesse último aspecto serve de base para a adoção de ações estatais afirmativas, que se relacionam diretamente com outra dimensão da igualdade rática: o direito à promoção da igualdade racial, que será abordado no próximo tópico.

Antes, porém, importa tratar da diversidade racial, enquanto efeito de caráter coletivo do direito à diferença.

O conceito de diversidade é originário da Biologia, tendo posteriormente se estendido a outras áreas do conhecimento, notadamente as ciências humanas e sociais. No domínio das ciências biológicas, a diversidade está associada à variabilidade de seres nos sistemas vivos, sem a qual estes fenecem.

Transfundido tais concepções às ciências sociais, tem-se que as diferenças dizem respeito às particularidades inerentes aos indivíduos relacionadas aos atributos pessoais próprios de sua proveniência ou pertença. Já a ideia de diversidade está associada à heterogeneidade, traduzida na presença participativa de grupos distintos, valorizados em suas diferenças – raça, origem, sexo, idade –, nos mais diversos setores da vida em sociedade.

A diversidade traz às instituições complementaridade ao possibilitar a congregação de especificidades em seus quadros, ampliando a possibilidade de empatia para públicos diferentes e, conseqüentemente, um mais amplo espectro de sinergia e respeito às diferenças. Ademais, a partir do acesso a uma variabilidade de experiências, identidades, modos de ser e pensar, da integração e troca entre diferentes horizontes identitários, contribui-se para o desenvolvimento das potencialidades e competências humanas, beneficiando a todos que convivem em ambientes plurais.

¹⁵⁰² Daí o imperativo categórico que, segundo Boaventura de Sousa Santos, *A construção multicultural da igualdade e da diferença*, p. 44, deve presidir a articulação pós-moderna e multicultural das políticas de igualdade e de identidade: “temos o direito de ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

No campo jurídico-político, sobrelevada pelo sistema de justiça estadunidense¹⁵⁰³, passou a figurar na esfera do direito também na União Europeia¹⁵⁰⁴, em especial a partir do desenvolvimento do Programa de Ação Comunitária de Luta contra a Discriminação (2001-2006), no âmbito do qual foram produzidos diversos documentos que têm a diversidade como objeto.

O debate sobre a diversidade racial no meio jurídico também gera inquietações relacionadas à atribuição de conotação negativa do vocábulo raça. Confrontar-se com o tema requer a abordagem da discriminação racial e da valorização das diferenças em termos racionais, diferenças estas que serviram e ainda servem como elementos de estereotipagem¹⁵⁰⁵, preconceito e exclusão sociais.

¹⁵⁰³ Foi em 1974, na conhecida decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos *Regents os the University of California v. Bakke* – que analisou a legitimidade das ações afirmativas raciais no ensino superior – que a noção de diversidade foi introduzida na jurisprudência do país enquanto um dos objetivos do combate à discriminação racial. Cfr. 48 U.S. 265 (1978). No caso *Grutter v. Bollinger* o Tribunal considerou que a diversidade é associada à necessidade dos estudantes de estarem em contato com pessoas, culturas, ideias e pontos de vista diversos, ambiência relevante até mesmo para a inserção destes no mercado de trabalho. Cfr. 539 US 306 (2003).

¹⁵⁰⁴ Veja-se a propósito a decisão do Conselho Europeu 2000/750/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece o Programa de Ação Comunitária de Luta contra a Discriminação, substituído posteriormente pelo Programa *Progress* (2007-2013). Disponíveis respectivamente em [«http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000D0750»](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000D0750) e [«http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=fr»](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=fr). Acesso em 9 de maio de 2019. No contexto das políticas comunitárias em favor da diversidade, foi assinado, na França, o Acordo Nacional Interprofissional sobre a Diversidade nas Empresas, de 12 de outubro de 2006. O documento considera que a luta contra as discriminações, centrando-se no respeito à eficácia do direito, e o compromisso em favor da diversidade, da igualdade de chances e de tratamento demandam a implicação do conjunto de atores públicos e privados. Considerando que o conceito de diversidade comporta diversas formas e toca às questões ligadas, dentre outras, à pertença ou não pertença, real ou suposta, a um grupo étnico, nação ou raça, o acordo estabelece que a promoção da diversidade e da não discriminação nas empresas passa pela realização de ações nos seguintes domínios: a) compromisso dos dirigentes; b) sensibilização e luta contra os estereótipos; c) formação e mobilização das linhas hierárquicas e de pessoal; d) recrutamento; e) desenvolvimento da carreira. Disponível em [«http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/accord_national_interprofessionnel_du_12_octobre_2006_-_diversite_dans_lentreprise.pdf»](http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/accord_national_interprofessionnel_du_12_octobre_2006_-_diversite_dans_lentreprise.pdf).

Acesso em 20 de fevereiro de 2022. Nada obstante, a questão do reconhecimento das diferenças e promoção da diversidade em termos raciais não é livre de controvérsias na França. Mesmo no que tange à sensibilização das empresas à diversidade, mantém-se a concepção de neutralidade no acesso e recrutamento dos profissionais, evitando-se a discussão da necessidade de medidas afirmativas. Com fundamento na preservação do princípio da igualdade, o ordenamento jurídico francês resiste a considerar atributos pessoais como raça, etnia e origem, não reconhecendo a existência de minorias específicas. Para o Conselho Constitucional, as barreiras constitucionais protetoras dos estrangeiros impedem qualquer tratamento fundado na origem racial ou étnica das pessoas. Nesse sentido, o Conselho invalidou dispositivo normativo que autorizava a colheita desse gênero de dados de caráter pessoal, argumentando que a condução de estudos sobre a diversidade deve se basear em dados objetivos, sob pena de violação do artigo 1º da Constituição. De modo semelhante, o relatório do Comitê de Veil, de 17 de setembro de 2008, justifica a recusa em inserir a noção de diversidade no texto constitucional, para evitar a *categorização de pessoas* e a intensificação das *tensões e ressentimentos comunitários*. Nessa mesma linha de argumentação, o Comitê pronunciou-se contra uma revisão constitucional que permitiria a adoção de medidas de discriminação positiva sobre a base étnica. Cfr. Emmanuel Aubin, *Droit des Étrangers*, p. 32.

¹⁵⁰⁵ A compreensão dos efeitos que o preconceito, a partir de estereótipos, causa no julgamento social dos indivíduos, Linda Hamilton Krieger, *Un problème de catégories: stéréotypes et luttres contre les discriminations*, p. 3, afirma que “les stéréotypes peuvent opérer implicitement en infléchissant le jugement social d'un décideur même si, consciemment, il en rejette les a priori et même s'il est pleinement convaincu que la «race» ou l'«ethnie» n'ont pas d'existence réelle. Dans une société où les catégories raciales ou ethniques ont été rendues pertinentes par l'histoire, les formes de l'organisation économique, politique ou spatiale, ou encore la littérature, le refus

Nada obstante, com a gradativa consolidação no discurso jurídico da complementaridade entre diversidade – também em termos raciais – e igualdade, elidiu-se a legitimidade da doutrina do “*separate, but equal*”, atribuindo-se sentido deontológico à pluralidade identitária.

Nessa linha de entendimento, do ponto de vista rático, o direito à diferença é atribuído aos indivíduos ou grupos em virtude de sua pertença racial, gerando um dever de valorização/reconhecimento das especificidades ráticas. Já diversidade não se circunscreve aos indivíduos e grupos raciais, mas diz respeito a toda a coletividade, cuja possibilidade de convivência com as diferenças raciais deve ser considerada como objetivo jurídico-político inerente às sociedades democráticas.

Desse modo, no plano coletivo, a diversidade racial assinala uma sociedade sensível às diferenças, na qual prevalece o respeito, a alteridade e a solidariedade enquanto valores orientadores da ordem social, em contraposição à atomização, sectarização ou hierarquização racial.

A ideia de diversidade racial diz respeito, portanto, à valorização da presença de uma pluralidade de grupos étnico-raciais nos espaços públicos e privados, buscando-se especialmente a inserção daqueles grupos concebidos como minoritários. Mas a existência de uma pluralidade de grupos raciais não garante, por si só, a composição igualitária das políticas da diversidade. Com efeito, a mera diversidade racial nos quadros de uma instituição não impede a consecução de medidas discriminatórias no que concerne, por exemplo, aos níveis de qualificação, de evolução funcional e de remuneração.

Nessa senda, nas realidades sociorraciais em que a diversidade racial não exsurge por si mesma, a ordem jurídico-política deve ser capaz de materializar a inserção dos grupos raciais vulnerabilizados, tarefa que não se cumpre a partir da simples igualdade abstrata. É preciso que se agreguem às políticas de diversidade medidas de efetiva promoção da igualdade racial, sem as quais a heterogeneidade que se busca será apenas quantitativa, incapaz de produzir impactos significativos nas desigualdades sociorraciais.

Nesse sentido, as políticas de diversidade consistem na consideração concreta das diferenças com o objetivo de assegurar a presença dos grupos étnico-raciais nos espaços de convivência e interação social, gerando um *equilíbrio racial* que reflita a conformação

conscient de les considérer comme des constructions sociales légitimes n'empêche pas de les appliquer spontanément dans la perception, l'encodage et le jugement prédictif ou attributif porté sur autrui. Si la politique de l'égalité des chances ne se fixe pas pour objectif de traiter ces formes subtiles du préjugé, elle ne fera que les banaliser et les relégitimer et n'atteindra jamais son but”.

demográfica da sociedade. Sua relevância jurídica é dificilmente contestável, porque, ao fomentar a inclusão e pluralidade raciais – refutando preconceitos e desnaturalizando a sub-representação de grupos raciais subalternizados nas esferas de poder –, produz relevantes efeitos, até mesmo pedagógicos, na mitigação das desigualdades geradas por motivos rracicos, notadamente a partir da desconstrução de *processos coletivos* de reprodução do racismo.

A inserção da diversidade racial enquanto objetivo da ordem jurídica relaciona-se, então, com a concretização da igualdade racial enquanto prerrogativa jusfundamental de inegável importância na configuração de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais. Nesse contexto, as ações em prol da diversidade comportam, para sua consecução, uma dimensão normativa promotora da igualdade rracica, propiciando a discussão acerca do direito à promoção da igualdade racial.

2.3. Direito à promoção da igualdade racial

Distingue-se ainda, como dimensão subjetiva da igualdade rracica, o direito à promoção da igualdade racial, de caráter essencialmente positivo, cabendo, *a priori*, ao Estado adotar medidas concretas tendentes a amenizar as desigualdades raciais persistentes no seio da sociedade. Cuida-se de impedir, por meio de uma *postura ativa*, que o acesso equitativo aos direitos fundamentais seja obstaculizado por motivos de ordem racial.

A promoção da igualdade rracica é atribuição de todos os poderes estatais, na medida de suas competências, sendo cabível sua realização por meio de atos normativos, atos administrativos – concretizadores dos termos da lei ou da Constituição – e atos judiciais. Desse modo, o direito à promoção da igualdade racial, dentre as demais dimensões estudadas, é a que mais intensamente se concentra na demanda de atuação estatal para a igualização de oportunidades, gerando para os poderes públicos o *dever de promover* a igualdade rracica.

O direito à promoção da igualdade racial gera uma gama de deveres correlatos, diretos e indiretos, passivos e ativos, individuais e coletivos, que vinculam não apenas o Estado, mas também, em maior ou menor grau, os particulares. Com efeito, se de um lado, a partir do direito ora estudado concebe-se determinadas obrigações prestacionais diretamente por parte do Estado, a sociedade, por seu turno, encontra-se implicada coletiva e indiretamente.

Também há de se destacar que, embora se vislumbrem, de modo mais intenso, obrigações positivas e, portanto, de caráter ativo, o direito à promoção da igualdade racial não prescinde de obrigações passivas. Não apenas dos poderes públicos – no sentido, por exemplo, de não intervenção negativa nas ações afirmativas de cunho racial já implementadas –, mas

principalmente dos particulares, que devem se abster de atos violadores das políticas públicas em execução¹⁵⁰⁶. Por óbvio que, além das implicações indiretas a toda à coletividade – em especial em virtude da pretensão de alteração do *status quo* por meio da ordem jurídica –, aos particulares caberão também obrigações individuais, porque a densificação da dignidade da pessoa humana em atos estatais de promoção da igualdade racial poderá gerar deveres ativos específicos àqueles.

O direito à promoção da igualdade racial representa, aqui, ampla densificação normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas variadas dimensões. Decerto, trata-se da vertente do direito fundamental à igualdade racial que mais intensamente reflete as dimensões dignitárias estudadas. Liga-se diretamente à dignidade como autonomia, por ter como um dos seus principais fundamentos a expansão igualitária da autonomia, ou, dito de outro modo, a igual liberdade em termos raciais. A remoção de obstáculos e a promoção da justa redistribuição, levando-se em consideração as desigualdades alicerçadas na raça, geram significativos impactos na autonomia dos indivíduos pertencentes a grupos raciais vulnerabilizados.

Sob outra perspectiva, o direito subjetivo ora abordado é extraído da dignidade como reconhecimento, uma vez que sua concretização envolve a atribuição de pertença racial, bem como a validação e reconhecimento das diferenças em termos racionais. Do ponto de vista da dignidade como igualdade, representa uma tradução do princípio igualitário que transcende a mera igualdade abstrata para, considerando as diferenças e desigualdades raciais, consolidar ações positivas de redistribuição. Estas materializam, assim, o sentido último da igualdade racial: o igual respeito a todas as pessoas de todas as raças, por serem igualmente dignas de participação paritária na sociedade. Essa imbricação das fontes deixa patente a complementaridade entre as quatro dimensões do direito fundamental à igualdade racial, haja vista que, para promover a igual dignidade de todas as raças, é necessário reconhecer-lhes as diferenças e as desigualdades delas decorrentes, para, então, adotar mecanismos de *igualização dos desiguais na medida de sua desigualdade*, aos quais terão certamente como efeito, ainda que a longo prazo, a redução da própria discriminação racial.

Em termos de igualdade racial, o *consentimento estatal* diante da ausência ou restrição de acesso aos recursos e aos direitos disponíveis, por motivos racionais, corresponde à

¹⁵⁰⁶ A título de exemplo, mencionem-se as diversas fraudes – por meio de autodeclarações raciais falsas emitidas por sujeitos privados – ao sistema de cotas raciais em concursos públicos e universidades, que têm sido verificadas no Brasil. A temática será aprofundada na terceira parte da tese quando da abordagem do direito à proteção da igualdade racial.

negação da igual dignidade dos grupos raciais subalternizados. Uma visão substancial do princípio igualitário exige que sejam providas condições para o livre desenvolvimento das capacidades e potencialidades dos indivíduos, a partir do reconhecimento de suas especificidades e demandas correlatas. Nesse sentido, os obstáculos socialmente estruturados, fundados na *valoração incapacitante das diferenças* e responsáveis pelo agravamento das condições de desigualdade de determinados grupos devem ser removidos pelo ente estatal. Mas a atuação do Estado não deve se resumir à remoção de obstáculos, antes deve fornecer as oportunidades e meios adicionais necessários para o pleno desenvolvimento humano, em condições igualitárias.

Não são as diferenças propriamente ditas que incapacitam o sujeito, mas sim a colocação social que lhes é atribuída, com significativas restrições à autodeterminação da personalidade – e, portanto, à autonomia – dos indivíduos pertencentes a grupos subalternizados. Tais condicionantes afetam o reconhecimento da igual dignidade humana, estabelecendo para o Estado o dever de atuação para promover a igualdade, como contraponto de uma postura estatal de *discriminação por omissão*. Entendendo-se que a adoção de medidas positivas não está sujeita à mera conveniência dos poderes públicos, tem-se que a inércia estatal gera violação, por omissão, do direito à promoção da igualdade racial. Ou, dito de outra forma, verdadeira discriminação por omissão. Isso porque o direito de não ser racialmente discriminado também é violado quando o Estado não estabelece tratamento diferenciado a pessoas e grupos cuja situação é significativamente diversa por motivos racionais. Tal constatação reafirma complementaridade e interdependência entre as dimensões da igualdade racial.

É indispensável observar, no entanto, que a identificação da promoção da igualdade racial como uma das dimensões do valor igualitário não permite concluir, de modo irrefletido, que ações afirmativas se configurem como elemento obrigatório para a persecução da igual dignidade racial, em qualquer contexto social. Primeiramente, importa refletir sobre a real necessidade de uma atuação estatal nesse sentido, configurando-se, então, a promoção da igualdade racial como um direito latente que gera um correspondente dever dos poderes públicos¹⁵⁰⁷, a partir da constatação das desigualdades de fato, fundadas em elementos de ordem racial. A existência de *minorias raciais* – ou grupos raciais vulnerabilizados, no sentido já esposado na parte I deste trabalho – é, portanto, elemento indispensável para a vinculação

¹⁵⁰⁷ Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 367, refere-se à possibilidade de “situações de discriminação ilícita (proibida), situações de discriminação lícita (permitida), e, mesmo, situações de discriminação imposta (devida).

estatal a uma atuação promotora da igualdade racial¹⁵⁰⁸ e, conseqüentemente, para a legitimação das políticas e programas correspondentes.

Interessa citar, nesse ponto, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou procedente a Ação Direta de Constitucionalidade¹⁵⁰⁹ ajuizada pelo procurador-geral do estado de São Paulo contra a Lei nº 396, de 2003, do município de Itu, que dispunha sobre reserva de vagas nos concursos públicos, em cargos integrantes da Administração Pública, para grupos historicamente não discriminados, como descendentes de portugueses, italianos, alemães e japoneses. Entre outros fundamentos, a decisão fundamentou-se na existência de afronta ao princípio da razoabilidade, uma vez que a Lei buscava privilegiar grupos não minoritários que representavam numericamente a maioria da população local. Importa ressaltar que, não obstante o acórdão faça referência apenas à violação do princípio da razoabilidade, também houve, no caso concreto, ofensa direta ao princípio da igualdade, tendo em vista que o tratamento diferenciado previsto na Lei não tinha por finalidade a correção de desigualdades de fato, figurando, assim, não como discriminação legítima, mas como evidente privilégio. Embora o caso em comento refira-se especificamente a uma medida de discriminação positiva implementada pelo Poder Legislativo, o mesmo raciocínio aplicar-se-ia para eventual atuação administrativa.

Sob essa ótica, a raça poderá ser adotada como *tertium comparationis* para fins de implementação de ações afirmativas apenas e à medida que figure como fator relevante na distribuição do bem jurídico ou direito em questão. Deverá ficar demonstrado pelo ente instituidor do tratamento diferenciado que, casuisticamente, o critério racial é legítimo, por visar a uma justa redistribuição dos bens e direitos cujo acesso vem sendo efetivamente restringido em virtude da raça. Em poucas palavras, deve ficar estabelecido que a intervenção dos poderes públicos em prol de determinados grupos étnico-raciais é necessária para o alcance da igualdade racial.

¹⁵⁰⁸ Catarina Pinto Correia, *La définition des minorités*, p. 14, ressalta a contradição entre a concepção de um Estado nacional – enquanto entidade unitária e homogênea – e a admissão da coexistência com grupos etnicamente, culturalmente, religiosamente ou linguisticamente diferentes. A negação ou a indiferença em relação à existência de minorias em seus territórios pode figurar como um mecanismo dos Estados para afastar obrigações decorrentes desse reconhecimento.

¹⁵⁰⁹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Lei nº 396, de 2003, do município de Itu, que dispõe sobre reserva de vagas nos concursos públicos municipais em cargos integrantes da Administração a pessoas de grupos historicamente não discriminados, como descendentes de portugueses, italianos, alemães, japoneses e outras etnias que constam da maior parte da população do Município – Afronta ao Princípio da razoabilidade, uma vez que busca privilegiar grupos de pessoas não caracterizadas como minoria – Ingerência do Poder Legislativo na órbita administrativa, porque a criação de cargos públicos é competência exclusiva do Poder Executivo – Afronta ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes – Vulneração aos arts. 5º, 24, § 2º, I, e 111 da Carta Bandeirante – Inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos – Procedência da ação”. (ADIN n. 115.767.0/3-00, TJ-SP, Relator Di Prospero Gentil Leite, data de registro: 13/2/2006).

A ilação acerca da imprescindibilidade da adoção de medidas afirmativas, enquanto ações voltadas para a promoção da igualdade racial, depende das circunstâncias fáticas, em especial das relações raciais desenvolvidas em cada sociedade, o que ratifica a incontestável interpenetração entre o *mundo do ser* e o *mundo do dever-ser*, entre norma e realidade¹⁵¹⁰. São essas condicionantes fáticas, associadas aos valores igualitários abraçados pelo ordenamento jurídico – tendo a Constituição como fonte principal – que determinarão quando e como o Estado deverá complementar medidas universalizantes com ações afirmativas de cunho racial.

As políticas públicas promotoras da igualdade, com fundamento na igual dignidade inerente a todas as pessoas, objetivam habilitar os indivíduos marginalizados em função de suas diferenças à sua plena dignificação, retomando-se aqui a noção de *dignidade dinâmica*. Dito de outro modo, apenas a partir do reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas (*dignidade inata*) é possível dispor dos meios suficientes e adequados, de acordo com as desigualdades fáticas observadas, para habilitar também os indivíduos pertencentes a grupos social e juridicamente vulnerabilizados para o pleno desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades (*dignidade dinâmica*), respeitada a sua autodeterminação.

No âmbito da busca pela igualdade racial, o tratamento diferenciado legitimado pela ordem jurídica – em sua relação de recíproco condicionamento com os fatores do mundo circundante – tem sido efetivado por meio de políticas denominadas ações afirmativas, tendentes à *igualização* corretiva das situações de desigualdade fáticas fundadas em elementos raciais.

As ações afirmativas, de modo geral, associam-se à ideia de que o sistema jurídico, em busca da efetiva igualdade – que não pode aqui se limitar ao seu conteúdo puramente formal –, não deve permitir a perpetuação de posições de subalternização de determinados grupos, em função de suas especificidades. Desse modo, aliam-se ao objetivo de justa (re)distribuição, a partir da inclusão social de grupos vulnerabilizados.

Apesar de as medidas positivas de cunho racial não serem tão recentes na história jurídico-política de diversos países, parecem gerar muito mais polêmica do que ações similares voltadas para outros grupos vulnerabilizados, em especial mulheres¹⁵¹¹ e deficientes físicos.

¹⁵¹⁰ Não é por outro motivo que a CIEDR impõe, no item 2, do seu artigo 2º, a adoção de medidas especiais projetivas de certos grupos raciais e de indivíduos a eles pertencentes, *se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros*.

¹⁵¹¹ James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 226 e ss., demonstra que a Suprema Corte dos Estados Unidos não exige os mesmos padrões restritos de prova para os casos de ações afirmativas de gênero, como o faz para nas hipóteses de ações afirmativas raciais. O autor argumenta, p. 267, que não há razões para considerar justificáveis certos tipos de preferências, como as que beneficiam veteranos de guerra, e se opor a preferências raciais para obtenção de importantes benefícios educacionais ou acesso a postos

Dentre os diversos objetivos – diretos e indiretos – das ações afirmativas raciais, o que se defende como mais relevante neste trabalho é a expansão da autonomia individual ou promoção da igual liberdade de todas as raças, meta que, sem dúvida, passa pelo incremento da representatividade dos *grupos raciais minoritários*, notadamente nos *espaços reservados de poder*. E, para tanto, critérios racialmente neutros não são suficientes. Nessa senda, as ações afirmativas reconhecem a necessidade de consciência racial para promoção da igualdade, almejando, a longo prazo, justamente a redução da importância da raça na vida social.

Já se pontuou na parte precedente deste estudo que uma das características das ações afirmativas é a temporariedade¹⁵¹², elemento que também se aplica às medidas pertinentes à raça. Mas, uma vez constatada a necessidade contextualizada – e, portanto, a exigência – de ações de promoção da igualdade racial, qual seria o prazo razoável para o seu emprego e conclusão? A questão está diretamente relacionada à finalidade da ação afirmativa racial, que não se circunscreve à consecução da medida em benefício de uma geração ou subgrupo, antes se relaciona com a estabilização do equilíbrio alcançado a partir da redistribuição proposta. Apenas quando os resultados das ações afirmativas raciais, no contexto em que são aplicadas, mostrarem-se consistentes e efetivos, de forma a atingir estruturalmente a hierarquização racial da sociedade, é que o direito à promoção da igualdade racial deixa de ser exigível, voltando ao seu estado de latência.

Dito de outro modo, é preciso que haja estabilidade dos efeitos redistributivos propostos pela medida positiva, com a consequente consolidação da situação de inclusão almejada, que será capaz de permanecer após a retirada da preferência estabelecida¹⁵¹³. Daí a necessidade de constante monitoramento, análise e adequação das políticas afirmativas, a fim de subsidiar sua manutenção ou cessação. Portanto, os limites temporais das ações afirmativas raciais são períodos previstos para avaliação dos efeitos da política – durante os quais não se prescinde de acompanhamento constante –, notadamente do exame acerca da estabilidade de status e reconhecimento alcançado pelo grupo beneficiário. Se cessada precipitadamente a medida, será possível notar o recuo no processo inclusivo, que, desse modo, ainda não terá sido capaz de se manter estável, tornando exigível a continuidade da ação afirmativa racial.

de trabalho. Não há, para Sterba, motivo para não se opor mais fortemente a essas preferências do que às raciais, sob pena de se colocar em jogo toda a questão moral envolvida.

¹⁵¹² Thomas Sowell, *Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*, p. 13 e ss., estudioso e crítico das ações afirmativas, assevera que, apesar de descritas pelos seus defensores como temporárias, as ações afirmativas consubstanciadas em grupos preferenciais e cotas têm sido aplicadas indefinidamente em diversos países. O autor cita como exemplo, as ações afirmativas na Índia que, iniciadas em 1949, com previsão de aplicação por dez anos, persistem em vigor até os dias atuais, tendo agregado outros grupos de beneficiários, além dos intocáveis.

¹⁵¹³ Cfr. Daniela Ikawa, *Ações Afirmativas em universidades*, p. 185 e ss.

Ronald Dworkin apresenta dados concretos de como o recuo das políticas afirmativas pode trazer efeitos diretos no processo de inclusão de negros nas universidades estadunidenses. O autor refere que, durante 28 anos de aplicação das ações afirmativas, a Faculdade de Direito *Boalt Hall*, em Berkeley – apontada como principal faculdade de direito pública do estado – recebia em média 24 alunos negros por ano. Cessada a medida, em 1997, nenhum novo estudante negro foi admitido na faculdade, mas apenas um deu continuidade ao curso que havia sido trancado no ano anterior¹⁵¹⁴. Sob a perspectiva aqui explorada, pode-se afirmar que, apesar das quase três décadas de emprego da medida, seus objetivos redistributivos foram alcançados pontualmente, porém não lograram a necessária estabilidade que resultaria na sua legítima cessação.

A titularidade do direito à promoção da igualdade racial pode ser atribuída a cada indivíduo em função da sua pertença a determinado grupo racial vulnerabilizado. Nessa perspectiva, trata-se de direito individual, cujo exercício pode ser vislumbrado também coletivamente¹⁵¹⁵. Afirmar a natureza individual do direito à promoção da igualdade racial, não resulta, no entanto, da negação de direitos coletivos correlatos, que, com enfoque no contexto, podem ser indispensáveis para promover a igualdade rática.

A natureza dos direitos das minorias – se coletiva ou individual – foi objeto de apreciação na jurisprudência internacional. O Documento Final de Copenhague, de 1990, no seu artigo 32, e a Convenção-Quadro para Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, no seu artigo 3(2), estabeleciam que pessoas pertencentes a minorias nacionais poderiam exercer seus direitos individualmente ou em conjunto com outras pessoas¹⁵¹⁶.

No entanto, a previsão do exercício conjunto desses direitos e liberdades não resultou no reconhecimento de direitos coletivos ou atribuídos aos grupos. O Relatório Explicativo da Convenção-Quadro destaca que o artigo 1º refere-se à proteção das minorias nacionais e dos direitos e liberdades das pessoas pertencentes a estas, estabelecendo que a redação não tem a pretensão de assegurar o reconhecimento dos direitos coletivos das minorias

¹⁵¹⁴ Cfr. Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: funciona?*, p. 544. O autor, p. 565, questiona-se, ainda, se seria possível manter a proporção de negros nas faculdades de prestígio se a ação afirmativa fosse abandonada em prol de padrões de neutralidade racial. A resposta, a partir de estudos realizados, é negativa, demonstrando-se que ocorreria alarmante redução do número de estudantes negros nas instituições de ensino superior nos Estados Unidos.

¹⁵¹⁵ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 123, nesses casos, o titular do direito não deixa de ser cada um dos indivíduos, sendo os entes coletivos instrumentos do exercício, mas não sujeitos dos direitos.

¹⁵¹⁶ Hans-Joachim Heintze, *Collective Rights in the Context of EU Accession*, p. 45, observa que, no entanto, a discussão sobre a natureza dos direitos das minorias não foi aprofundada pelos organismos europeus, tendo o Comitê de Proteção dos Direitos das Minorias se concentrado no debate sobre a relação entre direitos das minorias e direitos humanos, chegando-se à conclusão de que aqueles são parte integrante destes.

nacionais, o que não impede que tais direitos sejam estabelecidos pela legislação nacional de cada Estado-Parte. De acordo com o Relatório, portanto, o detentor do direito é o indivíduo, e não o *grupo minoritário*. O documento assevera, ainda, que o exercício em comum de direitos e liberdades distingue-se da noção de direitos coletivos das minorias¹⁵¹⁷.

Segundo parte da doutrina, tal interpretação – resultado do temor dos Estados por demandas secessionistas – privilegia exclusivamente os direitos pessoais, em detrimento dos direitos da coletividade, o que resultaria na persistência de padrões discriminatórios¹⁵¹⁸. Representantes de grupos minoritários têm reagido na defesa dos direitos de caráter coletivo, como o direito à identidade coletiva das minorias, o direito de se organizar enquanto grupo, o direito de utilizar a sua língua de origem, de praticar sua cultura, de influenciar o conteúdo da educação de seus filhos e de participar nas decisões políticas que os afetam.

Abordados tais pontos, importa afirmar que, para definição da titularidade dos direitos das minorias, é fundamental ter sob enfoque as prerrogativas específicas necessárias para a efetiva proteção destas, sem perder de vista também as medidas exigíveis para promover a igualdade.

No que tange especificamente às ações afirmativas raciais, insta fixar que as características e experiências individuais são pouco relevantes para a instituição de tais políticas públicas, já que estas levam em conta a situação de vulnerabilidade do grupo racial como um todo. Com efeito, a implementação de medidas positivas tem como foco mais a igualação dos coletivos raciais tradicionalmente em situação de disparidade do que a equiparação dos cidadãos individualmente considerados, muito embora esta seja também consequência direta daquela. Por conseguinte, o pleito por políticas públicas de promoção da igualdade racial, diante da inércia do poder público, deve ser formulado em prol da coletividade, do grupo racial. Assim, as demandas judiciais que tenham como *causa de pedir* a omissão dos poderes públicos na promoção da igualdade racial são ações de caráter coletivo, não estando um único indivíduo legitimado para, em nome próprio, intentar tal demanda.

Nada obstante, após implementada a ação afirmativa racial, a depender da sua modalidade, podem ser gerados direitos individuais e/ou direitos coletivos. As cotas raciais, por

¹⁵¹⁷ De acordo com Hans-Joachim Heintze, *Collective Rights in the Context of EU Accession*, p. 42, durante o processo de adesão à União Europeia, verificou-se que a legislação de alguns estados candidatos – notadamente Eslovênia, Letão e Hungria – consideravam os direitos das minorias como direitos de caráter coletivo. Segundo o autor, embora a legislação húngara – que, fazendo uso da expressão *community rights*, continha seções sobre preservação da identidade cultural, direito de associação, participação política, dentre outros – tenha sido considerada como *leading example* no campo da proteção às minorias, sua abordagem coletiva foi vista por alguns especialistas como discriminatória e, portanto, rejeitada.

¹⁵¹⁸ Cfr. Hans-Joachim Heintze, *Collective Rights in the Context of EU Accession*, p. 46.

exemplo, uma vez instituídas, geram direitos individuais das pessoas pertencentes ao grupo racial beneficiário, legitimando o indivíduo a intentar pleitos em nome próprio, caso sua prerrogativa tenha sido violada. De outra banda, também o grupo racial tem legitimidade para – por meio de representações coletivas – ajuizar ações que visem à concretização e proteção da política pública já formalmente estabelecida.

De toda sorte, não se pode olvidar que, diante do leque de ações necessárias para a efetiva implementação da igualdade racial em determinados contextos, podem ser reconhecidos direitos coletivos, como o direito ao território – especialmente no caso dos quilombolas e povos indígenas – e o direito à preservação da identidade étnico-racial. Logo, a natureza das prerrogativas decorrentes do direito à promoção da igualdade racial – se individual ou coletiva – dependerá das medidas contextualmente necessárias para a efetiva distribuição racialmente equitativa dos bens jurídicos em questão.

Cumpra, nesse ponto, analisar alguns dos principais argumentos contrários às ações afirmativas raciais, notadamente as cotas, modalidade que mais oposição tem despertado nas ciências jurídicas e sociais. Dentre as razões de contestação mais frequentemente repetidas, parte é de natureza prescritiva e parte de natureza descritiva. Estas – embora, à primeira vista, possam ser precipitadamente entendidas como dissociadas da ordem jurídica – são de fundamental importância na análise jurídico-política das ações afirmativas de cunho racial, por guardarem estreita relação com o *contexto* que as legitimam. Desse modo, procurar-se-á abordar, primeiramente, os argumentos descritivos – alguns deles muito próximos de meras suposições sobre os efeitos das políticas públicas de promoção da igualdade racial – sem olvidar suas conexões prescritivas.

Uma das teses mais elementares utilizadas para refutar as medidas positivas de caráter racial baseia-se na inexistência de raças humanas. Como já visto, o racismo científico, por longo período – particularmente entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX –, pretendeu demonstrar cientificamente a existência de raças humanas, sustentando a hierarquização destas. Apesar de o argumento (inexistência científica de raças humanas) ainda ser utilizado para afastar a relevância jurídica da questão racial¹⁵¹⁹, tem-se

¹⁵¹⁹ Esse foi o principal argumento empregado pela defesa no já mencionado julgamento do HC nº 82.424, pelo Supremo Tribunal Federal, para afastar a imprescritibilidade prevista constitucionalmente para os crimes de racismo. Alegou-se, dentre outros argumentos, que, biologicamente, os judeus não constituíam uma raça. No início do julgamento, o relator ministro Moreira Alves, em seu voto, acompanhou o entendimento da defesa, assentando que os judeus não formam uma raça, motivo pelo qual a hipótese constitucional da imprescritibilidade deveria ser afastada. Por ocasião do voto, o relator citou conferência proferida, em 15 de fevereiro de 1998, pelo rabino Henry I. Sobel, que afirmou: “Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes. (...) Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em

consolidado o entendimento de que a raça permanece – enquanto fenômeno social e historicamente construído – como fator condicionante das relações sociais e do acesso a direitos fundamentais.

Desse modo, o argumento da inexistência biológica de raças humanas – ou o simples antirracismo biologicamente estabelecido – não se constitui como tese apta a afastar os efeitos do racismo, que continua moldando as relações sociais de modo subalternizante para os *grupos raciais minoritários*¹⁵²⁰. Dito de outro modo, afirmar que cientificamente não há relação de superioridade/inferioridade racial entre seres humanos não impede que as sociedades permaneçam hierarquicamente racializadas a partir de construções sociais racialmente estigmatizantes¹⁵²¹.

Ao contrário, nos contextos em que ainda predominam o racismo e a discriminação racial, a desconsideração da relevância jurídica da raça, com base na sua concepção estritamente biológica, inviabiliza a adoção de mecanismos de combate das desigualdades e exclusões decorrentes. Com efeito, as ações afirmativas raciais têm a classificação racial como importante elemento na sua consecução, sob pena de desvio de finalidade da política pública correspondente, que pode, sem a correta aplicação e fiscalização, passar a beneficiar indivíduos não pertencentes a grupos raciais excluídos que já gozam de privilégios sociais.

Portanto, enquanto a raça operar como critério de distribuição de bens, direitos, status e poder, a ciência do direito deve considerá-la para fins protetivos e promocionais dos direitos dos grupos raciais vulnerabilizados¹⁵²². Nessa senda, nas realidades em que a raça atue com significado estigmatizante, capaz de produzir hierarquização social inferiorizadora, o direito à promoção da igualdade racial – prerrogativa latente na composição do direito à igualdade racial – torna-se exigível. Não se trata do estabelecimento de *preferências raciais* de modo aleatório e irrestrito em todos os âmbitos da vida em sociedade, mas da instituição de medidas contextualizadas de *equilíbrio racial*, nas esferas em que se demonstre a existência de *obstáculos racialmente seletivos*.

Outra asserção oposta às ações afirmativas raciais é a de que sua implementação instituiria a racialização das sociedades, consolidando construções sociais injustas. Trata-se de

nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica (...).”

¹⁵²⁰ Recordando que o termo minorias é aqui utilizado num sentido eminentemente qualitativo, e não necessariamente quantitativo.

¹⁵²¹ Para Daniela Ikawa, *Ações Afirmativas em universidades*, p. 106, “se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las”.

¹⁵²² Cfr. Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, *Racismo e Antirracismo no Brasil*, p. 50-51, afirma que “a idéia de raça apenas pode ser dispensada no mundo social quando as hierarquias sociais não mais corresponderem a marcadores raciais”.

argumento, *a priori*, prospectivo já que não se pode atribuir a divisão racial das sociedades à adoção de medidas positivas. Ao menos não há pesquisa científica ou dados estatísticos que consigam demonstrar esse vínculo. A racialização social – que pode ser constatada também a partir de dados estatísticos¹⁵²³ – não é provocada pelas ações afirmativas raciais. Pelo contrário, tais políticas públicas – a partir da constatação da hierarquização racial persistente em determinados segmentos sociais – são justamente o mecanismo jurídico capaz de desconstruir a racialização imposta social e historicamente. Se medidas de promoção da igualdade – que visam diretamente à inclusão racial – podem ter como efeito indireto ou mediato a divisão racial em determinados setores (como, por exemplo, universidades e escolas), tal resultado apenas poderia ser demonstrado a partir de pesquisas comparativas entre a realidade anterior e a posterior à adoção das ações afirmativas. Dessa maneira, a ordem jurídica, diante da constatação de que a racialização social hierarquiza e concede status e direitos a certas pessoas em detrimento de outras, em virtude da pertença racial, não apenas pode como dever intervir para mitigar tais desigualdades a partir de ações redistributivas.

Seguindo a linha de argumentação da racialização, afirma-se, ainda, que as ações afirmativas provocariam o acirramento do ódio inter-racial, promovendo a intolerância entre grupos raciais socialmente privilegiados e grupos raciais subalternizados¹⁵²⁴. Primeiramente, poderiam ser analisados tais argumentos a partir de testes empíricos demonstrativos de conflitos raciais ou, ao menos, de violência material e simbólica fundadas na raça¹⁵²⁵. Nada obstante, essa constatação isolada, sem perspectiva comparativa não seria capaz de associar às ações afirmativas a origem ou causa de aumento dos conflitos raciais.

Deve-se ressaltar a possibilidade de determinados conflitos surgirem, não em decorrência da intolerância inter-racial, mas pelas demandas de medidas positivas por outros grupos raciais que, considerando-se igualmente vulnerabilizados, busquem ser também

¹⁵²³ Além dos que já foram expostos, e para evitar repetições, concentrar-se-á a apresentação de dados estatísticos demonstrativos da racialização da sociedade no Brasil tópicos adiante, quando da abordagem da questão racial na ordem jurídica brasileira.

¹⁵²⁴ Cfr. Thomas Sowell, *Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*, p. 32 e ss., defende que as ações afirmativas causam “ressentimentos intergrupos”. Abordando os possíveis resultados positivos dos grupos beneficiários de ações afirmativas, o autor põe em questão se tal progresso se deve apenas às políticas de preferência, e não a outros fatores que operem ao mesmo tempo. No entanto, entende-se aqui que mesmo questionamento pode ser colocado no que se refere aos supostos efeitos negativos das medidas positivas, até mesmo o aumento da tensão intergrupos.

¹⁵²⁵ João Feres Júnior, *Aprendendo com o debate público sobre ação afirmativa, ou argumentos ruins podem tornar-se bons tópicos de pesquisa*, p. 171, analisando a realidade brasileira, aponta como variáveis passíveis de demonstração de conflito racial: a desigualdade econômica, a segregação espacial, bem como a proporção de brancos e não brancos assassinados, vítimas de violência policial. O autor sugere, ainda, outra forma de investigação da questão: a pesquisa de notícias de conflitos raciais veiculadas na grande mídia, comparando-se períodos anterior e posterior à adoção de ações afirmativas.

beneficiados por ações semelhantes. De todo modo, trata-se de argumento descritivo (e não prescritivo) que dificilmente consegue ultrapassar meras conjecturas, não demonstráveis cientificamente. Sob essa ótica, a simples suposição do acirramento de conflitos raciais não deve servir de fundamento para a omissão do poder público perante as iniquidades étnico-raciais constatadas.

Afirma-se ainda, para refutar a adoção de ações afirmativas raciais, que a exclusão social de grupos raciais marginalizados se deve não ao racismo e à discriminação racial, mas à desigualdade econômica. Esse argumento – um dos mais comuns utilizados por aqueles que se contrapõem às medidas positivas raciais no Brasil – pode ser afastado a partir da análise de indicadores nos quais o fator racial é considerado. Pesquisas que logrem êxito em isolar a variável racial como elemento preponderante no igual acesso a bens e direitos podem legitimar as políticas públicas de promoção da igualdade racial. Ainda que não seja possível o isolamento da variável racial, dados estatísticos que constatem a persistência da desigualdade racial, apesar das políticas universalistas de inclusão social, também podem servir de esteio à implementação de ações afirmativas raciais.

Assim, embora também sejam relevantes do ponto de vista da ampliação do acesso a direitos, especialmente os de cunho social, as medidas afirmativas meramente econômicas não garantem que haja a reversão da hierarquização ou polarização racial. Diante disso, a proposta de afastamento de *critérios raciais explícitos* – para apenas por via indireta se alcançarem os resultados pretendidos –, constitui uma espécie de *recomendação hipócrita*¹⁵²⁶. Com efeito, autorizar programas de inclusão racial disfarçados em critérios racialmente neutros representa uma dissimulação dos objetivos das medidas redistributivas que em nada contribui para a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, densificado no direito à promoção da igualdade racial.

Ademais, é improvável que medidas racialmente neutras logrem êxito em produzir a efetiva inclusão racial como mero efeito colateral, notadamente quando se considera o histórico secular de racismo e discriminação racial que, fecundado pelo escravismo e solidificado pelo colonialismo, preservam-se até os dias atuais. Dito de modo sintético, uma

¹⁵²⁶ Ronald Dworkin, *A discriminação inversa*, p. 441, menciona que o Tribunal da Califórnia, ao aprovar a reivindicação do autor no caso *Bakke*, recomendou que a universidade perseguisse o objetivo de inclusão de estudantes negros no seu corpo discente por meio de outros métodos, que não considerassem a raça de maneira explícita. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 33 – crítico das ações afirmativas raciais – assevera que, diferentemente das agências federais, nos Estados Unidos, as universidades costumam aplicar tais medidas de maneira informal e sub-reptícia, carecendo de franqueza quanto à *preferência racial* dos candidatos.

coisa é fazer cessar a discriminação racial, outra é reverter os efeitos da discriminação passada¹⁵²⁷. Essa última missão é alcançável a partir de medidas afirmativas raciais.

Nessa linha de entendimento, pode-se até mesmo defender a complementaridade entre as políticas afirmativas econômicas e raciais, mas não a deliberada substituição integral destas por aquelas, com vista a atingir o mesmo resultado redistributivo¹⁵²⁸. Isso porque as ações afirmativas ditas econômicas ou sociais buscam amplos mecanismos de redistribuição, sem considerar o contexto de especiais vulnerabilidades (raça, gênero, idade, orientação sexual ou deficiência física) a que estão sujeitos determinados indivíduos, em virtude de sua pertença a certos grupos. Apesar de desprezar diferenças *socialmente subalternizantes*, tais políticas – assim como as ações afirmativas raciais – almejam a expansão da autonomia e a concretização do princípio da igualdade material. Trata-se, portanto, de medidas compatíveis e mesmo complementares, embora medidas de promoção da igualdade racial – com foco nas vulnerabilidades raciais que impedem a consecução da igual dignidade de todos – estejam direcionadas a desconfigurar a racialização hierarquizada das sociedades¹⁵²⁹. Diz-se, nesse sentido, que as políticas universalistas não são capazes de atingir especificamente os mecanismos inerciais de discriminação racial¹⁵³⁰. Nessa perspectiva, não se pode prescindir das ações afirmativas raciais, principalmente nas circunstâncias em que políticas universalistas são ineficazes, por si sós, para promover a *desracialização de elites monocromáticas*.

Quanto à realidade brasileira, serão examinados, tópicos adiante, indicadores sociais com recorte racial, a fim de verificar se o contexto afasta, permite ou impõe a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tal análise será capaz de corroborar a tese de que desigualdades econômicas e raciais podem estar imbricadas, ou parcialmente sobrepostas, o que não corresponde à completa identidade entre elas e à consequente desnecessidade de ações afirmativas raciais.

¹⁵²⁷ Cfr. James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 202.

¹⁵²⁸ Para Daniela Ikawa, *Ações Afirmativas em Universidades*, p. 136, “a distinção entre discriminação racial e econômica e a complementaridade entre as hierarquias construídas a partir da raça e a partir dos recursos econômicos podem fundamentar políticas afirmativas mais complexas que a meramente racial”.

¹⁵²⁹ Tendo por base os resultados da pesquisa *The Shape of the River*, Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: funciona?*, p. 557-558, assevera que o êxito pela renda demonstra a persistência do racismo na economia dos Estados Unidos. Embora as ações afirmativas tenham produzido mais empresários, profissionais liberais e líderes comunitários negros bem-sucedidos, constatou-se que “os negros formados nas 28 escolas da C&B no grupo de 1976 encontram empregos menos bem-pagos do que seus colegas brancos que tiveram as mesmas notas nos exames e na faculdade ou nos cursos profissionalizantes”. Veja-se, nesse caso, que a adoção de medidas afirmativas de inclusão racial nas universidades não garantiu a efetiva igualdade racial na esfera do trabalho, o que demonstra como o racismo ainda se encontra entranhado nos mais diversos setores da vida em sociedade.

¹⁵³⁰ Em sentido contrário, Seymour M. Lipset, *Two Americas, two value systems: black and whites*, p. 1 e ss., defende que as ações afirmativas devem passar por uma reorientação ao seu objetivo original de garantir igualdade de tratamento aos indivíduos, adotando mecanismos universais ou vinculados a variáveis como pobreza, ao invés de variáveis como raça, gênero e etnia.

Para reprovar as ações afirmativas raciais, alega-se também a impossibilidade de representação equilibrada de grupos na sociedade, realidade jamais alcançada por nenhum país¹⁵³¹. Nesse sentido, Thomas Sowell baseia sua afirmação na diferença entre as pessoas decorrente de uma enorme gama de fatores históricos, culturais, geográficos, dentre outros, em virtude dos quais os diferentes grupos desenvolveriam suas particularidades. De fato, as pessoas são naturalmente diferentes e não há possibilidade de torná-las iguais. Tampouco é esse o objetivo das ações afirmativas, que visam justamente evitar que as diferenças naturais sejam valoradas de modo a gerar desigualdades sociais persistentes – ou, para repetir o termo do autor, *eternas*. Decerto que não se trata de mera operação matemática, de representação proporcional de grupos diferentes. As ações afirmativas raciais não objetivam estabelecer uma representação proporcional exata de cada raça em todas as esferas da vida em sociedade. Isso corresponderia à desconsideração do mérito e até mesmo da própria autonomia – que se pretende expandir igualitariamente – dos indivíduos pertencentes aos grupos vulnerabilizados. Com efeito, é possível que parte do *desequilíbrio racial* detectado seja atribuído também às livres escolhas dos membros de determinados grupos raciais.

Assim, o direito à promoção da igualdade racial não se confunde com um direito a uma *parcela proporcional de recursos, carreiras e oportunidades*¹⁵³². Se assim fosse, todos os grupos étnico-raciais teriam direito a parcelas correspondentes à sua proporção na população de cada Estado, o que equivaleria a reduzir as ações afirmativas à diversidade como fim supremo e proporcionalmente estabelecido. Mas a diversidade racial em sociedades pluralistas é apenas uma das metas das medidas positivas de cunho racial, podendo gerar sérias distorções se considerada isoladamente. A vulnerabilidade do grupo racial é fator determinante na decisão pela adoção de ações afirmativas raciais, tendo em vista que representa firme obstáculo à autonomização dos indivíduos. Objetiva-se, portanto, a expansão autonômica dos indivíduos pertencentes a esses grupos vulnerabilizados, o que certamente também terá como consequência a ampliação estável da representatividade destes nos espaços de poder, bem como da diversidade racial¹⁵³³.

¹⁵³¹ Esse é um dos argumentos utilizados por Thomas Sowell, *Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*, p. 20, que afirma que “qualquer política temporária cuja duração é definida pelo objetivo de conseguir alguma coisa, que jamais foi alcançada antes em lugar algum do mundo, poderia ser mais adequadamente caracterizada como eterna”.

¹⁵³² Cfr. Ronald Dworkin, *A discriminação inversa*, p. 438.

¹⁵³³ Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 37 e ss., entende que, do modo como aplicada nas universidades estadunidenses, a diversidade não garante variedade de pontos de vista, mas apenas variedade de raças em suas próprias proporções. Desse modo, a diversidade consistiria, na prática, em mero eufemismo para proporcionalidade racial, sendo certo que outras formas de diversidade (religiosa, de modos de vida) trariam maior enriquecimento intelectual ao corpo discente. Além do que já se explorou acerca da proporcionalidade, é preciso

Os ataques de ordem descritiva destacam, outrossim, como consequência direta das medidas positivas raciais – especialmente as aplicadas para acesso ao ensino superior – o declínio na qualidade das instituições. Chega-se a afirmar – de maneira pouco coerente – que a redução dos padrões impostos pelas admissões preferenciais não é consequência da inferioridade intelectual dos grupos favorecidos, mas do desequilíbrio entre o número de membros minoritários exigido como meta e o número de membros minoritários disponível para satisfazê-la *dentro dos padrões intelectuais estabelecidos* pelas universidades. Assim, quando a demanda numérica excede a quantidade de membros minoritários dentro desses padrões intelectuais, somente seria possível atender à demanda reduzindo os padrões intelectuais exigidos¹⁵³⁴. É preciso pontuar aqui o duvidoso emprego da expressão *padrões intelectuais*, que acaba por remeter a capacidades ou potencialidades intelectuais, apenas determináveis racialmente a partir de perspectivas racistas. É possível que, em decorrência das vulnerabilidades socialmente impostas, indivíduos pertencentes a minorias raciais tenham tido acesso a ensino de qualidade inferior e à menor quantidade de informações, fundamentais para sua formação acadêmica. Portanto, pode-se até afirmar que esses indivíduos se encontram em situação de menor grau ou qualidade inferior de formação educacional, mas não que estão fora dos padrões intelectuais.

Supõe-se, a partir do argumento da redução dos padrões intelectuais das instituições, que, ao flexibilizar a seleção meritocrática, as ações afirmativas permitiriam o acesso de pessoas insuficientemente qualificadas nos quadros discente e docente, reduzindo o nível educacional. Também aqui o efeito negativo apontado – se não confirmado cientificamente – não passa de simples conjectura¹⁵³⁵.

De fato, mesmo se presumindo que os beneficiários das medidas possuam invariavelmente formação inferior aos padrões educacionais consolidados na instituição, não há como afirmar – nem mesmo com relativo grau de certeza – que haveria redução do nível geral. Não se trata mesmo de uma consequência necessária. Com equivalente probabilidade, o resultado oposto pode ser também produzido: progresso do nível educacional dos beneficiários

fixar que a diversidade que se busca a partir das medidas racialmente inclusivas é, de fato, a diversidade de ordem racial. Não como única finalidade, mas, certamente, como importante objetivo a proporcionar a convivência entre as diferentes raças, a partir da qual se permite fomentar a compreensão e valorização das diferenças raciais. Se são essas as diferenças, socialmente valoradas de modo inferiorizante, que estigmatizam *minorias raciais*, então a diversidade racial – sem prejuízo da importância das demais dimensões da diversidade – é relevante meta a ser perseguida pelas ações afirmativas.

¹⁵³⁴ A afirmação é de Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 131-132.

¹⁵³⁵ Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: funciona?*, p. 546 e ss., analisa os principais resultados da pesquisa *The Shape of the River*, produzida por William G. Bowen e Derek Bok, desmistificando esse e outros argumentos contrários às ações afirmativas no contexto estadunidense.

para atingir o padrão exigido pela instituição. E nesse sentido devem atuar os poderes públicos na efetiva promoção da igualdade racial. No que tange especialmente ao acesso ao ensino superior, diversos programas têm sido desenvolvidos em países que instituíram programas de inclusão racial nas universidades.

Ademais, o mesmo argumento de oposição poderia ser lançado em relação às medidas de inclusão social no ensino superior que, no entanto, são defendidas por muitos opositores das ações afirmativas de cunho racial. De todo modo, os critérios de seleção adotados no âmbito de ações afirmativas raciais devem pretender admitir membros minoritários suficientemente qualificados, de modo que eventual desnivelamento possa ser sanado, em razoável espaço de tempo, a partir de programas de reforço educacional¹⁵³⁶.

Importa ressaltar que muitos dos desacordos em relação às ações afirmativas raciais decorrem das definições formuladas. Por óbvio que, se conceituadas como preferências raciais que ilidem o mérito, tais medidas reúnem muito mais opositores, suscitando conflito direto com importantes princípios jurídico-constitucionais. Mas colocadas como políticas que beneficiam *indivíduos qualificados* pertencentes a grupos raciais minoritários, e que têm como objetivos diretos a inclusão racial, o combate à discriminação e a promoção da diversidade, e como meta final a construção de uma sociedade racialmente mais justa – na qual a raça não tenha mais relevância¹⁵³⁷ –, tem-se outra percepção. As ações afirmativas não substituem o mérito individual, e sim aplicam critérios meritocráticos associados à consideração da raça, o que resulta na seleção dos membros da minoria racial que apresentam qualificação mais elevada, no âmbito do grupo beneficiário.

Aproximando-se dessa linha de argumentação contrária às ações afirmativas raciais, aponta-se também como consequência prática destas a estigmatização de todos os membros do grupo racial beneficiário, considerando-os inferiores em relação aos membros do grupo dominante¹⁵³⁸, independentemente de seus méritos e desempenho pessoal. Ter-se-ia como efeito, portanto, a perpetuação da noção de inferioridade, dificultando a efetiva integração racial. Também de caráter descritivo ou prático, tal conclusão apenas pode ser seriamente pautada se confirmada a partir de estudos que ultrapasassem meros pressupostos de senso comum¹⁵³⁹. A suspeita levantada precisa considerar os efeitos estigmatizantes internos e

¹⁵³⁶ Cfr. James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 260 e ss.

¹⁵³⁷ Cfr. James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 200.

¹⁵³⁸ Cfr. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 110 e ss.

¹⁵³⁹ Cfr. Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: funciona?*, p. 550.

externos¹⁵⁴⁰, observando sua plausibilidade e extensão tanto em meio ao grupo beneficiário quanto no âmbito do grupo dominante. Não se nega que possa haver discriminação contra beneficiários de medidas afirmativas raciais, nos espaços em que são aplicadas. Mas a imputação de baixa capacidade intelectual ou comportamental a grupos raciais específicos é manifestação do próprio racismo que deve fundamentar a adoção de ações afirmativas, e não da sua aplicação.

Ademais, tal conclusão não pode se furtar à ponderação entre a suposição de inferiorização aventada e as vantagens efetivamente alcançadas – até mesmo para toda a sociedade – por meio da medida afirmativa. Ou seja, enquanto meio de promoção da igualdade racial, e, sobretudo, de combate ao racismo institucional, as ações afirmativas raciais reforçam a ideia de subalternidade racial? Ou, ao contrário, reconhecendo que a conservação dessa concepção – ainda que velada – continua condicionando racialmente o acesso a direitos fundamentais, procura revertê-la? As vantagens para o grupo beneficiário e também para toda a sociedade – que tenderá a se tornar racialmente mais justa – possuem mais relevância do que as suposições de aumento da estigmatização?

Vê-se, portanto, que muitas das teses descritivas opostas às ações afirmativas de inclusão racial baseiam-se em probabilidades de efeitos futuros, e não em pesquisas suficientemente abrangentes para afirmar a veracidade das conclusões extraídas. Em poucas palavras, sendo as medidas afirmativas raciais contextualizadamente compatíveis com os valores constitucionais, não cabe aos tribunais excluí-las a partir de decisões especulativas acerca de suas supostas consequências de ordem descritiva.

Contestam-se, com frequência, as ações afirmativas, sob a alegação de frontal violação do princípio do mérito, segundo o qual o indivíduo deve ser avaliado de acordo com seu desempenho e esforço pessoais. Nada obstante sua fundamental importância para combater o monopólio do mero privilégio, também a meritocracia não se afigura como absoluta, devendo ser contemporizada com outros princípios e valores.

A seleção pelo mérito é compatível com a concepção do indivíduo em sua unicidade, como ser humano dotado de autonomia e, conseqüentemente, de responsabilidade por suas escolhas. Nesse sentido, o mérito deveria ser considerado como critério crucial na disputa por espaço, bens, direitos e poder, já que traduz a esfera de liberdade do sujeito no desenvolvimento

¹⁵⁴⁰ Com efeitos estigmatizantes internos quer-se referir à perspectiva dos próprios membros dos grupos raciais beneficiários, que podem se sentir inferiorizados com o estabelecimento de medidas afirmativas, independentemente da concreta reação dos membros dos demais grupos raciais, em especial, os hegemônicos. Por seu turno, os efeitos estigmatizantes externos dizem respeito ao ponto de vista dos grupos hegemônicos que podem atribuir a necessidade de ações afirmativas à inferior capacidade dos membros do grupo racial beneficiário.

de suas capacidades. Ocorre que o indivíduo, entendido como um ser situado no mundo, não detém inteira liberdade de decisão sobre a dinamização de sua dignidade.

Não se trata apenas da defesa de políticas públicas imprescindíveis – e, nesse sentido, devidas – para a justa redistribuição econômica. As medidas de ação afirmativa, na seara racial, objetivam não somente a redistribuição de riquezas, mas também de posições, de meios, de status e de direitos, na medida necessária para promover a *desracialização hierárquica* da sociedade, meta fundada no igual respeito e consideração (fundado na dignidade inerente) de todas as raças. São essas formas de redistribuição – associadas ao reconhecimento e igual participação – que irão formar a base para o desenvolvimento das potencialidades de cada indivíduo (dignidade dinâmica), no âmbito de suas escolhas contextualizadas.

Daí porque se constrói a concepção do *mínimo dignificante* que transcende a noção de mínimo de subsistência ou existencial, este mais intensamente associado à redistribuição econômica. As desigualdades raciais que tornam as sociedades racialmente hierarquizadas são reforçadas por outras desigualdades – numa espécie de sobreposição de vulnerabilidades –, o que exige, portanto, formas complementares, porém não exatamente dependentes, de redistribuição. Quer-se, com isso, concluir que ações afirmativas raciais não afastam, a depender do contexto, a necessidade de medidas positivas socioeconômicas (e/ou de gênero, por exemplo), embora traga enfoque a uma vulnerabilidade específica objetivando particularmente a inclusão racial, a partir da redistribuição fundada em fatores racionais.

Somente a partir de uma concepção de ser humano livre e contextualizado é que se pode concluir – certamente em observância ao texto (normativo) e ao contexto – pela existência de obrigação estatal na promoção da igualdade racial. É que uma visão liberal-atomista do indivíduo – embora o coloque como eixo da ordem jurídica – atribui-lhe total responsabilidade pelas suas escolhas, independentemente dos obstáculos que lhe foram impostos pela sociedade, bem como pelas ações e omissões estatais. A tendência à absolutização da liberdade humana tem como consequência a ilimitada responsabilização do indivíduo, tornando injustificável – e, portanto, inexigível – a ação positiva estatal, no sentido de promover a igualdade racial. De outro modo, se o indivíduo é dotado de ampla, porém não irrestrita, autonomia, e a ampliação de suas potencialidades – enquanto participante paritário da comunidade, dotado de igual dignidade – está condicionada à remoção de certos obstáculos e à promoção da igualdade racial,

então, o Estado tem não apenas a faculdade de adotar as medidas pertinentes, mas o dever de fazê-lo¹⁵⁴¹.

Sob uma perspectiva axiológica mais conservadora, ao se atribuir ao indivíduo total responsabilidade pelo status social que ocupa, afasta-se qualquer possibilidade de intervenção estatal em matéria de redistribuição. Nessa linha de entendimento, se analisado o contexto, verifica-se que membros de determinado grupo racial se encontram em desvantagem – ocupando persistentemente posições inferiores na sociedade – supõe-se que tal status se deva ao desempenho desses indivíduos. Ora, tal conclusão, extraída direta ou indiretamente da noção de responsabilidade absoluta do sujeito, acaba por atribuir aos indivíduos capacidades e desempenho conforme a raça. Sim, porque se cada sujeito é inteiramente responsável por suas conquistas e posições na sociedade, e indicadores demonstram que, de maneira recorrente, a maioria das pessoas negras obtém resultados inferiores na hierarquia social, ou se conclui tratar-se de mero acaso, ou se imputa uma *deficiência de mérito* própria do grupo racial. Daí porque não é possível analisar a responsabilidade individual sem avaliar o contexto – histórico, social, político, cultural e jurídico –, capaz de condicionar em boa medida os resultados e posições do sujeito em dada sociedade¹⁵⁴².

Para se falar em absoluta responsabilidade do indivíduo, ter-se-ia de admitir capacidades idênticas e, além disso, iguais oportunidades de desenvolvimento dessas capacidades. Numa realidade como essa, a interferência estatal de redistribuição seria não apenas desnecessária, mas ilegítima e arbitrária, denotando estabelecimento de privilégios raciais.

Sendo os seres humanos, em sua individualidade, dotados de capacidades naturalmente distintas, o que se deve buscar é a igual oportunidade de desenvolvimento de suas próprias potencialidades que se, de fato, não são determinadas pela raça, podem encontrar obstáculos nas vulnerabilidades sociais decorrentes. E mais, não se pode negar que a raça é uma

¹⁵⁴¹ Em sentido semelhante, porém enfocando sua abordagem nas ações afirmativas raciais em universidades, cfr. Daniela Ikawa, *Ações afirmativas em Universidades*, p. 89 e ss. Para a autora, a densidade do sujeito é refletida no direito à redistribuição que deve levar em consideração a diferença que foi atrelada a hierarquias morais. Nesse sentido, afirma que “se essa densidade inclui, por exemplo, a pertença a determinado grupo racial que foi alçada a característica moralmente relevante pela história de uma determinada comunidade, essa pertença deve ser considerada na configuração do direito (...). Ainda, não considerar que essa pertença foi alçada a posições de menor reconhecimento e *status* econômico implica não considerar que a identidade do indivíduo está sendo marcada por hierarquias convencionais contrárias ao princípio da igualdade de respeito. Nesse sentido, direitos especiais devem ser reconhecidos para assegurar essa igualdade”.

¹⁵⁴² Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, *Racismo e Antirracismo no Brasil*, p. 174, afirma que “a sobrerrepresentação de pessoas com uma mesma característica ‘naturalizada’, em qualquer distribuição de recursos, deve ser investigada, não porque seja anormal, mas porque ‘sexo’, ‘cor’, ‘raça’, ‘etnia’ são construções sociais usadas, precisamente, para monopolizar recursos coletivos”.

das características que formam a identidade do indivíduo e a cegueira a essa especificidade, em determinados contextos, pode representar a negativa de valorização da essência do próprio sujeito.

À natural limitação da autonomia individual, portanto, não pode corresponder a irrestrita responsabilidade do sujeito. Assim, também o princípio meritocrático deve ser aplicado de maneira contextualizada. Caso contrário, estar-se-á desconsiderando as desigualdades autonômicas geradas pelos contextos vulnerabilizantes, o que, em última análise, corresponde a aferir o mérito conforme os privilégios. Isso porque se o mérito diz respeito à livre escolha das pessoas, ao desenvolvimento de suas potencialidades e aos seus esforços para alcançar o fim almejado, ignorar o contexto implica afastar a aferição do efetivo merecimento do indivíduo. Serão *merecedores* – com poucas variações – apenas aqueles cuja autonomia não enfrenta obstáculos significativos, num processo vicioso de restrição da igual liberdade de todos, em prol da máxima liberdade de poucos.

Ademais, deve-se pôr em causa ainda o próprio conteúdo do mérito¹⁵⁴³. Ou seja, os padrões de comportamento e resultado considerados *objetivamente mais dignos de merecimento* em cada setor. Por exemplo, aglutinaria mais mérito aquele candidato que obteve pontuação infimamente mais elevada que outro, cuja trajetória de vulnerabilidades raciais, familiares e econômicas é evidente? Ou, ao contrário, este último, em virtude de seus esforços superiores em relação ao seu concorrente? Não deveria ser o mérito observado a partir do desempenho e esforço individuais contextualizados? Ao contrário de violar o princípio do mérito, tal consideração não seria mais compatível com o julgamento do sujeito conforme suas características individualmente analisadas?

Por óbvio que a discussão a respeito do mérito dependerá, em grande medida, da esfera de atuação em questão. Assim, nas instituições de ensino superior, a maior probabilidade de sucesso acadêmico é um dos fatores apreciáveis, enquanto, em postos de trabalho, a maior demonstração de eficiência nos resultados da organização é de extrema relevância. Em outras palavras, os objetivos das instituições – não apenas internos, mas também relativos à sua função social ou econômica – determinam boa parte dos atributos individuais a comporem o conjunto de méritos relevantes na distribuição dos bens em disputa.

Sob essa ótica, as ações afirmativas consistem na flexibilização contextualizada do princípio meritocrático, cuja aplicação com exclusividade permitiria a prorrogação indefinida

¹⁵⁴³ Ronald Dworkin, *A discriminação inversa*, p. 446, afirma que “não há combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o ‘mérito’ no sentido abstrato”.

do *status quo*, até mesmo em termos raciais. Opera-se não a eliminação do mérito nos mecanismos de seleção, mas a sua correção, de modo a proporcionar a expansão da autonomia individual – para além da pertença a *raças hegemônicas* –, nos nichos em que há *acumulação racializada de oportunidades atribuíveis ao mérito*¹⁵⁴⁴.

Coloca-se em questão, ainda, a delimitação dos beneficiários das ações afirmativas raciais, apontando-se, de um lado, o caráter demasiadamente inclusivo das políticas correspondentes¹⁵⁴⁵. Isso porque, ao promover a (re)distribuição com base na pertença racial, tais medidas podem, na prática, beneficiar pessoas que não sofreram danos efetivos com a discriminação racial. Sob essa perspectiva, a ação afirmativa pressuporia que todos os membros do grupo racial beneficiário tenham sofrido ou sofram danos decorrentes da discriminação racial. Ocorre que os prejuízos da discriminação racial podem ser mensurados não apenas individualmente, a partir de fatos concretos de violação do direito à não discriminação racial, que exigem reparação jurídica dos danos¹⁵⁴⁶. Há diversas formas de manifestação do racismo – não apenas as diretas e explícitas – que alimentam o *estigma inferiorizante* de determinados grupos raciais, inculcando-o no imaginário coletivo. As desigualdades raciais não são resultado apenas de ações individuais, mas são robustecidas e perpetuadas a partir de reproduções sistêmicas e estruturais que operam abstraindo-se do indivíduo, na forma de *racismo institucional*.

Há, portanto, necessidade de convergência entre formas de reparação de discriminações individualmente sofridas e medidas de promoção da igualdade racial, para efetivo enfrentamento das diversas manifestações do racismo. Tomem-se a título de exemplo alguns casos concretos ocorridos nos Estados Unidos para melhor compreensão da necessidade de emprego dialógico de vertentes protetivas da igualdade racial.

Em 2000, a *Coca-Cola Company* foi acusada de práticas discriminatórias, por manter nítida hierarquia racial entre seus funcionários, sendo que os negros eram mantidos na base da escala salarial, percebendo, em média, U\$ 26.000, por ano, a menos que os funcionários brancos. No acordo firmado entre as partes, a empresa pagou 156 milhões de dólares em indenizações¹⁵⁴⁷. No caso ora apresentado, importa ressaltar que reparação foi paga a

¹⁵⁴⁴ A expressão é de Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, *Racismo e antirracismo no Brasil*, p. 203.

¹⁵⁴⁵ Cfr. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 27 e ss.

¹⁵⁴⁶ Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 81, em sentido contrário ao aqui esposado, defende que para se justificar a classificação racial a partir de medidas compensatórias, deve-se demonstrar que cada membro da raça beneficiária sofreu, de fato, o prejuízo a partir do qual é proposta a reparação.

¹⁵⁴⁷ Caso referido por James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 208.

indivíduos que foram efetivamente prejudicados pelas práticas discriminatórias empreendidas pela companhia.

No entanto, restringir as providências em prol da igualdade racial a medidas unicamente reparatórias aos indivíduos prejudicados pode redundar em manutenção do *status quo*. Em 1975, no caso *Local 28 of the Sheetmetal Workers Union v. EEOC*¹⁵⁴⁸, o Tribunal Distrital de Nova Iorque considerou o sindicato e seu comitê de aprendizado culpados por violação ao Título VII da Lei de Direitos Civis, de 1964. Constatou-se a prática de discriminação contra trabalhadores não brancos no recrutamento, seleção, treinamento e admissão ao sindicato. O Tribunal ordenou que a instituição cessasse a prática discriminatória e determinou a adoção de programa de ação afirmativa para incrementar, na ordem de 29%, o número de membros pertencentes a minorias raciais, nos seus quadros. Assim, a cada aprendiz não minoritário admitido em seu programa de treinamento, o sindicato deveria contratar um aprendiz minoritário, até satisfazer o percentual de 29%, proporção baseada no número de não brancos na reserva de trabalho na cidade de Nova Iorque da época.

Diferentemente do caso anterior, os principais beneficiários da decisão judicial foram membros de minorias raciais que não necessariamente sofreram prévia discriminação direta por parte do sindicato. Não faria sentido restringir a decisão a pessoas discriminadas no passado pela instituição – embora estas, demonstrada a prática discriminatória, tenham direito à devida reparação –, sob pena de não se alcançar nenhum efeito prático de alteração da realidade. Dito de outro modo, casuisticamente, o programa de ações afirmativas era o único meio de fazer com que cessasse a prática discriminatória e se incluíssem minorias raciais nos quadros do sindicato. Sob essa ótica, nota-se que nem sempre meras medidas reparatórias de danos efetivamente causados por discriminações passadas serão suficientes para garantir a inclusão e equilíbrio raciais.

Desse modo, essa perpetuação da hierarquização racial nas sociedades – de muito mais difícil combate do que manifestações individuais e pontuais de discriminação racial – causa danos coletivos e difusos a todos os membros do grupo estigmatizado, em menor ou maior grau, com impactos diretos ou indiretos. Nessa senda, as ações afirmativas funcionam como mecanismos de caráter preventivo – que buscam evitar a futura restrição de direitos de indivíduos pertencentes à raça em desvantagem –, mas também corretivo dos danos coletivos causados pela perpetuação da estratificação racial.

¹⁵⁴⁸ Disponível em «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/421/>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

De outra banda, diz-se que as ações afirmativas raciais seriam demasiadamente restritas¹⁵⁴⁹ ao deixar de beneficiar indivíduos que sofreram danos efetivos em virtude da discriminação, mas que não pertencem ao grupo racial beneficiário da medida. Dessa maneira, indivíduos que enfrentam desigualdades em virtude de outras diferenças e vulnerabilidades não são subsidiados pelas medidas positivas de ordem racial. Diz-se, então, que políticas compensatórias deveriam ser baseadas não na cor da pele, mas apenas nas privações efetivamente sofridas pelas pessoas. Tal argumento – na linha do que vem sendo defendido no presente estudo – reforça o caráter complementar, e não exclusivo, das medidas positivas raciais, que devem ser aplicadas sem prejuízo de políticas sociais ditas universais. Ademais, como já se disse, o foco nas discriminações concretamente vivenciadas negligencia os efeitos coletivos dos fenômenos discriminatórios, dentre os quais o racismo.

No que tange às críticas de natureza jurídica, pode-se dizer que a principal objeção que se aponta contra as ações afirmativas raciais diz respeito à violação do próprio princípio igualitário. Sob essa perspectiva, a raça não serviria de justificativa para o tratamento desigual na esfera pública, pois consistiria em conceder vantagens especiais com base em características físicas irrelevantes¹⁵⁵⁰. Afirma-se, então, que as ações afirmativas de caráter racial constituiriam violação da concepção igualitária segundo a qual todo indivíduo deve ser tratado a partir de suas características individuais de desempenho, e não conforme o grupo racial a que pertence¹⁵⁵¹. Nesse ponto, releva atentar para a não excepcionalidade das medidas positivas no que tange à consideração do indivíduo a partir de sua condição de membro de grupo específico. Diversas normas jurídicas são aplicadas tendo em conta categorias de pessoas, como nacionais de um país ou indivíduos de determinada faixa etária, analisando os méritos individuais no âmbito do grupo estabelecido. Sob essa ótica, a categorização dos sujeitos é prática inerente à ordem jurídico-legislativa.

A completa aversão à classificação racial para fins jurídicos – reação que não se repete, com a mesma intensidade, em relação a outras categorizações – pode ser atribuída, em parte, ao caráter suspeito do uso da raça, em parte à resistência na alteração *status quo*, ou

¹⁵⁴⁹ Cfr. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 29 e ss.

¹⁵⁵⁰ Cfr. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 24 e ss., para quem o princípio da igualdade representa uma verdade moral, associada à igual dignidade de todos os seres humanos e que lhes garante igual respeito da comunidade e das leis. Desse modo, a raça, enquanto mero *acidente de nascimento*, não teria peso moral. A partir desses fundamentos, o autor considera as ações afirmativas verdadeiras *preferências raciais*.

¹⁵⁵¹ Seymour M. Lipset, *Two Americas, two value systems: black and whites*, p. 1, assevera que as ações afirmativas introduziram uma nova abordagem de promoção da igualdade na América focada na igualdade para grupos, definida como igualdade de resultados, em contraposição à igualdade para indivíduos, definida como igualdade de oportunidades. Desse modo, as ações afirmativas trouxeram à tona o confronto entre igualitarismo e individualismo.

mesmo ao próprio racismo que, agora sob outros argumentos, nega a necessidade de promoção da igualdade racial. Note-se, ademais, que a condição de membro de determinado grupo (até mesmo racial) – antes de refletir na esfera jurídica – repercute nas relações sociais de maneira decisiva, operando, em muitos casos, como elemento determinante de inclusão ou exclusão. Assim, a ordem jurídica – condicionante da realidade fática, mas, ao mesmo tempo, por esta condicionada – não pode permanecer alheia a tão importante fator de vulneração social.

Argumenta-se, ainda, que as ações afirmativas raciais resultam na violação dos direitos de terceiros, não beneficiários das medidas. É que se de um lado tais medidas concedem benefícios a indivíduos pertencentes ao grupo eleito como beneficiário em razão de sua especial vulnerabilidade em determinado setor; de outro, consistiriam em restrição aos direitos individuais das pessoas que pertencem ao grupo racial em situação de vantagem, ainda que estas não sejam diretamente responsáveis pelo *status quo* de privilégios e desigualdades historicamente construído¹⁵⁵².

As ações afirmativas, nessa linha de intelecção, representariam violação ao direito à não discriminação racial dos indivíduos pertencentes a grupos racialmente hegemônicos. Por exemplo, ao se estabelecer reserva de vagas ou preferências para negros no acesso à universidade ou a cargos no serviço público, estar-se-ia impondo restrição à mesma prerrogativa de candidatos brancos, com base na mera pertença racial, o que violaria o direito à não discriminação racial destes últimos.

Decerto que um dos conflitos jusfundamentais mais complexos envolvendo o direito à igualdade ocorre no âmbito das medidas positivas. Isso porque, em muitos casos, eventuais demandas judiciais versarão sobre o conflito do direito à igualdade de uma das partes – seja um indivíduo ou um ente coletivo – *versus* o direito à igualdade da parte contrária. Ou seja, ambos os litigantes invocarão perante o Poder Judiciário o mesmo direito constitucionalmente protegido cuja titularidade possuem de igual maneira.

Com efeito, o princípio igualitário atua como limite, ao mesmo tempo em que constitui fundamento para adoção das ações afirmativas raciais. Nada obstante, outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos também podem figurar como limites a tais medidas, em especial o direito à liberdade. A título de exemplo, podem-se

¹⁵⁵² Ver Michael J. Sandel, *A ação afirmativa em questão*, p. 212. Ver também Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 33 e ss., que afirma que, não apenas os benefícios, mas também os encargos das ações afirmativas raciais são distribuídos injustamente, penalizando pessoas inocentes pelos erros anteriores que justificariam as preferências.

mencionar as chamadas cotas raciais no mercado de trabalho, que podem gerar questionamentos das empresas privadas quanto à suposta violação da liberdade contratual.

Em termos jurídicos, a questão se resolve casuisticamente, não podendo ser decretada *prima facie*, de maneira genérica, a violação do direito à não discriminação racial por toda medida de promoção da igualdade racial implementada. Decerto que o reconhecimento de direitos fundamentais pode implicar restrição de outras prerrogativas da mesma natureza, constatação inerente à dinâmica jusfundamental. A maior ou menor proteção a uma ou outra prerrogativa, no caso concreto, será empreendida ponderando-se os valores e interesses em voga, com o auxílio do princípio da proporcionalidade.

Atente-se, todavia, que as ações afirmativas não expressam manifestação de discriminação inversa, no sentido subalternizante de estratificação racial. Já se elucidou que o racismo e a discriminação racial que o materializa fundam-se na concepção de superioridade/inferioridade das raças, determinando as relações de poder nas sociedades. Em sentido oposto, as ações afirmativas não buscam inverter a dicotomização racial das sociedades por meio da inferiorização dos grupos raciais privilegiados¹⁵⁵³. Objetivam justamente alcançar equilíbrio racial, rompendo com a ideia de sobreposição de raças.

Deve-se também ponderar que, ainda que não se possa falar em responsabilidade direta e imediata dos sujeitos em situação de vantagem (em termos raciais), quer pela discriminação racial passada, quer pela presente, não há dúvidas de que estes gozam de privilégios decorrentes da preservação da hierarquização racial da sociedade¹⁵⁵⁴. A tais privilégios correspondem restrições aos membros de grupos raciais vulnerabilizados, realidade fática que justifica a distribuição de benefícios e prejuízos, fundada na ideia de responsabilidade coletiva, apenas compreensível a partir do reforço do princípio da solidariedade. Não necessariamente uma responsabilidade coletiva, ainda que indireta, pelos danos causados no passado, ou pela persistência destes no presente, mas pelo compromisso na construção de um futuro *racialmente* mais justo para todos¹⁵⁵⁵. Sob essa ótica, a consideração exclusiva do *mérito*

¹⁵⁵³ Para Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 27, no entanto, o uso discriminatório de classificações raciais (pelas ações afirmativas) não é menos injusto quando direcionado a brancos do que quando atingiu os negros. Em sentido oposto, James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 224, entende que os efeitos da classificação racial na ação afirmativa são inteiramente diversos daqueles inerentes à discriminação racial tradicional. Para o autor, a ação afirmativa não estigmatiza brancos, nem visa ao aumento do poder, autoridade, oportunidade e riqueza de um grupo já dominante. Pelo contrário, as ações afirmativas resultam em distribuição mais igualitária dos bens sociais e econômicos.

¹⁵⁵⁴ Cfr. James P. Sterba, *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, p. 266.

¹⁵⁵⁵ Ronald Dworkin, *Ação afirmativa: é justa?*, p. 606, afirma que “a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo (...). As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós”.

individualista quantificado representa um obstáculo à ideia de solidariedade social, porque cada um considera suas conquistas apenas como resultado de seus próprios méritos¹⁵⁵⁶, eximindo-se completamente de qualquer responsabilidade pelo destino do outro e da sociedade.

Nesse contexto, as ações afirmativas raciais constituem instrumento fundamental de mitigação dos efeitos do racismo institucional, que, como já visto, prescinde de demonstração de culpa para fundamentar a devida atuação do poder público. O direito à promoção da igualdade racial centra-se mais no estabelecimento de medidas de redistribuição capazes de minar os efeitos do racismo institucional do que na determinação de sua origem ou na atribuição de culpa.

Em 1989, no caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*¹⁵⁵⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou decreto municipal da cidade de Richmond, na Virgínia, que determinava às empreiteiras a subcontratação de empresas pertencentes a minorias raciais, no valor mínimo de 30% do contrato de obra pública. Para o Tribunal, a adoção de medidas afirmativas apenas se justificaria nas hipóteses em que a instituição pública visasse remediar os efeitos da discriminação por si praticada, direta ou indiretamente. Em outras palavras, a legitimidade para adoção de medidas de promoção da igualdade racial estaria condicionada à atribuição/reconhecimento de culpa por parte da instituição promotora da ação positiva.

Esse entendimento dissocia-se da concepção de racismo institucional aqui esposada, além de abrir espaço para equívocos entre justiça reparatória e justiça distributiva. A reparação, sim, mas não a distribuição ou compensação, pode exigir a delimitação de culpa para atribuição de responsabilidade. Seguindo-se essa lógica mecanicista de causa e efeito, os poderes públicos ficariam impedidos de realizar políticas distributivas – não apenas as de cunho racial – em contextos de desigualdade não provocados diretamente pelo Estado.

Sabe-se que fenômenos que exigem complexas medidas de redistribuição – como é o caso do racismo institucional – dificilmente podem ser atribuídos a um fator exclusivo, sendo mesmo resultado de uma conjuntura de elementos de ordem histórica, social, econômica, política, jurídica, dentre outras. Ademais, raramente, as instituições – em especial as de natureza privada – admitem explicitamente que praticam ou praticaram em passado recente atos discriminatórios (intencionais, ou não). Mesmo porque tal admissão pode suscitar sua responsabilização jurídica. Assim, em linhas gerais – salvo no âmbito de políticas estatais de

¹⁵⁵⁶ Ver Michael J. Sandel, *A ação afirmativa em questão*, p. 221.

¹⁵⁵⁷ Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

promoção da igualdade —, as instituições apenas se engajam em programas de ação afirmativa quando impelidas legal ou judicialmente.

A imposição de culpa como requisito para a atuação redistributiva estatal é, nesses moldes, incompatível com os objetivos de um Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais. Este deve estar orientado à garantia do *mínimo dignificante*, que envolve necessariamente a expansão igualitária da autonomia de todos, objetivo que não prescinde de ações afirmativas redistributivas de posições, poder, status e direitos, também em termos raciais, independentemente da atribuição de culpa.

Interessante questão que se coloca diz respeito à autoseparação racial e à promoção da igualdade racial por entidades privadas. Em linhas gerais, a autoseparação consiste no isolamento voluntário de determinadas comunidades com vista à manutenção de suas heranças culturais, étnicas raciais ou religiosas. Tal prática é comum entre comunidades de imigrantes que se concentram em determinadas regiões dos países de acolhimento.

À primeira análise, embora esse *afastamento autoprotcionista* possa carecer de virtuosidade em termos de integração social, não se vislumbra violação ao princípio igualitário¹⁵⁵⁸. Mas as circunstâncias precisam ser avaliadas detidamente, com especial atenção para o contexto e as vulnerabilidades socialmente impostas. A depender dos fundamentos e, principalmente, dos efeitos da autoseparação, esta pode representar graves ofensas à igualdade, especialmente se o isolamento se dá como resultado da exclusão social e estigmatização dos membros da comunidade. Ou seja, é preciso observar se a não integração é fruto do exercício da efetiva autonomia dos indivíduos envolvidos.

De outro modo, é possível vislumbrar circunstâncias em que a separação com supostos objetivos de autopreservação produza resultados de *exclusão social externa*. Suponha-se, por exemplo, que uma comunidade religiosa, sob o argumento da preservação de suas tradições e dogmas religiosos, instale-se separadamente, mantendo residências, escolas e empresas segregadas. Imagine-se agora que dita comunidade represente uma minoria religiosa em termos quantitativos e que concentre o poder político e econômico do país, em detrimento da maioria da população. Já não se vislumbram efeitos tão benignos e compatíveis com os princípios jurídicos vigentes num Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais.

Na mesma linha de entendimento, também a adoção de medidas de promoção da igualdade racial por particulares deve ser detidamente analisada e fundamentada. Se não se

¹⁵⁵⁸ Cfr. Carl Cohen, *Why race preference is wrong and bad*, p. 104, para quem a autoseparação, não sendo resultado de ação estatal, não resulta em prejuízo que deva ser remediado com medidas de preferência racial.

pode *a priori* considerar toda ação afirmativa racial empreendida por instituições privadas como ofensivas ao princípio igualitário, seus objetivos e efeitos precisam estar autorizados pela ordem jurídica vigente, sob pena de se configurarem preferências raciais deliberadas, ao invés de programas de efetiva inclusão racial de minorias racialmente vulnerabilizadas. Por óbvio que a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a prevalência da liberdade nas relações jurídico-privadas abrem espaço para preferências. Quando estas, no entanto, operam de modo a violar frontalmente o direito à não discriminação em determinados contextos, pode haver consequências jurídicas. A temática voltará a ser abordada na terceira parte do trabalho.

2.4. Direito à proteção da igualdade racial

A quarta dimensão da igualdade racial diz respeito ao direito à sua proteção. Trata-se de uma perspectiva a qual impõe que o Estado assuma posição ativa na proteção¹⁵⁵⁹ da igualdade racial, preservando-a de eventuais ameaças e combatendo ataques de terceiros e também das próprias entidades públicas¹⁵⁶⁰.

Assim, ao direito à proteção da igualdade racial corresponde o *dever de proteção* ou *deveres de ações protetivas* das prerrogativas jusfundamentais que compõem o direito à igualdade racial.

Os direitos de proteção configuram-se como direitos a ações positivas do Estado os quais não se contentam com a não intervenção ou omissão estatal, antes exigem um *fazer* por parte dos poderes públicos. Sob essa perspectiva, classificam-se entre os denominados direitos à prestação, pois reclamam um *agir estatal*. Demanda-se do Estado proteção dos direitos fundamentais, sob pena de torná-los ineficazes, meras promessas constitucionais sujeitas a toda

¹⁵⁵⁹ Sobre a origem da concepção de função protetiva do Estado no direito alemão, cfr. Dieter Grimm, *A Função Protetiva do Estado*, p. 149 e ss. Sobre o conceito de direito à proteção, cfr. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 450-451. Claus-Wilhelm Canaris, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, p. 239-240, referindo-se ao dever de proteção do Estado, aponta a discussão envolvendo a descriminalização do aborto na Alemanha. Considerou-se que a legislação a qual aboliu a punição das práticas abortivas na esfera criminal representou omissão no dever de proteção, uma vez que o Estado deixou de proteger o bem jurídico vida contra a intervenção de terceiros. Sobre o tema cfr. também Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 132 e ss.

¹⁵⁶⁰ Para Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 52, a consagração da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional vincula o Estado à sua prevenção e proteção contra intervenções advindas de particulares ou de outras entidades. O mesmo entendimento pode ser aplicado ao direito à igualdade racial, especialmente quando se leva em consideração sua estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

espécie de violação¹⁵⁶¹. Consistem em *mandamentos de defender, salvaguardar e proteger*¹⁵⁶², no que se diferenciam da estrutura basilar dos direitos de defesa, que impõem proibição de ação destrutiva.

Desse modo, se o direito à não discriminação racial – típico direito de defesa, dentre as dimensões da igualdade racial – revela proibição de atos discriminatórios fundados na raça, o direito à proteção dessa prerrogativa implica ações de salvaguarda antidiscriminatórias. Em outras palavras, a proteção do direito à não discriminação racial concentra-se na operacionalização de medidas proibitivas e punitivas de intervenções de particulares e de entidades públicas, impelindo-as a não atuarem de maneira racialmente discriminatória.

Como visto, o direito à igualdade racial é composto por outras prerrogativas jusfundamentais que transcendem a mera natureza defensiva e abrangem ações estatais para sua consecução, notadamente o direito à diferença e o direito à promoção da igualdade racial. Mas, como se daria a proteção desses direitos que envolvem prestações estatais? Ora, se essas prerrogativas para sua plena realização demandam a atuação dos poderes públicos, o direito à proteção correspondente consistirá na previsão de medidas capazes de impedir sua violação, ou seja, direcionando o cumprimento do *dever de agir*; suprimindo *omissões violadoras*.

Não basta, sob essa ótica, que as entidades públicas deixem de discriminar, assumindo mero papel omissivo ante o direito à igualdade racial. Cabe igualmente ao Estado garantir que os poderes constituídos ajam no sentido de proteger tal prerrogativa – em todas as suas dimensões –, seja punindo aqueles que a violarem, seja restaurando situações anteriores (quando possível), seja garantindo instrumentos que imponham a instituição de medidas de reconhecimento/valorização das diferenças e de promoção da igualdade racial, diante de eventuais omissões.

Nessa linha de intelecção, embora à primeira vista possa parecer que se trata de uma posição jurídica restrita à proteção do direito à não discriminação racial – enquanto prerrogativa de caráter negativo ou defensivo –, cuida-se de uma esfera protetiva abrangente de todas as dimensões do direito à igualdade racial. Isso porque a violação da igualdade racial se perpetua não apenas por meio de comportamentos ativos que representam intervenções no direito de defesa – direito à não discriminação racial e, em certa medida, direito à diferença –, mas também

¹⁵⁶¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Omissões normativas e deveres de proteção*, p. 121, defende a subjetivização *prima facie* dos direitos de proteção em deveres de proteção. Para o autor, p. 121-122, “a subjetivização *prima facie* significa, no fundo, que o sentido e necessidade de proteção concretos de um determinado bem só adquire os contornos de direitos de proteção definitivo depois da tomada em consideração (através de juízos de ponderação, através de restrições legais constitucionalmente admitidas) de outros direitos ou bens protegidos por normas de direitos fundamentais”.

¹⁵⁶² Cfr. Robert Alexy, *Da estrutura dos direitos fundamentais de proteção*, p. 467.

por meio de atos omissivos, nas circunstâncias em que se imponha a atuação estatal orientada à realização da igualdade rática. Assim, as omissões na promoção da igualdade racial ou na valorização/reconhecimento de diferenças também são posturas capazes de produzir violação ao direito à igualdade racial.

Dito isso, em linhas gerais, o direito à proteção se configura, essencialmente, como direito a atos positivos, o qual exige atuação dos poderes públicos orientada para a suficiente proteção da igualdade racial, seja por meio de atos administrativos, de atos normativos ou de atos judiciais. Tal prerrogativa protetiva, portanto, estabelece deveres: a) para a Administração Pública, que deve, por exemplo, aparelhar seus órgãos e criar mecanismos de combate à discriminação racial e de promoção da igualdade racial; b) para o legislador, a quem se impõe a emanção de normas (dever de legislar) antidiscriminação, normas de fomento da diversidade racial e da igualdade de oportunidades para as minorias étnico-raciais, além da previsão legal de instrumentos adequados de tutela jurídica; e c) para os tribunais, responsáveis pela interpretação e aplicação da ordem jurídica em consonância com os valores igualitários, em termos raciais.

As formas de proteção aventadas podem dar ensejo à seguinte classificação: a) *proteção normativa*, incumbida de revelar e delimitar o conteúdo das normas constitucionais, em especial no domínio da igualdade racial, em que certos direitos estão implícitos, mas extraíveis dos valores constitucionais; b) *proteção jurídica ou proteção-garantia*, que consiste na previsão – seja pelo legislador constitucional, seja pelo legislador ordinário – de instrumentos jurídicos adequados de tutela das diversas dimensões do direito à igualdade racial; c) *proteção prestacional*, efetivada especialmente por meio de atos administrativos; e, d) *proteção jurisdicional*, que diz respeito à atuação dos órgãos judiciais, que devem, na aplicação e interpretação das normas, buscar extrair o sentido ótimo da igualdade racial, sem prejuízo da observância dos demais direitos em tensão.

É importante que se evidencie, no entanto, que o dever (geral) de proteção não reclama de maneira decisiva e pré-estabelecida a atuação protetiva indiscriminada de todos os três poderes públicos. Tal definição apenas se dá de maneira contextualizada, a partir da análise de um dado sistema jurídico-constitucional e das normas e medidas já vigentes em torno da proteção do direito em questão.

Deve-se distinguir, portanto, se a proteção ao bem jurídico *igualdade racial* não prescinde da atuação do(s) ente(s) público(s) e em que medida, de modo a garantir proteção adequada e suficiente. Dessa maneira, o dever de proteção do Estado estará cumprido se houver medidas suficientes para acautelar os bens jurídicos assegurados pelas normas constitucionais

de direitos fundamentais. A natureza das medidas necessárias para tanto será determinada concretamente, a partir da análise do sistema jurídico e da atuação dos poderes públicos diante do bem jurídico-constitucional que se pretende proteger.

Nessa senda, a transmutação de um *dever de proteção prima facie* – traduzido como dever geral de proteção a partir da adoção de todas as ações cabíveis para a realização da proteção ótima da norma constitucional de direitos fundamentais – para um *dever de proteção definitivo* requer particular avaliação a partir do princípio da proporcionalidade¹⁵⁶³.

Aplicando-se tais premissas ao campo do direito à igualdade racial, poder-se-iam vislumbrar inúmeras medidas capazes de, isoladas ou cumulativamente, conferir proteção adequada e suficiente ao bem jurídico, como: financiamento de campanhas de conscientização contra o racismo e a discriminação racial; estruturação de centros de atendimento multidisciplinares para vítimas de racismo; promulgação de lei penal incriminadora da prática do racismo e da discriminação racial; adoção de ações afirmativas voltadas para a inserção de minorias étnico-raciais no mercado de trabalho e no ensino superior; medidas judiciais de colmatação da omissão legislativa em sede de promoção da igualdade racial.

Para a realização da efetiva proteção da igualdade racial, hão de se verificar, de modo pragmático e contextualizado – levando-se em consideração as desigualdades fáticas, as normas jurídico-constitucionais pertinentes e as medidas já existentes – qual a ação ou conjunto de ações que de maneira mais eficaz protegerá o bem da vida em questão.

Considere-se, hipoteticamente, que determinado ordenamento jurídico estabeleça diversas normas protetivas – de ordem cível e administrativa – da igualdade racial, na sua dimensão eminentemente defensiva (direito à não discriminação). Ocorre que, em termos práticos, verifica-se a insuficiência das normas dessa natureza para o combate à discriminação racial. Concluindo-se que, diante da ausência de norma penal incriminadora de atos de discriminação racial, não será possível alcançar a efetiva proteção do direito à não discriminação racial, então, constituirá dever do Estado a promulgação de lei que garanta a tutela penal do bem jurídico em questão.

Sob essa mesma perspectiva, suponha-se que, numa dada realidade sociojurídica, além do direito fundamental à igualdade racial extraível das normas constitucionais, a legislação infraconstitucional confira tutela cível, penal e administrativa a dito bem jurídico. Nota-se, porém, que, apesar do arcabouço legal de proteção e da correta aplicação da lei, dados estatísticos oficiais demonstram que determinado grupo racial permanece, ao longo dos anos,

¹⁵⁶³ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Omissões normativas e deveres de proteção*, p. 118 e ss.

submetido a desigualdades sociais cujo principal fator determinante é a raça. Constatando-se que sem a operacionalização de medidas afirmativas não se poderá alcançar a efetiva proteção da igualdade racial, constituirá dever do Estado a adoção de ações positivas de promoção da igualdade racial.

A questão de maior complexidade que se coloca diante dos direitos de proteção diz respeito aos seus custos, comuns aos ditos direitos à prestação. Evidenciam-se, no entanto, de maneira mais relevante para o presente estudo não tanto os custos financeiros decorrentes dos direitos de proteção, mas principalmente os *custos jusfundamentais*¹⁵⁶⁴. É que ações de proteção de direitos fundamentais – além das questões financeiras atinentes a todos os direitos, com maior expressão para os direitos prestacionais e, dentre estes, os de cunho social –, não raro estabelecem tensões com direitos de defesa também constitucionalmente assegurados. Por exemplo, se se estabelece que para a suficiente e adequada proteção do direito à não discriminação deve-se impedir o denominado discurso do ódio racial impõem-se limitações à liberdade de expressão, direito igualmente consagrado por norma constitucional de direitos fundamentais.

Note-se que tal questionamento pode ser suscitado para as demais dimensões do direito à igualdade racial, não apenas nos conflitos entre si – especialmente com o direito à não discriminação racial de outros titulares –, mas também com outros direitos fundamentais. Sob essa ótica, devem-se sopesar os interesses e forças sociais pré-existentes, justificadores da atuação dos poderes públicos, ponderando-se os bens e direitos conflitantes que – assim como a igualdade racial – são igualmente protegidos por normas constitucionais de direitos fundamentais.

Nesse ponto, chega-se, em termos de igualdade rática, à outra face da moeda. Com isso, quer-se fazer referência aos direitos de igualdade racial dos grupos não minoritários, nomeadamente o direito à não discriminação e à sua proteção. A proteção – seja normativa, jurídica ou prestacional – dos direitos de igualdade das *minorias étnico-raciais* não deixaria desprotegidos os mesmos direitos de outras raças?

Na transmutação do *dever de proteção prima facie* para o *dever de proteção definitivo*, consubstanciado, por exemplo, na adoção de medidas de promoção da igualdade racial, pode-se alegar restrição excessiva do direito à não discriminação racial de outros grupos que não sejam beneficiários da ação afirmativa. Argumentar-se-ia, então, a ocorrência de

¹⁵⁶⁴ Robert Alexy, *Da estrutura dos direitos fundamentais de proteção*, p. 466, afirma que “o problema principal desses direitos é que a proteção de uma pessoa significa uma intervenção na liberdade de outrem”.

excesso na proteção do direito à promoção da igualdade – dos grupos raciais vulnerabilizados –, de um lado, e de intervenção violadora do direito à não discriminação racial (direito de defesa) – dos demais grupos raciais –, de outro. Tal raciocínio – embora não seja aqui defendido ou refutado especificamente para os direitos apontados – corrobora a concepção de que direitos de proteção e direitos de defesa podem estabelecer entre si uma *relação dialética de colisão*¹⁵⁶⁵.

Nesse nível de desenvolvimento da investigação, importa ressaltar o que já é possível pressupor sobre a titularidade do direito à igualdade racial, a partir da abordagem sobre as dimensões anteriormente estudadas. O direito à não discriminação racial possui titularidade mais difusa, enquanto típico direito de defesa contra atos discriminatórios dirigidos a qualquer raça, e não apenas àquelas consideradas vulnerabilizadas, em dada sociedade. No que concerne ao direito à diferença, vislumbra-se excepcionalmente a titularidade de indivíduos pertencentes a grupos raciais não vulnerabilizados, notadamente no seu viés de não intervenção na autodeterminação identitária da pessoa. Quanto ao direito à promoção da igualdade racial, no entanto, a titularidade concentra-se, com exclusividade, nos grupos étnico-raciais sujeitos a processos de subalternização ensejadores de desigualdades fáticas, cujo fator determinante é a raça.

Evidenciada essa questão, diga-se que a proteção dos direitos à diferença – na sua esfera prestacional – e à promoção da igualdade racial dos grupos étnico-raciais subalternizados estará em potencial tensão com o direito à não discriminação racial dos indivíduos e grupos raciais ditos dominantes. Também nessas circunstâncias o direito à proteção apenas será delineado de modo a gerar um concreto dever de proteção estatal, a partir do sopesamento dos interesses e direitos constitucionalmente assegurados, com recurso à proporcionalidade.

Ademais, em sede de direito à proteção da igualdade racial – ainda em se tratando das suas dimensões subjetivas – pode-se constatar realidade em que há proteção suficiente em relação a determinado grupo racial e deficiente – ou ausência de proteção – em relação a outro grupo racial em situação semelhante de vulnerabilidade. É possível vislumbrar, por exemplo, a existência de proteção normativa suficiente e adequada, consistente na delimitação do direito à promoção da igualdade racial da população negra, sem que o legislador tenha se atentado para a necessidade de igual proteção normativa para a população indígena, igualmente considerada como grupo étnico-racial vulnerabilizado – embora com suas próprias especificidades –, por exemplo, no contexto brasileiro. Poder-se-á defender, nessas circunstâncias, a inconstitucionalidade por insuficiência ou ausência de proteção, diante da omissão do dever de

¹⁵⁶⁵ Cfr. Robert Alexy, *Da estrutura dos direitos fundamentais de proteção*, p. 468.

proteção normativa do direito à promoção da igualdade racial dos povos indígenas. Nesse caso, não se constata um conflito entre as dimensões da igualdade racial, mas a necessidade de proteção do mesmo direito – ainda que de modo diverso, conforme as especificidades – para grupos raciais diversos.

De todo modo, insta compreender que nem toda omissão do dever geral de proteção irá configurar inconstitucionalidade por omissão. Há de se analisar se o dever geral de proteção ou dever de proteção *prima facie* se converteu em dever definitivo de proteção, de acordo com o contexto fático-jurídico sob análise. É preciso demonstrar que a omissão – que pode não ser necessariamente normativa – acarreta como consequência a violação do direito fundamental desprotegido.

Interessante notar que, entendido dessa forma, o direito à proteção – não apenas dos direitos fundamentais de defesa, mas também daqueles de prestação – sobreleva a importância da máxima do *controle interpoderes*, na fórmula de freios e contrapesos, mas também na esfera da coordenação dos poderes para a supressão de omissões inconstitucionais. Daí a importância de mecanismos como o mandado de injunção previsto na Constituição Brasileira, de 1988. Tal concepção é de suma importância também para o desenvolvimento da ideia de *complementaridade protetiva* das ações dos poderes públicos, mormente diante da possibilidade de diversos meios de proteção – variáveis em sua natureza – o que amplia o espectro de autonomia dos entes estatais em prol da efetividade do bem jurídico a ser protegido. Com efeito, caso haja vários meios, autônoma ou conjuntamente, capazes de alcançar o mesmo fim protetivo, de forma eficaz, alargam-se as possibilidades de atuação das entidades públicas, diante da não verificação de exclusividade de um meio específico de proteção.

Elucidada a questão da titularidade dos direitos de igualdade racial e de seus *potenciais conflitos internos*, mencione-se que, como já dito, tensão semelhante pode ocorrer envolvendo direitos de igualdade racial e outras prerrogativas jusfundamentais, notadamente aquelas relacionadas à liberdade nas relações jurídico-privadas. A título de exemplo, poder-se-ia alegar que uma decisão judicial que – diante da situação fática de recusa de contratação de um candidato nos quadros de uma empresa privada, em virtude de sua raça – determina a obrigação de contratar, como medida de proteção do direito à não discriminação racial estaria restringindo em excesso a liberdade da contratante. E, em contrapartida, estabelecendo medida excessivamente protetiva do direito à não discriminação racial, em ofensa à proibição do excesso, decorrente da não observância da máxima da proporcionalidade. Tal alegação permite afirmar que, ainda que se trate de uma intervenção justificada pela proteção de um direito fundamental, é possível se invocar a violação de um direito de defesa, sendo necessário

recorrer-se à máxima da proporcionalidade, de modo a alcançar otimização dos direitos fundamentais em tensão.

Dessa maneira, o dever de proteção tornar-se-á definitivo – seja ele atribuído a atos legislativos, administrativos ou judiciais – se a ação estabelecida for meio adequado, necessário e proporcional para alcançar a proteção da igualdade racial, na dimensão específica que estiver em causa. Como é sabido, a máxima da proporcionalidade compreende três etapas de avaliação para sua consecução: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Aplicar-se-á a tríade, de modo não casuístico, ao potencial conflito por excelência vislumbrado em sede de direito à igualdade racial: aquele entre o direito à promoção da igualdade racial e o direito à não discriminação racial.

Pela submáxima da adequação, verifica-se se a medida de proteção de um direito e restritiva de outro direito fundamental adota meios adequados para o alcance dos objetivos estipulados. Se se trata de meio não adequado, a intervenção no direito de defesa é desproporcional, o que torna a medida de proteção do *direito fundamental contraposto* inconstitucional. Em sede de normas que, visando à proteção do direito à promoção da igualdade racial, estabelecem cotas raciais para ingresso no serviço público – definindo como objetivos a igualdade de oportunidades, o combate às desigualdades raciais na esfera do trabalho e o aumento da representatividade da população negra no serviço público – deve-se questionar se a ação afirmativa na modalidade cotas é adequada para alcançar os objetivos estipulados.

A partir do critério da necessidade, por sua vez, deve-se avaliar se o meio protetivo escolhido é – dentre todos aqueles que igualmente alcançam a proteção do direito – o que de forma menos intensa interfere no direito de defesa em tensão. O que se indaga aqui é se a cota racial – sendo medida adequada para alcançar os fins determinados – configura-se, dentre os demais mecanismos de promoção da igualdade racial, como aquele que traz menor prejuízo ou intervenção no direito à não discriminação racial dos grupos não beneficiários das cotas. Veja-se que, sendo as cotas certamente a modalidade mais interveniente de ação afirmativa, deve-se vislumbrar se há outras medidas igualmente adequadas para atingir as metas fixadas, no contexto histórico social e jurídico-constitucional em questão.

Já de acordo com a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, considerando-se que “quanto maior for o grau de não-realização ou afetação do direito de defesa, maior deve ser a importância de realização do

direito a ser protegido”¹⁵⁶⁶. Nessa fase da análise, se ultrapassadas as demais etapas, cabível é a ponderação dos bens jurídicos em tensão, estabelecendo o grau de importância, por exemplo, da promoção da igualdade racial da população negra na esfera do trabalho, enquanto valor constitucional de maior relevância e emergência, quando comparado com o alegado direito à não discriminação racial da população branca.

Estabelecidas essas premissas, vale enfatizar que ao direito à proteção da igualdade racial corresponde, portanto, um correlato dever de proteção dirigido, primordialmente, ao Estado, que deve cumpri-lo de forma equilibrada, no patamar entre a proibição de déficit e a proibição de excesso¹⁵⁶⁷.

Note-se que a questão da suficiente proteção dos direitos fundamentais envolve – para além da abordagem meramente material, que este estudo prioriza – uma perspectiva processual, porque diz respeito também aos meios processuais, garantias ou mecanismos de tutela que tornam efetivas essas prerrogativas¹⁵⁶⁸. Esse dever de proteção pode ser traduzido em diferentes formas de tutela da igualdade racial, desde a tutela constitucional e internacional, sem prejuízo daquelas de natureza penal, civil e administrativa.

Apenas para suscitar a reflexão, um dos pontos que se coloca em torno da tutela constitucional diz respeito à aptidão das respectivas normas para a produção de efeitos diretos, independentemente de interposição legislativa, questão que – como já se desenvolveu em outras oportunidades¹⁵⁶⁹ – se assenta também na densidade normativa dos preceitos da Constituição.

¹⁵⁶⁶ Cfr. Robert Alexy, *Da estrutura dos direitos fundamentais de proteção*, p. 469.

¹⁵⁶⁷ Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, sobrepõe também o papel do princípio da proporcionalidade enquanto critério de controle da proteção deficitária do Estado, esfera em que é manejado para proibição de insuficiência e associado a um dever de tutela exigível objetivamente.

¹⁵⁶⁸ Cfr., entre outros, Gregorio Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, p. 348 e ss.; Jesús García Torres e Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 15 e ss.; Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 110; Christian Starck, *Derechos fundamentales y derecho privado*, p. 75 e ss. É sob a ordem processual do problema que se discute, na Espanha, a possibilidade de ajuizamento, por sujeitos privados, do recurso de amparo para proteção de direitos fundamentais. Sobre a dimensão processual do *Drittwirkung* no ordenamento jurídico espanhol, cfr. Juan María Bilbao Ubillos, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 322 e ss. Para o autor, embora a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol exclua do âmbito do procedimento constitucional de amparo as pretensões não dirigidas contra atos dos poderes públicos, essa previsão legal não tem o alcance que, por vezes, lhe é atribuído, sendo possível o ajuizamento de amparo para proteção de direitos fundamentais diante de agressões de terceiros. Sobre a necessidade ou não de criação do recurso de amparo na ordem jurídica portuguesa, cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, p. 155 e ss.; Diovana Barbieiri, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?*, p. 333 e ss. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 128, crítica a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro que apenas admite recurso extraordinário nos casos de violação direta da Constituição.

¹⁵⁶⁹ Ver Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar*; *Idem*, *Discriminação positiva e vinculação da Administração Pública à promoção da igualdade racial – Análise à luz dos princípios fundamentais de Direito Administrativo*.

A depender do grau de importância conferido pela Constituição à proteção da igualdade racial, associado ao contexto das relações sociorraciais, verifica-se uma tutela mais ou menos explícita de tal prerrogativa jusfundamental – sem prejuízo das normas e direitos correlatos extraíveis do sistema e dos valores constitucionais.

Desse modo, há Constituições que, para além da *positivação negativa* do direito à igualdade racial – que sobreleva sua dimensão defensiva (não discriminação) – estabelecem também enunciados normativos de promoção da igualdade racial e de garantia do direito à diferença. A exemplo da vigente Constituição brasileira, há legisladores constituintes que pré-estabelecem a tutela penal do direito à não discriminação racial, determinando proteção legislativa criminal específica contra a discriminação racial. De todo modo, eventual *incompletude da tutela constitucional* – seja em virtude da insuficiente densidade normativa, seja pela remissão à proteção legal – exigirá a adaptação e complementação por meio do dever de conformação do legislador infraconstitucional, o que não significa a total e automática inviabilidade de extração de efeitos jusfundamentais diretamente dos enunciados constitucionais.

A concretização das prerrogativas jusfundamentais exige a sua incidência direta e imediata – porém não absoluta e automática – também no âmbito das relações travadas entre particulares. Nesse sentido, é importante pontuar que a tutela constitucional dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não se limita a uma obrigação geral de abstenção, podendo abarcar – explícita ou implicitamente – vertentes preventivas, repressivas e corretivas das violações perpetradas¹⁵⁷⁰. Sob essa ótica, das normas constitucionais podem resultar diretamente deveres de abstenção e de proteção dirigidos aos particulares e aos poderes públicos; imposição de reparação dos danos causados pela violação dos interesses e direitos constitucionalmente consagrados; ou mesmo invalidação dos atos jurídico-privados praticados em desconformidade com a Constituição. Não se pode olvidar que a questão da *Drittwirkung* diz respeito à própria relação entre os entes estatais, podendo resultar num protagonismo do Poder Judiciário¹⁵⁷¹, detentor da última palavra em sede de força vinculativa dos direitos fundamentais no âmbito dos negócios jurídico-privados.

¹⁵⁷⁰ Cfr. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 259.

¹⁵⁷¹ Manifestando-se sobre o tema, Alexei Julio Estrada, *Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, p. 122, afirma que “(...) los tribunales constitucionales asumen el papel protagonista en este difícil juego de competencias, a tal punto que eclipsan a los restantes poderes estatales, mientras que por otra parte se acercan cada vez más al ciudadano común, quien los ve como la última - en algunos casos también la única – posibilidad de hacer efectivos sus derechos”.

No que diz respeito à tutela de natureza civil – assim denominada de maneira genérica para fins de distinção em relação às demais formas de tutela abordadas –, é de se notar que esta se volta de modo especial, mas não necessariamente exclusivo, para as relações entre particulares, a exemplo dos ramos do Direito Civil, do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor.

A proteção contra *conduta discriminatória de natureza privada* – conforme já se defendeu anteriormente¹⁵⁷² – pode gerar um *dever de contratar*, por meio de ação para imposição de obrigação de fazer¹⁵⁷³, sem prejuízo do dever de indenizar a parte discriminada, pelos danos patrimoniais e morais eventualmente produzidos. No âmbito da tutela civil da igualdade racial, importa salientar a dificuldade de demonstração do propósito discriminatório no tráfico das relações jurídico-privadas – nomeadamente por conta da dispensabilidade de motivação. Sob esse prisma, a instituição de inversão do ônus da prova é mecanismo importante para a minimização de tal obstáculo à proteção do direito à igualdade racial, mais especificamente da sua dimensão defensiva. Veja-se o exemplo do ordenamento jurídico português, que, no artigo 6º da Lei nº 18, de 2004, estabelece que cabe à vítima provar o tratamento diferenciado, apontando indícios de discriminação, para, então, transferir para a contraparte o ônus de demonstrar a inexistência de conduta discriminatória, ou a existência de um interesse justificável¹⁵⁷⁴.

Já no que tange à tutela administrativa da igualdade racial, uma das principais formas de proteção consiste na previsão de sanções pecuniárias e restrições de ordem administrativa às entidades públicas e privadas por suas condutas ou mesmo omissões violadoras da prerrogativa jusfundamental sob análise. O recurso a outras formas de tutela – sejam estas mais ou menos gravosas ao ofensor do direito violado – não impede a aplicação dos instrumentos garantísticos de cunho administrativo que podem assumir caráter complementar e não necessariamente subsidiário. Na esfera administrativa, além das multas, há a possibilidade de sanções acessórias, como suspensão de alvarás, licenças ou autorizações; interdição do

¹⁵⁷² Ver Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar*.

¹⁵⁷³ Poder-se-á recorrer à execução específica, por meio da demonstração de que o contrato teria sido seguramente firmado, não fosse a conduta discriminatória, e de que ainda pode sê-lo.

¹⁵⁷⁴ Antes da promulgação da mencionada lei, Guilherme Machado Dray, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, p. 290 e ss., já defendia a aplicação da inversão do ônus da prova nos casos de discriminação no acesso ao emprego, cabendo, tão somente, ao trabalhador lesado a indicação de uma “factualidade indiciadora da existência de uma discriminação”.

exercício de atividades que dependam de autorização pública; privação do direito ao recebimento de benefício público, dentre outras.

No tocante à tutela penal, o principal questionamento diz respeito à sua imprescindibilidade diante das demais formas de tutela cabíveis, haja vista sua consideração como *ultima ratio* do *ordenamento jurídico repressivo*. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece que os Estados-Partes adotem medidas positivas destinadas a eliminar qualquer ato passível de incitar a discriminação racial, incluindo a tutela de ordem penal (artigo 4º, alínea “a”¹⁵⁷⁵). Num contexto em que a colonialidade ainda persiste incrustada nas mais diversas esferas da vida em sociedade, a criminalização do racismo e dos atos decorrentes de preconceito/discriminação racial pode se revelar de fundamental importância para a busca de efetiva igualdade entre todas as raças. Nada obstante, deve-se ter sempre em conta, nessa seara, o princípio da proporcionalidade sancionatória¹⁵⁷⁶, o que não deixa de guardar imbricada relação com o contexto sociorracial que circunda cada ordem jurídico-política.

3. Natureza jurídica da igualdade racial

Identificadas as dimensões ou feixes de prerrogativas que compõem a igualdade racial, o estado da investigação permite avançar um pouco mais para apresentar algumas premissas acerca da natureza jurídica da igualdade racial.

Os textos constitucionais vigentes nos Estados contemporâneos podem não se referir expressamente a princípios ou direitos de *igualdade racial*. De fato, desconsiderando-se o atual estágio de desenvolvimento da hermenêutica e da dogmática jurídicas para, em contrapartida, levar-se a cabo uma interpretação marcada por excessivo apego ao texto normativo, poder-se-ia defender que muitas Constituições desprezam prerrogativas pertinentes à igualdade racial.

Entretanto, é certo que a norma jurídica não se confunde com o dispositivo normativo, razão pela qual a ausência da expressão *igualdade racial* ou de enunciados

¹⁵⁷⁵ “Artigo 4º (...) a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento”.

¹⁵⁷⁶ Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais – vol. I*, p. 659, observa o papel do Direito Penal Político na delimitação entre o lícito e o ilícito criminal, resumindo a necessidade de proporcionalidade e ponderação nessa esfera, afirmando que “a tolerância não pode permitir uma intolerância sem limites, nem o respeito pela diferença pode deixar de admitir uma intolerância limitada”.

constitucionais a ela pertinentes, de maneira explícita, não autoriza concluir precipitadamente que se trata valor de situado meramente no plano axiológico, e não deontológico.

De certo que à Constituição, enquanto repositório das decisões políticas fundamentais da sociedade, não cabe delimitar circunstanciadamente o sentido e extensão da igualdade racial, sob pena de impor uma concepção rígida contrária ao dinamismo das relações sociorraciais e, por isso, atentatória da própria estabilidade constitucional. Desse modo, a igualdade racial surge nos textos constitucionais como valor indissociável de todo Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, em decorrência mesmo dos princípios que lhe são inerentes e da centralidade que neste se atribui à dignidade da pessoa humana.

Sob esse prisma, a constitucionalização da igualdade racial é decorrência do fenômeno da constitucionalização da própria dignidade humana, que vem acompanhado do alargamento da normatividade dos direitos fundamentais em consonância com as novas demandas da sociedade contemporânea. Sob essa perspectiva, reconhecida a juridicização constitucional da igualdade racial enquanto princípio e direito fundamental, forçoso é atribuir-lhe imperatividade e eficácia jurídica, decorrentes da própria força normativa da Constituição.

Na linha de entendimento já desenvolvida a respeito das funções da dignidade da pessoa humana, não há dúvidas de que a igualdade racial mantém imbricada relação com o princípio dignitário, por representar a densificação material deste em termos de *igual dignidade racial*. A fundamentalidade material da igualdade racial liga-se à concepção de *mínimo dignificante* como núcleo essencial das prerrogativas jusfundamentais, tendo em vista o bem jurídico que se almeja garantir.

Conforme já se elucidou, a igualdade racial – que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, ao tempo em que a concretiza – materializa-se a partir de dimensões que traduzem funções defensivas, promotoras e protetivas da igual dignidade racial. Nessa toada, a igualdade racial deriva de maneira especial e direta da dignidade da pessoa humana – associando-se inexoravelmente à concretização do valor dignitário para todas as raças –, o que lhe confere fundamentalidade substancial. Não há como promover a dignidade de todas as pessoas destacando do seu conteúdo elementar a igualdade em termos raciais, uma vez que a raça é fator identitário essencial do indivíduo e cuja *valoração social inferiorizante* tem gerado graves violações de direitos fundamentais.

Cada uma das vertentes identificadas da igualdade racial – sejam aquelas de caráter eminentemente defensivo, sejam as de viés primordialmente prestacional – externa a indissociabilidade entre esta e a dignidade da pessoa humana nas suas variadas dimensões. Assim, as dimensões dignitárias – recorde-se: como singularidade biopsíquica, como

autonomia, como reconhecimento e como condições materiais – não podem ser compreendidas sem a qualificação igualitária também em termos raciais. Admitir o contrário seria permitir – diante da persistência da colonialidade e de seus efeitos *racionalmente hierarquizantes* – a universalização do valor dignitário apenas para determinadas raças.

Posto isso, nos Estados sob regime democrático e social de direitos fundamentais, ainda que não se possa identificar sob a perspectiva teórico-formal o direito fundamental à igualdade racial no texto constitucional, sua fundamentalidade material impõe a sua consideração a partir da *função de abertura* do princípio da dignidade da pessoa humana. Como visto, este é critério de fundamentalização de direitos não expressamente previstos na Constituição, ou, dito de outro modo, base de reconhecimento de *novos* direitos fundamentais materiais.

Recorde-se, ainda, a existência, em determinadas ordens constitucionais, da chamada cláusula de abertura, que reconhece o caráter exemplificativo dos direitos fundamentais no texto constitucional, estabelecendo *fontes de alimentação do sistema jusfundamental*. Sob essa ótica, a cláusula da não taxatividade permite a abertura do sistema jurídico-constitucional aos direitos materialmente fundamentais que não se encontrem positivados explicitamente nos enunciados da Constituição, vislumbrando-se, então, porta de entrada para a constitucionalização da igualdade racial. Para mencionar ordenamentos jurídicos específicos, recorde-se que tanto a Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º, § 2º) quanto a Constituição da República Portuguesa (artigo 16, nº 1) consagram a denominada cláusula aberta, absorvendo outros direitos materialmente fundamentais, sejam estes decorrentes das leis ou das regras aplicáveis de direito internacional; estejam, ou não, expressamente previstos no texto constitucional. Não se quer, com isso, afirmar que a partir de Constituições desprovidas de cláusula de abertura não se possa reconhecer a constitucionalidade da igualdade racial, mas apenas que aquela antecipa o compromisso constitucional de fundamentalização de *novos direitos*.

O caráter multifuncional dos direitos fundamentais¹⁵⁷⁷ admite que deles se extraiam, a um só tempo, posições jurídico-subjetivas dos cidadãos, princípios retores da atuação estatal, e imposições de deveres aos poderes públicos e, até mesmo, às entidades privadas. Enquanto

¹⁵⁷⁷ Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 75, observa que os direitos fundamentais se configuram como categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques. Sobre a conceituação dos direitos fundamentais, cfr. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 287 e ss.

fundamentos da ordem jurídica e essência do Estado constitucional¹⁵⁷⁸, as prerrogativas jusfundamentais consolidam valores basilares, revestindo-se de especial força vinculativa.

Admitindo-se, portanto, a jusfundamentalidade da igualdade racial, pode-se afirmar que tal prerrogativa reveste-se tanto da dimensão objetiva quanto da dimensão subjetiva, inerentes aos direitos fundamentais. No primeiro sentido, assume posição hierarquicamente superior às normas de direito ordinário – considerando-se o seu caráter de norma materialmente constitucional –, capaz de afastar qualquer regramento jurídico violador de sua essência. No segundo, confere aos seus titulares posições jurídico-subjetivas que vinculam os poderes públicos, sem deixar de refletir sua vinculabilidade também em meio às relações jurídico-privadas¹⁵⁷⁹.

Nessa esteira, numa perspectiva objetiva¹⁵⁸⁰, a igualdade racial funciona como subprincípio – derivado do princípio geral da igualdade – que se propaga pelo sistema jurídico, vinculando a atuação de todos os poderes públicos e reforçando a imperatividade dos direitos de igualdade racial. No âmbito de sua natureza principiológica, a igualdade racial deve ser considerada na sua relação com os demais princípios que informam a ordem constitucional, influenciando na ponderação interpretativa empreendida casuisticamente. Nesse ponto, já esboçadas as ramificações constituintes da igualdade racial, pode-se concebê-la como estrutura jurídico-axiológica decorrente do princípio da igualdade, da qual emanam prerrogativas e seus deveres correlatos, orientados para o alcance de igual dignidade racial.

Para além de sua dimensão objetiva, a igualdade racial é consagrada ainda em sua vertente subjetiva, determinando o estatuto jurídico dos indivíduos e dos grupos raciais em suas relações com o Estado e com os entes privados. Nessa senda, defende-se a existência de um *direito fundamental à igualdade racial*, composto de quatro dimensões jurídico-subjetivas – direito à não discriminação racial, direito à diferença racial, direito à promoção da igualdade racial e direito à proteção da igualdade racial – que se correlacionam de modo a revelar o *conteúdo ótimo* concretizador da igual dignidade racial.

¹⁵⁷⁸ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 67-68.

¹⁵⁷⁹ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, p. 292-293.

¹⁵⁸⁰ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cfr. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 105 e ss.

4. Conteúdo essencial do direito à igualdade racial

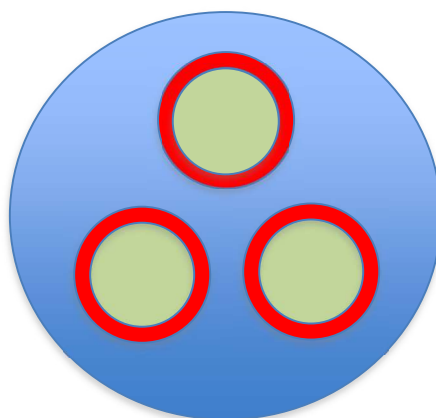
O conteúdo do direito fundamental à igualdade racial revela dimensões que mantêm entre si, ao mesmo tempo, uma relação de complementaridade e de relativa autonomia. Cada uma das prerrogativas estudadas desempenha a função de compreensibilidade e integração do sentido das demais, na composição do *organismo jusfundamental otimizado*. Nessa senda, tais dimensões elucidam a noção de igualdade racial, delimitando seu espaço no sistema de direitos fundamentais e, por conseguinte, orientando a consolidação de sua densidade normativa.

Assim, embora se configurem como elementos constituintes do direito fundamental à igualdade racial, não deixam de ser prerrogativas de caráter independente, que podem ser pleiteadas autonomamente, sem prejuízo da recíproca interpenetração – fator que pode até mesmo reforçar os argumentos em prol de sua concretização.

Das vertentes identificadas, o direito à proteção da igualdade racial pode ser considerado o mais instrumental, pois serve, de modo mais evidente, à materialização dos demais. Daí porque, sem se amalgamar com as demais prerrogativas da igualdade racial, forma uma espécie de elmo protetor que envolve cada uma das dimensões apontadas. Decerto que não faria sentido – pelo menos, não na defesa de um *conteúdo maximizante* como o que se desvendou – vislumbrar *direitos de igualdade racial* desprovidos de sua respectiva esfera de proteção.

Pode-se perceber melhor a composição ora apresentada a partir da seguinte representação gráfica:

Figura 1



O círculo maior (em azul) representa o direito à igualdade racial, que comporta em si três outros círculos (em verde), cada um deles figurando como uma das dimensões identificadas: o direito à não discriminação racial, o direito à diferença racial e o direito à promoção da igualdade racial. Consoante o esquema acima delineado, cada prerrogativa jusfundamental está envolta por um anel (em vermelho) que simboliza o direito à proteção da igualdade racial, o qual se manifesta sob uma de suas facetas, conforme a prerrogativa a ser protegida. Assim temos: o direito à não discriminação racial, circundado pelo direito à proteção da não discriminação racial; o direito à diferença racial, envolto pelo direito à proteção da diferença racial; e, enfim, o direito à promoção da igualdade racial cingido pelo direito à proteção da promoção da igualdade racial.

Após a indispensável elucidação desses pontos preliminares, avança-se para a abordagem do conteúdo essencial do direito fundamental à igualdade racial. Questiona-se: além do conteúdo máximo ou ótimo do direito à igualdade racial, poder-se-ia vislumbrar também um conteúdo mínimo ou essencial dessa prerrogativa? Caso positivo, quais das dimensões igualitárias estudadas integrariam esse núcleo essencial?

Já se evidenciou que o direito fundamental à igualdade racial compõe o que se denominou de *mínimo dignificante*. Porém, tal constatação não é conclusiva quanto ao conteúdo essencial da prerrogativa jusfundamental estudada.

O conteúdo essencial de um direito fundamental pode ser considerado sob duas perspectivas diversas: a objetiva e a subjetiva. Num enfoque de cunho objetivo, levam-se em consideração, na definição do conteúdo essencial, a relevância e o sentido do direito fundamental naquele contexto sociojurídico específico, determinando-o objetivamente *a priori*. Sob esse prisma, a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental implica a proibição de restrições capazes de minar a eficácia do direito, tornando-o sem significado abstratamente¹⁵⁸¹. Dirige-se de modo mais nítido à limitação da atuação do legislador, no sentido de não esvaziar o sentido dos direitos fundamentais, no que se aproxima das cláusulas pétreas previstas em algumas constituições contemporâneas, como a Constituição Brasileira, de 1988. Mas com elas não se confundem, já que nos sistemas constitucionais desprovidos dessa categoria de cláusulas persiste a noção de conteúdo essencial, em sua vertente objetiva, como forma de limitação material não apenas ao poder de reforma da Constituição, mas principalmente ao poder de conformação do legislador ordinário.

¹⁵⁸¹ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 185.

Explica-se: um direito pode não ser abolido nem ter seu sentido esvaziado diretamente em decorrência de uma reforma constitucional (resultado que as cláusulas pétreas visam impedir), mas, ainda assim, ser atingido por restrições legislativas que o tornem inócuo. É justamente nesses casos que a noção de conteúdo essencial objetivo se apresenta mais relevante: para que o legislador ordinário, na sua tarefa de concretização dos direitos fundamentais, não acabe por subtrair o conteúdo essencial do direito a ser concretizado ou de outros direitos que com ele possam colidir¹⁵⁸².

Embora relevante, o enfoque objetivo pode, no entanto, mostrar-se pouco significativo para a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nas situações concretas, devendo ser, por isso, complementado pela perspectiva de caráter subjetivo¹⁵⁸³.

Do ponto de vista subjetivo, o controle da restrição ao conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser feito casuisticamente, analisando-se se houve ou não violação ao seu núcleo diante de cada situação individual que se apresente. Caso contrário – restringindo-se a um enfoque puramente objetivo do conteúdo essencial –, a proteção de posições jurídico-subjetivas seria insuficiente ou mesmo ineficaz. Pode ocorrer que, casuisticamente, o conteúdo essencial objetivamente considerado de um direito fundamental permaneça intacto, sem que com isso se impeça a restrição ou mesmo supressão de relevante conteúdo desse mesmo direito fundamental no caso concreto. Dessa maneira, o aplicador do direito deve também respeitar o conteúdo essencial do direito fundamental quando da análise e decisão das demandas que lhe são postas à apreciação. E, para tanto, alimentar-se-á também dos paradigmas estabelecidos a partir da noção objetiva de conteúdo essencial, os quais serão adaptados às singularidades da situação particular.

Num outro plano, as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dividem-se em absolutas e relativas, também conhecidas como teorias do núcleo duro e teorias do núcleo flexível. A primeira propugna que cada prerrogativa jusfundamental é dotada de um conteúdo essencial absoluto, de um núcleo duro com contornos precisos e intransponíveis, independentemente das circunstâncias fáticas e dos conflitos jurídicos existentes no caso concreto. Nessa linha de entendimento, cada direito fundamental possuiria um conteúdo normativo abstratamente determinado, impassível de restrições ou relativizações. Haveria,

¹⁵⁸² Foca-se aqui nos limites materiais – relacionados ao conteúdo das intervenções – à atividade conformadora (e, portanto, também limitadora) do legislador. Nada obstante, é importante recordar que tal atividade encontra também limites de ordem diversa, a exemplo daqueles de natureza procedimental que tanto quanto os de natureza material podem levar à invalidação da norma restritiva.

¹⁵⁸³ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 186.

portanto, um núcleo essencial que representaria um limite objetivo pré-estabelecido para a atuação do intérprete¹⁵⁸⁴.

Levando em consideração que a defesa de um conteúdo essencial absoluto não se confunde com a adesão à noção de conteúdo essencial imutável, Virgílio Afonso da Silva segue a proposta de Claudia Drewns de distinção entre *teorias absolutas dinâmicas* e *teorias absolutas estáticas*¹⁵⁸⁵.

Para a primeira corrente, do caráter absoluto não resulta a inadaptabilidade temporal do conteúdo essencial do direito fundamental. Desse modo, esse núcleo essencial deve ser protegido de modo absoluto, no sentido de que não pode ser submetido a relativizações ditadas por urgências e contingências¹⁵⁸⁶.

A segunda linha doutrinária defende que o conteúdo essencial possui contornos absolutos não apenas no sentido espacial, mas também no sentido material-temporal, garantindo sua intangibilidade e, ao mesmo tempo, sua invariabilidade. Esse núcleo essencial absoluto e imutável – ao contrário do modelo dinâmico – reservaria mais espaço para a conformação do direito, sem, no entanto, impedir a evolução ou ampliação do restante do seu conteúdo (não essencial). De outro modo, embora não represente uma paralisação evolutiva do direito como um todo, a partir da concepção estática – que proíbe a transposição do conteúdo essencial – também não será possível a ampliação desse núcleo, ainda que à prerrogativa jusfundamental tenham sido agregadas faculdades diretamente relacionadas à proteção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o conteúdo essencial do direito será aquele estabelecido quando de sua concepção naquela realidade jurídico-constitucional, não sofrendo involuções nem evoluções de caráter material.

As teorias relativas, por seu turno, entendem que o conteúdo essencial de um direito fundamental apenas pode ser determinado caso a caso, a partir da análise das condições de fato e de direito envolvidas. Não haveria, nesse sentido, um conteúdo essencial abstrato, com contornos precisos e definidos *a priori* para cada direito fundamental. Apenas diante das circunstâncias do caso concreto seria possível delimitar os contornos desse núcleo essencial que se caracterizaria, pois, pela sua flexibilidade. Nesse ponto, as teorias de caráter relativo se imbricam com a vertente meramente subjetiva do conteúdo essencial dos direitos fundamentais,

¹⁵⁸⁴ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 143. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – tomo IV*, p. 341, entende que “para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso de poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial *tem de ser entendido como um limite absoluto* correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”.

¹⁵⁸⁵ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 188 e ss.

¹⁵⁸⁶ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 188.

por desconsiderarem a relevância ou possibilidade de determinação objetiva abstrata desse núcleo.

Se, de um lado, as teorias absolutas pecam pela excessiva rigidez capaz de paralisar a mutabilidade evolutiva do núcleo essencial das prerrogativas jusfundamentais, as teorias relativas acabam por esvaziar em demasia a noção de conteúdo essencial que perde, assim, sua função de proteção da essência dos direitos fundamentais.

Decerto que não há como prever antecipadamente e de forma abstrata – como supõe a noção de núcleo duro – todas as nuances que influenciam na concepção de um direito fundamental. Não existe fórmula pronta a ser utilizada pelo intérprete do direito, quer nos enunciados normativos, quer na jurisprudência, quer na doutrina. De fato, os contornos precisos de cada direito fundamental não são definidos hermética e automaticamente pelo enunciado normativo. Ou seja, o conteúdo do direito não se esgota no texto. Assim, a defesa de um núcleo duro dos direitos fundamentais não é capaz de afastar o subjetivismo que envolve a atividade hermenêutica, já que não se estabelece donde esse conteúdo essencial pode ser extraído de forma definitiva e objetiva, garantindo a sua intransponibilidade. E ainda que houvesse para cada prerrogativa jusfundamental um paradigma antecipadamente definido, este serviria não apenas à limitação das restrições aos direitos fundamentais, mas também à sua indesejada inadaptabilidade evolutiva.

De outra parte, a maleabilidade casuística ilimitada da ideia de conteúdo essencial fñda por torná-la improfícua na sua função de fornecer ao intérprete parâmetros de preservação da essência dos direitos fundamentais. Se, afinal, a definição do núcleo essencial de cada direito fundamental apenas é possível caso a caso, diz-se que ela será o resultado final do processo de interpretação, chegando a se confundir e a ser absorvida pela própria noção de ponderação, quando deveria servir de limite a esta¹⁵⁸⁷.

No entanto, caso se subscreva, no âmbito das teorias relativas, a vertente que vincula a garantia do conteúdo essencial subjetivo dos direitos fundamentais à regra da proporcionalidade¹⁵⁸⁸, garante-se mais racionalidade na delimitação da essencialidade de cada direito, resultando numa maior proteção ao seu núcleo. Aqui não importa a intensidade da restrição, pois, ainda que ínfima, pode ser considerada inconstitucional por violação do

¹⁵⁸⁷ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 143-144.

¹⁵⁸⁸ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 197, para quem “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.

conteúdo essencial do direito fundamental, haja vista a inexistência de fundamento suficiente para a imposição restritiva.

Diante desse contexto, exige-se empenho do intérprete, que deve levar em conta normas e valores explícitos e implícitos no sistema jurídico, o histórico de criação e evolução dos direitos e os seus fins precípuos, para, enfim, agregá-los às circunstâncias próprias do caso que lhe foi posto à apreciação. Todos esses elementos avaliados pelo aplicador e que sejam relevantes para sua conclusão acerca da concepção do direito em análise devem ser devidamente explicitados na fundamentação do ato decisório. E nessa tarefa de decisão, o intérprete terá a doutrina como importante fonte de standardização do conteúdo essencial estável (objetivo ou abstrato) dos direitos fundamentais.

Efetivamente, caberá à teoria geral dos direitos fundamentais – a partir de uma reflexão abstrata, mas também da análise da jurisprudência, do estudo comparado dos ordenamentos jurídicos e da consideração das condicionantes fáticas que possam ser antevistas – ponderar¹⁵⁸⁹ os fatores em questão para propor *standards* que sirvam de baliza para limitar as restrições aos direitos fundamentais. Assim, a identificação teórica contínua das prerrogativas e dos respectivos deveres que compõem a essência de cada direito resultará na construção de um *núcleo estável* – porém, não invariável e hermético – capaz de mitigar limitações arbitrárias aos direitos fundamentais. A elaboração fundamentada desses parâmetros mostra-se especialmente relevante nas hipóteses em que a colisão entre direitos fundamentais é previsível em abstrato¹⁵⁹⁰, porque pode contribuir para a uniformização da interpretação constitucional e, por via de consequência, para o fortalecimento da segurança jurídica, resultando numa aplicação mais isonômica do direito.

Os pontos levados em conta conduzem à conclusão de que a teoria relativa é a que mais absorve as ideias de efetiva proteção da essencialidade dos direitos fundamentais e de adaptabilidade evolutiva desses preceitos – não apenas no seu todo, mas também no seu núcleo

¹⁵⁸⁹ Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, ressalta que a ponderação preventiva ou abstrata é complementar à chamada ponderação real ou concreta. Para ela, “é desejável que a ponderação se desenvolva também antes do caso concreto. À medida que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais”.

¹⁵⁹⁰ A exemplo dos conflitos entre direito à honra e à liberdade de expressão, nas hipóteses de publicações ofensivas à honra de determinadas pessoas ou grupos; direito à imagem (sem embargo de outras prerrogativas envolvidas, como honra e intimidade) e direito à liberdade de imprensa (à informação e à segurança pública), nos casos de divulgação de imagens de suspeitos de crimes; direito à não discriminação racial (do indivíduo ou *grupo preterido*) e direito à promoção da igualdade racial (do indivíduo grupo beneficiário), nas medidas afirmativas envolvendo sistema de cotas.

essencial – sem prejuízo de uma suficiente estabilidade dos seus contornos, determinada abstratamente, numa perspectiva objetiva.

Assim, adota-se, no presente estudo, posicionamento híbrido quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, de acordo com o qual prevalece, de um lado, a *teoria absoluta dinâmica* quanto ao conteúdo essencial objetivo ou abstrato, e doutro, a teoria relativa do conteúdo essencial subjetivo dos direitos fundamentais. Cada prerrogativa jusfundamental possuiria, então, um conteúdo essencial objetivo – que lhe garantiria um núcleo estável, notadamente no que se refere às intervenções restritivas do legislador conformador e à fixação de *standards* orientadores da atuação do operador do direito – e um conteúdo essencial subjetivo – que, sem olvidar a estabilidade abstratamente construída, submete-a à conflitualidade inerente à casuística, a partir de parâmetros o mais objetivo quanto possível, vislumbrando-se, para tanto, a proporcionalidade como critério de relevância ímpar.

Nada obstante, não se abordou, ainda, o que faria parte desse núcleo dos direitos fundamentais e que relação material este teria com a noção de dignidade da pessoa humana, amplamente analisada na primeira parte deste estudo. Viu-se que a dignidade da pessoa humana se configura como critério para aferição da fundamentalidade material de um direito. Para alguns, ela seria também a base dos direitos fundamentais, funcionando como limite absoluto ao poder de restrição¹⁵⁹¹, postura que pode redundar na hipertrofia da noção de núcleo essencial e, conseqüentemente, na absolutização de todas as prerrogativas jusfundamentais, em sua completude ou, ao menos, na maior parte de seu conteúdo. Mas, se todo direito materialmente fundamental, como já se afirmou, guarda conexão direta ou indireta, mais ou menos intensa com o princípio dignitário, como se delimitariam os contornos do núcleo essencial dessas prerrogativas? Ou seja, que elementos são relevantes na composição do *mínimo dignificante* ou, questionado de outro modo, qual o conteúdo constitucionalmente assegurado dos direitos fundamentais?

Nesse ponto, dá-se ênfase também à participação do indivíduo na concepção de sua própria dignidade, notadamente na linha da noção de *dignidade como reconhecimento*. Sentir-se-ia igualmente digno o indivíduo que, muito embora tenha assegurado seu acesso a bens materiais suficientes para uma existência condigna, continua sendo marginalizado em virtude de sua pertença a determinado grupo ou classe social? Do mesmo modo, sente-se digno de

¹⁵⁹¹ Para José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 306, “(...) a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição”.

pertencer a uma dada comunidade a pessoa que tem seus direitos tolhidos por ter *livremente* decidido adotar um modo de vida desaprovado pela maioria?

Aplicando-se as premissas acima estabelecidas ao direito à igualdade racial, tem-se que, sob uma perspectiva objetiva, deve-se inicialmente delinear o conteúdo nuclear abstrato dessa prerrogativa jusfundamental. Mas a definição, *a priori*, do núcleo essencial de um direito fundamental depende da prévia compreensão do seu conteúdo ótimo, tarefa central empreendida pela presente tese. É que a determinação da extensão e dos limites de um direito – que permite a compreensão acerca de seu alcance e do(s) bem(ns) jurídico(s) que está(ão) sob o seu abrigo – deve ser etapa anterior à projeção das dimensões jurídico-subjetivas essenciais à sua configuração mínima.

Por conseguinte, somente é possível delimitar o conteúdo essencial da igualdade racial se já se tem assentado, abstratamente, o seu conteúdo ótimo. É deste que será(ão) extraída(s) a(s) dimensão(ões) que constitui(em) a essência do direito à igualdade racial e, sem a(s) qual(is) tal prerrogativa jusfundamental perde o seu sentido elementar, desconfigurando-se.

Trata-se de demarcar, nesse primeiro estágio, o que se pode denominar de conteúdo mínimo abstrato/objetivo do direito à igualdade racial, exercício que, como visto, é atribuído primordialmente à ciência do direito – mais precisamente à teoria dos direitos fundamentais. Quais seriam, em termos objetivos ou abstratos, as dimensões do direito à igualdade racial – dentre as que compõem seu conteúdo ótimo –, à primeira vista, impassíveis de redução, seja a partir de reforma constitucional, seja por meio do poder de conformação do legislador ordinário?

Alguns fatores são relevantes para a especificação do conteúdo essencial de um direito fundamental. Primeiramente, deve-se observar a pertinência do elemento histórico, que assume papel preponderante na compreensão do sentido da prerrogativa estudada. Ora, analisando-se o surgimento histórico do direito, bem como a evolução do seu conteúdo ao longo do tempo, é possível perceber as demandas sociais que lhe conferiram, gradativamente, o sentido que lhe é atribuído na atualidade. Tal conhecimento histórico-jurídico é crucial para que se revelem as posições jurídico-subjetivas essenciais para o não esvaziamento abstrato do direito.

No caso do direito fundamental à igualdade racial – por tudo o que foi até aqui estudado –, não há dúvidas de que o direito à não discriminação racial constitui seu mais elementar e originário conteúdo. Com efeito, o desenvolvimento da concepção de igualdade partiu de uma noção formal, florescida na conjuntura da consolidação dos chamados direitos de

defesa pelo Estado liberal. Por conseguinte, o direito à não discriminação racial – dimensão de caráter eminentemente defensivo –, haja vista sua primazia histórica, é a prerrogativa que, dentre as que compõem a igualdade racial, consolidou-se em primeiro lugar e, nesse sentido, constituiu o núcleo em torno do qual se desenvolveram os demais sentidos que materializam o bem jurídico em questão.

Assim, a consagração da não discriminação racial – quer como princípio, quer como direito – pontua o sentido preliminar da igualdade em termos raciais, inaugurando a proteção do bem jurídico *igualdade racial*. O conteúdo e o alcance de um direito estão umbilicalmente ligados à significação originária historicamente atribuída ao bem jurídico que se buscava proteger. Por isso, extirpar da ordem jurídica o que se pode considerar a raiz de um direito é o mesmo que esvaziar não apenas parte de sua composição, mas seu próprio sentido fundante. Logo, a precedência histórica é fator relevante para a determinação do conteúdo essencial de um direito, ao qual se agrega a proteção deste.

Sob essa ótica, pode-se afirmar que o direito à não discriminação racial integra o conteúdo essencial do direito à igualdade racial, o que equivale a dizer que, nessa condição, não poderá ser submetido a restrições normativas capazes de minar sua eficácia. Recorde-se que cada uma das vertentes da igualdade racial é circundada pelo respectivo direito à proteção, sem o qual não se garante a transcendência da prerrogativa jusfundamental de sua mera positividade abstrata, limitando-se seus efeitos concretos nas relações jurídico-subjetivas. Daí se extrai que também o direito à proteção da não discriminação racial faz parte desse núcleo de estabilidade jusfundamental, que, na perspectiva do conteúdo essencial objetivo associa-se mais à previsão de mecanismos jurídicos à disposição no caso de violação do dever de não intervenção por parte dos poderes públicos e, em certa medida, das entidades privadas.

Dessa limitação material resulta o dever de abstenção dos poderes públicos de afetação negativa no direito à não discriminação racial, tanto no que diz respeito à reforma constitucional, quando no que se refere ao poder de conformação desse direito ou de outros que possam afetá-lo.

Diante dessas considerações, poder-se-ia questionar se a implementação de medidas afirmativas raciais não configuraria restrição violadora do direito à não discriminação racial, uma vez que distinguem os indivíduos a partir do grupo racial ao qual pertencem. Retome-se a concepção aqui adotada de não discriminação racial que – tanto no sentido principiológico quanto no de posição jurídico-subjetiva – não afasta, *a priori*, toda distinção fundada na raça. A discriminação contrária ao princípio igualitário é aquela que se reveste de arbitrariedade e que, portanto, inaugura privilégios ao invés de objetivar a igual liberdade de todas as raças. Sob

esse prisma, os limites materiais ao poder de reforma ou conformação do legislador não alcançam abstratamente as ações afirmativas raciais. Mesmo porque tratar igualmente todas as raças equivaleria – em muitos aspectos e observado o contexto – a *tratar igualmente os desiguais*, porque a raça tem sido, em muitas realidades sociais, fator determinante de exclusão e restrição de direitos fundamentais. Assim, o direito à não discriminação racial equivale à prerrogativa de não receber tratamento diferente daquele dispensado a indivíduos pertencentes a grupos raciais diversos do seu, e que se encontram em situação fática semelhante à sua.

Desse modo, as ações afirmativas raciais – da maneira como compreendidas neste estudo – não representam, abstratamente, restrição ao núcleo essencial do direito à não discriminação racial dos indivíduos pertencentes aos grupos raciais ditos hegemônicos. O que não significa concluir que, depois de implementadas, casuisticamente, não devam ser submetidas ao crivo do princípio da proporcionalidade. Recorde-se, ainda, que, ao tomarem por base um *critério suspeito*, as medidas afirmativas raciais requerem exaustiva justificação fundamentada em dados concretos que indiquem a desigualdade fática alicerçada na raça.

Ao lado do fator histórico, o regime jurídico-político é outro ponto referencial na definição, *a priori*, do conteúdo nuclear de um direito fundamental. Por óbvio que, aqui, nem sequer se cogitam regimes totalitários, no seio dos quais nenhuma prerrogativa encontra solo fértil para preservação de seu núcleo essencial. Toma-se como parâmetro o Estado Social e Democrático de Direitos Fundamentais, abordado no final da primeira parte deste estudo. Decerto que num modelo estatal liberalista, de viés conservador, engessa-se o *facere* dos poderes públicos em prol de uma pretensa absolutização da liberdade individual, permanecendo o ente estatal mais como contemplador das relações sociais, ainda que perpetuadoras de injustiças e privilégios fáticos.

Estando a justiça social atrelada ao ideal de repartição equitativa dos bens juridicamente relevantes, pode-se dizer que aquela tem no princípio da igualdade um veículo de concretização. E não há como realizar a igualdade em seu sentido substancial, desconsiderando-se as desigualdades fáticas fundadas no fator racial. Conclui-se, pois, que a igual dignidade racial é elemento estrutural, parte integrante do princípio da igualdade; valor sem o qual a justiça social revela-se apenas parcial e, portanto, *injusta*. Nessa senda, é imperativo concluir que um *Estado* que se pretenda *Democrático e Social de Direito* não pode escusar-se do dever de proteção das *minorias* étnico-raciais e de promoção dos seus direitos fundamentais, lançando mão, quando necessário, de medidas de ação afirmativa raciais.

O modelo de Estado que é concebido neste trabalho prima pela máxima igualdade e liberdade entre os componentes do corpo social, o que significa dizer que o ente estatal não

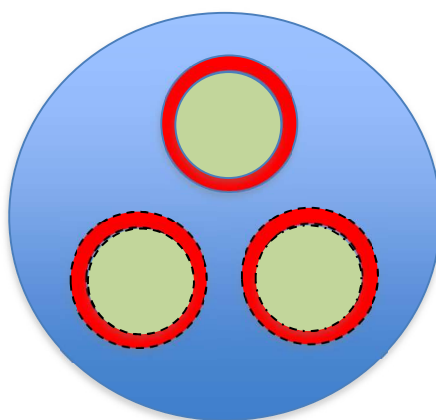
deve figurar como mero expectador no sistema jurídico-político. Antes deve se pautar pela justa (re)distribuição de recursos, bens, reconhecimento e status para todos, até mesmo conforme a raça se esta for detectada como significativo fator de desigualdade social. Nesse sentido, o Estado assume o papel de remover os obstáculos e promover os meios para a realização do pleno desenvolvimento do indivíduo, enquanto participante paritário da comunidade política. Trata-se, portanto, de um Estado cuja tarefa não se restringe à não intervenção, antes assume caráter prestacional, voltado para a concretização do *mínimo dignificante* que torna cada indivíduo membro efetivo do corpo social. Essa *igual dignificação* passa necessariamente pela atuação estatal na expansão da autonomia dos indivíduos de todas as raças, com adoção de medidas especiais voltadas para os grupos raciais cuja efetiva e livre autodeterminação é condicionada pelas desigualdades ráticas.

Ao fator histórico e ao regime jurídico-político alia-se outro elemento crucial na determinação objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental, qual seja: a realidade fática. Em outras palavras, as relações sociais contextualizadas, na sua imbricada conexão com regime jurídico-político e com os antecedentes históricos, formam o conjunto de agentes que devem ser considerados na consolidação do conteúdo essencial das prerrogativas jusfundamentais. Com efeito, as demandas jurídico-políticas inerentes à aplicação da igualdade nos seus sentidos material e procedimental apenas podem ser detectadas a partir da observação da realidade fática. E quando essa conjuntura social revelar condicionantes persistentes de acesso a bens, recursos, status e direitos por motivos raciais, então, as dimensões positivas da igualdade racial devem ser agregadas ao conteúdo essencial da prerrogativa jusfundamental em questão. É dizer: se verificadas tais condicionantes, os poderes públicos – além do dever de não intervenção associado ao direito à não discriminação racial – estão também obrigados a atuar para a concretização dos direitos à diferença racial e à promoção da igualdade racial, na forma e intensidade adequadas, necessárias e proporcionais para o alcance da justa redistribuição. Assim, à medida que tais prerrogativas componham o núcleo essencial do direito à igualdade racial, cabe ao Estado a densificação dessas vertentes igualitárias, com a adoção das medidas especiais exigíveis em cada contexto.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a figura anterior ilustra o conteúdo ótimo do direito à igualdade racial, a imagem a seguir representa o seu conteúdo essencial, no qual as dimensões de caráter eminentemente prestacional – e os respectivos direitos de proteção – são partes integrantes, ao lado da esfera eminentemente defensiva, desde que as circunstâncias jurídico-políticas e sociais convirjam para tal exigibilidade. Na representação abaixo, o contorno tracejado dos dois círculos situados na parte inferior – que correspondem,

respectivamente aos direitos à diferença e à promoção da igualdade racial – simbolizam justamente a contingência dessas duas dimensões da igualdade racial, de acordo com a conjuntura dos fatores acima indicados como elementares para a configuração do conteúdo essencial de um direito fundamental, em termos abstratos. Já o direito à não discriminação racial é retratado com contorno ininterrupto, em virtude do seu conteúdo originário, a partir do qual se extrai sentido essencial ao bem jurídico protegido e sem o qual o próprio direito à igualdade racial perde seu núcleo objetivo de base.

Figura 2



Adaptando-se as correntes doutrinárias abordadas, adota-se aqui uma teoria absoluta dinâmica em relação ao conteúdo essencial objetivo dos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o direito fundamental à igualdade racial possui um núcleo duro – o direito à não discriminação racial –, que não deve ser relativizado por contingências, o que não impede sua dinamização evolutiva para agregar outras prerrogativas jusfundamentais – os direitos à diferença racial e à promoção da igualdade racial – ao seu conteúdo essencial, conforme o contexto jurídico-político e social.

Esse núcleo estável abstratamente definido servirá de base para o operador do direito nos casos concretos em que o direito à igualdade racial estiver em causa, notadamente quando em tensão com outras prerrogativas jusfundamentais.

Até aqui se abordou o conteúdo essencial objetivo do direito à igualdade racial, que, como dito, serve de parâmetro para a análise das restrições que lhe podem ser abstratamente impostas pelos poderes públicos. Há de se explorar, ainda, a noção de conteúdo essencial subjetivo, cuja delimitação se dá casuisticamente, embora sem perder de vista as orientações pertinentes à composição objetiva já examinada.

A conservação do conteúdo essencial abstrato de um direito fundamental não impede que, em situações concretas, essa mesma prerrogativa possa ser esvaziada quando da sua aplicação. Daí porque o aplicador do direito deve, a partir da concepção orientadora do conteúdo essencial abstrato, sopesar os interesses em conflito, de modo a evitar o quanto possível o esvaziamento casuístico das posições jurídico-subjetivas que lhes são postas à apreciação. Importa aqui a definição do conteúdo prevalente do direito, quando casuisticamente em conflito com outros bens jurídicos de natureza equivalente, cabendo ao operador do direito uma maior carga argumentativa para justificar o afastamento do conteúdo mínimo estável objetivamente definido.

Repita-se, portanto, que, no que tange ao conteúdo essencial abstrato ou objetivo dos direitos fundamentais, adota-se neste trabalho a corrente da teoria absoluta dinâmica, ao passo em que a teoria relativa prevalece na determinação do conteúdo essencial subjetivo das prerrogativas jusfundamentais, que dependerá da análise das condições de fato e de direito observadas casuisticamente.

É oportuno afirmar que não há escalonamento hierárquico rígido das normas e valores constitucionais, mesmo porque a prevalência irrestrita de determinadas normas poderia representar o contínuo sacrifício de outras, com sério comprometimento à unidade da Constituição. Nada obstante, a inexistência de hierarquia absoluta entre as normas constitucionais não afasta a centralidade conferida a certos valores, como é o caso da dignidade da pessoa humana em diversos sistemas jurídico-constitucionais atuais.

Levando-se em consideração que a efetivação de um direito fundamental pode resultar na restrição de outros bens e direitos constitucionalmente consagrados, os parâmetros para resolução de conflitos jusfundamentais são de fundamental importância para a dogmática jurídico-constitucional. Nessa linha, o princípio da unidade da Constituição é um dos mais importantes cânones da hermenêutica constitucional, impelindo o intérprete a considerar a constituição na sua integralidade, harmonizando, na máxima medida possível, as tensões existentes entre as normas constitucionais, o que resulta na otimização da tutela dos direitos fundamentais.

– CAPÍTULO IV –
A IGUALDADE RACIAL
NOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

“Os descendentes dos mercadores de escravos, dos senhores de ontem, não têm, hoje, de assumir a culpa pelas desumanidades provocadas por seus antepassados. No entanto, têm eles a responsabilidade moral e política de combater o racismo, as discriminações e juntamente com os que vêm sendo mantidos à margem (...), construir relações raciais e sociais sadias, em que todos cresçam e se realizem enquanto seres humanos e cidadãos.”

Frantz Fanon

Após a delimitação do conteúdo do direito fundamental à igualdade racial – identificando-se, de um lado, as dimensões jusfundamentais necessárias para sua concretização plena e, de outro, o seu núcleo essencial –, convém explorar, neste estágio do trabalho, o que se pode chamar de *estado da coisa*. O exame da efetiva consagração jurídica da igualdade racial, nas suas diversas vertentes, seja na esfera internacional, seja no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, permitirá que se lance um olhar mais pragmático e também dogmático sobre a tese ora defendida.

A qualificação da igualdade racial enquanto direito fundamental não exclui a sua consideração na seara dos direitos humanos, que, por sua vez, também encontram alicerce na ideia de igual dignidade de todas as pessoas. Daí a pertinência e coerência da análise do estado da igualdade racial nos instrumentos jurídicos internacionais¹⁵⁹², cuja influência sobre as ordens

¹⁵⁹² Aqui se refere às fontes jurídicas internacionais *lato sensu*, incluindo – apesar das diferenças no grau de vinculabilidade formal dos instrumentos analisados – além das convenções, as declarações de direitos, as recomendações e jurisprudência dos organismos internacionais.

jurídicas estatais tem se mostrado cada vez mais relevante. Não é despiciendo recordar que diversas Constituições modernas fazem referência expressa às declarações e tratados internacionais de direitos humanos, seja por meio das chamadas cláusulas abertas, seja a partir de outros dispositivos constitucionais concernentes às prerrogativas jusfundamentais.

Dessa maneira, a percepção da relevância atribuída à eliminação da discriminação e à promoção da igualdade racial no domínio dos direitos humanos reflete necessariamente no reconhecimento da fundamentalidade do direito à igualdade racial nos ordenamentos jurídicos de cada Estado.

Dito isso, primeiramente serão analisados os principais instrumentos jurídicos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos – originários da Organização das Nações Unidas –, voltados para concretização do direito à igualdade racial. Em seguida, será abordado o tratamento dispensado à igualdade racial pelos sistemas regionais de proteção dos direitos fundamentais. Enfim, serão dedicadas breves linhas ao estudo da responsabilidade internacional dos Estados por violação à igualdade racial, com foco nos sistemas internacional e interamericano de direitos humanos.

1. A igualdade racial nos instrumentos jurídicos internacionais

1.1. A igualdade racial no sistema internacional de proteção dos direitos humanos

No plano internacional, ao lado do chamado sistema universal de proteção dos direitos humanos – e sem embargo da criação dos sistemas regionais – foi se formando, gradativamente, um sistema especial de proteção e promoção dos direitos das pessoas pertencentes a grupos vulnerabilizados. Tal fenômeno é decorrente do já mencionado *processo de especificação do sujeito* que, absorvido pela esfera jurídica, resulta numa paulatina especialização dos direitos reconhecidos e protegidos pelos instrumentos jurídicos internacionais.

Em que pese a coexistência e a complementaridade entre os sistemas universal e especial de direitos humanos, é importante ter em conta que este último tem como foco a tutela especial do indivíduo concreto que, em razão de sua especificidade, é marcado por uma *debilitação* – imposta pela conjuntura social, histórica, econômica e política – obstaculizadora do seu igual acesso aos bens jurídicos essenciais.

A consideração da diferença como ferramenta de promoção dos direitos – em firme contraposição à sua utilização como critério de exclusão – coaduna-se inteiramente com a

concepção de igual dignidade de todas as pessoas, harmonizando-se, particularmente, com a dimensão dignitária enquanto reconhecimento. Trata-se de enxergar cada indivíduo em sua exclusividade, reconhecendo o seu *direito à igualdade na diferença*, ou, dito de outro modo, o seu direito a ser – com suas diferenças (reconhecidas e validadas) – igualmente respeitado como parte importante na formação do corpo social.

A partir do reconhecimento das diferenças e especiais vulnerações de determinados grupos étnico-raciais, o sistema internacional de direitos humanos passa a adotar instrumentos especiais de combate à discriminação racial e de proteção das minorias como importante meta.

Disposições contra a discriminação racial estão consagradas nos mais diversos instrumentos jurídicos ditos de caráter universal, que formam o sistema geral de proteção dos direitos humanos. A título de exemplo, podem-se mencionar: a Carta das Nações Unidas, de 1945 (artigos 1º e 55); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (artigos 2º e 7º); e os Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigo 27), e sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966 (artigo 2º).

Preceitos semelhantes são encontrados também em documentos internacionais especializados, nomeadamente os seguintes: Declaração das Raças da Unesco, de 1950; Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 (artigos 1º e 3º); Convenção nº 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, de 1958 (artigo 1º); Convenção da Unesco contra a Discriminação na Educação, de 1960 (artigo 1º); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1963; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (artigo 1º); Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição dos Crimes de *Apartheid*, de 1973; Declaração da Unesco sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, de 1978 (artigos 1º, 2º e 3º); 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, de 1978; Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou nas Convicções, de 1981 (artigo 2º); Convenção contra o *Apartheid* nos Esportes, de 1985; e Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992.

Sem atentar, no momento, para a problemática referente à força normativa ou vinculabilidade das normas inseridas em tais instrumentos internacionais, serão destacados os documentos mais diretamente ligados à igualdade racial e que melhor contribuam para a compreensão da constitucionalização das dimensões igualitárias estudadas.

1.1.1. Da Declaração das Raças à Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial

O primeiro documento internacional a se dedicar específica e exclusivamente à questão racial foi a já comentada Declaração das Raças da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), de 18 de julho de 1950. O texto foi publicado cerca de dois anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirmando a existência de acordo entre os cientistas a respeito da pertença de todos os seres humanos a uma única espécie (*homo sapiens*). Destaca-se na publicação que as semelhanças genéticas entre os indivíduos são muito maiores que as diferenças e que fatores como a personalidade, o caráter e o intelecto não são determinados pelas distinções genéticas hereditárias, mas pelo meio social e pela história cultural de cada grupo.

Nesse sentido, nos termos da declaração, “convém distinguir entre a ‘raça’, fato biológico, e o ‘mito da raça’”, já que, “na realidade, a ‘raça’ é menos um fenômeno biológico do que um mito social.” Reforçando que o que foi estabelecido cientificamente a respeito das diferenças entre indivíduos e grupos não ilide a importância do princípio da igualdade, a declaração termina por ressaltar que as pesquisas biológicas alicerçam a ética da fraternidade universal, segundo a qual “cada ser humano não é mais do que uma parcela da humanidade à qual está indissolúvelmente ligado”.

Após a Primeira Declaração sobre Raças, a já mencionada Convenção nº 111 da OIT, relativa à Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958, foi um dos primeiros instrumentos de direito internacional voltado, de forma direta e específica, para o combate à discriminação racial¹⁵⁹³. Com efeito, a referida Convenção – que até os dias de hoje figura como uma das normas fundamentais da OIT – já definia discriminação como “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na **raça, cor**, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (grifos nossos).

Antes do principal instrumento internacional a pautar o tema – qual seja, a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 –, a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, aprovada em 1960, pela Unesco, já tratava do combate à discriminação racial e da garantia de igualdade de

¹⁵⁹³ Cfr. Fernanda Lira Goes e Tatiana Dias Silva, *O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial*, p. 11.

oportunidades e de tratamento no âmbito do ensino. O documento compreendia discriminação como sendo “qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por **motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino”**”.

Na conjuntura histórico-política em que se delineou a eliminação da discriminação racial como prioridade no panorama das normas internacionais de direitos humanos, podem ser apontados alguns marcos. A repugnância causada pelas práticas nazistas durante a Segunda Guerra Mundial; o ingresso de mais 17 países africanos na ONU, em 1960; o ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa¹⁵⁹⁴; o processo de luta pelos direitos civis em curso nos Estados Unidos da América; e a persistência do regime do *apartheid* na África do Sul.

A adesão de novos membros na Organização das Nações Unidas, decorrente do processo de independência de ex-colônias, resultou no incremento do número de Estados-Membro de 85 para 128, num período de dez anos (1950-1960). Os novos integrantes da ONU, em grande parte países africanos, impulsionaram a discussão internacional sobre as arbitrariedades do regime do *apartheid*, que persistia na África do Sul. Nessa perspectiva, a década de 1960 pode ser considerada como um divisor de águas no que se refere ao enfrentamento à discriminação racial em âmbito internacional, uma vez que os principais instrumentos jurídicos que alicerçam o direito internacional antirracista foram adotados nesse período.

Em 21 de março de 1960, um protesto pacífico contra a Lei do Passe, ocorrido em Sharpeville, província de Gauteng, África do Sul, marcou a morte de 69 pessoas pela polícia sul-africana. A partir desse evento, que ficou conhecido como o Massacre de Sharpeville, o *apartheid* se tornou um dos focos de atenção entre os organismos internacionais. Após a apresentação de uma queixa, por 29 Estados-Membros, sobre os “assassinatos em grande escala de manifestantes desarmados e pacíficos contra a discriminação racial e segregação na União Sul-Africana”, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou, em 1º de abril de 1960, a Resolução nº 134. O documento reconheceu que a situação foi provocada pelas políticas segregacionistas adotadas na África do Sul, cuja continuidade poderia pôr em risco a paz e a segurança internacionais. E mais, a Resolução concitou o governo da África do Sul a adotar medidas para garantir a harmonia racial fundada na igualdade, apelando para que o país abandonasse o regime do *apartheid*.

¹⁵⁹⁴ Cfr. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 181.

No dia 14 de dezembro do mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Resolução nº 1.514, sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais. A declaração afirma que a sujeição dos povos à dominação estrangeira constitui negação dos direitos fundamentais do homem e contraria a Carta das Nações Unidas, comprometendo a paz e a cooperação mundiais. Condenando as ações armadas e medidas de repressão, a Resolução consagra os direitos dos povos colonizados e reafirma o princípio da autodeterminação, sem distinção de raça, de crença ou de cor.

A conjuntura acima descrita impulsionou a aprovação de alguns dos principais instrumentos jurídicos internacionais de combate ao racismo, marcando a década de 1960 como relevante período histórico sob o ponto de vista da busca pela igualdade racial.

Em 1963, foi instituída a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, por meio da Resolução nº 1.904. Com base nessa declaração, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial (CIEDR), por meio da Resolução nº 2.106 (XX), de 21 de dezembro de 1965. A Convenção entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969, após a ratificação por 27 Estados¹⁵⁹⁵, sendo que, atualmente, totaliza 182 Estados-Partes¹⁵⁹⁶.

Na sessão plenária de 26 de outubro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução nº 2.142 (XX), sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, por meio da qual reafirma que a discriminação racial e o *apartheid* configuram-se como negações aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à justiça, concitando os Estados a assinarem e a ratificarem a Convenção de 1965. A Resolução ainda proclama o dia 21 de março como Dia Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial.

No que se refere aos instrumentos originários da Organização das Nações Unidas, não há dúvidas de que a CIEDR – que tem como diretrizes o anticolonialismo, a condenação de qualquer doutrina de superioridade racial, o combate à discriminação racial, em todas as suas formas e manifestações, e a promoção da efetiva igualdade de todas as pessoas – é o mais importante, não apenas pelo seu conteúdo, mas também pelo seu amplo acolhimento.

Embora tenham como impulso basilar o princípio – e, por conseguinte, o próprio direito – da não discriminação, os dispositivos da Convenção concentram-se mais intensamente nos direitos à proteção e à promoção da igualdade racial. Tal constatação revela o

¹⁵⁹⁵ Cfr. Nações Unidas, *O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial*, p. 5.

¹⁵⁹⁶ Disponível em <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

posicionamento das Nações Unidas no sentido de transpor a postura meramente passiva dos Estados e dos próprios organismos internacionais, instituindo uma política proativa no combate a todas as formas de discriminação racial. Evidencia-se que a simples abstenção estatal em discriminar racialmente, aliada à não intervenção nas relações raciais são medidas insuficientes para o efetivo combate à discriminação racial, e não garantem o respeito à igual dignidade de todos, independentemente de raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica.

Efetivamente, para além das alusões ao tratamento sem distinção ou discriminação fundado em fatores raciais¹⁵⁹⁷, o documento ocupa-se do direito à não discriminação de forma mais concreta nas alíneas “a”¹⁵⁹⁸ e “b”¹⁵⁹⁹ do artigo 2º, que se referem ao compromisso de cada Estado-Parte de se abster de praticar e apoiar a discriminação racial.

De forma especialmente inovadora para o momento histórico em que foi adotada, a CIEDR consagra a promoção da igualdade racial – por meio de medidas especiais – como importante esfera de atuação dos Estados na efetiva eliminação da discriminação racial. A essa dimensão igualitária dedicam-se notadamente dois dispositivos do documento. O nº 4 do artigo 1º¹⁶⁰⁰ afirma que medidas especiais necessárias para proporcionar igual gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais a certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos não são consideradas discriminação racial. Em outras palavras, a Convenção admite que, em determinadas hipóteses, podem ser necessárias medidas especiais – dentre as quais as ditas ações afirmativas – para se alcançar a igualdade de fato entre as diferentes raças.

Alguns requisitos são elencados para que tais medidas possam ser adotadas sem que se esteja incorrendo em discriminação racial. Primeiramente, exige-se que o único objetivo seja assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos. Assim, a legitimidade da ação estatal está vinculada à adoção de medidas adequadas (princípio da

¹⁵⁹⁷ A exemplo da redação dos dois primeiros considerandos da Convenção.

¹⁵⁹⁸ “a) Cada Estado-parte compromete-se a abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e zelar para que as autoridades públicas nacionais ou locais atuem em conformidade com esta obrigação.” Note-se que a última parte da alínea transcrita ultrapassa o direito à não-discriminação, estabelecendo o compromisso dos Estados em zelar para que os poderes públicos também se abstenham de discriminar racialmente, obrigação que diz respeito ao dever/direito de proteção da igualdade racial, mais especificamente na sua vertente proteção da não-discriminação racial. Tal compromisso é reforçado na alínea c) do artigo 4º, segundo a qual os Estados-partes comprometem-se “a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.”

¹⁵⁹⁹ “b) Cada Estado-parte compromete-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer.”

¹⁶⁰⁰ “Artigo 1º - (...)”

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

adequação) para o progresso desses grupos ou indivíduos. Além da questão da adequabilidade, devem-se delimitar os beneficiários com fundamento na sua efetiva necessidade de proteção, diante da desigualdade fática que restringe o gozo ou exercício de seus direitos. Outrossim, tais medidas não podem ter como consequência a manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, afastando-se a possibilidade de uma política de *separate but equal* – como a que foi, por muitos anos, empregada nos Estados Unidos da América, ou mesmo nos moldes do *apartheid* sul-africano. Por fim, agrega-se, ainda, como condição, a temporalidade das medidas que devem cessar tão logo sejam alcançados os objetivos estabelecidos.

Também o artigo 2º, em sua alínea “e”, prevê mecanismos de promoção da igualdade racial, ao estabelecer o compromisso de cada Estado-Parte atuar no favorecimento das organizações e movimentos multirraciais, bem como na adoção de outros meios voltados para a eliminação das barreiras entre as raças. Deveras, a supressão de obstáculos às relações inter-raciais e o estímulo à diversidade racial são mecanismos que demandam atuação positiva dos poderes públicos e resultam na redução das desigualdades entre as raças. Além de afastar o caráter discriminatório de tais medidas especiais, a CIEDR, no nº 2 do seu artigo 2º, estabelece que os Estados-Partes deverão adotá-las nos campos social, econômico, cultural e outros, se as circunstâncias assim exigirem, com o objetivo de garantir aos grupos raciais ou indivíduos beneficiários igualdade de condições no exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A proteção da igualdade racial é, sem dúvida, a perspectiva do direito igualitário estudado que mais intensamente se encontra resguardado na CIEDR. De fato, em diversas passagens, o documento prevê compromissos dos Estados-Partes no sentido de adotar as medidas necessárias à eliminação da discriminação racial, nas searas política, legislativa e judicial. A alínea “c” do artigo 2º assenta a revisão, pelos Estados-Partes, das políticas governamentais nacionais e locais, a partir da modificação, ab-rogação ou anulação das disposições regulamentares que criem ou perpetuem a discriminação. Logo em seguida, na alínea “d”, incitam-se os poderes públicos a adotar medidas, em especial de caráter legislativo, para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por pessoas, grupos ou organizações¹⁶⁰¹. O artigo 4º, por sua vez, destina-se à assunção de medidas positivas voltadas especialmente para a eliminação de atos de incitação à discriminação, notadamente no âmbito das propagandas e organizações inspiradas nas ideias e teorias de superioridade racial. A coercibilidade que se

¹⁶⁰¹ De modo semelhante o artigo 3º reza que “os Estados-partes condenam a segregação racial e o *apartheid* e comprometem-se a proibir e a eliminar nos territórios sob a sua jurisdição todas as práticas dessa natureza”.

pretende alcançar no combate aos atos discriminatórios é notável particularmente nas alíneas “a”¹⁶⁰² e “b”¹⁶⁰³ do artigo 4º, dispositivos em que é instituída a tutela penal enquanto mecanismo especial de proteção da igualdade racial. Merece destaque, ainda, a redação do artigo 5º, que visa “garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”, especialmente no gozo dos direitos elencados em suas alíneas.

É de se ressaltar – o que se justifica, entretanto, pelo momento histórico – a ausência de norma voltada de modo especial para o direito à diferença, dimensão que, conforme será desenvolvido, passou a fazer parte da pauta do sistema internacional de proteção dos direitos humanos décadas depois da adoção da CIEDR.

Ainda no que tange ao conteúdo da CIEDR, não se pode deixar de mencionar que, transpondo a mera enunciação de direitos e instituição de compromissos dos Estados-Partes, o documento estabelece peculiar sistemática de proteção e promoção dos direitos nele previstos, criando organismos internacionais e mecanismos de implementação inovadores no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos¹⁶⁰⁴.

Desse modo, o artigo 8º (Parte II) da Convenção institui o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR) – efetivamente estabelecido em 1970 –, com atribuições para analisar as petições individuais, os relatórios dos Estados-Partes e as comunicações interestatais. O documento estabelece três principais mecanismos que permitem ao Comitê acompanhar e analisar as medidas adotadas pelos signatários no intuito de dar cumprimento aos compromissos assumidos em prol do combate a todas as formas de discriminação racial. Nos termos do artigo 9º, os Estados-Partes comprometem-se a submeter ao exame do Comitê, periodicamente¹⁶⁰⁵, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras adotadas com o objetivo de tornar efetivas as disposições da Convenção, podendo, ainda, o CEDR solicitar informações complementares.

O segundo mecanismo está previsto no artigo 11 e consiste na apresentação de

¹⁶⁰² “a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.”

¹⁶⁰³ “b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.”

¹⁶⁰⁴ Como bem observa Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 184, trata-se do primeiro instrumento jurídico internacional de proteção de direitos humanos a prever mecanismo próprio de supervisão.

¹⁶⁰⁵ No prazo de um ano, contado da entrada em vigor da Convenção, para o Estado-Parte emissor do relatório e, posteriormente, pelo menos a cada quatro anos, e, ainda, mediante solicitação do Comitê, mesmo que em período inferior ao estipulado ordinariamente pela CIEDR.

queixas interestaduais, nos casos em que um Estado-Parte considere que outro não vem cumprindo as disposições da CIEDR. Transmitida a comunicação ao Estado noticiado, este terá o prazo de três meses para submeter ao Comitê explicações por escrito, elucidando a questão e informando as medidas corretivas adotadas. Apesar da importância da previsão da queixa interestadual, os Estados-Partes não costumam fazer uso do procedimento¹⁶⁰⁶, o qual prevê – salvo se a questão for solucionada de outra maneira – a designação de uma comissão de conciliação *ad hoc*.

O terceiro mecanismo, previsto no artigo 14 da CIEDR, permite que pessoas ou grupos de pessoas que aleguem ter sido vítimas de violação de qualquer disposição da Convenção pelo seu Estado-Parte apresentem petições diretamente ao Comitê. No entanto, tal direito de petição só será admitido se o Estado em causa for parte na Convenção e tiver declarado que reconhece a competência do Comitê para receber queixas dessa natureza¹⁶⁰⁷. Atualmente, dos 178 Estados-Partes, apenas 33 apresentaram a declaração de reconhecimento dessa competência do Comitê¹⁶⁰⁸, o que é considerado pelo próprio CEDR uma subutilização do procedimento de comunicações individuais¹⁶⁰⁹. Após o pronunciamento do Estado noticiado – que tem o prazo de três meses para submeter explicações ou declarações que elucidem a questão, indicando, se for o caso, o recurso jurídico adotado –, o Comitê discute o tema e pode formular sugestões e recomendações, que são transmitidas ao peticionário e ao Estado-Parte em causa. Para que a petição possa ser apreciada pelo CEDR é necessário, além da declaração de reconhecimento de sua competência pelo Estado-Parte, que tenham se esgotado todos os recursos internos disponíveis para a vítima, salvo nas hipóteses em que os processos de recurso excederem prazos razoáveis.

Mais de uma década após o início da vigência da CIEDR, em 1978, a Unesco voltou a demonstrar preocupação com o tema, aprovando novo documento, dessa feita intitulado Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais. O texto reafirma a *unidade intrínseca da espécie humana*, consagrando a igualdade fundamental de todos os homens, enquanto valor reconhecido pelas mais elevadas manifestações da filosofia, da moral, da religião, da ética e da ciência. Dessa vez organizada em artigos, a Declaração, entre outras proclamações: a) afirma

¹⁶⁰⁶ Até 2008, nenhum Estado-Parte havia feito uso do procedimento de queixa interestadual. Cfr. Nações Unidas, *O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial*, p. 10.

¹⁶⁰⁷ O procedimento de exame de petições individuais pelo CEDR entrou em vigor em 1982, quando dez Estados Partes declararam aceitar a competência do Comitê para este efeito.

¹⁶⁰⁸ Disponível em «https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁰⁹ Ver Nations Unies, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale – quatre-vingtième session (13 février-9 mars 2012)*, p. 1.

que todos os *homens* são iguais em dignidade, pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem (artigo 1º, nº 1); b) atribui as diferenças entre as realizações dos povos a fatores geográficos, históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais, que não justificam nenhuma classificação hierárquica entre os povos e nações (artigo 1º, nº 5); c) condena as teorias que invoquem superioridade ou inferioridade intrínsecas a grupos raciais ou étnicos, alegando que carecem de fundamento científico e contrariam os *princípios morais e éticos da Humanidade* (artigo 2º, nº 1); d) invoca a igualdade em dignidade e direito, considerando o *apartheid* e o genocídio como graves violações do princípio igualitário e como crimes contra a humanidade (artigo 4º, nº 1 e nº 2); e) declara a insuficiência da legislação para o combate à discriminação racial, apontando a necessidade de adoção complementar de medidas positivas de ordem política, social, educativa e cultural para a promoção do respeito mútuo entre os grupos humanos (artigo 6º, nº 3); f) proclama o direito como um dos meios mais importantes para o alcance da igualdade em dignidade (artigo 7º).

A par das Recomendações Gerais do CEDR – que abordam, em maior ou menor grau, todas as dimensões da igualdade racial – o tema do direito à diferença é retomado pelas Nações Unidas, dessa feita no âmbito da Unesco, em 1978, com a *Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais*. Embora não possua a mesma natureza jurídica dos tratados e convenções – que transcendem o caráter meramente declaratório, porque os Estados signatários comprometem-se a cumprir seus dispositivos –, a Declaração em questão pontua aspectos importantes no tocante à forma e ao conteúdo do direito à igualdade racial, especialmente na sua vertente direito à diferença. Refutando as teorias que pretendem demonstrar a existência de raças humanas e a superioridade de determinadas raças, o documento afirma a origem comum de todos os seres humanos, que são pertencentes à mesma espécie e iguais em dignidade. No entanto, a igual dignidade de todos não afasta a ideia de que “todos os indivíduos e grupos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tal”¹⁶¹⁰, sem que a diversidade de estilos de vida e o direito a ser diferente possam servir de pretexto ou justificativa para o preconceito e a discriminação raciais. Nessa mesma linha, a Declaração defende que as diferenças de realizações dos povos – inteiramente imputáveis a fatores geográficos, históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais, e não a fatores racionais – não podem fundamentar nenhuma classificação hierarquizada dos povos ou nações. De outro modo, assevera a igual faculdade de todos os povos para alcançar o mais alto nível de desenvolvimento nos campos intelectual, técnico, social, econômico, cultural e político.

¹⁶¹⁰ Artigo 1º, n. 2.

No que se refere mais especificamente aos direitos das minorias – temática que guarda intrínseca relação com o direito à igualdade racial –, o único instrumento autônomo das Nações Unidas é a *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, aprovada pela Assembleia Geral, em 18 de dezembro de 1992¹⁶¹¹. Embora semelhante à Declaração Sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, de 1981, no que diz respeito à sua concisão, a Declaração sob comento adota linguagem e enfoque diferentes. Não se preocupa tanto com a questão da ingerência estrangeira, mas sim com a necessidade de cooperação internacional para a proteção dos direitos das pessoas integrantes de grupos minoritários. Como o próprio título já demonstra, dá mais enfoque à promoção dos direitos do que ao combate às discriminações. Não há nenhuma definição do termo “minorias”, quer no preâmbulo, quer na parte dispositiva, restringindo-se a Declaração a delimitar sua aplicação às minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas existentes nos Estados. Também merece destaque a referência aos direitos das *pessoas pertencentes a minorias*, e não dos grupos ou coletividades.

O artigo 1º da Declaração incita os Estados a protegerem a identidade – nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística – das minorias existentes em seus territórios, fomentando, ainda, condições para a promoção dessa identidade. O artigo 2º, por sua vez, dedica-se a afirmar os direitos de as pessoas pertencentes às minorias, dentre outros, desfrutarem de sua própria cultura; professarem e praticarem sua própria religião; empregarem o seu próprio idioma; participarem efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública; participarem nas decisões atinentes às minorias a que pertençam; estabelecerem e manterem suas próprias associações, sem que do exercício desses direitos resultem quaisquer desvantagens (artigo 3º, nº 2). Os direitos culturais das minorias são tratados no artigo 4º da Declaração, que estabelece atuação positiva por parte dos Estados, no sentido de criar condições favoráveis – salvo nos casos de práticas que violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais – para a expressão e o desenvolvimento da cultura, idioma, religião, tradições e costumes das pessoas pertencentes a minorias, até mesmo mediante a adoção de medidas que oportunizem o aprendizado do idioma materno. Ressalte-se, ainda, o dever de os

¹⁶¹¹ Interessa notar que, inicialmente, entendeu-se, no âmbito da ONU, que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos – pautadas, entre outros, nos princípios da não discriminação e da igualdade – seriam suficientes para o efetivo combate à discriminação, não havendo necessidade de instrumentos específicos voltados para a proteção dos direitos das minorias. Cfr. Nações Unidas, *Os Direitos das Minorias*, p. 4.

Estados adotarem medidas na esfera da educação, com o intuito de promover o conhecimento da história, das tradições, do idioma e da cultura às minorias existentes em seus territórios.

Nota-se que o foco do documento é o direito à diferença, não bastando o seu mero reconhecimento para que se torne efetivo. De fato, também na seara dessa dimensão da igualdade racial, como já visto, a postura passiva dos poderes públicos não garante que as pessoas pertencentes a minorias (até mesmo raciais) possam se autodeterminar de acordo com as suas raízes culturais, sem que, com isso, sofram restrições decorrentes da discriminação racial. Outrossim, o direito a ser e se manter diferente – noção que, sem dúvida, remete à liberdade do indivíduo para firmar sua identidade de origem ou mesmo se afastar dela, nos aspectos suscetíveis à livre escolha¹⁶¹² – requer a preservação, por meio de medidas especiais, de certos elementos culturais¹⁶¹³, sob pena de desvirtuamento (ou incompletude) do próprio direito à diferença.

Embora não tenham sido criados Comitês específicos para a proteção dos direitos das minorias, no âmbito da ONU, importa registrar a relevância dos relatórios produzidos pelos Estados-Partes, ao abrigo do artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que devem ser submetidos à apreciação do Comitê dos Direitos Humanos. Entre outras informações, tais relatórios deverão conter dados sobre as minorias existentes no Estado¹⁶¹⁴; o percentual da população pertencente à minoria identificada; as medidas adotadas pelo Estado para preservação da identidade étnica, religiosa, cultural e linguística das minorias; e outras medidas voltadas para a garantia da igualdade de oportunidades dos grupos minoritários¹⁶¹⁵.

A Resolução nº 48/141 da Assembleia Geral da ONU, de 1993, instituiu o Alto Comissariado para os Direitos Humanos que, dentre outras atribuições, tem o dever de promover e proteger os direitos das pessoas pertencentes a minorias, nomeadamente por meio da aplicação dos princípios consagrados na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias¹⁶¹⁶.

¹⁶¹² Certos aspectos inerentes à identidade do indivíduo não são alteráveis por simples opção, como, por exemplo, a cor da pele e sua ascendência.

¹⁶¹³ Apenas para pontuar a perspectiva linguística, é sabido que, em diversas partes do mundo, idiomas inteiros se perderam, ao longo do tempo, e outros tantos estão em vias de extinção.

¹⁶¹⁴ Registre-se que os Estados não devem restringir o reconhecimento dos direitos previstos no artigo 27 do Pacto apenas às minorias formadas por seus cidadãos, equívoco que tem sido cometido, com frequência, quando da elaboração dos relatórios. Cfr. *Manual on Human Rights Reporting – under six major international human rights instruments*, p. 257.

¹⁶¹⁵ Cfr. *Manual on Human Rights Reporting – under six major international human rights instruments*, p. 255 e ss.

¹⁶¹⁶ Cfr. Resolução nº 49/192 da Assembleia Geral da ONU.

Em 1995, por meio da Resolução nº 1.995/24 da Comissão de Direitos Humanos, foi criado o Grupo de Trabalho sobre Minorias – com a finalidade de promover os direitos consagrados na declaração –, com atribuições para analisar a promoção e realização prática da declaração; examinar possíveis soluções para as questões envolvendo as minorias, fomentando a compreensão recíproca entre as minorias e entre estas e os governos; e recomendar a adoção de novas medidas por parte dos Estados, no âmbito da promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas.

Compartilhando da já propagada preocupação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial com a persistência das diversas formas de discriminação contra os povos indígenas¹⁶¹⁷, as Nações Unidas adotaram a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral, em 13 de setembro de 2007. Reconhecendo que os povos indígenas sofreram injustiças históricas decorrentes da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, e que tais condicionantes continuam impedindo-os de exercer seus direitos intrínsecos, o documento enfatiza a necessidade de proteção e de promoção desses direitos, com especial foco no direito à autodeterminação, nos direitos culturais e no direito à terra.

O direito à não discriminação racial é tratado logo no artigo 2º da Declaração, que condena toda forma de discriminação fundada na origem ou identidade indígena, proclamando a igualdade e liberdade dos povos indígenas no exercício de seus direitos. Do mesmo modo, o artigo 9º estabelece que nenhuma discriminação poderá resultar do exercício do direito dos povos e pessoas indígenas de “pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão.” Ademais, a dimensão predominantemente negativa do direito à igualdade racial perpassa diversos outros dispositivos¹⁶¹⁸ do documento, que, no entanto, a esta não se restringe, ocupando-se também das vertentes protetiva e promotora, sem olvidar, ainda, o direito à diferença.

Desse modo, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em diversos pontos, ocupa-se do direito à proteção da igualdade racial dos povos indígenas, especialmente no artigo 8º, quando incita os Estados a estabelecerem mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de atos discriminatórios e atentatórios dos direitos especiais previstos no

¹⁶¹⁷ Recomendação Geral nº 23 (1997). Note-se, ainda, que a ONU declarou 1993 como o Ano Internacional dos Povos Indígenas.

¹⁶¹⁸ Artigos 14, nº 2; 16; 17, nº 3; 21, nº 1; 24, nº 1; 29, nº 1; além do artigo 46, nº 3, que estabelece que as disposições enunciadas na Declaração “serão interpretadas em conformidade com os princípios da justiça, da democracia, do respeito aos direitos humanos, da igualdade, da não discriminação, da boa governança e da boa-fé”.

documento¹⁶¹⁹. De modo semelhante, dentre outros¹⁶²⁰, os artigos 11, nº 2¹⁶²¹; 13, nº 2¹⁶²²; 20, nº 2¹⁶²³, dispõem sobre a proteção dos direitos dos povos indígenas por meio da adoção de mecanismos eficazes por parte dos Estados, não só no sentido de prevenção e preservação dos direitos, mas também de reparação dos danos efetivamente causados pelos atos de violação.

A vertente promocional da igualdade racial, aplicada aos direitos dos povos indígenas, também foi alvo de preocupação no texto da Declaração, em diversas passagens. É nesse sentido, por exemplo, que os Estados devem promover o acesso das pessoas indígenas, especialmente o das crianças, à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma (artigo 14, nº 3). Do mesmo modo, devem os poderes públicos promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais setores da sociedade (artigo 15, nº 2), como forma de fomentar o igual respeito e consideração. Reforçando a possibilidade de aplicação de medidas especiais – dentre as quais se enquadram as chamadas ações afirmativas –, já destacadas em instrumentos anteriores, o documento estabelece a sua adoção para assegurar a contínua melhoria das condições econômicas e sociais dos povos indígenas, com especial atenção para as necessidades de idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiências (artigo 21, nº 2). Convém, ainda, mencionar a determinação de adoção, pelos Estados, das medidas necessárias para que se alcance, progressivamente, a plenitude do direito

¹⁶¹⁹ “Artigo 8º

1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.

2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:

a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica;

b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos;

c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos;

d) Toda forma de assimilação ou de integração forçadas;

e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.”

¹⁶²⁰ Artigos 22, nº 2; 28, nº 1 e 2; 29, nº 2; 31, nº 2; e 32, nº 3.

¹⁶²¹ “Artigo 11 - (...)

2. Os Estados proporcionarão reparação, por meio de mecanismos eficazes que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.”

¹⁶²² “Artigo 13

1. Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando, para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados.”

¹⁶²³ “Artigo 20 - (...)

2. Os povos indígenas privados de seus meios de subsistência e desenvolvimento têm direito a uma reparação justa e equitativa.”

de as pessoas indígenas usufruírem, em condições de igualdade, do mais alto nível de saúde física e mental (artigo 24, nº 2). Mas o que mais chama a atenção na Declaração, no contexto dessa dimensão igualitária, é a consagração da participação dos povos indígenas nas decisões estatais voltadas para a promoção de seus direitos, numa tentativa de harmonizar as políticas públicas com suas verdadeiras aspirações e necessidades. Assim, as Nações Unidas lançam esforços – ao menos declaratórios – no sentido de revisar ou reverter a heteronomia historicamente imposta aos povos indígenas, atribuindo-se-lhes poder de controle dos rumos de seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural¹⁶²⁴, posicionamento que se coaduna com o que se defendeu linhas atrás, quando da abordagem da igualdade procedimental.

Talvez seja no âmbito dos direitos dos povos indígenas que o direito à diferença, enquanto dimensão da igualdade racial – atrelado ao direito à autodeterminação –, apresente-se de forma mais intensa no sistema internacional de proteção dos direitos humanos¹⁶²⁵. Com efeito, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas inicia por afirmar, já no seu preâmbulo, “o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais”. Ademais, o reconhecimento da autonomia e plena autodeterminação dos povos indígenas¹⁶²⁶ em conjunto com as prerrogativas inerentes à proteção, manutenção e desenvolvimento de suas tradições, costumes e idiomas¹⁶²⁷ sobrepõem a eficácia do próprio direito à diferença. Essa superlativação do direito à diferença reflete-se até na seara jurídica, possibilitando a existência de *sistemas jurídicos* paralelos no mesmo Estado de Direito¹⁶²⁸.

A maneira circunstanciada com que se deu a formalização dos direitos dos povos indígenas na pauta internacional do sistema de proteção dos direitos humanos revela, ao menos

¹⁶²⁴ Ver artigos 12, nº 2; 14, nº 1; 15, nº 2; 17, nº 2; 18; 19; 23; 27; 28, nº 1; 31, nº 2; 32, nº 1 e 2; 36, nº 2; 38; e 41.

¹⁶²⁵ Tal fenômeno é também perceptível no ordenamento jurídico e nas políticas públicas de alguns países, a exemplo do Brasil, conforme será explorado mais adiante.

¹⁶²⁶ Esse reconhecimento envolve, por exemplo, a autonomia dos povos indígenas para determinar livremente sua condição política e o seu desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como o seu direito ao autogoverno nas questões pertinentes aos assuntos internos e locais.

¹⁶²⁷ Artigos 26, nº 3; 27; e, por todos, o artigo 31, nº 1, que reza que “os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais”.

¹⁶²⁸ Ver artigo 34, de acordo com o qual “os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”.

formalmente, uma tentativa de paulatina inversão dos valores heteronomamente atribuídos às pessoas indígenas. Da completa reificação, passando pela consideração de sua humanização, para, enfim – por meio do processo de especificação do indivíduo – buscar-se sua igual dignidade, enquanto sujeito de direito participativo e definidor de suas próprias prioridades e necessidades.

1.1.2. Rumo à Durban: as Décadas e Conferências de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial

As ações da ONU de combate ao racismo e à discriminação racial não se limitaram à produção de atos normativos, mesmo porque a adoção e difusão destes dependiam de amplo debate e visibilização da temática em âmbito internacional. Desse modo, além dos instrumentos já mencionados, as Nações Unidas instituíram décadas afrodescendentes e realizaram importantes encontros para discutir a questão.

Com efeito, por meio da Resolução nº 3.057, a Assembleia Geral da ONU declarou, em 10 de dezembro de 1973, o início da primeira Década para a Ação de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, cujo programa estabelecia metas voltadas para a erradicação do racismo, do preconceito e da discriminação racial, assumindo como objetivo o fim de qualquer regime racista, nomeadamente o regime do *apartheid*. Uma das medidas indicadas pelo plano de ação envolvia a criação de um Fundo Internacional de Combate ao *Apartheid* e à Discriminação Racial, com o objetivo de pessoas expostas a essas situações. O documento recomendava, ainda, a convocação de uma conferência mundial de combate ao racismo e à discriminação racial, que teria como um de seus principais objetivos “a adoção de meios efetivos e medidas concretas para assegurar a implementação universal das decisões e resoluções das Nações Unidas sobre racismo, discriminação racial, *apartheid*, descolonização e autodeterminação”.¹⁶²⁹

A I Conferência Mundial de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, que ocorreu entre os dias 14 e 26 de agosto de 1978, em Genebra, contou com a participação de representantes de 123 Estados, encerrando os trabalhos da Primeira Década de Combate ao Racismo. Sob a alegação de que a convocação do evento estava vinculada com a aprovação da Resolução nº 3.379 (XXX) que considerou o sionismo uma forma de racismo, tanto Israel quanto Estados Unidos da América se recusaram a participar da I Conferência Mundial.

¹⁶²⁹ Cfr. Silvio José Albuquerque e Silva, *Combate ao racismo*, p. 77.

A Declaração da Conferência – com 27 parágrafos – e seu respectivo Plano de Ação – com 42 artigos – reforçavam a necessidade de implementação dos instrumentos normativos referentes ao combate ao racismo, notadamente a Convenção Internacional, invocando os Estados a proibirem, por meio de suas legislações nacionais, manifestações de índole racista e a existência de organizações voltadas para sua difusão. Duas características dos documentos merecem destaque. Primeiramente, a ênfase no regime do *apartheid* – que ocupou expressamente 28 dos 69 dispositivos –, considerado uma forma extrema de racismo institucionalizado, além de crime contra a humanidade e ofensa à “dignidade da humanidade”. Com o propósito de colaborar para o fim do regime racista sul-africano, o Plano de Ação continha recomendações de rompimento das relações diplomáticas dos Estados com a África do Sul, bem como de não concessão de empréstimos ou realização de investimentos no país. Além do foco no desmantelamento do regime segregacionista do *apartheid*, a Declaração se posicionou expressamente sobre a situação no Oriente Médio, condenando relações com o Estado sionista de Israel, acusado de promover práticas de discriminação racial contra palestinos e de ignorar importantes resoluções das Nações Unidas sobre o combate ao racismo.¹⁶³⁰

Ainda em 1983, de 1º a 12 de agosto, Genebra foi novamente palco da II Conferência Mundial de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, contando com a participação de representantes de 126 países, sendo que os Estados Unidos da América e Israel mais uma vez se ausentaram do evento. A Declaração Final da Conferência – aprovada por 101 votos a favor, 12 contra e três abstenções – dedicou-se, principalmente, a questões relativas à igualdade racial; ao *apartheid*, inclusive com dispositivos dirigidos expressamente contra a África do Sul; a ações nacionais de combate ao racismo e à discriminação racial; a dupla discriminação de raça e gênero contra mulheres negras; os problemas enfrentados por imigrantes e refugiados, além da avaliação sobre a realização dos objetivos estabelecidos pela Primeira Década.¹⁶³¹ Já o Plano de Ação – aprovado por 104 votos a favor, nenhum contrário e 10 abstenções – abordou assuntos como o papel da educação e dos meios de comunicação no combate ao racismo e à discriminação racial; a proteção de minorias, imigrantes e refugiados; o direito à justa reparação

¹⁶³⁰ Segundo Silvio José Albuquerque e Silva, *Combate ao racismo*, p. 78, recorda que a menção expressa a Israel na Declaração da I Conferência Mundial levou “nove Estados da Europa Ocidental (todos os Estados-membros da Comunidade Econômica Européia) e as delegações de Austrália, Canadá e Nova Zelândia a retirarem-se da Conferência. Por sua vez, os países nórdicos decidiram dissociar-se do documento final adotado. A não-participação dos países europeus e dos Estados Unidos no processo de implementação dos planos de ação da Conferência Mundial de 1978 e da Primeira Década de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial viria a ser determinante para o malogro dessas iniciativas, que careceram tanto de apoio político quanto financeiro.”

¹⁶³¹ Cfr. Silvio José Albuquerque e Silva, *Combate ao racismo*, p. 80.

das vítimas de discriminação; a importância da ratificação universal da CIERD; e a eliminação do regime sul-africano do apartheid. O documento final da II Conferência apontou a importância das organizações não-governamentais na identificação das modalidades de discriminação racial ignoradas pelos Estados e propôs que a Assembleia Geral da ONU declarasse um segundo decênio de ação para o combate ao racismo e à discriminação racial.

Com esteio nessa recomendação, em 22 de novembro de 1983, por meio da Resolução nº 38/14, as Nações Unidas declararam a Segunda Década de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, cujo Plano de Ação também se centrou na eliminação do regime segregacionista sul-africano, concitando os meios de comunicação a disseminarem informações sobre métodos e técnicas de combate ao racismo, à discriminação racial e ao *apartheid*. Os últimos anos da Segunda Década foram marcados por uma relevante vitória na luta contra o racismo e a discriminação racial, com a libertação de Nelson Mandela, em 11 de fevereiro de 1990 – depois de 27 anos de prisão – e com a subsequente cessação do regime do *apartheid*.

A Terceira Década de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial foi proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1993, por meio da Resolução nº 48/91, que afirmou que todas as sociedades do mundo eram afetadas pelo racismo e pela discriminação racial. O sucesso diante do desmantelamento do *apartheid* resultou numa mudança de enfoque no enfrentamento ao racismo em escala mundial, testemunhando-se, durante a Terceira Década, esforços voltados para medidas de promoção da igualdade racial, temática amplamente debatida na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, realizada em Durban, África do Sul, em 2001.

A decisão da Assembleia Geral da ONU pela realização da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata se deu num contexto de necessidade de redefinição de estratégias e políticas internacionais diante do recrudescimento e complexificação das tensões e conflitos étnico-raciais, a exemplo do genocídio em Ruanda e da limpeza étnica na antiga Iugoslávia. A Conferência de Durban pode ser considerada como um divisor de águas para o desenvolvimento e consolidação do regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial, firmando as Nações Unidas como instância multilateral internacionalmente legítima para implementar estratégias e aptas para lidar com a questão. O encontro contou com a participação de 2.300 delegados oficiais de 163 países, dentre eles 16 chefes de Estado ou de governo, 58 ministros de Relações Exteriores e 44 ministros de outras pastas, além de cerca de 4 mil representantes de organizações não-governamentais.

Transcendendo os objetivos mais específicos das Conferências anteriores, para a Conferência de Durban havia a pretensão de ampliação dos debates sobre o fenômeno, nos planos nacional, regional e internacional, abarcando todas as formas de racismo, de discriminação racial, de xenofobia e de intolerâncias correlatas. Além disso, a Resolução nº 52/111 da Assembleia Geral da ONU que, em 1997, convocou a Conferência, atribuiu, ainda um objetivo importante, porém bastante controverso: a revisão de “fatores históricos, econômicos, sociais, culturais e outros que conduzem ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata”. Dito de outro modo, o escopo da Conferência de Durban não se limitava a traçar planos e estratégias para a eliminação do racismo, nas suas mais diversas formas de manifestação, mas pretendia ir além, debatendo as origens do fenômeno, o que acabava por alcançar temas como colonialismo, escravidão, responsabilização dos Estados e reparação histórica às vítimas e/ou grupos vitimados.

Os desafios e contradições decorrentes dos ambiciosos propósitos da Conferência permearam não apenas o seu processo preparatório¹⁶³², mas também sua própria realização e resultados. Diante da complexidade e extensão dos assuntos abordados na Conferência, bem como na sua Declaração e Plano de Ação, aqui iremos abordar brevemente apenas as controvérsias envolvendo a definição das vítimas de racismo e as questões histórica.

No que diz respeito à amplitude da concepção de vítimas de racismo, a expressão “intolerância correlata” levou mulheres a demandarem a inclusão do gênero como fator de discriminações agravadas. Além disso, com base na mesma expressão, alguns grupos pleiteavam a inserção, no escopo da Conferência, das discriminações fundadas por orientação sexual, motivação religiosa, deficiência, entre outros elementos, como causas de discriminação múltipla ou agravada. Enfim, próximo ao encerramento da Conferência, chegou-se a uma definição considerada por muitos minimalista – principalmente por desconsiderar diversas as causas de discriminações agravadas ou múltiplas –, fundada nos dispositivos da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a seguinte redação logo nos primeiros dispositivos da Declaração de Durban:

“1. Declaramos que, para o propósito da presente Declaração e Programa de Ação, as vítimas do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata são indivíduos ou grupos de indivíduos que são ou têm sido negativamente afetados, subjugados ou alvo desses flagelos;

¹⁶³² Sobre o processo preparatório para a Conferência de Durban, ver Silvio José Albuquerque e Silva, *Combate ao racismo*, p. 89 e s.

2. Reconhecemos que racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem com base na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica e que as vítimas podem sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação com base em outros aspectos correlatos como sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social, propriedade, nascimento e outros status.”¹⁶³³ (tradução nossa).

No que tange às questões de ordem histórica – objeto de grande controvérsia entre os Estados ocidentais –, alguns dispositivos da Declaração de Durban merecem destaque:

“13. Reconhecemos que a escravidão e o tráfico de escravos, incluindo o comércio transatlântico de escravos, foram tragédias terríveis na história da humanidade, não apenas por sua abominável barbárie, mas também em termos de sua magnitude, natureza organizada e, especialmente, pela negação da essência das vítimas. Reconhecemos, ainda, que a escravidão e o tráfico de escravos, especialmente o tráfico transatlântico de escravos, são, e sempre deveriam ter sido um crime contra a humanidade e estão entre as principais fontes e manifestações de racismo, discriminação, xenofobia e intolerância correlata, e que africanos e afrodescendentes, asiáticos e descendentes de asiáticos, bem como povos indígenas foram e continuam sendo vítimas de suas consequências.” (tradução nossa).¹⁶³⁴

Diante de tantas tensões e conflitos de interesses que permearam as sessões da Conferência Mundial de Durban, pode-se afirmar que a redação final dos dispositivos resultantes dos debates sobre a escravidão foi cuidadosa. O item 13 da Declaração de Durban, logo no seu início, afirma que a escravidão e o tráfico de escravos “foram tragédias terríveis na história da humanidade”, sem, no entanto, reconhecer sua natureza de “crime contra a humanidade”, como pretendiam muitos dos países africanos e caribenhos. É que, pela melindrosa redação apresentada, é possível distinguir entre escravidão passada e atual, esta, sim, considerada “crime contra a humanidade”. Desse modo, ao declarar que a escravidão e o tráfico de escravos “*são e sempre deveriam ter sido* um crime contra a humanidade”, o documento, *a contrario sensu*, conclui que, em termos históricos, esses fenômenos pretéritos *não foram* crimes contra a humanidade, desviando-se de uma afirmação que poderia servir de base para cobranças judiciais por reparações históricas. De todo modo, é importante recordar que, juridicamente, esse tipo de crime surgiu apenas após a II Guerra Mundial, a partir dos Tribunais de Tóquio e de Nuremberg, sendo que a prática da escravidão e do tráfico negroiro

¹⁶³³ Declaração de Durban (2001), p. 13. Disponível em https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶³⁴ Declaração de Durban (2001), p. 16. Disponível em https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

era, em muitos casos, formalmente prevista na legislação vigente à época. Embora o texto tenha sido aprovado, muitas delegações – notadamente da África e do Caribe –, em suas declarações finais, reforçaram seus posicionamentos iniciais sobre o tema.

O item 13 ainda reputa a escravidão e o tráfico de escravos como fontes e manifestações do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e da intolerância correlata, reconhecendo que três grupos étnico-raciais (africanos e afrodescendentes, asiáticos e descendentes de asiáticos, bem como povos indígenas) foram e continuam sendo vítimas das consequências desses fenômenos.

Ainda no âmbito das discussões acerca das questões históricas, o item 14 da Declaração aponta o colonialismo como origem do racismo da discriminação racial, da xenofobia e intolerância correlata, reconhecendo mais uma vez os grupos étnico-raciais apontados no artigo anterior como vítimas do passado e do presente. O dispositivo reconhece o sofrimento causado pelo colonialismo – estabelecendo que este deve ser condenado e sua recorrência prevenida – e arremata imputando a essas estruturas e práticas a condição de “fatores que contribuem para a continuidade das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo hoje.”¹⁶³⁵

No tópico que trata da “provisão de recursos efetivos, recursos, reparação e medidas compensatórias e outras nos níveis nacional, regional e internacional”, a Declaração de Durban convoca os Estados a se preocuparem e honrarem a memória das vítimas de tragédias do passado (item 99)¹⁶³⁶, observando que alguns Estados tomaram a iniciativa de pedido de perdão e pagamento de indenização, quando apropriado, pelas graves violações perpetradas (item 100)¹⁶³⁷. Mais adiante, o documento clama a todos os Estados que ainda não contribuíram para

¹⁶³⁵ “14. Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que os Africanos e afrodescendentes, os povos de origem asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas consequências. Reconhecemos o sofrimento causado pelo colonialismo e afirmamos que, onde e quando quer que tenham ocorrido, devem ser condenados e sua recorrência prevenida. Lamentamos, ainda, que os efeitos e a persistência dessas estruturas e práticas estejam entre os fatores que contribuem para a continuidade das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo hoje.” (tradução nossa). Declaração de Durban (2001), p. 17. Disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf>. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶³⁶ “99. Reconhecemos e profundamente lamentamos os enormes sofrimentos humanos e o trágico padecimento de milhões de homens, mulheres e crianças causado pela escravidão, pelo tráfico de escravos, pelo tráfico transatlântico de escravos, pelo *apartheid*, pelo colonialismo e pelo genocídio, e convocamos os Estados a se preocuparem em honrar a memória das vítimas de tragédias do passado, e afirmamos que onde e quando quer que tenham ocorrido, devem ser condenados e sua recorrência evitada. Lamentamos que estas práticas e estruturas políticas, socioeconômicas e culturais tenham levado ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata.” (tradução nossa). Declaração de Durban (2001), p. 37-38. Disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf>. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶³⁷ “100. Reconhecemos e profundamente lamentamos o sofrimento e os males não-ditos infligidos a milhões de homens, mulheres e crianças como resultado da escravidão, do tráfico de escravos, do tráfico de escravos transatlântico, do *apartheid*, do colonialismo, do genocídio e das tragédias do passado. Observamos ainda que

a restauração da dignidade das vítimas dessas tragédias a encontrarem caminhos para fazê-lo, parabenizando os Estados que já o fizeram (item 101).¹⁶³⁸

Em suma, no que se refere às questões históricas e seus efeitos jurídicos, a Declaração de Durban se limita a reconhecer o caráter moral das obrigações dos Estados pela escravidão, tráfico de escravos e colonialismo praticados no passado, clamando que estes adotem medidas “efetivas e adequadas para deterem e reverterem as consequências duradouras destas práticas” (item 102).¹⁶³⁹

Enfim, foram necessários muitos ajustes em busca da conciliação de interesses para se alcançar o consenso possível em torno dos documentos da Conferência de Durban. Apesar do ambiente de instabilidade, importantes avanços – embora aquém do esperado por muitos Estados e organizações – foram alcançados, sobretudo no que diz respeito às indicações de medidas voltadas para a promoção da igualdade racial em diversas esferas, o que se evidencia a partir da leitura da Declaração e do Plano de Ação de Durban. Tais avanços, no entanto, também não se deram livres de controvérsias até mesmo a respeito do uso da expressão ação afirmativa, banido da Conferência, apesar da defesa que dela faziam os movimentos negros e outros grupos presentes ao evento.¹⁶⁴⁰

Ao final de todo o processo de Durban, logrou-se êxito em construir documentos equilibrados e consolidar compromissos internacional no combate ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata. O evento representou um divisor de águas no

alguns Estados tiveram a iniciativa de pedirem perdão e pagaram indenização, quando apropriado, pelas graves e enormes violações perpetradas.” (tradução nossa). Declaração de Durban (2001), p. 38. Disponível em «https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf». Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶³⁸ “101. Visando pôr um fim a estes capítulos obscuros da história e como um meio de reconciliação e cura das feridas, convidamos a comunidade internacional e seus membros a honrarem a memória das vítimas destas tragédias. Observamos ainda que alguns Estados tiveram a iniciativa de se lamentar pelo sucedido, expressar remorso ou pedir perdão, e clamamos a todos aqueles Estados que ainda não tenham contribuído para restaurarem a dignidade das vítimas destas tragédias, a encontrarem caminhos para fazê-lo e, finalmente, nos congratulamos com os Estados que já o fizeram.” Declaração de Durban (2001), p. 38. Disponível em «https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf». Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶³⁹ “102. Estamos conscientes das obrigações morais por parte de todos os Estados comprometidos e clamamos a estes Estados a tomarem medidas efetivas e adequadas para deterem e reverterem as consequências duradouras destas práticas.” Declaração de Durban (2001), p. 38. Disponível em «https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf». Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁴⁰ A respeito dessa controvérsia, J. A. Lindgren Alves, *A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos*, p. 207-208, explica que a expressão ação afirmativa “foi banida exatamente pelo país que a inventou, na linguagem e na prática: os Estados Unidos. Isso porque, como é sabido, ainda nos tempos do democrata liberal Bill Clinton, alguns Estados norte-americanos, começando pela Califórnia, já a haviam legalmente abolido. No Governo republicano, tal tendência deveria logicamente intensificar-se. Daí a objeção dos delegados norte-americanos sempre que ela aparecia. E de nada adiantou, para a linguagem dos documentos, a retirada dos Estados Unidos. Seus aliados mais fiéis presentes velaram zelosamente para que essa expressão, hoje universalmente consagrada, não reaparecesse em qualquer parágrafo.”

avanço da conscientização e mobilização mundiais sobre temas importantes e que exigem o compromisso político e ações estratégicas por parte dos Estados e da comunidade internacional.

Mais de oito anos após a Conferência de Durban, a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu, por meio da Resolução nº 64/169, de 18 de dezembro de 2009, o ano de 2011 como o Ano Internacional dos Afrodescendentes. Nesse contexto, foi realizado em Salvador (Brasil) o Encontro Ibero-americano do Ano Internacional dos Afrodescendentes, Afro XXI, que gerou dois documentos: a Declaração de Salvador e a Carta de Salvador. Dentre as importantes deliberações, a Declaração inovou ao estabelecer a criação do Observatório de Dados Estatísticos sobre os Afrodescendentes na América Latina e no Caribe e do Fundo Ibero-americano em Benefício dos Afrodescendentes.

Também em 2009, foi realizada, em Genebra, a Conferência Mundial de Revisão de Durban, na qual são reconhecidos avanços, ao tempo em que se ressalta a necessidade de intensificação dos esforços para o enfrentamento do racismo e da discriminação racial.

Mais de 12 anos após a Declaração e Programa de Ação de Durban, a Resolução nº 68/151¹⁶⁴¹, da Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 18 de dezembro de 2013, anuncia o reconhecimento pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU da existência de lacunas na Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial que devem ser remediadas de maneira urgente, imperiosa e prioritária. Dentre outras medidas, a Resolução estabelece a elaboração de normas complementares, a fim de colmatar as lacunas existentes na Convenção, sublinhando a necessidade de que seja preparada uma nova norma, sem prejuízo da construção de novas regras destinadas ao combate de todas as formas contemporâneas de racismo, que incluam aspectos como a xenofobia, a islamofobia, o antissemitismo e a incitação ao ódio nacional ou étnico e religioso.

A ONU instituiu, ainda, por meio da Resolução nº 68/237, da Assembleia Geral, a Década Internacional e Povos Afrodescendentes (2015-2024) – com o tema “Povos afrodescendentes: reconhecimento¹⁶⁴², justiça¹⁶⁴³ e desenvolvimento¹⁶⁴⁴”, cuja proposta é reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, por meio de medidas especiais; e desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos

¹⁶⁴¹ Sobre atividades mundiais para a eliminação total do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e das formas conexas de intolerância e para a aplicação e seguimento gerais da Declaração e do Programa de Ação de Durban.

¹⁶⁴² No eixo reconhecimento, o programa de ação estabelece como diretrizes: a) o direito à igualdade e não discriminação; b) educação em matéria de igualdade e sensibilização; c) coleta de informações; d) participação e inclusão.

¹⁶⁴³ No eixo justiça, as diretrizes são: a) acesso à justiça e b) medidas especiais.

¹⁶⁴⁴ No eixo desenvolvimento são adotadas as seguintes diretrizes: a) direito ao desenvolvimento e medidas de combate à pobreza; b) educação; c) emprego; d) saúde; e) moradia.

e sociais. Os principais objetivos da década são: a promoção do respeito, proteção e cumprimento de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas afrodescendentes, como reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos; a promoção de um maior conhecimento e respeito pelo patrimônio diversificado, a cultura e a contribuição de afrodescendentes para o desenvolvimento das sociedades; a adoção e reforço dos quadros jurídicos nacionais, regionais e internacionais de acordo com a Declaração e Programa de Ação de Durban e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; bem como assegurar a sua plena e efetiva implementação. A partir do documento, a ONU reconhece que, apesar dos avanços, o racismo e a discriminação racial, sejam diretos ou indiretos, de fato ou de direito, continuam a se manifestar em desigualdade e desvantagem para os povos afrodescendentes, que são, com frequência, vítimas de discriminação perante a justiça e enfrentam também índices alarmantes de violência policial.

Vê-se, portanto, que os instrumentos internacionais instituídos no âmbito das Nações Unidas revelam crescente preocupação com os direitos de igualdade racial, iniciando-se pela consolidação do direito à não discriminação para, gradativamente abarcar as demais dimensões da igualdade rática, em especial, a promoção da igualdade racial. Nada obstante, os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, atentos às peculiaridades de cada região, também têm se consolidado nessa seara, somando-se aos esforços e iniciativas internacional de enfrentamento ao racismo e promoção da igualdade racial.

1.1.3. A igualdade racial como *jus cogens* e a responsabilidade internacional dos Estados por violação às normas pertinentes

No que tange mais especificamente à força normativa ou caráter *jus cogens* do que aqui denominamos de direito internacional antirracista, é relevante avaliar a atuação dos organismos internacionais competentes, com o objetivo de compreender, ainda que em linhas gerais, de que modo tem se desenvolvido a responsabilidade internacional dos Estados por violação às normas pertinentes.

Não sendo este, no entanto, o escopo da presente tese, a abordagem será limitada à atuação do Comitê de Eliminação da Discriminação Racial e da Corte Internacional de Justiça – no que se refere ao sistema internacional – e da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos – no que se refere ao sistema interamericano.

Ao final deste tópico buscar-se-á abordar os possíveis impactos da atuação da Comissão de Direito Internacional e de suas produções para o reforço da normatividade do

direito internacional antirracista e, conseqüentemente, da natureza *jus cogens* da igualdade racial em escala mundial.

1.1.3.1. A igualdade racial na Corte Internacional de Justiça

Criada em 1945, nos termos do artigo 92 da Carta das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça – que iniciou seu funcionamento em 1946, em substituição à antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)¹⁶⁴⁵ – é o principal órgão Judicial da Organização das Nações Unidas (ONU). Também denominada de Corte de Haia – em referência à sua sede –, tem como principal função solucionar os conflitos entre Estados no que concerne a questões de direito internacional, notadamente aquelas previstas na Carta das Nações Unidas ou nos tratados e convenções vigentes. Trata-se, portanto, do tribunal internacional permanente de maior abrangência mundial, composto por quinze juízes eleitos, de diferentes nacionalidades, com mandato de nove anos, reconduzível, e renovação de um terço dos seus membros a cada três anos.

A jurisdição da Corte Internacional de Justiça se aplica apenas aos Estados que aceitarem expressamente sua jurisdição que, além de envolver os conflitos jurídicos de âmbito internacional submetidos pelos Estados, abarca, na sua função contenciosa, a interpretação de tratados internacionais, a responsabilidade internacional dos Estados, delimitação territorial etc., e, na sua função consultiva, a emissão de pareceres sobre questões jurídicas internacionais, por solicitação da Assembleia Geral – ou outros órgãos por esta autorizados – e do Conselho de Segurança da ONU.

As decisões proferidas pelo Corte Internacional de Justiça no exercício de sua função contenciosa são definitivas e obrigatórias para os Estados em disputa. Em caso de descumprimento da decisão, o Estado vencedor poderá invocar o Conselho de Segurança da ONU, que poderá adotar medidas para exigir o cumprimento do julgado, nos termos do artigo 94 da Carta das Nações Unidas.

¹⁶⁴⁵ A Corte Permanente de Justiça Internacional foi criada em 1921 no contexto da ordem internacional vigente no período pós Primeira Guerra Mundial, na ocasião em que o tratado de Versalhes criou a Liga das Nações, considerada antecessora da atual ONU. A Liga das Nações se constituiu como uma organização internacional responsável pela promoção de cooperação entre os Estados e a manutenção da paz mundial. Entretanto, é sabido que, apesar dos esforços empreendidos, a Liga das Nações não foi capaz de evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Foi nesse cenário de necessidade de superação das fragilidades da Liga das nações que foram instituídas, após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Unidas e a Corte Internacional de Justiça.

Analisando a lista de casos submetidos à Corte Internacional de Justiça¹⁶⁴⁶, nota-se que apenas dois casos conclusos envolveram o debate sobre a aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR): *Georgia v. Russian Federation* (2011) e *Qatar v. United Arab Emirates* (2021).

No caso *Georgia v. Russian Federation*, a República da Geórgia iniciou, em 12 de agosto de 2008, um processo contra a Federação Russa perante a Corte Internacional de Justiça, por ações violadoras da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, dentro e no entorno do território da Geórgia. Alegou o Estado demandante que a Federação Russa era responsável por graves violações de suas obrigações fundamentais sob a CIEDR – inclusive aquelas previstas nos artigos 2º a 6º –, por meio de órgãos e agentes estatais, de outras pessoas que exerciam autoridade governamental, das forças separatistas da Ossétia do Sul e da Abecásia, além de outros agentes que atuavam sob as instruções e direção da Federação Russa.¹⁶⁴⁷

Apontando o artigo 22 da Convenção como base para a jurisdição da Corte, a Geórgia apresentou também pedido de indicação de medidas provisórias com o objetivo de “preservar [seus] direitos sob o CIEDR para proteger seus cidadãos contra atos discriminatórios violentos por parte das forças armadas russas, atuando em conjunto com milícias separatistas e mercenários estrangeiros”.

Conforme relato constante da petição da Geórgia, a partir do início da década de 1990 – atuando em conjunto com forças separatistas e mercenários na regiões georgianas da Ossétia do Sul e da Abecásia – a Federação Russa teria se engajado numa política sistemática de discriminação étnica direcionada contra a população georgiana e outros grupos dessas regiões. Segundo o peticionário, as ações russas teriam resultado direta ou indiretamente na morte ou desaparecimento de milhares de civis e, ainda, no descolamento interno de aproximadamente 300 mil pessoas, o que teria alterado drasticamente a composição étnica da região. Buscando tornar a situação permanente, a Rússia estaria, ainda, negando o direito de retorno de pessoas deslocadas, por meio do reconhecimento e apoio de separatistas e do uso da força armada para impedir a Geórgia de exercer sua jurisdição ao permitir que os seus cidadãos regressem às suas casas.

¹⁶⁴⁶ Disponível em «<https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>». Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁴⁷ *International Court of Justice. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Disponível em «<https://www.icj-cij.org/en/case/140>». Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

Em 8 de agosto de 2008, a Federação Russa empreendeu uma invasão militar em grande escala contra a Geórgia em apoio aos separatistas étnicos da Ossétia do Sul e da Abecásia, sob a justificativa de que a Geórgia havia cometido “genocídio” contra os ossétios do Sul por terem as forças georgianas respondido a ataques de artilharia de separatistas étnicos contra aldeias, resultando na morte de diversos civis. De acordo com a versão georgiana dos fatos, havia pouca evidência de que civis tenham sido especificamente alvo de tropas georgianas, como afirmou a Rússia.

Em agosto de 2008, após a realização de audiências, a Corte Internacional de Justiça considerou que tinha, *prima facie*, jurisdição para atuar em relação ao caso, ordenando que as partes: (i) se abstivessem de qualquer ato de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições na região da Ossétia do Sul e da Abecásia; (ii) se abstivessem de patrocinar, defender ou apoiar discriminação racial por quaisquer pessoas ou organizações; (iii) fizessem tudo o que estivesse ao seu alcance para garantir que as autoridades e instituições públicas sob o seu controle ou influência não se envolvessem em atos de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições”.

Em 1 de dezembro de 2009, a Federação Russa apresentou quatro exceções preliminares em relação à jurisdição da CIJ. Em 1 de abril de 2011, a Corte iniciou sua análise sobre a primeira exceção preliminar interposta pela Federação Russa, segundo a qual não havia disputa entre as partes sobre a interpretação ou aplicação da CIEDR na data em que a Geórgia apresentou sua demanda. Aduziu que nenhum dos documentos ou declarações apresentados forneceu base para a conclusão de que havia uma disputa sobre discriminação racial até julho de 1999. A preliminar foi afastada pela Corte, que concluiu que as manifestações dos Estados em diferentes ocasiões – a exemplo das trocas entre representantes das partes no Conselho de Segurança, em 10 de agosto de 2008, das alegações do Presidente georgiano em 9 e 11 de agosto e a resposta do Ministro dos Negócios Estrangeiros russo, em 11 de agosto – demonstraram haver um litígio sobre o cumprimento das obrigações da Federação Russa previstas na CIEDR.

Em sua segunda exceção preliminar, a Federação Russa alegou que os requisitos processuais previstos no artigo 22 da Convenção para a jurisdição do Tribunal não haviam sido cumpridos, uma vez que não teria havido tentativa de negociação ou outros procedimentos previstos na CIEDR antes de a Corte ser acionada. Quanto a essa preliminar, o Tribunal entendeu que negociações são distintas de meros protestos ou disputas e observou que ocorreram negociações entre a Geórgia e a Federação Russa antes do início da disputa relevante. Entretanto, detectou a ausência de disputas específicas relacionadas a questões abrangidas pelo CIEDR antes de 9 de agosto de 2008, razão pela qual a Corte concluiu que nenhum dos

requisitos contidos no artigo 22 da Convenção foi preenchido, considerando-se incompetente para julgar o caso. Como consequência, a Resolução de 15 de outubro de 2008, que indicava medidas provisórias a serem seguidas pelas partes, deixou de vigorar com a expedição da sentença da Corte.

No recente caso *Qatar v. Emirados Árabes Unidos*, a Corte Internacional de Justiça também se debruçou sobre a aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Em 11 de junho de 2018, o Estado do Qatar acionou os Emirados Árabes Unidos perante a CIJ por violação à CIEDR, sob a alegação de que, em 5 de junho de 2017, este promulgou e implementou uma série de medidas discriminatórias contra os qatarienses em virtude de sua origem nacional. Invocando o artigo 36.1 do Estatuto da Corte¹⁶⁴⁸ e o artigo 22 da CIEDR¹⁶⁴⁹, a petição demandava a adoção de medidas provisórias de proteção dos direitos do Qatar previstos na CIEDR, até que sobreviesse uma decisão de mérito.

Em 23 de julho de 2018, por meio de uma Resolução, a CIJ considerou, *prima facie*, possuir jurisdição para conhecer o caso, nos termos do artigo 22 da CIEDR, já que a controvérsia entre as partes envolvia a interpretação e aplicação da Convenção.

Foram realizadas audiências públicas sobre o pedido do Qatar para indicação de medidas provisórias, em relação às quais a Corte concluiu que foram atendidas as condições exigidas em seu Estatuto, tendo em vista a existência de risco iminente de que as medidas adotadas pelos Emirados Árabes Unidos pudessem levar a danos irreparáveis em prejuízo dos direitos invocados pelo Qatar. Nesse sentido, o Tribunal afirmou que, com base nas provas apresentadas pelas partes:

“(…) as medidas adotadas pelos Emirados Árabes Unidos em 5 de junho de 2017 parecem ter como alvo apenas os qatarienses e não outros não cidadãos residentes nos Emirados Árabes Unidos. Além disso, as medidas foram direcionadas para todos os qatarienses residentes nos Emirados Árabes Unidos, independentemente das circunstâncias individuais. Portanto, parece que alguns dos atos de que o Qatar se queixa podem constituir atos de discriminação racial, conforme definido pela Convenção. Consequentemente, o Tribunal considera que pelo menos alguns dos direitos reivindicados pelo Qatar sob o artigo 5 da CIEDR são plausíveis. É o caso, por exemplo, da alegada discriminação racial no gozo de direitos como o direito ao casamento e à escolha do cônjuge, o

¹⁶⁴⁸ “Art. 36.1. A competência da Corte se estende a todos os litígios que as partes a submetam e a todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou nos tratados e convenções vigentes.” Disponível em <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu2-8.html>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁴⁹ Art. 22 - Os litígios entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação da presente Convenção que não sejam decididos por negociações ou pelos processos expressamente previstos na Convenção serão introduzidos, a pedido de qualquer das partes no litígio, na Corte Internacional de Justiça para decisão, salvo se as partes no litígio acordarem noutro modo de resolução.”

direito à educação, bem como a liberdade de locomoção e o acesso à justiça.”¹⁶⁵⁰ (tradução nossa).

Ao final da referida ordem, recordando aos Emirados Árabes Unidos do seu dever de cumprir suas obrigações ao abrigo da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Corte concluiu que, até a decisão final do caso e de acordo com tais obrigações, o demandado deveria garantir que:

“(i) as famílias catarianas separadas como resultado das medidas adotadas pelos Emirados Árabes Unidos em 5 de junho de 2017 sejam reunidas; (ii) os estudantes do Qatar afetados pelas mesmas medidas possam concluir seus estudos ou obter seus registros escolares ou universitários se desejarem estudar em outro lugar; e (iii) os catarianos afetados pelas medidas possam ter acesso aos tribunais e outros órgãos judiciais dos Emirados Árabes Unidos.” ¹⁶⁵¹ (tradução nossa).

Indicando precedentes, a Corte reforçou, ainda, que, nos termos do artigo 41 de seu Estatuto, seus despachos sobre medidas provisórias têm efeito vinculante e, desse modo, criam obrigações legais internacionais para qualquer parte a que se dirijam.

Após objeções preliminares apresentadas pelos Emirados Árabes em relação à jurisdição da Corte e à admissibilidade da demanda, o processamento do mérito do caso foi suspenso. Foram realizadas audiências públicas, em agosto e setembro de 2020, a respeito das preliminares levantadas, tendo a Corte dado provimento à primeira exceção preliminar, de acordo com a qual a controvérsia não se enquadrava no escopo *ratione materiae* da CIEDR, razão pela qual declarou não ter competência para conhecer da demanda apresentada pelo Qatar, em decisão datada de 21 de fevereiro de 2021.

Para concluir se possuía competência em razão da matéria para conhecer e decidir sobre o caso, a Corte analisou os dissensos existentes entre as partes, quais sejam: i) se a expressão “origem nacional” do artigo 1º, nº 1, da Convenção abrange a nacionalidade atual; ii) se o escopo da Convenção se estende às corporações de mídia do Qatar; iii) se as medidas denunciadas pelo Qatar dão origem à denominada “discriminação indireta” contra os qatarianos com base em sua origem nacional.

¹⁶⁵⁰ International Court of Justice. Reports of judgments, advisory opinions and orders application of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Request for the indication of provisional measures order of 23 of July 2018, p. 25. Disponível em «<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20180723-ORD-01-00-EN.pdf>». Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁵¹ International Court of Justice. Reports of judgments, advisory opinions and orders application of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Request for the indication of provisional measures order of 23 of July 2018, p. 30. Disponível em «<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20180723-ORD-01-00-EN.pdf>». Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

Quanto à primeira divergência, o Qatar afirma que, na definição de discriminação racial estabelecida pelo artigo 1º, nº 1, da CIEDR, está abrangida a noção de nacionalidade atual, enquadrando, portanto, as medidas adotadas pelo demandado no escopo da Convenção. Já os Emirados Árabes Unidos argumentam que o termo “origem nacional” não inclui a nacionalidade atual e que a Convenção não proíbe a diferenciação com base na nacionalidade atual dos cidadãos qatarianos. Assim, para o demandado, o sentido atribuído à expressão “origem nacional” não abrange a nacionalidade atual, uma vez que esta denota uma relação jurídica com um Estado no sentido de cidadania, enquanto que origem nacional diz respeito a uma associação com uma nação de pessoas e não com um Estado. Em continuidade, argumenta-se, ainda, que a própria Convenção estabelece usos distintos dos termos nacionalidade e origem nacional. Nesse sentido, a definição de discriminação racial pela CIEDR envolveria apenas características imutáveis das pessoas, tais como raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, o que não se aplica à nacionalidade, que diz respeito a um vínculo jurídico que pode ser alterado ao longo do tempo.

Afirmando que a interpretação deve se basear, acima de tudo, no texto da Convenção, a Corte considerou que:

“a definição de discriminação racial na Convenção inclui “origem nacional ou étnica”. Essas referências a “origem” denotam, respectivamente, vínculo de uma pessoa a um grupo nacional ou étnico no nascimento, enquanto a nacionalidade é um atributo legal que está dentro do poder discricionário do Estado e pode mudar durante a vida de uma pessoa (Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Segunda Fase, Sentença, I.C.J. Relatórios 1955, pp. 20 e 23). A Corte observa que os outros elementos da definição de discriminação racial, conforme estabelecido no Artigo 1, § 1º, da Convenção, a saber, raça, cor e descendência, também são características que são inerentes ao nascimento.”¹⁶⁵²

A Corte entendeu, ainda, que as disposições contidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1º reforçam a interpretação adotada acerca da expressão “origem nacional” como não abrangendo nacionalidade atual, concluindo que a Convenção não impede que os Estados Partes adotem medidas que restrinjam o direito de não-cidadãos de entrar em um Estado e nele residir, com base em sua nacionalidade atual. Invocando o preâmbulo da CIEDR, a Corte afirmou que o objetivo da Convenção é eliminar todas as formas e manifestações de discriminação racial contra seres humanos com base em características reais ou percebidas a partir de sua origem, nomeadamente o nascimento. Assim, a Convenção não se destina a abranger todos os casos de

¹⁶⁵² *International Court of Justice. Reports of judgments, advisory opinions and orders application of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Judgement*, p. 26. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

diferenciação de pessoas com base na nacionalidade, diferenciação esta que inclusive é comum e está refletida na legislação da maioria dos Estados Partes. Analisando as demais questões levantadas pelos Emirados Árabes Unidos em sua primeira exceção preliminar, a Corte concluiu que não possuía jurisdição *ratione materiae* para apreciar e julgar o caso, nos termos do artigo 22 da CIEDR.

Na lista de casos pendentes¹⁶⁵³ de julgamento pela Corte Internacional de Justiça, é possível detectar, ainda, outros três casos envolvendo a aplicação da CIEDR – *Ukraine v. Russian Federation*; *Armenia v. Azerbaijan*; *Azerbaijan v. Armenia* – que, no entanto, pelo escopo do presente trabalho e por não estarem ainda concluídos, não serão aqui analisados.

De todo modo, nota-se que, apesar do tempo de vigência da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Corte Internacional de Justiça ainda não decidiu o mérito de nenhum dos casos postos à sua apreciação, o que prejudica uma análise mais aprofundada acerca da efetiva responsabilidade internacional dos Estados a partir de sua atuação. Como visto, os únicos dois casos concluídos até o momento esbarraram nos limites de reconhecimento da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, diante do teor do artigo 22 da CIEDR¹⁶⁵⁴.

1.1.3.2. A igualdade racial pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial

Como já brevemente mencionado no primeiro tópico deste capítulo, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), implantado em 1970, é a instância responsável pela implementação da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR). Já a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o foro competente para dirimir conflitos envolvendo a Convenção, tendo jurisdição limitada aos Estados partes que a reconhecem. Diferentemente do que ocorre com o Comitê, é relevante destacar novamente que apenas os Estados podem acionar a CIJ.

Desse modo, como mecanismo de implementação da CIEDR, o CEDR foi instituído para monitoramento da igualdade racial e da não discriminação, atuando nas vertentes de proteção e promoção dos direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais associados ao

¹⁶⁵³ Disponível em «<https://www.icj-cij.org/en/pending-cases>». Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁵⁴ “Art. 22 - Os litígios entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação da presente Convenção que não sejam decididos por negociações ou pelos processos expressamente previstos na Convenção serão introduzidos, a pedido de qualquer das partes no litígio, no Tribunal Internacional de Justiça para decisão, salvo se as partes no litígio acordarem noutro modo de resolução.

processo de eliminação da discriminação racial, tendo como foro a Corte Internacional de Justiça.

Todos os Estados Partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê para Eliminação da Discriminação Racial a respeito dos direitos que estão sendo implementados para a consecução das obrigações contidas na CIEDR. Inicialmente, os relatórios devem ser apresentados um ano após a adesão à Convenção e, posteriormente, a cada dois anos. O Comitê examina cada relatório e emite suas preocupações e recomendações ao Estado Parte na forma de “observações finais”. Além do já mencionado procedimento de denúncia, a Convenção estabelece outros três mecanismos de monitoramento: o procedimento de alerta precoce, o exame de denúncias interestaduais e o exame de denúncias individuais. Ademais, o Comitê ainda se ocupa da publicação de sua interpretação sobre o conteúdo das disposições de direitos humanos pertinentes, por meio das chamadas Recomendações Gerais, e organiza discussões sobre o enfrentamento ao racismo e a promoção da igualdade racial.

Dessarte, para consecução de suas funções, o Comitê elabora e recebe relatórios sobre as medidas administrativas, legislativas e judiciais adotadas pelos Estados membros da Convenção, podendo aceitar encaminhamento de denúncias e convocar Comissão Conciliatória *ad hoc* para resolução de controvérsias entre os Estados.

Segundo dados atualizados até maio de 2014¹⁶⁵⁵, 55 casos haviam sido apresentados ao Comitê de Eliminação da Discriminação Racial, envolvendo 12 Estados-Partes. Destes, 18 foram considerados inadmissíveis; 30 foram examinados pelo Comitê, dentre os quais em 15 o CEDR entendeu haver violação da Convenção; em um dos casos houve desistência, restando, ainda, 6 a serem apreciados pelo Comitê¹⁶⁵⁶.

Não sendo esse espaço adequado para uma análise pormenorizada de todas as decisões emitidas pelo Comitê, optou-se por abordar três decisões dentre aquelas elencadas na aba de jurisprudência recente do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial disponível no site das Nações Unidas.¹⁶⁵⁷ Como critérios para a escolha das decisões a serem aqui apresentadas, levou-se em consideração primeiramente as decisões dos últimos vinte anos (de

¹⁶⁵⁵ Cfr. *Statistical survey of individuals complaints considered under the procedure governed by article 14 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Disponível em «<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cerd/pages/cerdindex.aspx>». Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁵⁶ Dentre as petições apresentadas, o maior número é da Dinamarca: 21 comunicações individuais, das quais 12 foram admitidas, sendo que, dentre estas, 7 foram considerados casos de violação da Convenção. Tanto Portugal (em 02 de março de 2000), quanto o Brasil (em 17 de junho de 2002) reconheceram a competência do Comitê para receber petições individuais, nos termos do artigo 14 da Convenção. No entanto, até maio de 2014, não havia registro de nenhum caso envolvendo tais Estados-Partes.

¹⁶⁵⁷ Disponível em «<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=6&sortOrder=Date>». Acesso em 19 de fevereiro de 2022.

2002 a 2022), totalizando 21 casos. Dentre estes, foram analisados os casos em que o Comitê entendeu que houve violação das disposições da CIEDR, compreendendo 11 casos. Levando em consideração a relevância dos direitos violado sob a proteção da CIEDR, foram destacados três casos que serão brevemente apresentados na sequência.

Na decisão referente à *Comunicação n° 29/2003*¹⁶⁵⁸ – datada de 6 de março de 2006 – o Comitê emitiu opinião sobre suposta violação de direitos protegidos na CIEDR por parte do Estado da Sérvia e Montenegro. O peticionário Dragan Durmic, cidadão da Sérvia e Montenegro e de origem étnica cigana, afirma ter sido vítima de violações de seus direitos sob a CIEDR por parte da Sérvia e Montenegro.

Em 2000, o Centro de Direito Humanitário (HLC) realizou uma série de “testes” em toda a Sérvia para determinar se os membros da minoria cigana estavam sendo discriminados no acesso a locais públicos. A ação foi realizada levando em consideração inúmeras queixas dando conta de que ciganos não têm acesso a clubes, discotecas, restaurantes, cafés e/ou piscinas, com base na sua origem étnica.

Em 18 de fevereiro de 2000, dois ciganos, um dos quais o peticionário, e três não ciganos, tentaram adentrar uma discoteca em Belgrado. Todos estavam bem vestidos, bem-comportados e não estavam sob a influência de álcool. Assim, a única diferença aparente entre eles era a cor da pele. Embora não houvesse no local qualquer aviso nesse sentido, os dois indivíduos de origem cigana foram impedidos de entrar no clube sob o argumento de que se tratava de uma festa privada e que eles não tinham convites. Quando o peticionário questionou ao segurança como poderia adquirir um convite, foi informado de que não era possível, pois não estavam à venda. Em contrapartida, os três indivíduos não ciganos foram autorizados adentrar o espaço, apesar de também não terem convites para a chamada festa privada.

Em 21 de julho de 2000, em nome do peticionário, o HLC apresentou queixa-crime junto ao Ministério Público em Belgrado dirigida aos empregados da discoteca como suspeitos de terem cometido o crime previsto no artigo 60 do Código Penal Sérvio.

O peticionário alegou violação de seus direitos, bem como dos direitos de outro indivíduo cigano à igualdade, dignidade humana e igualdade de acesso aos lugares destinados à uso do público em geral. Solicitou ao Ministério Público que identificasse os autores e iniciasse uma investigação judicial formal contra eles, ou apresentasse uma acusação diretamente no tribunal competente.

¹⁶⁵⁸ CERD/C/68/D/29/2003.

Após 7 meses sem resposta, o HLC enviou outra carta ao Público Procurador salientando que, caso a queixa-crime fosse indeferida e se os autores não tivessem sido até então, o peticionário e a outra vítima desejavam exercer sua prerrogativa legal de assumir o julgamento do caso na qualidade de promotores privados/subsidiários. O Ministério Público respondeu que tinha pedido à polícia, em duas ocasiões distintas, em agosto de 2000, para investigar os fatos, sem sucesso. Em 22 de outubro de 2001, o Ministério Público informou ao HLC que havia confirmado, por meio das investigações policiais, que houve uma festa privada na discoteca na data em questão, supostamente organizada pelo proprietário do estabelecimento. Ele também afirmou que a polícia ignorou a ordem de identificar e interrogar o pessoal de segurança na noite do incidente.

Em 30 de janeiro de 2002, o peticionário apresentou uma petição no Tribunal Constitucional Federal afirmando que, ao não identificar os autores e arquivar a queixa-crime, o Ministério Público impediu que o peticionário e a suposta vítima assumissem a acusação de o caso em seu próprio nome. Mais de 15 meses após a apresentação da petição ao Federal Tribunal Constitucional, o peticionário não recebeu qualquer resposta, não tendo, portanto, obtido reparação pelas violações sofridas.

Perante o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, referindo-se ao “teste” como técnica utilizada para a coleta de provas sobre alegações de discriminação, o peticionário afirmou que, desde a década de 1950, os tribunais norte-americanos reconheceram o teste como um meio eficaz para demonstração da discriminação. Invoca também a própria jurisprudência do CERD, na qual o Comitê confirmou a admissibilidade de tais casos. O peticionário alega que as violações apontadas – dos artigos 2º, parágrafo 1º (d) e 5º (f) da CIEDR, por ter sido impedido de acessar um lugar ou serviço destinado ao público em razão de sua raça – devem ser interpretadas num contexto de discriminação sistemática de ciganos no Estado Parte, ressaltando a ausência de qualquer forma de reparação adequada.

Analisando o mérito do caso, o Comitê considerou não ser razoável que o Estado, incluindo o Ministério Público, tenha acatado, sem qualquer investigação adicional, a alegação de que era impossível identificar as pessoas envolvidas no ato discriminatório, devido à alta rotatividade de pessoal. Desse modo, o Estado Parte não conseguiu estabelecer se o peticionário foi impedido de acessar local público, em razão da sua origem nacional ou étnica, resultando na impossibilidade ao peticionário de estabelecer se seus direitos sob a Convenção foram violados.

Nesse sentido, o Comitê recomendou que o Estado Parte forneça ao peticionário informações justas e indenização adequada e proporcional ao dano moral sofrido. Também

recomendou que o Estado Parte tome medidas para assegurar que a polícia, os promotores públicos e o Tribunal da Sérvia e Montenegro investiguem devidamente as acusações e queixas relacionadas a atos de discriminação racial, que devem ser punidos por lei de acordo com a Convenção. Por fim, o Comitê concedeu o prazo de seis meses para que Estado Parte forneça informações sobre as medidas tomadas à luz do Parecer do Comitê, solicitando, ainda ampla publicidade ao opinativo.

Na decisão da *Comunicação n° 40/2007*¹⁶⁵⁹ – de 8 de agosto de 2007 –, o Comitê expediu opinião sobre suposta violação de direitos protegidos pela Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial por parte do Estado da Dinamarca. O peticionário, Sr. Murat Er, cidadão dinamarquês de origem turca, era, na época dos fatos, estudante de carpintaria na Escola Técnica de Copenhagem. Como parte do programa de estudos, os alunos tinham a possibilidade de realizar estágios em empresas privadas. Em 8 de setembro de 2003, acidentalmente, o peticionário viu uma anotação nas mãos de um professor, na qual as palavras “não P” apareciam ao lado do nome de um potencial empregador que aceitava estagiários para trabalhar na sua empresa. Quando questionado sobre o significado da anotação, o professor explicou que o P significava “perkere” (“Pakis”) e que, portanto, aquele empregador havia instruído a escola a não enviar alunos estrangeiros para formação naquela empresa. Nesse mesmo dia, o peticionário denunciou o fato, oralmente, ao inspetor escolar, argumentando que a escola colaborava com empregadores que não aceitavam estagiários de uma determinada origem étnica. O inspetor afirmou que a política da escola era de não compactuar com os desejos dos empregadores de apenas aceitar dinamarqueses étnicos como estagiários” e que não tinha conhecimento de casos em que isso tivesse acontecido. Em 10 de setembro de 2003, o peticionário apresentou uma reclamação por escrito ao Conselho de Administração da escola. Afirmou o peticionário que, desde que sua queixa foi apresentada, vinha sendo maltratado por funcionários e alunos da escola, sendo que passaram a lhe atribuir projetos que normalmente não se esperava que ele realizasse na escola.

Entre outubro e dezembro de 2003, o peticionário trabalhou como estagiário em um pequeno negócio de carpintaria. Ao retornar à escola, teria informado de que deveria iniciar um novo estágio. Um jornaleiro, com quem trabalhou nesta nova empresa, informou ao peticionário que a Escola havia perguntado à empresa se aceitava que lhe fosse enviado “um negro”. De volta à escola, o peticionário iniciou um novo curso. No segundo dia de curso, ele pediu ao professor ajuda com alguns desenhos, o que não obteve. O peticionário afirmou que a

¹⁶⁵⁹ CERD/C/71/D/40/2007.

frustração vivenciada em decorrência do tratamento discriminatório recebido na escola o levou a abandonar o curso, tendo ficado depressivo. Procurou atendimento médico e foi encaminhado ao Hospital Bispebjerg, onde foi tratado com antidepressivos. Abandonou a ideia de se tornar carpinteiro e começou a trabalhar como cuidador domiciliar.

O peticionário acionou uma instituição independente, o Departamento de Documentação e Centro de Assessoria contra a Discriminação Racial (DACoRD), que apresentou uma reclamação em nome do peticionário ao Comitê de Reclamações sobre Igualdade de Tratamento Étnico (estabelecido ao abrigo da Lei n.º 374, de 28 de Maio de 2003, sobre Igualdade de Tratamento Étnico), argumentando que a prática da escola constituiu discriminação direta. Oficiada pelo Comitê de Reclamações, em correspondência, a escola admitiu que a desigualdade de tratamento baseado na etnia pode ter ocorrido em casos isolados, mas que este não era uma prática geral da escola. Em decisão de 1 de Setembro de 2004, o Comitê considerou que, nesse caso específico, um funcionário da escola tinha seguido instruções discriminatórias e, portanto, violou a seção 3 da Lei Dinamarquesa sobre Igualdade Étnica Tratamento. Especificou, no entanto, que a seção 3 não teria sido violada pela escola.

Uma ação civil foi apresentada no Tribunal da Cidade de Copenhague, com pedido de indenização por danos morais decorrentes do ato discriminatório. Em 29 de novembro de 2005, o Tribunal considerou que as provas produzidas não provaram que a escola ou seus funcionários estavam dispostos a cumprir solicitações dos empregadores e que, portanto, não havia razão para anular a declaração do Comitê. Concluiu que não se poderia considerar que o peticionário foi submetido a tratamento com base em sua raça ou origem étnica, nem que foi vítima de represálias por parte do réu em razão da denúncia apresentada por ele.

O peticionário recorreu da sentença do Tribunal de Copenhague à Suprema Corte da Dinamarca Oriental, com apoio do DACoRD. Uma das testemunhas chamadas a depor – um funcionário da escola responsável pelos contatos com potenciais empregadores – afirmou que tinha optado por não enviar um estudante de origem étnica não dinamarquesa para a empresa, pois a escola já havia recebido *feedbacks* negativos de alunos de outras etnias que vinham treinando nessa empresa, sob a alegação de que teriam se sentido discriminados pelos funcionários da empresa que costumavam empregar linguagem abusiva. A escola argumentou que o queixoso não sofreu represálias como consequência da sua queixa, mas que ele simplesmente não era qualificado o suficiente para ser enviado para treinamento. A Suprema Corte decidiu que não havia provas de que o queixoso tinha sido submetido a discriminação ou sofreu represálias como consequência de sua denúncia e confirmou sentença do Tribunal Municipal. Como consequência, a escola foi absolvida e o queixoso foi obrigado a pagar as

custas processuais no valor de aproximadamente 3.300 €, montante que foi coberto pelo DACoRD.

Tendo esgotados os meios domésticos para proteção de seus direitos, o peticionário recorreu ao Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, argumentando que, como consequência da prática discriminatória da escola, não recebeu as mesmas oportunidades de educação e treinamento que seus colegas estudantes, sendo que não havia recurso disponível para solucionar sua situação de forma eficaz, em violação do artigo 5º (e)(v) da Convenção. O peticionário alegou, ainda, que a legislação nacional dinamarquesa não oferece proteção às vítimas de discriminação com base na etnia, conforme exigido pelo artigo 2, parágrafo 1 (d) da Convenção, e não atende aos requisitos do artigo 6.

O Comitê acolheu parcialmente as alegações do peticionário, observando ser fato incontroverso que um dos professores da escola aceitou um requerimento do empregador contendo a nota “not P”, o que significava que os estudantes de origem étnica não dinamarquesa não deveriam ser enviados para o estágio nessa empresa. Para o Comitê, esse fato por si só, seria suficiente para gerar uma apuração sobre a existência de uma discriminação de fato contra todos os estudantes de etnia não dinamarquesa, incluindo o peticionário. Afirmou, ainda, o Comitê que a alegação da escola de que o indeferimento do pedido de estágio do peticionário em setembro de 2003 baseou-se em seus registros acadêmicos não exclui o fato de que a ele foi negada a oportunidade de formação nessa empresa, em todo caso, com base na sua origem étnica. Com efeito, independentemente de seus registros acadêmicos, as chances do peticionário de se candidatar a um estágio eram mais limitadas do que as de outros estudantes, por causa de sua etnia. Isso constitui, na opinião do Comitê, um ato de discriminação racial e uma violação do direito do peticionário à educação e treinamento de acordo com o artigo 5º da Convenção. Ademais, quanto à falha do Estado Parte em realizar uma investigação eficaz para determinar se houve ou não um ato de discriminação racial, o Comitê concluiu que os artigos 2, parágrafo 1 (d), e 6 da Convenção foram violados.

Nessas circunstâncias, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial recomendou que o Estado da Dinamarca concedesse ao peticionário indenização adequada pelo dano moral causado pelas mencionadas violações da Convenção. O Comitê também incitou o Estado Parte a dar ampla publicidade ao parecer do Comitê, inclusive entre promotores públicos e órgãos judiciários, concedendo o prazo de noventa dias para que o Governo da Dinamarca prestasse informações sobre as medidas tomadas para dar cumprimento ao parecer do Comitê.

Na decisão referente à *Comunicação n° 46/2009*¹⁶⁶⁰ – cuja decisão foi emitida em 6 de março de 2012 – o Comitê emitiu opinião sobre suposta violação de direitos previstos na CIEDR por parte do Estado da Dinamarca. Na noite de 21 de junho de 2004, na cidade de Sorø, os peticionários Mahali Dawa e Yousef Shava – cidadãos iraquianos reconhecidos como refugiados na Dinamarca – tiveram sua casa atacada por um grupo de 15 a 20 jovens. Na ocasião, as janelas foram quebradas e a porta da frente danificada, sendo que um dos agressores conseguiu invadir a casa e submeter os peticionários a violência, inclusive espancamento. Enquanto isso, do lado de fora, outros agressores gritavam, “vá para casa!”, além de outros *slogans* de natureza ofensiva. Após o ataque, toda a família, incluindo os oito filhos, teve que se refugiar num alojamento municipal.

Foi realizada uma investigação criminal que resultou na condenação, em 26 de janeiro de 2005, de quatro dos agressores perante o Tribunal de Justiça de Sorø, por agressão, vandalismo e porte ilegal de armas. Entretanto, as prisões decretadas foram suspensas, nenhuma indenização foi concedida às vítimas e a supota motivação racista do ataque não foi abordada. Os peticionários ajuizaram ação cível por danos morais, na qual pleitearam o reconhecimento da motivação racista como agravante, enfatizando, dentre outros elementos, o fato de uma placa com os dizeres “não são permitidos negros” ter sido colocada próxima à sua casa pouco antes do ataque. Também se alegou que um dos réus telefonou para outro agressor antes do ataque, pedindo que se juntasse a ele pois “teve problemas com algum *pekere*.”¹⁶⁶¹

Em 11 de setembro de 2007, o Tribunal Distrital de Naestved proferiu sentença, concluindo que não havia provas que indicassem caráter racista dos ataques contra os peticionários. O Tribunal considerou, ainda, que o nível de violência e danos sofridos não era de tal grau a ponto de incidir em uma violação da Lei Dinamarquesa de Delitos. Em 3 de outubro de 2008, o Supremo Tribunal da Dinamarca Oriental confirmou a sentença do Tribunal Distrital de Naestved, e os peticionários foram condenados a pagar as custas judiciais no valor de 20.000 coroas dinamarquesas. Em 12 de dezembro de 2008, foi negada aos peticionários permissão para recurso para o Supremo Tribunal Dinamarquês, esgotando-se, portanto, os recursos internos.

Dessa maneira, os peticionários recorreram ao Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, alegando que ao não investigar o caráter racista do atentado que sofreram e deixar de lhes oferecer um remédio legal efetivo para as violações sofridas, Estado da

¹⁶⁶⁰ CERD/C/80/D/46/2009.

¹⁶⁶¹ Trata-se de uma gíria pejorativa utilizada na Dinamarca para se referir a “estrangeiros”.

Dinamarca privou-os do direito de reparação pela dor e humilhação sofridas, em violação do artigo 6º, combinado com o artigo 2.º, n.º 1, alínea d, da CIEDR. Afirmaram, ainda, que ataque violento e o vandalismo sofridos, bem como a motivação racista relacionada à intenção de fazer a família deixar a cidade e fixar residência em outro município equivalem a uma violação pelo Estado Parte do artigo 3º e do artigo 4º da Convenção.

Em seu opinativo, o Comitê observou que, tendo em vista os procedimentos sumários e acusações revisadas, a natureza possivelmente racista do delito foi afastada preliminarmente já no âmbito da investigação criminal, não tendo sido levada a julgamento. O Comitê observou, ainda, que o Tribunal Distrital de Naestved rejeitou o pedido de danos morais dos petionários, sob a alegação de que não forneceram provas suficientes de que a agressão cometida foi racialmente motivada. Para o Comitê é indiscutível que 35 infratores atacaram a casa dos petionários, que foram expostos a linguagem ofensiva de natureza racista diversas vezes, tanto dentro como fora do contexto do ataque. Também é inconteste que a polícia denunciou o incidente ao Serviço de Segurança e Inteligência, de acordo com o memorando sobre notificação de crimes potencialmente raciais ou incidentes criminais de motivação religiosa. Nada obstante, o Comitê destacou que o Estado Parte não apresentou qualquer informação sobre o resultado desta notificação, em particular se alguma investigação foi realizada para verificar se o ataque deveria ser qualificado como incitação, ou ato de discriminação racial.

Nesse contexto, o Comitê opinou que, em circunstâncias tão graves como as do caso em questão – no qual os petionários foram submetidos, em sua própria casa, a um ataque violento assalto por 35 infratores, alguns deles armados – havia elementos suficientes que justificassem uma investigação minuciosa por parte das autoridades públicas sobre a possível natureza racista do ataque contra a família. Entretanto, essa possibilidade foi afastada já na investigação criminal, impedindo que tal elemento fosse apreciado judicialmente. O Comitê considerou que incumbia ao Estado Parte iniciar uma investigação criminal efetiva, ao invés de imputar aos petionários o ônus da prova no processo civil. Levando em consideração que houve falha em proteger efetivamente os petionários de um suposto ato de racismo/discriminação racial e de realizar uma investigação eficaz, o que conseqüentemente privou os petionários de seu direito à proteção efetiva e recursos contra o ato denunciado de discriminação racial, o Comitê conclui que os artigos 6º e 2º, parágrafo 1 (d) da CIEDR foram violados.

Nestas circunstâncias, e fazendo referência à sua Recomendação Geral nº 31 (2005) sobre a prevenção da discriminação racial na administração e funcionamento do sistema de

justiça criminal, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial recomendou ao Estado da Dinamarca a concessão aos petionários de indenização adequada pelos danos materiais e morais causados pelas supracitadas violações da Convenção. O Comitê recomendou, ainda, que o Estado Parte revisasse sua política e procedimentos relativos à acusação em casos de alegada discriminação racial ou violência motivada pela raça, à luz de suas obrigações nos termos do artigo 4º da Convenção. O Estado Parte também foi instado a dar ampla publicidade ao Parecer do Comitê, inclusive entre promotores de justiça e órgãos judiciais. O Comitê concedeu ao Estado parte o prazo de 90 dias para apresentar informações sobre as medidas tomadas para dar cumprimento ao seu parecer.

No que tange mais especificamente às dimensões da igualdade racial, merecem também destaque algumas Recomendações Gerais do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial.

Com o propósito de apresentar uma orientação prática a respeito do significado e alcance das medidas especiais (promoção da igualdade racial) previstas na Convenção, o CEDR expediu a Recomendação Geral nº 32 (2009)¹⁶⁶², a qual incita os Estados-Partes a distinguirem as medidas especiais – que não constituem discriminação e atendem ao quanto estabelecido na Convenção – das denominadas preferências injustificáveis que, ainda que não resultem em distinção, exclusão ou restrição, configuram-se como mecanismos de discriminação racial. O documento afirma que a expressão *não discriminação* não implica sempre tratamento uniforme, notadamente quando existem importantes diferenças que justifiquem, de forma objetiva e razoável, tratamento diferenciado. Nessas hipóteses, conceder o mesmo tratamento a pessoas e grupos cujas situações sejam objetivamente diferentes – assim como conceder tratamento desigual a pessoas que estejam objetivamente na mesma situação – é que configura, na prática, discriminação. O Comitê observa que, para a correta aplicação do princípio da não discriminação, é necessário levar em consideração as características dos grupos, até mesmo lançando mão de estatísticas capazes de determinar a sua representatividade social e seu efetivo acesso aos direitos humanos.

Para o CEDR, o conceito de *medidas especiais* requer, quando as circunstâncias assim demandarem, a complementação das leis, políticas e práticas adotadas pelos Estados-Partes¹⁶⁶³, com a adoção de medidas temporais destinadas a garantir o pleno e igual gozo dos

¹⁶⁶² Cfr. United Nations, *Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General recommendation n° 32*. Disponível em «http://www.bayefsky.com/general/cerd_genrecom_32_2009.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁶³ O CEDR entende que essas medidas abrangem toda a gama de instrumentos legislativos, executivos, administrativos e regulamentares, em todos os níveis da administração do Estado, bem como os planos, políticas,

direitos humanos e liberdades fundamentais pelos grupos raciais desfavorecidos. A Recomendação afirma que a expressão *medidas especiais* compreende aquelas que, em alguns países, poderiam denominar-se medidas afirmativas ou ação positiva¹⁶⁶⁴, quando atendam aos requisitos estipulados pela Convenção.

Para o Comitê, a noção de “progresso adequado”, contida no nº 4 do artigo 1º, implica a realização de programas com objetivos determinados, dentre os quais o de amenizar e remediar as disparidades no exercício dos direitos, protegendo os grupos vulnerabilizados da discriminação racial. Essas disparidades devem ser persistentes ou estruturais, decorrentes de desigualdades de fato resultantes de processos históricos que continuam obstruindo o pleno florescimento da personalidade humana dos indivíduos, em virtude de sua pertença a determinados grupos raciais. Nada obstante, entende o CEDR – em consonância com o que fora defendido linhas atrás quando se discutiu a natureza jurídica das ações afirmativas – que não é imprescindível a existência de uma discriminação histórica para a convalidação de programas de medidas especiais, sendo mais relevante a correção de disparidades detectadas no presente, independentemente de sua origem, até para impedir que se produzam novos desequilíbrios fundados na raça.

Nessa senda, é de fundamental importância para a compreensão das medidas especiais, enquanto mecanismos legítimos de promoção da igualdade racial, o entendimento da CEDR de que elas não representam exceção ao princípio da não discriminação. Ao contrário, configuram-se como parte integrante do seu significado, revelando-se essenciais para os propósitos, contidos na Convenção, de eliminar a discriminação racial e de promover a igual dignidade humana. De acordo com a concepção de igualdade defendida nesta tese, apenas adaptar-se-ia tal interpretação para afirmar que as ações afirmativas, de fato, não representam exceção ao princípio da igualdade (racial) – que tem a não discriminação racial como uma de suas vertentes essenciais –, antes são mecanismos de concretização de uma de suas dimensões positivas, consubstanciada no direito à promoção da igualdade racial.

De acordo com o entendimento externado pelo Comitê na Recomendação Geral nº 32, as medidas especiais não podem ser confundidas com os direitos específicos de determinadas categorias de pessoas ou comunidades, que, ao revés da temporalidade, são marcados pelo seu caráter permanente. Por exemplo, os direitos de as pessoas pertencentes a

programas e sistemas de cotas adotados em setores tais como educação, emprego, habitação, cultura e participação na vida pública.

¹⁶⁶⁴ O documento desaconselha o emprego da expressão *discriminação positiva*, afirmando que se trata de termo contraditório no contexto das normas internacionais de direitos humanos, devendo ser evitado.

minorias gozarem de sua cultura, professarem e praticarem sua religião, empregarem o seu idioma, os direitos dos povos indígenas e, ainda, os direitos de as mulheres – em razão das diferenças de ordem biológica – receberem tratamento diverso àquele destinado aos homens. Esses *direitos específicos* decorrem – nos termos do que já se expôs acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade racial – do reconhecimento e validação das diferenças entre as pessoas que, ao invés de fundamentar a exclusão, devem pautar a igualização, sem olvidar a importância do próprio *direito à diferença*.

Nessa linha de intelecção, o direito à diferença – é importante que se ressalte – não se confunde com a promoção da igualdade racial e, portanto, não exclui a necessidade de medidas especiais nesse sentido, quando as circunstâncias assim o exigirem. Desse modo, os titulares desses direitos permanentes também podem – e devem, quando detectada a sua vulnerabilidade e desigualdade no acesso aos direitos e bens essenciais – ser beneficiários de medidas especiais.

Na Recomendação Geral nº 34 (2011) – sobre discriminação racial pessoas de descendência africana –, o Comitê afirma que, a partir do exame dos relatórios apresentados pelos Estados partes, pessoas de descendência africana continuam a sofrer racismo e discriminação em escala mundial, razão pela qual endereçou recomendações aos Estados partes como forma de contribuir para a superação desse fenômeno. Nesse sentido, na referida recomendação, o Comitê reconhece os seguintes direitos específicos às pessoas afrodescendentes:

- “(a) O direito à propriedade e ao uso, conservação e proteção das terras tradicionalmente ocupadas por eles e aos recursos naturais nos casos em que seus modos de vida e a cultura está ligada à sua utilização de terras e recursos;
- (b) O direito à sua identidade cultural, a manter, manter e fomentar o seu modo de vida e formas de organização, cultura, línguas e expressões religiosas;
- (c) O direito à proteção de seus conhecimentos tradicionais e de suas e patrimônio artístico;
- (d) O direito de consulta prévia sobre decisões que possam afetar seus direitos, de acordo com as normas internacionais.”¹⁶⁶⁵

O documento também afirma que o racismo e a discriminação estrutural contra afrodescendentes – enraizados no infame regime da escravidão – são evidentes nas situações de desigualdades em diversos domínios, dentre eles: a situação de extrema pobreza que

¹⁶⁶⁵ Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Recomendação nº 34/2011, artigo 4º.

experimentam, ao lado dos povos indígenas; sua baixa taxa de participação e representação em processos decisórios políticos e institucionais; intensa dificuldade de acessar e concluir uma educação de qualidade, o que “resulta na transmissão da pobreza de geração a geração”; desigualdade no acesso ao mercado de trabalho; limitado reconhecimento social e baixa ínfima valorização de sua diversidade étnica e cultural; presença desproporcional nas populações carcerárias.

Diante dessa realidade, o Comitê considera que a superação da discriminação estrutural demanda a adoção de ações afirmativas, conforme estabelecido pela Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, orientando os Estados a adotarem medidas de caráter geral, sem deixar de sobrelevar o papel das medidas especiais, de reconhecer as dimensões de gênero da discriminação racial e a discriminação racial na infância, elencando medidas de proteção contra o discurso de ódio e a violência racial, de administração da justiça, abordando, ainda, os direitos civis e políticos, o acesso à cidadania, os direitos econômicos, sociais e culturais e providências no campo da educação.

A última recomendação do CEDR, de nº 35 (2013) trata do combate ao racismo no discurso de ódio. Pontuando que a expressão *discurso de ódio* não seja utilizada explicitamente na CIEDR, essa ausência não impede o Comitê de identificar e nomear fenômenos de discurso de ódio e explorar sua relação com os padrões da Convenção. Nesse sentido, o Comitê considera que o discurso de ódio racista inclui:

“(…) todas as formas de discurso referidas no artigo 4º dirigidas contra os grupos reconhecidos no artigo 1º da Convenção – que proíbe a discriminação em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica – como povos indígenas, grupos de descendência e imigrantes ou não cidadãos, incluindo trabalhadores domésticos migrantes, refugiados e requerentes de asilo, bem como discurso dirigido contra mulheres integrantes desses e de outros grupos vulneráveis.”¹⁶⁶⁶

Invocando o princípio da interseccionalidade, o Comitê preocupa-se também com as manifestações de ódio dirigidas a pessoas pertencentes a determinados grupos étnicos que professam ou praticam religiões diferentes maioria, incluindo a islamofobia, o antissemitismo e outras manifestações de ódio contra grupos étnico-religiosos. A recomendação preocupa-se, ainda, com a correlação entre a proibição do discurso de ódio racista e o florescimento da liberdade de expressão, que devem ser vistos como complementares e não como “um jogo de soma em que a prioridade dada a um exige a diminuição do outro”. Dessa maneira, no contexto

¹⁶⁶⁶ Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação Geral nº 35 (2013), artigo 6º.

de recrudescimento do discurso de ódio racial em escala mundial, o Comitê considera de extrema importância a adoção pelos Estados partes de metas de monitoramento para dar suporte às leis e políticas de combate ao discurso de ódio racista, instando-os a incluir medidas contra tal fenômeno nos planos nacionais de ação contra o racismo, nas estratégias de integração e nos planos e programas nacionais de direitos humanos.

Merecerem menção, ainda, a Recomendação Geral nº 7 (1985), sobre a legislação destinada a erradicar a discriminação racial; a Recomendação Geral nº 8 (1990), sobre a identificação com um grupo racial ou étnico particular; a Recomendação Geral nº 11 (1993), sobre não nacionais; a Recomendação Geral nº 14 (1993), sobre a definição da discriminação; a Recomendação Geral nº 15 (1993), sobre violência organizada baseada na origem étnica; a Recomendação Geral nº 19 (1995), sobre a segregação racial e o *apartheid*; a Recomendação Geral nº 23, sobre os povos indígenas; a Recomendação Geral nº 24 (1999), sobre a inclusão nos relatórios de informação relativa a pessoas pertencentes a diferentes raças, grupos nacionais/étnicos, ou povos indígenas; a Recomendação Geral nº 25 (2000), sobre as dimensões relativas ao gênero da discriminação racial; a Recomendação Geral nº 27 (2000), sobre a discriminação contra os ciganos; e a Recomendação Geral nº 31 (2005), sobre a prevenção da discriminação racial na administração e no funcionamento do sistema de justiça penal.

Pela análise dos casos e recomendações pertinentes, pode-se dizer que a efetiva evolução do direito internacional antirracista tem ficado por conta do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, instância criada pela própria Convenção e que tem superado gradativamente as expectativas quanto à sua atuação. Com efeito, o Comitê jamais se circunscreveu à ideia limitada de que seria mero depositário de relatórios dos Estados, tendo assumido postura proativa de orientação dos Estados, de implementação da Convenção e de priorização do enfrentamento à discriminação racial na política internacional.

Nesse sentido, o CERD tem se destacado como principal instrumento de concretização do regime internacional de combate ao racismo, xenofobia e intolerância correlata, abrindo espaço no sistema internacional para debates e ações de enfrentamento ao racismo institucional e de promoção da igualdade racial.

1.1.3.3. *International Law Commission*, responsabilidade internacional dos Estados e igualdade racial como *jus cogens*

A responsabilidade dos Estados por ato internacionalmente ilícito é objeto de preocupação da Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission*)¹⁶⁶⁷ – desde sua criação, em 1948, em consonância com o art. 13.1, a), da Carta das Nações Unidas, de 1945, que estabelecia como uma das metas dos estudos e recomendações da Assembleia Geral da ONU o incentivo ao “desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”. No entanto, de difícil delimitação e aceitação, o tema apenas foi concretamente delimitado, após anos de estudos e debates, em 9 de agosto de 2001, por meio do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre “Responsabilidade Internacional dos Estados”.¹⁶⁶⁸ No mesmo ano, em 12 de dezembro de 2001, os artigos foram adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na forma de Resolução (nº 56/83).

Apesar de não terem assumido o formato de Convenção, os dispositivos têm servido de base para a gradativa consolidação do direito internacional em matéria de responsabilidade internacional dos Estados, alicerçando a jurisprudência pertinente,¹⁶⁶⁹ notadamente da Corte Internacional de Justiça. Com efeito, tais artigos estão amplamente ancorados nas práticas estatais e direito consuetudinário, abarcando os princípios básicos sobre a responsabilidade dos Estados por atos ilícitos, “de modo que sua força não necessariamente sofra com o fato de que eles não foram adotados na forma de um tratado multilateral”¹⁶⁷⁰.

Com 59 artigos, o Projeto estabelece as regras básicas e condições gerais do direito internacional para que o Estado possa ser considerado responsável por atos ou omissões ilícitas, além de suas consequências jurídicas.

¹⁶⁶⁷ Trata-se de um corpo de 34 especialistas – eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas a cada cinco anos – responsáveis por auxiliar no desenvolvimento e codificação do direito internacional.

¹⁶⁶⁸ Sobre o histórico dos trabalhos e debates que resultaram na construção do “Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Fatos Internacionalmente Ilícitos”, ver Davi Quintanilha Failde de Azevedo, *A aplicação dos Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Fato Internacionalmente Ilícito*.

¹⁶⁶⁹ Para uma análise da doutrina e jurisprudência da referida resolução por artigo, ver Simon Olleson, *The Impact the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.

¹⁶⁷⁰ Cfr. Ferdinand Trauttmansdorff, *The Rule of Law, Codification and the Role of Gerhard Hafner*, p. 364. O autor esclarece que “compared with the success of codifications based on the work of the ILC during the ‘golden age’ of codifying international law during the 1960s and 1970s, there are clear indications that the classical model of codification and progressive development that resulted in widely accepted treaty instruments ceased to be the prevalent pattern of the ongoing activities of the international community in the field of codification. The low rate and slow process of ratification of most of the conventions based on drafts prepared by the ILC leads to a clear conclusion: A convention with a low level of formal acceptance may have, at least for a number of years, less legal authority and regulating force for the international community of states than draft articles prepared by the ILC and acknowledged by a resolution of the General Assembly of the United Nations.”

O ato internacionalmente ilícito gera, portanto, a responsabilidade internacional do Estado, nos termos do artigo 2º do Projeto¹⁶⁷¹, dando origem a relações jurídicas envolvendo o Estado infrator e o Estado lesado, podendo se estender também a outros Estados ou sujeitos de direito internacional e até mesmo a toda a comunidade internacional, em casos de obrigações *erga omnes*.

O Capítulo II do Projeto estabelece em que circunstâncias a conduta ilícita pode ser atribuída ao Estado, sendo que, de um modo geral, imputa-se internacionalmente ao Estado as condutas de seus órgãos de governo ou outros que tenham agido sob a direção, instigação ou controles desses órgãos.

O Capítulo III da segunda parte do Projeto estabelece as consequências de graves violações de normas imperativas do direito internacional geral (*jus cogens*). Trata-se de tema latente na seara dos direitos humanos, sendo invocado com frequência em decisões de cortes internacionais.¹⁶⁷² De acordo com o artigo 40¹⁶⁷³, para que sejam aplicadas as normas do Capítulo III, a violação imputável ao Estado deve ser grave e se referir a uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral.

O artigo 53 da Convenção de Viena já elencava as principais características das normas internacionais imperativas (*jus cogens*). De acordo com o dispositivo, trata-se de norma do direito internacional geral, inderrogável e “aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

O artigo 41¹⁶⁷⁴ do Projeto do ILC, por sua vez, estabelece as consequências das violações previstas no artigo anterior.

¹⁶⁷¹ “Art. 2º Elementos de um ato internacionalmente ilícito do Estado Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão: a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.”

¹⁶⁷² Ver Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. 24 de novembro de 2010. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022. Ver, ainda, *Case Moghaddas v. Turks. Islamic Republic of Iran and Turkey*, de 15 February 2011. Application nº 46134/08. Council of Europe; European Court of Human Rights. Disponível em «<https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d5a969fd.html>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁷³ “Art. 40. Aplicação deste Capítulo 1. Este Capítulo se aplica à responsabilidade que é acarretada por uma violação grave por um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional geral. 2. Uma violação de tal obrigação é grave se envolve o descumprimento flagrante ou sistemático da obrigação pelo Estado responsável.”

¹⁶⁷⁴ “Art. 41. Consequências particulares da violação grave de uma obrigação consoante este Capítulo 1. Os Estados deverão cooperar para pôr fim, por meios legais, a toda violação grave no sentido atribuído no artigo 40. 2. Nenhum Estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido atribuído no artigo 40 nem prestará auxílio ou assistência para manutenção daquela situação. 3. Este artigo não prejudica as

Mais recentemente, após longo período de debates, a ILC passou a produzir uma série de relatórios sobre o tema, resultando na ampliação da concepção de normas *jus cogens* antes formulada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

O 1º Relatório sobre Jus Cogens, elaborado por Dire Tladi, Relator Especial, com o propósito de identificar a conceituação e a natureza do instituto, foi apresentado pelo ILC na sua 69ª sessão, em 2016.¹⁶⁷⁵ No total, foram produzidos quatro relatórios, até se chegar à atual versão do Projeto da ILC sobre normas imperativas de direito internacional geral, adotado em 31 de maio de 2019, com 23 conclusões em seu bojo, sendo-lhe adicionados, posteriormente, comentários às conclusões, em agosto de 2019.¹⁶⁷⁶

Nos termos da conclusão 2¹⁶⁷⁷ do referido projeto uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo e cuja derrogação não é permitida, apenas podendo ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral com a mesma natureza. Na sequência, a conclusão 3¹⁶⁷⁸ estabelece que normas *jus cogens* refletem e protegem os valores fundamentais da comunidade internacional, sendo, por isso, universalmente aplicáveis e hierarquicamente superiores a outras normas de direito internacional.

Segundo a ILC, o direito internacional consuetudinário é a fonte mais comum de normas *jus cogens*, servindo também de base para estas as disposições de tratados e princípios gerais de direito.¹⁶⁷⁹

Para que se considere que uma norma de direito internacional geral é reconhecida e aceita pela comunidade internacional dos Estados – e, portanto, possui natureza *jus cogens* – não é preciso que haja aceitação e reconhecimento por parte de todos os Estados, mas por uma

demais consequências referidas nesta Parte bem como outras consequências que uma violação a qual se aplique este Capítulo possa acarretar, de acordo com o Direito Internacional.”

¹⁶⁷⁵ International Law Commission, First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016).

¹⁶⁷⁶ Report of the International Law Commission on the Work of Its Seventy-first Session, UN General Assembly, 74th Session, Supplement n.º. 10, captar V, UN Doc. A/74/10 (2019).

¹⁶⁷⁷ “Conclusion 2: Definition of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). A peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

¹⁶⁷⁸ Conclusion 3: General nature of peremptory norms of general international law (*jus cogens*). Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) reflect and protect fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other rules of international law and are universally applicable.

¹⁶⁷⁹ “Conclusion 5: Bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*). 1. Customary international law is the most common basis for peremptory norms of general international law (*jus cogens*). 2. Treaty provisions and general principles of law may also serve as bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).”

grande maioria de Estados.¹⁶⁸⁰ É o que ocorre com as normas de direito internacional antirracista, quando se leva em consideração a já mencionada ampla aceitação e ratificação da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

Não à toa, a Comissão de Direito Internacional, ao elencar uma lista não exaustiva de normas *jus cogens*, apontou expressamente a proibição de discriminação racial e *apartheid*.¹⁶⁸¹ Com efeito, as normas de direito internacional antirracista envolvem o interesse de toda a comunidade internacional, devendo, por isso, sua grave violação resultar em medidas de responsabilização dos Estados envolvidos. Trata-se, portanto, de normas que podem ser consideradas imperativas e devidas à comunidade internacional como um todo, gerando, dessa maneira, obrigações *erga omnes*.¹⁶⁸² Nesse sentido, qualquer Estado tem o direito de invocar a responsabilidade de outro por violação ao direito de não discriminação racial, como grave ato internacionalmente ilícito, a resultar na responsabilização internacional do Estado violador.

Como consequência, os Estados devem cooperar para, por meios lícitos, pôr fim a qualquer grave violação da igualdade racial, sendo que nenhum Estado reconhecerá como lícita ou prestará assistência ou apoio para a manutenção da situação.¹⁶⁸³

¹⁶⁸⁰ “Conclusion 7: International community of States as a whole. 1. It is the acceptance and recognition by the international community of States as a whole that is relevant for the identification of peremptory norms of general international law (*jus cogens*). 2. Acceptance and recognition by a very large majority of States is required for the identification of a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*); acceptance and recognition by all States is not required. 3. While the positions of other actors may be relevant in providing context and for assessing acceptance and recognition by the international community of States as a whole, these positions cannot, in and of themselves, form part of such acceptance and recognition.”

¹⁶⁸¹ “Conclusion 23: Non-exhaustive list. Without prejudice to the existence or subsequent emergence of other peremptory norms of general international law (*jus cogens*), a non-exhaustive list of norms that the International Law Commission has previously referred to as having that status is to be found in the annex to the present draft conclusions. Annex: (a) The prohibition of aggression; (b) The prohibition of genocide; (c) The prohibition of crimes against humanity; (d) The basic rules of international humanitarian law; (e) The prohibition of racial discrimination and apartheid; (f) The prohibition of slavery; (g) The prohibition of torture; (h) The right of self-determination.”

¹⁶⁸² “Conclusion 17: Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) as obligations owed to the international community as a whole (obligations *erga omnes*). 1. Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) give rise to obligations owed to the international community as a whole (obligations *erga omnes*), in which all States have a legal interest. 2. Any State is entitled to invoke the responsibility of another State for a breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), in accordance with the rules on the responsibility of States for internationally wrongful acts.”

¹⁶⁸³ “Conclusion 19: Particular consequences of serious breaches of peremptory norms of general international law (*jus cogens*). 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. A breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil that obligation. 4. This draft conclusion is without prejudice to the other consequences that a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) may entail under international law.”

Por tudo que já foi até aqui analisado sobre a natureza *jus cogens* da igualdade e, especificamente da igualdade racial, nota-se que, em escala global, é indiscutível a evolução do direito internacional antidiscriminatório. Com efeito, ao longo do tempo – sobretudo a partir do período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial – diversos instrumentos normativos de combate à discriminação racial e promoção da igualdade racial foram debatidos e aprovados pelos organismos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos.

No entanto, ao incremento do arcabouço normativo internacional não corresponde necessariamente a efetiva implementação das normas pertinentes no âmbito doméstico. Apesar dos inúmeros esforços e avanços verificados em torno da implementação das Convenções e Recomendações pertinentes, é fundamental a criação de mecanismos de *enforcement* capazes de estabelecer articulações entre organismos nacionais, regionais e internacionais, com vista a proporcionar maior estabilidade e força normativa aos sistemas de proteção dos direitos humanos antidiscriminatórios. Decerto que a criação de instâncias como cortes internacionais e regionais de justiça e comitês de implementação e monitoramento é de extrema relevância para todo esse processo, reforçando o caráter *jus cogens* da igualdade racial, inclusive por meio da responsabilização internacional dos Estados, quando necessário. É preciso encontrar os melhores caminhos para a concretização dos compromissos internacionais de direitos humanos firmados pelos Estados que, muitas vezes – e por questões que envolvem variados fatores domésticos, regionais e de relações internacionais – comportam-se como se os tratados e convenções fossem meros símbolos retóricos, sem empreender efetivo engajamento político para a transformação da realidade.

Empiricamente o que se nota é que a conformidade com as normas internacionais antirracistas ainda tem ficado por conta mais da vontade política dos Estados do que da responsabilização pelas cortes internacionais ou instrumentos de controle por parte dos mecanismos de supervisão. Nesse sentido, é preciso que os mecanismos convencionais existentes sejam capazes de consolidar os sistemas de proteção e ampliar, progressivamente, a internalização das normas de direitos internacional antirracista. Os chamados órgãos de tratados ou *treaty bodies* exercem, nesse contexto, papel crucial, na medida em que atuam na articulação entre Estados e organismos regionais/internacionais, na orientação sobre o cumprimento dos compromissos antirracistas, na avaliação do desempenho dos Estados e na difusão dos resultados e demandas detectados, estimulando a transposição de normas e postura proativa por parte dos signatários.

Nesse contexto, o desempenho dos atores nacionais, transnacionais, regionais e internacionais é de fundamental importância para que os compromissos formais dos Estados

partes transcendam o mero discurso e logrem alcançar efetividade prática por meio da transposição para a ordem jurídica interna de valores, princípios e normas internacionais antirracistas, além de políticas públicas de promoção da igualdade racial.

Daí a importância de se somarem esforços e medidas, envolvendo: os organismos internacionais de responsabilização dos Estados; os mecanismos de controle e implementação das convenções; as demandas e pressões internas dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada; a atuação do sistema de justiça de cada Estado – inclusive por meio do controle de convencionalidade; a complementação e reforço do *jus cogens* antirracista por meio dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos; e, ainda o compromisso dos demais Estados partes, que não devem permanecer indiferentes e apáticos às violações de direitos humanos por parte de outros Estados, sem que isso implique em reações no âmbito das relações interestatais.

No atual cenário de crise global – que envolve não apenas questões de ordem sanitária (pandemia da COVID-19) e econômica, mas sobretudo de natureza política – o recrudescimento do autoritarismo estatal, associado à guinada de movimentos políticos ultraconservadores defensores de ideologias abertamente nazifascistas/racistas, torna-se ainda mais premente avançar na consolidação dos sistemas de proteção de direitos humanos e do direito internacional antirracista. A agenda de proteção e promoção dos direitos humanos tem sido prejudicada pelos movimentos de extrema direita, conjuntura que afeta de maneira bastante peculiar a agenda antidiscriminação. Nesse contexto, os níveis de cumprimento das normas internacionais antirracistas podem sofrer impactos significativos, provocando até mesmo retrocessos nas agendas domésticas daqueles países nos quais as ondas reacionárias têm buscado minar as políticas públicas de promoção da igualdade racial arduamente conquistadas também a partir dos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos.

1.2. Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos

Levando em consideração o elemento geográfico-espacial, desenvolveram-se, ao lado do sistema global ou universal de proteção de direitos humanos, os sistemas regionais, enquanto conjunto de regras protetivas dos direitos humanos, com âmbito de aplicação regionalizado. Desse modo, distinguem-se os sistemas europeu, americano e africano.

Instrumentos regionais de direitos humanos também incluem disposições em matéria de não discriminação racial, designadamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1959 (Conselho da Europa); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 (Organização dos Estados Americanos); e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 (União Africana – antiga Organização da Unidade Africana).

O estudo dos sistemas regionais também se revela importante para a percepção da gradativa constitucionalização da igualdade racial, nos mais diversos contextos jurídico-políticos.

1.2.1. Sistema europeu de proteção dos direitos humanos

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos desenvolveu-se sob a égide do Conselho da Europa, organização internacional europeia fundada em 5 de maio de 1949, com o objetivo de promover o Estado de Direito, a democracia, os direitos do homem e as liberdades fundamentais, além do desenvolvimento econômico e social¹⁶⁸⁴. São duas as principais fontes jurídicas que formam a base desse sistema: a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e seus protocolos e a Carta Social Europeia (1961).

Para além desses documentos que alicerçam o sistema europeu, há diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos, aprovados no âmbito do Conselho da Europa, muitos dos quais versando sobre direitos específicos voltados para salvaguardar determinadas categorias de pessoas vulnerabilizadas¹⁶⁸⁵.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – cuja aplicação é controlada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – é o primeiro tratado moderno em matéria de direitos, tendo nítida inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O Conselho da Europa conta, atualmente, com 47 membros em sua composição, mesmo número de Estados que aderiram à CEDH, mesmo porque se trata de condição para integrá-lo¹⁶⁸⁶.

A CEDH trata a proibição de discriminação de forma transversal, no seu artigo 14¹⁶⁸⁷ – o qual determina o gozo, sem distinção, dos direitos reconhecidos na Convenção –, sem sequer fazer menção, em seu texto originário, ao direito à igualdade. O Protocolo nº 4, de 16 de

¹⁶⁸⁴ Ver preâmbulo e artigo 1º do Estatuto do Conselho da Europa.

¹⁶⁸⁵ A título de exemplo, podem-se mencionar a Convenção Europeia Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (1977); a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (1996) e a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (2011, com entrada em vigor em agosto de 2014).

¹⁶⁸⁶ Disponível em <<http://hub.coe.int>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁸⁷ “Artigo 14 - O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_13.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

setembro de 1963 – no qual são reconhecidos certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção¹⁶⁸⁸, de 1978 –, prevê, em seu artigo 4º, a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros.

De acordo com o Relatório Explicativo do Protocolo nº 12¹⁶⁸⁹, a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (CERI), diante do ressurgimento de ideologias racistas que tentam legitimar a discriminação, havia sugerido a construção de instrumento legal contra o racismo e a intolerância, como reforço da cláusula de não discriminação da CEDH. A CERI ressaltou, ainda, a necessidade do estabelecimento de direito à proteção contra a discriminação racial, como passo significativo na luta contra as violações de direitos humanos resultantes de atos de racismo e xenofobia.

Levando em conta tais considerações, o Protocolo nº 12 à Convenção, adotado pelo Conselho da Europa em 4 de novembro de 2000, em seu artigo 1º, estendeu a interdição geral de discriminação – já prevista no artigo 14 da Convenção –, passando a exigí-la também no que tange ao gozo dos direitos previstos na legislação de cada Estado, não mais restringindo aos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção¹⁶⁹⁰. Sem alterar o conceito de discriminação contido no artigo 14 da CEDH, o protocolo estabelece um direito autônomo à não discriminação, garantido no âmbito de todo direito criado pela ordem jurídica dos Estados. A lista de fatores de não discriminação não foi ampliada em relação ao elenco estabelecido na CEDH, tratando-se de relação não exaustiva, que permite a sua aplicação a outros elementos motivadores de atos racialmente discriminatórios. Tanto é assim que, com esse entendimento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já aplicou o próprio artigo 14º em relação a motivos de discriminação não expressamente referidos, como, por exemplo, a orientação sexual, no caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*¹⁶⁹¹.

O objetivo principal do Protocolo nº 12 é vincular os Estados-Partes à obrigação de não discriminação, o que não exclui a sua incidência nas relações entre particulares, por meio de medidas preventivas e repressivas a serem adotadas pelos poderes públicos, no âmbito dos

¹⁶⁸⁸ Registre-se que o Protocolo Adicional – datado de 20 de março de 1952, com entrada em vigor em 18 de maio de 1954 – também não faz nenhuma menção, em seus dispositivos, ao direito à igualdade, nem mesmo na sua vertente de não discriminação.

¹⁶⁸⁹ Relatório Explicativo – Protocolo nº 12 (ETS nº 177). Disponível em «<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ce48>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁹⁰ Importa mencionar que nem todos os Estados-Membros aderiram ao Protocolo nº 12. Conforme dados do Conselho da Europa, o documento conta apenas com dez ratificações. Disponível em «<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁹¹ TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (nº33290/96), 21 de dezembro de 1999.

chamados efeitos horizontais indiretos dos instrumentos jurídicos internacionais. Nessa linha de entendimento, do artigo 1º também decorre o dever de proteção contra a discriminação racial, acarretando obrigações positivas por parte dos Estados. O Conselho da Europa vem entendendo que, em termos gerais, o documento proíbe a discriminação – a partir da intermediação dos poderes públicos – nas situações que não decorrem da esfera estritamente pessoal dos particulares, nomeadamente nos casos de recusa arbitrária de acesso ao emprego ou a locais e serviços disponibilizados ao público.

Ademais, o Protocolo – que teve por base o reforço, particularmente, da igualdade de gênero e da igualdade racial – considera, no seu preâmbulo que “o princípio da não-discriminação não obsta a que os Estados partes tomem medidas para promover uma igualdade plena e efectiva, desde que tais medidas sejam objectiva e razoavelmente justificadas”. Nada obstante, o documento não impõe nenhuma obrigação de adoção pelos Estados de medidas especiais. Tal imposição constituiria, de acordo com o já mencionado Relatório Explicativo, mera obrigação programática, desafinada com a natureza da Convenção e de seu sistema de controle, que se baseia na garantia coletiva de direitos individuais formulados de maneira suficientemente específica para torná-los judiciáveis.

Tratando mais precisamente da temática da igualdade racial, importa analisar a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, cuja adoção decorreu da necessidade de garantir às minorias nacionais direitos não contemplados na CEDH, que, efetivamente, limita-se a referir a pertença a uma minoria nacional como característica protegida pela cláusula da não discriminação. Aprovada pelo Conselho da Europa em 1995 e com entrada em vigor em 1998, o instrumento institui princípios e objetivos orientadores das políticas estatais, no que concerne à proteção das minorias existentes no território de cada Estado. A concretização de tais princípios e objetivos – diante da necessidade de adaptação da Convenção às particularidades de cada Estado-Membro – deve acontecer no plano nacional, por meio da criação ou alteração da legislação e das políticas internas pertinentes¹⁶⁹². Na esteira da acomodação de suas normas à realidade de cada país, o texto da Convenção-Quadro é constituído essencialmente por disposições de carácter programático, que deixam ampla margem de apreciação na concretização dos objetivos propostos. Supostamente visando a essa adaptabilidade é que o documento não contém uma definição de *minorias nacionais*, o que abriu espaço para que muitos Estados-Partes recusassem o manto protetivo da convenção aos

¹⁶⁹² Segundo dados disponibilizados pelo Conselho da Europa, a Convenção conta com 39 Estados-Partes. Disponível em <<http://www.coe.int/en/web/minorities/etats-partie>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

não cidadãos e aos imigrantes, ou mesmo negassem a existência de qualquer minoria nacional em seus territórios.

Já no seu preâmbulo, a Convenção-Quadro externa a preocupação do Conselho da Europa e dos seus Estados-Membros perante as ameaças à existência de minorias nacionais, inspirando-se na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas. Definindo como objetivo principal a proteção efetiva das minorias nacionais e dos direitos das pessoas a elas pertencentes, o instrumento indica que suas disposições não gozam de aplicabilidade imediata.

Dois princípios fundamentais estão estabelecidos na Convenção, que no artigo 1º declara que a proteção das minorias nacionais é parte integrante da proteção dos direitos humanos, e no artigo 22 especifica que a Convenção não pode fundamentar a retrocessão dos parâmetros já existentes de proteção. Em outras palavras, uma vez que o objetivo da Convenção-Quadro é aumentar e fortalecer a proteção aos direitos das minorias, sua aplicação e interpretação devem levar em consideração outros instrumentos – nacionais, comunitários e internacionais – de salvaguarda dos direitos humanos.

Pela redação dos artigos 1º e 3º, nº 2, fica evidente que a intenção do documento é assegurar a proteção das minorias nacionais, a partir dos direitos das pessoas que as integram. Ou seja, não se pretende consolidar os direitos coletivos das minorias nacionais, mas sim garantir os direitos e liberdades dos indivíduos que a elas pertencem, cujo exercício pode se dar individualmente ou em conjunto com outras pessoas.

A dignidade humana como reconhecimento é revelada no teor do artigo 3º, nº 1, que confere ao sujeito pertencente a uma minoria nacional o direito de escolha no que concerne a ser tratado enquanto tal, sem prejuízo no exercício de seus direitos. Fica, pois, a cargo da pessoa beneficiar-se, ou não, dos princípios insertos na Convenção, sem embargo da sua efetiva relação identitária com uma minoria nacional. Não se trata, portanto, de negar arbitrariamente a sua relação com o *grupo minoritário*, mas de optar, no caso concreto, por um tratamento que desconsidere essa qualidade ou condição, em consonância com o direito à diferença. Outros dispositivos do instrumento dedicam-se a essa mesma dimensão da igualdade racial, garantindo a conservação e desenvolvimento das culturas e a preservação dos elementos identitários das minorias nacionais, como a religião, a língua, as tradições¹⁶⁹³.

O artigo 4º da Convenção-Quadro proclama os princípios fundamentais da não discriminação e da igualdade, consagrando no seu nº 1 ao direito à proteção da igualdade racial,

¹⁶⁹³ Ver, dentre outros, os artigos 5º; 6º, nº 1; 10; 11 e 14.

por meio da garantia do direito à igualdade perante a lei e, especialmente, do direito à igual proteção legal, salvaguardada de toda forma de discriminação baseada na pertença a uma minoria nacional. Ainda na linha da vertente protetiva da igualdade racial, os Estados-Partes se comprometem, nos termos do artigo 6º, nº 2, a adotar medidas voltadas para a proteção das vítimas de atos de ameaça, violência, hostilidade ou discriminação, em razão da identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa. Já o nº 2 do dispositivo em comento relaciona-se com o direito à promoção da igualdade racial, ao evidenciar o compromisso dos Estados – de acordo com as condições específicas das minorias nacionais – de adotar as medidas necessárias para promover a igualdade plena e efetiva entre as pessoas pertencentes às minorias nacionais e aquelas pertencentes à maioria. Em moldes semelhantes, é estabelecida a promoção da igualdade de oportunidades no acesso das minorias nacionais à educação, em todos os níveis de ensino (artigo 12, nº 3).

A dimensão eminentemente negativa do direito à igualdade racial é abordada no artigo 17, que institui que os Estados não devem impor obstáculos ao exercício de determinados direitos das pessoas pertencentes às minorias nacionais. O pouco espaço destinado à não discriminação é compatível com o propósito da Convenção e – diante do conjunto de instrumentos proibitivos da discriminação, no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos – não representa prejuízo à efetividade dessa vertente defensiva da igualdade racial.

Apesar dos posicionamentos ainda reticentes da Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁶⁹⁴ no que concerne à garantia dos direitos das minorias, ela já admitiu que a posição vulnerável dos ciganos, enquanto minoria, significa que devem ser consideradas suas especiais necessidades e estilos de vida¹⁶⁹⁵.

Uma análise, ainda que superficial, do sistema europeu de proteção dos direitos humanos não pode passar ao largo do subsistema desenvolvido sob a égide da União Europeia

¹⁶⁹⁴ Segundo Mark Bell, *Racism and Equality in the European Union*, p. 19, tradicionalmente, muitos Estados do leste europeu negam aos *Roms* (ciganos) o acesso ao status de minoria nacional, reservando-lhes a condição de minoria étnica. É relevante pontuar essa questão porque o reconhecimento de *minorias nacionais* implica tratamento jurídico diferenciado, em decorrência da aplicação da Convenção-Quadro para a proteção das minorias nacionais, adotada pelo Conselho da Europa, em 1995. Diante das dificuldades para definir minorias nacionais, a própria Convenção deixou de estabelecer um conceito preciso. F. Benoit-Rohmer, *La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales*, p. 563-586, analisa a jurisprudência da Corte europeia dos direitos dos homens, constatando que mesmo esse órgão tem evitado considerar determinados grupos como minorias nacionais, diante das implicações sociais e jurídicas no âmbito de cada Estado-Membro. Segundo o autor, p. 564, as minorias nacionais têm sido protegidas indiretamente por meio do reconhecimento, pela jurisprudência da Corte, de direitos individuais garantidos pela Convenção de salvaguarda. Sobre as minorias nacionais, ver Björn Arp, *Las minorias nacionales y su protección en Europa*, p. 452.

¹⁶⁹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. Casos *Chapman v. Reino Unido*; *Beard v. Reino Unido*, *Jane Smith v. Reino Unido* e *Buckley v. Reino Unido*.

(UE) que, atualmente conta com 28 Estados-Membros¹⁶⁹⁶. Surgindo como organização intergovernamental, a UE configura-se atualmente como entidade jurídica independente, com relevante contribuição no campo dos direitos humanos. De fato, a partir da proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), dá-se o primeiro passo para a formação de um sistema normativo de proteção dos direitos humanos de notável impacto nas ordens jurídicas dos Estados constituintes. Muito embora a sua primeira versão, adotada em 2000, não fosse juridicamente vinculativa, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, a Carta adquiriu força jurídica, impondo o cumprimento de suas disposições pelos Estados-Partes, que assumiram, desde então, o compromisso de transposição e aplicação da legislação da União Europeia nas respectivas ordens jurídicas.

Existe atualmente estreita ligação entre a legislação da UE e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que possui adesão de todos os Estados-Membros da União Europeia. Nessa conjuntura, o Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁶⁹⁷ tem se inspirado na CEDH quando da determinação do campo de aplicação das normas de proteção dos direitos humanos da UE. Outrossim, a CDFUE reflete o conjunto de direitos estabelecidos pela CEDH – apesar de não estar por ela limitada –, havendo nítida compatibilidade entre os dois instrumentos.

O artigo 21, nº 1¹⁶⁹⁸, da Carta de Direitos Fundamentais trata da proibição de discriminação, fazendo expressa referência – além de outros fatores normalmente designados nos instrumentos internacionais – à língua e à pertença a uma minoria nacional, elementos que estão intrinsecamente relacionados ao direito à igualdade racial. O artigo 22, por sua vez, declara que a União Europeia respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística, estabelecendo, embora de maneira incipiente, pretensão de reconhecimento e consolidação dos direitos à diferença.

Em 2000, foram adotadas duas importantes diretivas – a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica; e a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional –, que representaram

¹⁶⁹⁶ Conforme lista atualizada contida no *site* oficial da União Europeia. Disponível em <http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁶⁹⁷ Órgão encarregado de interpretar o direito da União Europeia e de garantir a sua aplicação, de maneira uniforme, em todos os Estados-Membros. O TJUE pode ser provocado por particulares, empresas e organizações que considerem que seus direitos foram infringidos por uma instituição europeia. Do mesmo modo, podem ser apresentadas ao Tribunal queixas que se refiram à violação da Carta, por parte da própria legislação da UE ou da ordem jurídica dos Estados-Membros que transpõe o direito comunitário.

¹⁶⁹⁸ “1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do 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.”

significativo alargamento do espectro protetivo da legislação antidiscriminação da União Europeia.

Com foco, novamente, na igualdade racial, deve-se observar que a amplitude das características protegidas parece diferir ligeiramente entre o direito comunitário e a CEDH, uma vez que a Diretiva 2000/43/CE, relativa à igualdade racial, exclui expressamente a nacionalidade do conceito de raça ou origem étnica. Embora a Convenção se refira à nacionalidade ou origem nacional como característica autônoma, a jurisprudência do TEDH tem aplicado a nacionalidade como elemento constitutivo da origem étnica¹⁶⁹⁹. Tais constatações não significam que a discriminação em razão da nacionalidade seja permitida na legislação da UE, mas decorre da evolução do direito comunitário no sentido de regular tal modalidade discriminatória no âmbito das normas relativas à livre circulação de pessoas (artigo 3º, nº 2). Ademais, a mencionada Diretiva também não cita expressamente a cor, nem a pertença a uma minoria nacional, fatores que, no entanto, figuram autonomamente tanto na CEDH, como na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Tais omissões não comprometem o alcance protetivo da igualdade racial, especialmente quando se leva em consideração a complementaridade dos instrumentos abordados. Ademais, cor, língua e descendência são fatores intimamente ligados à própria noção de raça/etnia, não sendo imprescindível que se faça expressamente menção a estes para garantir a efetiva proteção contra atos racialmente discriminatórios.

A Diretiva 2000/43/CE aplica-se a ações específicas – tanto no setor público como no privado – no domínio da discriminação em razão da origem racial ou étnica, que transcendem a seara do emprego e do trabalho independente, abrangendo os domínios da educação, da proteção e segurança social, bem como do acesso e fornecimento de bens e serviços (artigo 3º). Seu âmbito de aplicação não inclui, no entanto, as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade, nem prejudica as disposições relativas à entrada e permanência de nacionais de países terceiros e apátridas no território dos Estados-Membros da União Europeia. Outra exceção estabelecida pela Diretiva diz respeito aos requisitos genuínos e determinantes para o exercício profissional, os quais podem incidir sobre característica relacionada com a origem racial ou étnica, obedecidas certas condições (artigo 4º). Nesse sentido, não será considerado discriminatório o tratamento diferenciado baseado numa característica racial, quando, em razão da especificidade da atividade ou do contexto

¹⁶⁹⁹ Cfr. European Court of Human Rights, Council of Europe, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, p. 113.

de sua execução, esta constitua requisito essencial e decisivo para o exercício da atividade laboral, devendo, ainda, o objetivo ser legítimo e o requisito profissional.

Alguns exemplos podem elucidar a exceção permitida. Suponha-se que uma produtora cinematográfica pretenda produzir um filme baseado na biografia de determinado artista. Não haveria, na hipótese aventada, tratamento racialmente discriminatório em se recrutar apenas pessoas com características físicas semelhantes à do artista, excluindo-se candidatos com fenótipo racial diferente do requerido para interpretar a personagem. Na mesma linha de entendimento, se um laboratório pretende promover uma pesquisa para produção de medicamento dermatológico específico para pele negra, é legítimo e proporcional que selecione somente pessoas negras para participarem dos testes experimentais do produto.

Aderindo à tendência seguida por outros instrumentos internacionais, a Diretiva institui o que denomina de *ação positiva*, destinada a assegurar a plena igualdade racial, a partir de medidas específicas preventivas ou compensatórias de desvantagens relacionadas ao fator racial (artigo 5º). Embora não estabeleça os requisitos para que tais medidas não ensejem discriminação racial, o documento preocupa-se, ainda, em determinar que os Estados designem órgãos de promoção da igualdade racial, nos termos do artigo 13.

Além da dimensão promotora da igualdade racial, o instrumento dedica-se à sua proteção, nomeadamente, no seu artigo 7º, que impele os Estados a adotarem as medidas necessárias para garantia do acesso das vítimas de discriminação racial aos pertinentes processos judiciais e administrativos. Também nessa linha protetiva, salvo nos processos penais, os Estados são instados a garantir – de acordo com seus sistemas judiciais, e diante da apresentação pela vítima de elementos fáticos constitutivos da presunção de discriminação racial direta ou indireta – a inversão do ônus da prova em desfavor da parte demandada (artigo 8º). O artigo 9º, por sua vez, preocupa-se – por meio dos sistemas legais dos Estados – em proteger os indivíduos contra atos de retaliação decorrentes de eventuais demandas pelo cumprimento do princípio da igualdade de tratamento. Ainda nessa seara do direito à proteção, determina-se a supressão de disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento. Do mesmo modo, devem os Estados adotar medidas para que sejam declaradas nulas e sem efeito ou revisadas as disposições regulamentares racialmente discriminatórias, no âmbito das relações de trabalho, nos termos do artigo 14 da Diretiva. Por fim, os Estados-Membros devem disciplinar, de forma eficaz, as sanções aplicáveis aos casos de violação da legislação nacional transpositora da Diretiva (artigo 15).

Pelo que foi neste tópico abordado, nota-se que, na Europa, o direito à igualdade racial encontra-se consagrado – nas suas diversas dimensões, em menor ou maior grau – tanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus Protocolos, quanto no direito comunitário, sendo que os dois sistemas, apesar de suas peculiaridades, em larga medida, complementam-se, ao menos nos países que os compõem simultaneamente. Isso porque as diretivas antidiscriminação e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia concedem proteção unicamente aos cidadãos dos 28 Estados-Membros da União Europeia, ao passo que a CEDH se aplica a todos aqueles que se encontram sob a jurisdição de qualquer dos 47 Estados signatários.

1.2.2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi aprovada, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cuja entrada em vigor se deu em 1978¹⁷⁰⁰. Apenas em 1999 entrou em vigor o Protocolo Adicional à CADH em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de Protocolo de San Salvador, datado de 1988, que juntamente com a Convenção formam a base do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Apesar da existência de instrumentos interamericanos focados em matérias especiais e nos direitos específicos de grupos vulnerabilizados¹⁷⁰¹, ainda não há em vigor conjunto de regras destinadas propriamente ao combate à discriminação racial e à promoção da igualdade racial. Nada obstante, tal circunstância não impediu que a Corte Americana de Direitos Humanos aplicasse a própria CADH com vista a tratar os casos de discriminação racial que lhes foram denunciados, envolvendo particularmente vítimas afrodescendentes. Das petições sobre o tema apresentadas perante a Corte, oito foram julgadas admissíveis e quatro tiveram o mérito apreciado¹⁷⁰².

¹⁷⁰⁰ A Convenção entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando da ratificação/adesão pelo décimo primeiro Estado. Atualmente, a CADH conta com 34 países signatários. Merece destaque o fato de os Estados Unidos terem firmado o documento em 1º de junho de 1977, sem que, até a presente data, tenha ratificado a Convenção. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁰¹ A exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e da Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

¹⁷⁰² CIDH, caso nº 12.440, Wallace de Almeida (Brasil), 20 de março de 2009; caso nº 12.001, Simone André Diniz (Brasil), 21 de outubro de 2006; caso nº 11.204, *Statehood Solidarity Committee* (Estados Unidos), 29 de dezembro de 2003; e caso nº 11.139, William Andrews (Estados Unidos), 6 de dezembro de 1996.

Em 2010, em consonância com a Resolução da ONU que proclamou o Ano Internacional dos Afrodescendentes, a Assembleia Geral da OEA aprovou a Resolução nº 2.550, intitulada “Reconhecimento do Ano Internacional dos Afrodescendentes”, a qual prevê a realização de sessões especiais sobre o tema.

Nova resolução sobre a temática foi aprovada em junho de 2011: a Resolução nº 2.693 sobre o reconhecimento e a promoção dos direitos dos(as) afrodescendentes nas Américas¹⁷⁰³. O documento reafirma “a importância da plena participação livre e em igualdade de condições das e dos afrodescendentes em todos os aspectos da vida política, econômica, social e cultural nos países das Américas”, além de instar os países a combater o racismo e a discriminação.

Apenas mais recentemente, em 5 de junho de 2013, a Assembleia Geral da OEA aprovou dois documentos voltados diretamente para a questão da igualdade racial: a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (CIRDRI) é resultado de iniciativa da delegação brasileira que, em 2005, em sua Missão Permanente junto à OEA, apresentou o projeto para criação de um grupo de trabalho para sua elaboração, assumindo o protagonismo no processo, liderando o GT e presidindo o colegiado por três vezes. Em 2006, o Brasil sediou a Conferência Regional das Américas sobre Avanços e Desafios no Plano de Ação contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Intolerâncias Correlatas, que objetivava, dentre outros pontos, avaliar os avanços desde o processo regional preparatório para a Conferência de Durban nas agendas de políticas públicas e das organizações não-governamentais e a inclusão do combate à discriminação racial entre os *Objetivos e Metas do Milênio*.

A CIRDRI entrou em vigor, nos termos estabelecidos pelo seu artigo 20, nº 1 – trigésimo dia após a data de depósito do segundo instrumento de ratificação/adesão perante a Secretaria Geral da OEA –, em 11 de novembro de 2017, ou seja, 30 dias após o depósito do instrumento de ratificação por parte do Uruguai, segundo Estado a ratificar a Convenção (em 12 de outubro de 2017). Atualmente, o documento conta com doze Estados signatários¹⁷⁰⁴ –

¹⁷⁰³ Disponível em «http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2693_XLI-O-11_esp.pdf». Acesso em 5 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁰⁴ Antígua e Barbuda, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Haiti, Panamá, Peru e Uruguai.

dentre os 35 que fazem parte da Organização –, sendo que seis Estados procederam à ratificação e depósito: Costa Rica, Uruguai, Antígua e Barbuda, Equador, México e Brasil¹⁷⁰⁵.

A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (CIDI) segue as mesmas regras de vigência, sendo que até a presente data conta com doze Estados signatários¹⁷⁰⁶, sendo que apenas dois deles procederam à ratificação e depósito: México e Uruguai, o que, no entanto, já garante o início da sua vigência, como visto. A CIDI distingue-se da CIRDRRI apenas pela amplitude do rol de motivos ensejadores da discriminação¹⁷⁰⁷, que, naquele instrumento, se restringe a questões raciais.

A CIRDRRI possui entre seus objetivos centrais a promoção de condições equitativas de igualdade de oportunidades e o combate à discriminação racial, em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais. Os casos de discriminação racial submetidos à análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos parecem ter trazido subsídios para a compreensão de que “o fenômeno do racismo exhibe uma capacidade dinâmica de renovação que lhe permite assumir novas formas de difusão e expressão política, social, cultural e linguística”¹⁷⁰⁸. De acordo com o documento, ainda que instrumentos internacionais tenham priorizado o combate ao racismo e à discriminação racial, é preciso que os direitos consagrados sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de que se consolidem nas Américas os princípios da igualdade jurídica e da não discriminação. O artigo 1º da Convenção se ocupa da conceituação do racismo, da intolerância e das diferentes formas de discriminação racial, ressaltando, em seu nº 5, que as medidas especiais ou ações afirmativas – desde que sejam adotadas para garantir condições de igualdade no gozo e exercício de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais aos grupos que delas necessitem, não impliquem direitos separados para grupos distintos e sejam temporárias – não constituem discriminação racial¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁵ Disponível em [«http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp»](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp). Acesso em 5 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁰⁶ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Haiti, México, Panamá, Peru e Uruguai. Disponível em [«http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp»](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp). Acesso em 5 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁰⁷ “Artículo 1 (...)

1. (...) La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”

¹⁷⁰⁸ Disponível em [«http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.pdf»](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁰⁹ Note-se que as condições estabelecidas para a configuração das medidas especiais espelham-se naquelas já consagradas na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. No

Ademais, dentre os elementos conceituais contidos no dispositivo inaugural, algumas questões são dignas de nota, especialmente quando em comparação com a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Primeiramente, a noção de discriminação racial apresentada (artigo 1º, nº 1) ressalta que sua configuração se dá em qualquer âmbito público ou privado, pontuando explicitamente a tendência da Comissão em considerar os efeitos horizontais – ainda que indiretos – dos direitos humanos. Tal peculiaridade repete-se no nº 2, voltado para a conceituação da discriminação racial indireta. Outra especificidade diz respeito à noção de discriminação racial múltipla ou agravada (nº 3), que ocorre quando a preferência, distinção, exclusão ou restrição imposta à vítima se baseia, de forma concomitante, em dois ou mais dos motivos elencados no dispositivo (raça, cor, linhagem, origem nacional ou étnica) ou em outros instrumentos internacionais. Nas hipóteses de discriminação múltipla, os Estados se comprometem a considerar os atos discriminatórios como agravantes, nos termos do artigo 11.

Repetindo a relevância que as declarações mais recentes atribuem ao tema, a convenção dedica os dois únicos artigos do capítulo dos *Direitos Protegidos* ao princípio da igualdade, e foca mais nitidamente, nesse ponto, no direito à igualdade do que meramente na sua dimensão negativa (não discriminação) ¹⁷¹⁰. Logo em seguida, são reservados quatorze artigos para o tratamento dos deveres dos Estados, à semelhança, nesse aspecto, da linha adotada pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) ¹⁷¹¹.

Nos termos aqui definidos no que tange ao conteúdo do direito à igualdade racial, o artigo 4º é voltado especialmente para o direito à proteção contra a discriminação racial, estabelecendo o compromisso de os Estados-Partes prevenirem, eliminarem, proibirem e sancionarem, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas conexas de intolerância. Os quinze incisos desse dispositivo trazem um elenco exemplificativo dos atos e manifestações que devem ser alvo de medidas estatais, dentre os quais, o apoio privado ou público – até mesmo

entanto, a Convenção Interamericana, pela sua recenticidade, preocupa-se em nomear as ações afirmativas, enquanto modalidade de medidas especiais.

¹⁷¹⁰ “Artículo 2 – Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Artículo 3 – Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo.”

¹⁷¹¹ A CADHP, em vigor desde 1986, é inovadora ao dedicar-se aos deveres do Estado e também do indivíduo, conforme será explorado mais adiante. Efetivamente, as cartas, declarações, tratados e convenções de direitos humanos, tradicionalmente, centram-se na consagração de direitos, discorrendo sobre os deveres de maneira esparsa.

o financiamento – a atividades racialmente discriminatórias, racistas ou promotoras de intolerância; a publicação, circulação ou disseminação, por qualquer meio de comunicação, até pela *internet*, de material racista ou racialmente discriminatório; a violência por motivos raciais; a denegação de acesso à educação pública ou privada, assim como a bolsas de estudos e programas de financiamento, por motivos rracicos; a denegação de acesso a qualquer dos direitos sociais, econômicos e culturais, com base na raça; e a restrição de acesso a lugares públicos ou privados de abertos ao público, em virtude da raça, cor, linhagem ou origem nacional ou étnica.

Importa fazer menção particularmente às condutas discriminatórias citadas nos incisos VIII e IX. O primeiro refere-se às restrições racialmente discriminatórias ao gozo dos direitos humanos consagrados não apenas nos instrumentos internacionais e regionais pertinentes, mas também na jurisprudência das cortes internacionais e regionais de direitos humanos, especialmente os aplicáveis às minorias ou grupos vulnerabilizados, sujeitos à discriminação racial. O preceito certifica formalmente a existência dos sistemas internacional e regionais de proteção dos direitos humanos, reconhecendo a importância e legitimidade de ambos, enquanto conjunto de regras de âmbito transnacional voltadas à *dignificação* de todos os indivíduos. Outrossim, atribui-se à jurisprudência das cortes internacionais e regionais a qualidade de fonte de direitos humanos, o que possibilita a ampliação do espectro protetivo dos instrumentos formais, por meio da hermenêutica jurídica, elemento de fundamental importância quando se constata o caráter dinâmico do racismo e da discriminação racial. Já o inciso IX diz respeito às restrições ou limitações, “ao uso do idioma, tradições, costumes e cultura das pessoas, em atividades públicas ou privadas”. A determinação da adoção de medidas estatais para proteger os indivíduos ou grupos desse tipo de ato discriminatório configura-se, no âmbito das dimensões igualitárias estudadas, como proteção do direito à diferença.

Ainda em sede de deveres estatais, o artigo 5º institui o compromisso de os Estados-Partes adotarem políticas especiais e ações afirmativas para garantia do gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial ou a formas conexas de intolerância, com a finalidade de promover condições equitativas de igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para os beneficiários das medidas. Trata-se da dimensão promotora da igualdade racial que assume, na Convenção Interamericana, as feições de uma justiça como equidade vinculada à busca da igualdade de oportunidades. O desígnio de promoção da igualdade racial repete-se no artigo 6º, que estabelece o compromisso de os Estados formularem e aplicarem políticas que tenham por objetivo o tratamento equitativo e a geração de igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em searas como educação e trabalho, além de determinar a difusão da legislação sobre a matéria a partir de todos os meios

de comunicação possíveis, até mesmo *internet*.

O documento presta-se, ainda, a garantir a diversidade – enquanto reflexo do próprio direito à diferença –, a fim de assegurar que os sistemas políticos e legais reflitam, apropriadamente, a diversidade racial da sociedade, de maneira a atender às necessidades legítimas de todos os setores da população (artigo 9º). É importante ressaltar que medidas de caráter diverso – tanto negativas quanto positivas – podem contribuir para o fomento da diversidade racial nos sistemas políticos, legais e jurídicos. O combate à discriminação racial, associado ao reconhecimento, respeito e validação das diferenças, e, ainda, à adoção de medidas afirmativas – a exemplo das chamadas cotas eleitorais –, resultam no gradativo rompimento das barreiras construídas (social, política e, por vezes, até juridicamente), facilitando a participação de representantes dos grupos vulnerabilizados nos poderes públicos, e, conseqüentemente, impulsionando o acolhimento das legítimas demandas desses setores da população.

Além disso, é estabelecido o compromisso de os Estados assegurarem às vítimas de discriminação racial tratamento equitativo, e não discriminatório, bem como igualdade de acesso ao sistema de justiça, com processos ágeis e eficazes, sem prejuízo da justa reparação no âmbito civil ou penal, conforme o caso (artigo 10). Por fim, na seara dos deveres dos Estados, digna de referência é a obrigação de os Estados-Partes empreenderem estudos sobre a natureza, causas e manifestações do racismo, da discriminação racial e forma conexas de intolerância em seus países, divulgando a situação das pessoas e grupos vitimados por tais práticas discriminatórias. Não há dúvidas de que a realização de estudos e, sobretudo, a coleta de dados são instrumentos de fundamental importância para subsidiar a adoção de políticas públicas voltadas para a concretização do direito à igualdade racial em todas as suas dimensões.

O artigo 15 da Convenção apresenta os mecanismos de proteção de suas disposições, dentre os quais, as petições individuais ou de grupos que aleguem violação da Convenção pelos Estados-Partes; as queixas interestatais, condicionadas ao reconhecimento da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para receber e examinar tais comunicações; a formulação, pelos Estados-Partes, de consultas, bem como a solicitação de assessoramento e cooperação técnica à Comissão; a criação do Comitê Interamericano para a Prevenção e Eliminação do Racismo, da Discriminação Racial e Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, que se incumbirá do monitoramento dos compromissos assumidos na Convenção.

É notável, no sistema americano de proteção dos direitos humanos, ao menos no que tange ao direito à igualdade racial, a ausência de normas específicas que consagrem, de forma mais aprofundada, o direito à diferença, aspecto que merecia abordagem nas recentes

convenções aprovadas pela Assembleia Geral.

De todo modo, importa mencionar que a Organização dos Estados Americanos tem considerado os povos indígenas como grupo *culturalmente diferenciado*, sendo que a temática tem sido objeto de resoluções por parte da Assembleia Geral que vem se pronunciando favoravelmente à adoção de um Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

1.2.3. Sistema africano de proteção dos direitos humanos

A principal fonte do sistema africano de proteção dos direitos humanos¹⁷¹² é a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP) – também conhecida como Carta de Banjul –, aprovada pela Organização de Unidade Africana (OUA)¹⁷¹³, atual União Africana (UA)¹⁷¹⁴, em 27 de junho de 1981, com entrada em vigor em 21 de outubro de 1986.

A CADHP – ratificada pelos 54 países que formam a UA¹⁷¹⁵ – tem como peculiaridade digna de nota a aglutinação, num só documento, de direitos de todas as gerações¹⁷¹⁶, com destaque para o direito dos povos, inédito nas declarações de direitos humanos. Outra característica invulgar da Carta Africana é a consagração de um capítulo sobre deveres¹⁷¹⁷ que – ao contrário dos instrumentos dos demais sistemas regionais, que abordam os deveres em sua correlação com os direitos – dispõe sobre as obrigações dos indivíduos perante a família, a comunidade e as instituições nacionais¹⁷¹⁸.

¹⁷¹² Tratando da complexidade da matriz histórico-cultural que envolve o desenvolvimento dos direitos humanos na África, Marcolino Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do Sistema Africano*, p. 126 e ss.

¹⁷¹³ A Organização de Unidade Africana foi criada em 25 de maio de 1963, transformando-se em União Africana (UA), em 25 de maio de 2002. À semelhança do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos em seus respectivos sistemas regionais, a UA ocupa papel central no sistema africano de proteção de direitos humanos.

¹⁷¹⁴ 54 Estados compõem, hoje, a atual União Africana. Disponível em «<https://au.int/web/en/countryprofiles>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷¹⁵ Disponível em «<https://au.int/web/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷¹⁶ Observe-se que, nos outros sistemas regionais, os documentos principais concentram-se nos direitos políticos e de liberdade, delegando o tratamento dos direitos sociais, econômicos e culturais para protocolos adicionais ou complementares.

¹⁷¹⁷ “Chapter II: Duties

Article 27

1. Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community.

2. The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.”

¹⁷¹⁸ Cfr. Marcolino Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do Sistema Africano*, p. 137.

Desse modo, em linhas gerais, o conteúdo da CADHP sofreu influência direta dos instrumentos de direitos humanos adotados sob a égide das Nações Unidas, apresentando, todavia, certas especificidades, nomeadamente a importância atribuída aos deveres da pessoa humana. Para além dos clássicos direitos individuais, consagra também direitos coletivos (dos povos)¹⁷¹⁹, assim como deveres individuais¹⁷²⁰.

Especificamente no que concerne ao tema igualdade racial, já no seu preâmbulo, o documento declara o compromisso de eliminar o colonialismo, o neocolonialismo e o *apartheid*, bem como todas as formas de discriminação, particularmente aquelas baseadas em raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opiniões políticas. Mais adiante, confere-se evidente primazia ao princípio geral da não discriminação, enunciado logo no artigo 2º¹⁷²¹ da CADHP, primeiro dispositivo a tratar de prerrogativas, antes mesmo do direito à vida e à integridade física e da declaração de inviolabilidade dos seres humanos (artigo 4º).

Em seguida, a Carta trata, no seu artigo 3º, do direito de todo indivíduo à igualdade perante a lei e à igual proteção legal. Tal prioridade é compreensível quando se leva em consideração que, à época da redação do documento, eram evidentes as consequências nefastas dos regimes colonialistas discriminatórios. Ademais, havia especial preocupação com o sistema do *apartheid* na África do Sul, valendo recordar, ainda, a recenticidade do fim do governo discriminatório de minoria branca no Zimbabwe (Antiga Rodésia do Sul)¹⁷²².

Outros dispositivos da CADHP tratam do princípio da não discriminação, estando mais diretamente relacionado com a questão racial o artigo 12, nº 5¹⁷²³ – que estabelece que os Estados proibam a expulsão em massa de estrangeiros com base em fatores ligados à nacionalidade, raça, etnia ou religião.

Na seara dos deveres, a Carta estabelece o dever dos indivíduos de respeito e tolerância mútuos, sem discriminação (artigo 28º¹⁷²⁴).

¹⁷¹⁹ Sobre o direito dos povos na CADHP, cfr. Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida, *Os povos na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: o conceito e os direitos à autodeterminação e ao desenvolvimento*.

¹⁷²⁰ Sobre a natureza jurídica dos deveres individuais na CADHP, cfr. Luciana Figueiredo Maia, *A natureza jurídica dos deveres individuais na Carta Africana*.

¹⁷²¹ “Article 2 – Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status.”

¹⁷²² O Zimbabwe – cuja região foi colonizada pelos ingleses desde fins do século XIX – teve sua independência reconhecida pelo Reino Unido e pela ONU apenas em 18 de abril de 1980.

¹⁷²³ “Article 12 - (...)

5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups.”

¹⁷²⁴ “Article 28 – Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance.”

É digna de nota, ainda, a preocupação com a igualdade entre todos os povos, que devem gozar de igual respeito e dos mesmos direitos, com a afirmação de que não existe fundamento para a dominação de um povo por outro (artigo 19).

O sistema africano de direitos humanos – que também nisso se distingue dos demais – não é marcado pela previsão de instrumentos específicos destinados à proteção de determinados grupos de pessoas¹⁷²⁵, o que implica, nesse particular, constante remissão aos instrumentos internacionais nesse sentido, nos termos dos artigos 60 e 61 da CADHP¹⁷²⁶. Nessa perspectiva, não há documentos autônomos focados no tratamento da igualdade racial e do combate à discriminação racial.

Nada obstante, com fundamento na própria Carta, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem decidido importantes casos, implementando o direito à igualdade racial, mais estreitamente na sua dimensão de não discriminação.

Diversas comunicações notificaram à Comissão a atuação do governo da Ruanda contra grupos étnicos determinados, alegando violação dos dispositivos da CADHP.

A Comunicação nº 27, de 1989 alegava a expulsão de cidadãos do Burundi que se encontravam, há muitos anos, refugiados em Ruanda. Os refugiados – cuja expulsão foi determinada em razão do risco de suas “atividades subversivas” à segurança nacional – não tiveram oportunidade de defesa perante um tribunal.

A Comunicação nº 49, de 1991, noticiou a detenção de milhares de pessoas em várias partes do país, pelas forças de segurança de Ruanda, com base na origem étnica e atividades políticas pacíficas. Informou, ainda, a destruição de inúmeras aldeias e o massacre de seus moradores, na sua maioria, pertencentes ao grupo étnico *tutsi*.

A Comunicação nº 99, 1993, por sua vez, levou ao conhecimento da Comissão um relatório de graves violações cometidas pelo governo de Ruanda, entre outubro de 1990 e janeiro de 1992, incluindo massacres generalizados, execuções extrajudiciais e detenções arbitrárias contra indivíduos pertencentes à etnia *tutsi*. Nesses casos, a Comissão entendeu que havia evidências indiscutíveis de que as violações dos direitos dos indivíduos tiveram por base a sua condição de cidadãos do Burundi ou de membros do grupo étnico *tutsi*. Segundo a decisão, a negação de inúmeros direitos aos indivíduos em razão da sua nacionalidade ou pertença a um grupo étnico particular viola o artigo 2º da CADHP. De acordo com as peculiaridades

¹⁷²⁵ Nada obstante, pode-se destacar o Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos das Mulheres em África (2003) e a Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar das Crianças (1990).

¹⁷²⁶ Cfr. Marcolino Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do Sistema Africano*, p. 138.

apresentadas nas comunicações, a Comissão sustentou que os fatos constituíam violações graves ou maciças da Carta Africana, nomeadamente dos artigos 4º; 5º; 6º; 7º; 12, nº 3, nº 4 e nº 5¹⁷²⁷.

Na Comunicação nº 71, de 1992¹⁷²⁸ (Zâmbia), a Comissão considerou a expulsão em massa de estrangeiros uma violação especial dos direitos humanos, pontuando que a ação do governo dirigida especialmente a grupos religiosos, étnicos e raciais específicos é geralmente considerada como discriminatória, haja vista que nenhuma de suas características possui base jurídica ou pode constituir fonte particular de incapacidade. Segundo a decisão, os termos do artigo 2º da CADHP impõem a obrigação ao Estado-Parte de garantir os direitos protegidos na Carta a todas as pessoas sob sua jurisdição, nacionais ou estrangeiros. A Comissão considerou que não estava em questão o direito da Zâmbia de deportar os indivíduos estrangeiros que estejam em seu território ilegalmente, mas a forma de atuação do governo, cujo processo de expulsão em massa foi precedido por detenções arbitrárias e violações do direito de defesa dos estrangeiros, em flagrante violação aos artigos 2º; 7º, nº 1 (a); 12, nº 5, da CADHP.

Decisão semelhante foi emitida pela Comissão na Comunicação nº 156, de 1996 (Angola)¹⁷²⁹, ocasião em que, além dos argumentos já elencados na Comunicação nº 71, de 1992, asseverou-se que o direito à igualdade das vítimas havia sido infringido em razão de sua origem, havendo, no caso, nítido atentado aos artigos 2º; 7º nº 1 (a); 12, nº 4 e nº 5, bem como aos artigos 14 e 18¹⁷³⁰.

Nas Comunicações nº 54, de 1991; nº 61, de 1991; nº 96, de 1993; nº 98, de 1993; nº 164-196, de 1997; e nº 210, de 1998¹⁷³¹, todas contra a Mauritânia, a Comissão asseverou

¹⁷²⁷ Disponível em [«http://www.achpr.org/files/sessions/20th/comunications/27.89-46.91-49.91-99.93/achpr20_27.89_46.91_49.91_99.93_eng.pdf»](http://www.achpr.org/files/sessions/20th/comunications/27.89-46.91-49.91-99.93/achpr20_27.89_46.91_49.91_99.93_eng.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷²⁸ A queixa foi apresentada por uma ONG senegalesa (*Rencontre Africaine pour la Défense des droits de l'Homme*) em nome de 517 africanos ocidentais que foram expulsos da Zâmbia entre 26 e 27 de fevereiro de 1992, por permanecerem ilegalmente na Zâmbia. Antes de sua expulsão, a maioria dos indivíduos foi objeto de detenção administrativa por mais de 2 meses, sendo que os deportados perderam todos os bens materiais que possuíam na Zâmbia, e muitos também foram separados de suas famílias da Zâmbia. Disponível em [«http://www.achpr.org/files/sessions/20th/comunications/71.92/achpr20_71_92_eng.pdf»](http://www.achpr.org/files/sessions/20th/comunications/71.92/achpr20_71_92_eng.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷²⁹ Trata-se de Comunicação decorrente da expulsão de cidadãos da África Ocidental da Angola, ocorrida entre abril e setembro de 1996. De acordo com os queixosos, o governo angolano prendeu e expulsou cidadãos originários de Senegal, da Gâmbia, da Mauritânia e de outros países da África Ocidental, sendo que as expulsões ilegais foram precedidas por atos de violência e pela perda dos bens das vítimas.

¹⁷³⁰ Disponível em [«http://www.achpr.org/files/sessions/22nd/comunications/159.96/achpr22_159_96_eng.pdf»](http://www.achpr.org/files/sessions/22nd/comunications/159.96/achpr22_159_96_eng.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷³¹ Disponível em [«http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf»](http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

que a recorrente prática de discriminação contra os mauritanos negros¹⁷³², entre 1986 e 1992, representa violação de todo o espírito do artigo 2º da CADHP, cujos objetivos são a eliminação de todas as formas de discriminação e a garantia da igualdade entre todos os seres humanos. Na decisão, faz-se remissão aos objetivos colimados pela Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas da ONU, que estabelece que os Estados devem proteger a existência da identidade nacional, étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias dentro de seus respectivos territórios, promovendo condições propícias à promoção de tal identidade. A Comissão concluiu que um país que submete seus próprios indígenas a tratamento discriminatório apenas em virtude da cor de sua pele assume atitude discriminatória inaceitável. Enfim, considerou que, durante o período de 1989 a 1992, houve graves e massivas violações dos direitos humanos proclamados na Carta Africana – em particular nos seus artigos 2º; 4º; 5º (constituindo tratamento cruel, desumano e degradante); 6º; 7º, nº 1 (a), (b) e (c); 7º, nº 2 (d); 9º, nº 2; 10, nº 1; 11; 12, nº 1; 14; 16, nº 1; 18, nº 1; e 26.

¹⁷³² A população mauritana é composta essencialmente por mouros (também conhecidos como “Beidanes”) que vivem no norte do país, bem como por vários grupos étnicos negros, incluindo o *Soninke*, *Wolofs* e o *Hal-Pulaar* no sul. Os Haratines (escravizados libertos) estão intimamente associados com os mouros, que se assemelham fisicamente à população negra do sul. O 13º Relatório de Atividades da Comissão Africana, correspondente ao período de 1999-2000, referindo-se às comunicações apresentadas contra a República Islâmica da Mauritânia, ressaltou que, após um golpe de estado ocorrido em 1984, o governo passou a ser criticado por membros de grupos étnicos negros, em razão da marginalização que impunha aos mauritanos negros. Em setembro de 1986, mais de 30 pessoas foram presas por distribuírem um documento intitulado “O manifesto dos negros mauritanos oprimidos”. Desde então, diversos são os relatos de que muitos negros mauritanos foram obrigados a fugir do país, outros tantos foram presos, torturados ou mortos, em virtude da cor de sua pele. Disponível em «http://www.achpr.org/files/activity-reports/13/achpr26and27_actrep13_19992000_eng.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

– CAPÍTULO V –
A IGUALDADE RACIAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

“O racismo é um crime perfeito no Brasil,
porque quem o comete acha que a culpa está na própria vítima.
Além do mais, destrói a consciência dos cidadãos brasileiros
sobre a questão racial. Nesse sentido, é um crime perfeito.”

Kabengele Munanga

“O mito da democracia racial é fundamentado em uma sensação
unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais.”

Sueli Carneiro

O presente capítulo será dedicado ao estudo da igualdade racial na ordem jurídica brasileira, a partir das premissas até aqui estudadas, tratando-se, portanto, da ocasião de abordar a temática a partir de um viés mais dogmático e pragmático.

Inicialmente, será analisada a evolução constitucional da questão racial, desde a primeira Constituição brasileira – a imperial, de 1824 – até a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Em seguida, serão examinadas – pontuando-se as principais fontes legais pertinentes – as quatro fases de abordagem da raça pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira e mais longa etapa perdurou por mais de três séculos e se caracterizou pela *legitimação da colonialidade* pelo direito por meio da *juridicização da escravidão negra*, disciplinada, primeiramente, nas ordenações do reino e depois na legislação produzida pelo Império do Brasil. O segundo período, que se consolidou a partir da abolição da escravatura, consistiu na utilização do aparato jurídico-político do Estado para a implementação de uma política de

embranquecimento ou branqueamento da população, associada à criminalização do negro e à obstaculização de sua cidadania (terceira fase), ainda que por normas jurídicas não explicitamente excludentes. Na fase seguinte, verifica-se a gradativa inversão das etapas anteriores, a partir da tutela do direito à não discriminação, nas mais diversas esferas do direito, sendo seu principal marco o processo de criminalização do racismo. O quinto período – que não tendo suplantado pelo anterior, a ele se agregou – teve início em princípios do século XXI e se distingue pela atuação dos poderes públicos na promoção da igualdade racial.

A partir do estudo dessas diferentes etapas de constitucionalização/juridicização da questão racial será possível avaliar se e de que forma as dimensões da igualdade racial aqui reveladas estão contempladas na ordem jurídica brasileira.

Por fim, serão apresentados dados estatísticos que permitirão a apreciação sobre a efetividade da tutela jurídico-constitucional da igualdade racial no contexto brasileiro.

1. A questão racial nas Constituições brasileiras

No ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade, ao menos em seu puramente aspecto formal – igualdade de tratamento de todos, perante a lei – foi reconhecida desde a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824. Interessa notar que o título referente aos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros não mereceu disposição prioritária, restando-lhes o último artigo da constituição. Nos vinte e nove incisos do artigo 179 estão proclamados os ditos direitos de cidadania, embora nem todos possam ser considerados materialmente como tais. Assumindo como base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, garantia-se inviolabilidade dos direitos civis e políticos ali elencados.

Com seu caráter liberalista e *alheia* ao regime escravocrata, a constituição proclamava o princípio da igualdade no inciso XIII¹⁷³³, do artigo 179, especificando, no inciso XVI¹⁷³⁴, a abolição de privilégios. Os negros escravizados – que não eram mencionados no texto constitucional – estavam excluídos da concepção de cidadão, condição, no entanto, formalmente reconhecida aos ingênuos (referência aos povos indígenas) e aos libertos (artigo 6º, inciso I), estes, contudo, proibidos de votar (artigo 94, II). Coerentemente com o regime

¹⁷³³ “Artigo 179 (...) XIII – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

¹⁷³⁴ “Artigo 179 (...) XVI – Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública”.

escravocrata e a consolidação do racismo científico inerentes à época, a questão racial não tinha espaço na primeira Carta Constitucional brasileira.

Interessa pontuar também a abolição expressa, dentre as penas cruéis, das penas de açoite, tortura e marca de ferro quente (artigo 179, XIX). No entanto, a proibição constitucional de penas cruéis certamente não beneficiava os escravizados, submetidos explicitamente por dispositivos do Código Criminal de 1830 à pena de açoite, apenas efetivamente abolida no País, em 1886, pela Lei nº 3.310. Em 5 de dezembro de 1824, a Constituição Imperial foi complementada por ato normativo que estabeleceu a proibição de negros e leprosos frequentarem as escolas.

A Constituição de 1934, posterior à Revolução Constitucionalista, de 1932, traz, pela primeira vez, a palavra raça na ordem constitucional brasileira, ao consagrar, no artigo 113, 1, o princípio da igualdade. Com efeito, ao instituir a igualdade de todos perante a lei, o dispositivo rezava: “não haverá privilégios, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. Trata-se da primeira Constituição brasileira que – em contraste com a então vigente ideia de democracia racial no Brasil – explicitou a vedação de privilégios fundados na raça. Apesar da importância em inaugurar o tratamento da questão racial na ordem constitucional do País, não há, ainda, efetiva proibição de discriminação racial. É que a simples proibição de privilégio em função da raça – que, se verificada na prática, certamente teria a pretensão de beneficiar o grupo racial hegemônico – não significa o mesmo que combater a discriminação racial excludente ou inferiorizante – esta, decerto, focada nos negros. Ademais, no que se refere aos direitos políticos, foi mantida a proibição de alistamento eleitoral de analfabetos¹⁷³⁵ e mendigos (artigo 108, parágrafo único, “a” e “c”).

No âmbito da igualdade na esfera do trabalho, o elemento raça não foi novamente lembrado pelo Constituinte, que proibiu as diferenças salariais apenas por motivo “de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (artigo 121, § 1º, “a”).

Contraditoriamente, a mesma Constituição pioneira pela proibição formal de privilégios raciais, em consonância com a já mencionada política de branqueamento e com o então imperante movimento eugênico brasileiro, estabeleceu restrições à entrada de imigrantes

¹⁷³⁵ Sobre dados referentes às taxas de alfabetização da população de 5 anos de idade e mais, segundo a região e a raça, abrangendo o período de 1940-1950, ver Carlos Hasenbalg, *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, p. 192-193.

no território nacional – com vista à garantia da *integração étnica*¹⁷³⁶ –, além de estimular a *educação eugênica*^{1737 1738}.

Em 10 de novembro de 1937, foi outorgada, pelo presidente Getúlio Vargas a Constituição ditatorial do Estado Novo. A Carta Constitucional de 1937 limitou-se a declarar a igualdade de todos perante a lei, sem proibir qualquer tipo de discriminação ou privilégio (artigo 122, 1º). O vocábulo raça foi suprimido do texto constitucional. No que tange à política de imigração, atribuiu-se à lei a determinação das condições de entrada, distribuição e fixação de estrangeiros no território nacional, com exceção do limite anual da corrente imigratória de cada país, já estabelecido no texto constitucional¹⁷³⁹. Manteve-se a proibição de alistamento eleitoral para analfabetos e mendigos (artigo 117, parágrafo único, “a” e “c”), tendo sido eliminado o estímulo à educação eugênica.

Quanto ao princípio igualitário, a Constituição democrática, de 1946, limitou-se a repetir a proclamação da igualdade formal, nos exatos termos da constituição que a precedeu, também não fazendo, nesse ponto, referência ao termo raça nem à proibição de privilégios. Nada obstante, no artigo 141, § 5º, ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento, o constituinte proíbe a “propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe”, vedação acrescentada pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965¹⁷⁴⁰.

Nas Constituições seguintes, de 1967 e 1969¹⁷⁴¹, podem-se identificar alterações significativas, não apenas pelo retorno do vocábulo raça à ordem constitucional brasileira, mas também pela punição do preconceito de raça.

¹⁷³⁶ “Artigo 121 – (...) § 6º – A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.”

¹⁷³⁷ “Artigo 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) b) estimular a educação eugênica.”

¹⁷³⁸ Preconizada pelo naturalista inglês Francis Galton, a teoria da eugenia sustentava a tese de que era possível o melhoramento da espécie humana, sob os aspectos físico e mental, através da utilização de métodos de seleção artificial e controle reprodutivo. O início do século XX, no Brasil, foi marcado pela difusão do movimento eugênico, que influenciou diversas áreas do conhecimento, como a Medicina, o Direito e a Educação.

¹⁷³⁹ “Artigo 151 – A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.”

¹⁷⁴⁰ De acordo com sua própria ementa, o Ato Institucional nº 02/1965 “mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31/3/1964, e dá outras providências”. Recorde-se que, o golpe de 1964 instaurou o regime militar no País, consubstanciado em especial no Ato Institucional nº 5, que autorizou atos de exceção, sem, no entanto, revogar a Constituição democrática de 1946.

¹⁷⁴¹ Trata-se da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, mas que, pelo seu amplo caráter modificativo, é doutrinariamente considerada como uma nova ordem constitucional.

Com efeito, a Constituição de 1967, além de prever a igualdade perante a lei, “sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”, determinou a punição do preconceito racial pela lei (artigo 150, § 1º). Quanto à liberdade de manifestação do pensamento, repetiu-se a proibição de propaganda de preconceito de raça. A Emenda Constitucional de 1969 reproduziu os dispositivos referentes à raça, acrescentando a vedação de propagandas de preconceito de raça às normas regimentais do Congresso Nacional (artigo 30, parágrafo único, “c”).

A Constituição de 1988, que marcou a redemocratização do País, teve, ao longo de sua elaboração e discussão, a presença de diversos setores da sociedade civil, ocasião em que o movimento negro se encontrava consolidado a ponto de lograr êxito em determinados avanços constitucionais. Desse modo, o constituinte de 1988, de maneira inédita, erigiu o princípio da igualdade a um dos valores primordiais do sistema jurídico, difundindo o axioma igualitário por todo o organismo da Constituição, e agregando à ordem constitucional a dimensão material da igualdade.

O preâmbulo constitucional já se antecipa, anunciando as aspirações igualitárias que não apenas estão contidas no texto constitucional, mas que também servem de diretriz para a interpretação e aplicação de suas normas. Na sequência das normas constitucionais e em harmonia com os valores supremos estabelecidos no texto preambular, o constituinte, no artigo 1º, elencou entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Como visto, o princípio dignitário – de cujo conteúdo são extraíveis as dimensões do direito à igualdade racial – é *axioma base* de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, modelo adotado indubitavelmente pela Constituição Federal, de 1988. A centralidade conferida à dignidade da pessoa humana pelo constituinte brasileiro, aliada ao repúdio ao racismo, ao combate à discriminação e à especial consagração da igualdade¹⁷⁴², coaduna-se com a necessidade de concretização de *igual dignidade de para todas as raças*.

¹⁷⁴² Além da consagração da igualdade em seus sentidos formal e material, em diversas passagens do texto constitucional, observa-se a preocupação do constituinte em vedar a discriminação e a violação de direitos fundadas em atributos da pessoa, como origem (artigo 3º, IV), cor ou raça (artigo 3º, IV; artigo 4º, VIII; artigo 5º, XLII; e artigo 7º, XXX), sexo (artigo 3º, IV; artigo 5º, I; e artigo 7º, XXX), idade (artigo 3º, IV; e artigo 7º, XXX), estado civil (artigo 7º, XXX), compleição física (artigo 7º, XXXI), credo religioso (artigo 5º, VIII), convicções filosóficas ou políticas (artigo 5º, VIII), espécie de trabalho (artigo 7º, XXXII), filiação (artigo 227, § 6º). Devem-se mencionar, ainda, os seguintes dispositivos constitucionais diretamente relacionados com o princípio da igualdade: artigo 5º, *caput*, e seus incisos XLI e XLII; artigo 7º, incisos XXX e XXXI; artigo 170, inciso VII. Neste último, vê-se a consagração da igualdade material, mediante a instituição da *redução das desigualdades regionais e sociais* enquanto princípio norteador da ordem econômica.

Já o artigo 3º consagra o princípio da igualdade material, ao firmar, dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I) e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV) ¹⁷⁴³. Ao traçar como meta primordial construir uma sociedade fundada simultaneamente na liberdade, na justiça e na solidariedade, busca-se o equilíbrio entre esses três valores essenciais, sem priorizar a realização de qualquer deles. Nessa senda, não se estabelece aqui um regime jurídico-constitucional individualista – pautado no indivíduo egocêntrico e solitário –, antes se preconiza a consagração da justiça social estruturada em vínculos de solidariedade entre as pessoas, capazes de se reconhecerem reciprocamente enquanto coparticipantes livres e iguais da comunidade política.

Quando o constituinte utiliza os verbos *construir*, *erradicar*, *reduzir* e *promover*, da forma como redigido o enunciado e no peculiar contexto das relações raciais da sociedade brasileira, designam-se necessárias *ações* orientadas para o combate das desigualdades sociais que se pretende combater – dentre as quais aquelas fundadas em fatores raciais podem ser apontadas como das mais impactantes na obstaculização da democratização dos direitos e da efetiva promoção da justiça social.

Ao determinar a promoção do *bem de todos*, a Constituição vigente elenca os fatores de discriminação que não devem dar origem a preconceitos, designadamente: a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade. A redação de caráter exemplificativo do dispositivo permite a identificação de certos grupos vulnerabilizados, sem, contudo, excluir outras formas de discriminação odiosas, o que possibilita a proteção de outras *minorias*, a exemplo dos homossexuais e transexuais. Ver-se-á que a norma ora sob análise, aliada ao restante do microsistema constitucional da igualdade racial, bem como ao contexto sociorracial do País impõem a adoção de medidas de promoção da igualdade racial, que, portanto, figura entre as dimensões componentes do conteúdo essencial do direito fundamental à igualdade racial.

Em consonância com os valores antirracistas e de igualdade racial que alicerçam a nova ordem jurídico-constitucional, o *repúdio ao racismo* constitui princípio regente das relações internacionais do Brasil (artigo 4º, inciso VIII). A importância do dispositivo em comento está na consagração formal de um paradigma de ruptura da colonialidade, não apenas no âmbito das relações de poder estabelecidas dentro do País, mas também entre este e outros

¹⁷⁴³ “Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Estados, povos e organismos internacionais. Assim, o repúdio ao racismo, em toda a sua extensão conceitual, deve orientar a atuação dos poderes públicos no sentido de desconstruir as bases rúicas em que historicamente se pautou a hierarquização da sociedade brasileira, além de recusar sistemas e práticas racistas, em suas relações internacionais.

O título dos *direitos e garantias fundamentais* é iniciado, no artigo 5º, *caput*, com a célebre afirmação – designativa da igualdade formal – de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Interessa notar que, pela primeira vez na ordem constitucional brasileira, em continuidade à redação do preceito que concentra o rol de direitos individuais, afirma-se a *inviolabilidade do direito à igualdade*, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, reforçando-se a importância da cláusula igualitária na sua dimensão principiológica e também subjetiva.

Em seguida, o inciso XLI do artigo 5º determina a punição pela lei de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que já autorizaria o legislador ordinário a tutelar o direito à não discriminação racial, ainda que lançando mão de outros domínios do Direito, que não o criminal. É preciso pontuar que, como já assinalado, a mera ausência de tratamento racialmente discriminatório, por si só, não garante a realização, senão parcial, da igualdade rúica, restringindo-se à sua dimensão defensiva. Isso não quer dizer, no entanto, que a Constituição de 1988 não tenha ido além da mera proibição da discriminação racial, o que, pelo que até aqui se explorou do sistema constitucional, já se antevê. Na sequência, o inciso XLII transcende a mera punição legal estabelecida pelo dispositivo que o precede para instituir a criminalização do racismo, determinando constitucionalmente a sua inafiançabilidade¹⁷⁴⁴ e imprescritibilidade¹⁷⁴⁵, além da punição de

¹⁷⁴⁴ Diz-se inafiançável o crime para cuja prática se estabelece a impossibilidade de o autor proceder ao pagamento de fiança para, em caso de prisão, livrar-se solto, o que não significa afirmar que haja obstáculo absoluto ao direito de responder ao processo em liberdade. Isso porque a inafiançabilidade, no Código de Processo Penal brasileiro, não impede a concessão de liberdade provisória (artigo 310, inciso III), se ausentes motivos ensejadores da prisão preventiva do investigado/acusado (artigo 312). Tãmanha é a reprovabilidade constitucional da prática do racismo que apenas outros dois preceitos constitucionais proibem a concessão de fiança, quais sejam, os incisos XLIII e XLIV do artigo 5º, para a prática dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes definidos como hediondos e ação armada contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

¹⁷⁴⁵ A prescrição é causa de extinção da punibilidade e se opera diante da omissão ou morosidade dos órgãos públicos incumbidos da persecução penal. No caso específico do crime de racismo, a Constituição, de 1988, não permite que o autor seja amparado pelo decurso do tempo, obstando a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Desse modo, ainda que decorra extenso lapso temporal desde a prática do crime, sem providência investigatória ou persecutória por parte do Estado, havendo provas da ocorrência de racismo, e respeitado o devido processo legal, poderá advir a condenação do réu. Além do crime de racismo, a imprescritibilidade é estabelecida apenas para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal).

sua prática com pena de reclusão¹⁷⁴⁶. Tais imposições do legislador constituinte reforçam o repúdio ao racismo e demonstram a censurabilidade atribuída a práticas racistas, denotando o nível de proteção (direito à proteção) que se pretende conferir à igualdade racial na ordem jurídica brasileira.

Embora não conceitue o racismo, não remanescem dúvidas do amplo espectro que lhe conferiu o constituinte ao estabelecer o seu repúdio como princípio e ao vedar práticas racialmente discriminatórias de forma sistemática e, portanto, não pontual. Ressalte-se antecipadamente – questão que será retomada mais adiante – que a Constituição delega ao legislador ordinário não a conceituação do racismo, mas a forma de sua punição por pena de reclusão. Sendo a criminalização de condutas a *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos, a iniciativa da ordem constitucional em vigor evidencia a relevância conferida à igualdade racial, embora o simples combate ao racismo, no sentido meramente repressivo, não seja medida suficiente para garantir a *desracialização hierárquica* da sociedade.

No campo dos direitos sociais, mais especificamente na proteção da igualdade dos trabalhadores na esfera laboral, o artigo 7º, inciso XXX, proíbe a “diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Interessa assinalar novamente que, no contexto das relações raciais na sociedade brasileira – no qual se consolidou o *preconceito racial de marca* –, a cor da pele é o principal atributo fenotípico sobre o qual se alicerçam as práticas racistas. Por isso, ainda que no dispositivo constitucional ora sob análise não haja referência expressa à raça, ele também compõe o conjunto de normas antirracistas da vigente ordem constitucional.

Na seção destinada à cultura, observando-se as dimensões da igualdade racial delineadas neste estudo, revelam-se de particular importância os §§ 1º, 2º e 3º, inciso V, do artigo 215, nos quais há manifesta preocupação do constituinte nacional com a valorização e proteção da *diversidade étnico-racial* dos “grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Apesar das críticas já apresentadas à questão do *processo civilizatório*, aqui se sobreleva especialmente o direito à diferença racial e o seu correspondente direito à proteção.

A Constituição de 1988 dedica um capítulo específico (Capítulo VIII – Dos Índios) no título *Da Ordem Social* para tratar dos direitos especiais dos povos indígenas (artigos 231 e 232). Além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, há peculiar preocupação com os direitos originários sobre as terras tradicionalmente

¹⁷⁴⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, a reclusão é a forma mais severa de punição pela prática de crimes, à exceção da pena de morte, apenas admitida em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, “a”, da Constituição Federal).

ocupadas por eles e sobre os recursos delas extraíveis. Trata-se, mais uma vez – em especial a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais –, de inequívoca pretensão de resguardar o direito à diferença capaz de alicerçar a preservação das especificidades identitárias dos grupos étnico-raciais componentes da sociedade brasileira. Já os direitos especiais relacionados às terras tradicionais servem de alicerce para ações de combate ao racismo ambiental, conforme definição elaborada neste estudo.

O § 1º do artigo 242 dispõe que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro”. Tal mandamento constitucional é de fundamental importância para a elucidação histórica acerca da resistência dos grupos étnico-raciais vulnerabilizados pelo processo colonizatório no País. O modo como a colonialidade operou – e ainda opera – na realidade brasileira determinou não apenas o domínio dos povos e a seletiva apropriação dos saberes locais, mas também fincou raízes no próprio sistema educacional, em todas as suas vertentes. É notável, por exemplo, a ausência de representatividade da população negra nos livros didáticos, em todos os níveis de ensino, salvo na condição de escravizada ou de modo extremamente estereotipado¹⁷⁴⁷. Ademais, a historiografia do Brasil – e todas as outras áreas de conhecimento que dela são indissociáveis para a compreensão das relações de poder estabelecidas – ainda se concentra, em grande parte, na *história única e hegemônica* fundada no eurocentrismo colonial, sonhando e invisibilizando *as outras histórias*.

Na mesma linha antirracista e promotora da igualdade racial já delineada na ordem jurídico-constitucional, o artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias já reconhecia a propriedade definitiva aos remanescentes de comunidades quilombolas que estivessem ocupando suas terras, determinando a emissão pelo Estado dos respectivos títulos, para a devida regularização fundiária. Entretanto, apenas em 2001 foi instituído o Decreto nº 2.912 que regulamentou o “processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas”. O Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, revogou o anterior e estabeleceu a autoidentificação como único critério para o reconhecimento das comunidades quilombolas¹⁷⁴⁸. Atribuiu-se ao Instituto Nacional de

¹⁷⁴⁷ Sobre a temática, ver os relevantes trabalhos de Ana Célia da Silva, *A discriminação do negro no livro didático* e *Desconstruindo a discriminação do negro no livro didático*. A autora explora como essa representatividade do negro no livro didático reflete no sentimento de autorrejeição da população negra brasileira, propondo uma mudança de postura dos profissionais da educação.

¹⁷⁴⁸ “Artigo 2º - Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações

Colonização e Reforma Agrária (INCRA) a responsabilidade pelo cumprimento das determinações constitucionais no que diz respeito à titulação das áreas ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas¹⁷⁴⁹. Trata-se de reparação histórica constitucionalmente formalizada e que se alinha ao direito à promoção da igualdade racial, por determinar atuação dos poderes públicos no reconhecimento e regularização do direito à propriedade dos ditos povos tradicionais. Nada obstante, recorde-se que, apesar do mandamento constitucional, o racismo ambiental – conforme visto – tem operado de modo a, na prática, esvaziar tal prerrogativa, por meio, principalmente, do próprio aparato estatal. Encontra-se em curso no Supremo Tribunal Federal a ADIN nº 3.239, ajuizada, em 2004, pelo Partido Democratas, que contestou a constitucionalidade formal e material do Decreto nº 4.887, de 2003, pugnando, dentre outros argumentos, pela invalidade do critério de autodeterminação. Em sessão plenária realizada em 2012, o ministro Cezar Peluso votou pela inconstitucionalidade do decreto, com voto divergente da ministra Rosa Weber, após pedido de vista. O julgamento foi interrompido após o pedido de vista do ministro Dias Toffoli, encontrando-se pendente até a presente data.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 não se limita a combater o racismo em dispositivos isolados, mas institui verdadeiro sistema antirracista que – de modo direto ou indireto, ou ainda por meio da sua cláusula de abertura aos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º, CF) e da centralidade conferida à dignidade da pessoa humana – contempla o direito fundamental à igualdade racial em todas as dimensões aqui estudadas. Recorde-se que diversos dos instrumentos jurídicos internacionais protetivos dos direitos humanos estudados no capítulo anterior compõem a ordem jurídica brasileira a partir da cláusula de abertura da Constituição.

Ver-se-á, a partir do estudo empreendido neste capítulo, que a realidade jurídico-constitucional e das relações sociorraciais verificadas no Brasil justificam a defesa da essencialidade de todas as dimensões componentes do direito fundamental à igualdade racial.

territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º - Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.”

¹⁷⁴⁹ Importa ressaltar que apenas em dezembro de 1995 foi titulada a primeira terra quilombola do Brasil: a comunidade de Boa Vista, situada no Estado do Pará. Em 2004, dados do Incra indicavam a existência de 1.527 comunidades quilombolas no Brasil, sendo que, entre 1995 e 2004, apenas 53 títulos haviam sido emitidos, contabilizando 110 comunidades tituladas em todo território brasileiro. Cfr. *Terras Quilombolas*, p. 8.

2. A juridicização da raça na legislação brasileira

2.1. Período escravagista

Não há registros oficiais sobre o exato início da escravização negra no Brasil, que foi o maior importador dos mais de 9.500.000 africanos trazidos para a América, entre 1502 e 1860¹⁷⁵⁰. Com efeito, no início do século XVII, o Brasil figurava como maior mercado consumidor de negros escravizados nas Américas, absorvendo mais de 40% do total de africanos trazidos para o continente. Estima-se que, entre a primeira metade do século XVI e meados do século XIX, mais de 5 milhões de indivíduos tenham sido traficados para a então colônia portuguesa¹⁷⁵¹.

As Ordenações do Reino de Portugal se constituem na compilação da legislação portuguesa, a partir do início do século XV e que, durante séculos, formaram o sistema jurídico que vigorou no Brasil colônia. Delas fizeram parte as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, as Ordenações Filipinas (1603).

As Ordenações Filipinas vigoraram até 1830, sendo substituídas, em matéria criminal pelo Código Criminal do Império do Brasil, de 1830.

Tratando dos chamados *crimes justificáveis*, o Código Criminal deixava de aplicar punição ao senhor que infligisse castigo moderado a seu escravo (artigo 14, 6º).

De acordo com o artigo 60 – posteriormente revogado pela Lei nº 3.310, de 1886 –, o réu que fosse escravo e incorresse em pena diversa da pena capital ou de galés, seria açoitado e, posteriormente, entregue ao seu senhor, que era obrigado “a trazê-lo com um ferro” pelo tempo e modo determinados pelo juiz. O mesmo dispositivo rezava que o número de açoites seria fixado em sentença, não podendo ultrapassar o número de cinquenta, por dia.

As penas pelo crime de insurreição envolvendo vinte ou mais escravos variavam, conforme a gravidade, entre pena capital, galés perpétuas, galés por quinze anos, ou açoites (artigo 113).

É digno de reflexão o contraditório estatuto jurídico então conferido aos escravizados. Por um lado, na esfera civil – na qual prevalecia a noção de que *servus non habet personam* – não eram considerados sujeitos de direitos, mas meras coisas, equiparados a semoventes – sobre os quais recaía o direito de propriedade de seus senhores. Nessa conjuntura,

¹⁷⁵⁰ Cfr. Katia M. de Queirós Mattoso, *Ser escravo no Brasil – séculos XVI-XIX*, p. 42.

¹⁷⁵¹ Cfr. Nei Lopes, *O racismo explicado aos meus filhos*, p. 140.

como bens semoventes de natureza privada, podiam ser vendidos, leiloados, penhorados, hipotecados e inventariados¹⁷⁵². Já na seara criminal, eram tidos como sujeitos imputáveis e, portanto, responsáveis pelos crimes que porventura viessem a praticar¹⁷⁵³. Invertendo-se as posições, enquanto vítima de crimes, em geral, ao escravizado não mais se atribuía a condição de ser humano, mas de *res*, de modo que, se lesionado ou morto por terceiros, a qualificação jurídica atribuída à conduta era de mero crime de dano – cabendo indenização correspondente, no máximo, ao valor do escravo. Do mesmo modo, no caso de *sequestro*, estar-se-ia diante de um crime de furto ou roubo. Assim, os crimes cometidos contra os escravizados eram qualificados como crimes contra o patrimônio, e não contra a pessoa¹⁷⁵⁴.

Em 23 de novembro de 1826, foi assinada uma convenção entre Inglaterra e Brasil, para que este extinguisse o comércio de escravos vindos da costa africana, no prazo de máximo de três anos. Ratificado em 13 de março de 1827, o tratado deu origem à promulgação da Lei Diogo Feijó, de 7 de novembro de 1831, que declarava livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impunha penas aos importadores destes. A sanção imputada aos importadores era pena corporal, conforme artigo 179 do Código Criminal¹⁷⁵⁵, cumulada com multa de duzentos mil réis por escravo, e, ainda, com o pagamento das despesas de *reexportação* do escravo para qualquer parte da África¹⁷⁵⁶. A Lei jamais foi aplicada, o que lhe rendeu a alcunha de *lei para inglês ver*.

Somente em 4 de setembro de 1850, a Lei nº 581 – mais conhecida como Lei Eusébio de Queiroz – mencionando expressamente a Lei Diogo Feijó, impôs o fim do tráfico negreiro intercontinental – que, desde então, passou a ser considerado pirataria – sem, no entanto, restringir a prática da escravatura no Brasil.

Em 18 de setembro de 1850, foi aprovada a primeira Lei de Terras do Brasil – Lei nº 601 – determinando que, a partir de então, a aquisição de terras apenas poderia ser concretizada mediante compra, deixando de ser reconhecida a aquisição por meio de posse das áreas ainda não apropriadas ou doadas pelo Estado. A lei facilitou a aquisição de terras

¹⁷⁵² Cfr. Lilia Moritz Schwarcz, *Racismo no Brasil*, p. 39.

¹⁷⁵³ Cfr. Agostinho Marques Perdigão Malheiro, *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*, p. 14-16.

¹⁷⁵⁴ Cfr. Hélio Silva Jr., *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 8.

¹⁷⁵⁵ Que imputava pena de prisão de três a nove anos e multa a quem reduzisse pessoa livre à escravidão, nos seguintes termos: “Artigo 2º – Os importadores de escravos no Brasil incorrerão na pena corporal do artigo 179 do Código Criminal, imposta aos que reduzem à escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil-réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despesas de reexportação para qualquer parte da África; reexportação, que o governo fará efetiva com a maior brevidade possível, contactando com as autoridades africanas para lhes darem asilo. Os infratores responderão cada um por si, e por todos”.

¹⁷⁵⁶ Cfr. Clóvis Moura, *Dicionário da escravidão negra no Brasil*, p. 240.

brasileiras por parte dos colonos, mas tinha, na realidade, como foco a criação de obstáculos para a aquisição de propriedade pelos negros libertos, bem como a desocupação dos quilombos já formados.

Publicado em 17 de fevereiro de 1854, o Decreto nº 1.331-A aprovou o Regulamento para a reforma do ensino primário e secundário do Município da Corte, prevendo, no seu artigo 69, a proibição do acesso de escravos – assim como de meninos não vacinados ou que padecessem de moléstias graves – às escolas.

A Lei nº 731, de 5 de junho de 1854 (Lei Nabuco de Araújo), por sua vez, intensificou a repressão ao tráfico negreiro e atribuiu aos auditores da Marinha a competência para processar e julgar aqueles que violassem o artigo 3º da Lei Eusébio de Queiroz.

As pressões diplomáticas inglesas não cessaram¹⁷⁵⁷, o que – notadamente na segunda metade do século XIX – forçou o início, a passos lentos, do processo de extinção da escravidão no Brasil, marcado pela edição de diversas leis de caráter supostamente abolicionista, até o advento da Lei Áurea¹⁷⁵⁸.

Em 15 de setembro de 1869, o Decreto nº 1.695 proibiu a venda de escravos debaixo de pregão e em exposição pública, tornando-as nulas, e sujeitando o leiloeiro a uma pena de multa por escravo leiloado. Proibiu, também, vendas de escravos, particulares ou judiciais, que separassem marido e mulher, ou o filho do pai ou da mãe, salvo nas hipóteses de filhos maiores de quinze anos de idade.

A Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco, considerava livres os filhos da mulher escrava, nascidos no Império, após a data de sua promulgação¹⁷⁵⁹, sem, contudo, libertar suas mães. Tratava-se de estratégia política para mitigar a pressão da oposição, no período posterior ao da Guerra do Paraguai¹⁷⁶⁰, que contou com participação significativa de combatentes negros. A Lei determinava, ainda, que os filhos menores das escravas ficassem sob a autoridade dos senhores de suas mães, que deveriam criá-los e tratá-los até completarem oito anos de idade. Após essa idade, o senhor teria a opção de receber uma indenização do Estado ou de utilizar-se dos serviços do menor até que este completasse vinte e um anos.

¹⁷⁵⁷ Em 8 de agosto de 1845, o Parlamento Britânico aprovou o *Bill Aberdeen*, conferindo à marinha britânica o direito de aprisionar qualquer navio negreiro, impondo aos traficantes a responsabilização perante o Almirantado ou qualquer tribunal do Vice-Almirantado dos domínios ingleses.

¹⁷⁵⁸ Para uma análise mais aprofundada dos atos legislativos que precederam a abolição da escravidão, ver Jorge da Silva, *120 Anos de Abolição: 1888-2008*, p. 62 e ss.

¹⁷⁵⁹ Clóvis Moura, *Dicionário da escravidão negra no Brasil*, p. 240, recorda que, mesmo transcorridos dezesseis anos desde a entrada em vigor da Lei do Ventre Livre, meninos escravos eram leiloados por meio de divulgação no Diário Oficial da Bahia.

¹⁷⁶⁰ Cfr. Lilia Moritz Schwarcz, *Racismo no Brasil*, p. 44.

A Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei dos Sexagenários ou Lei Saraiva-Cotegipe), que regulamentava a *extinção gradual do elemento servil*, libertava, sob as condições nela estabelecidas, os escravos maiores de sessenta anos de idade. Digna de nota é a condição estipulada no §10 do artigo 3º, que obrigava os *escravos beneficiados pela lei* a prestar serviços aos seus ex-senhores, pelo período de três anos, a título de indenização pela sua alforria. Frise-se a inocuidade da medida de libertação, uma vez que a média de vida do trabalho escravo no campo era de 10 a 15 anos¹⁷⁶¹, sendo raro que um cativo alcançasse a idade prevista na Lei¹⁷⁶².

Em 15 de outubro de 1886, A Lei nº 3.310 revogou expressamente o artigo 60 do Código Criminal, de 1830, bem como a Lei nº 4, de 10 de junho de 1835, extinguindo a pena de açoites no Brasil, e impondo aos réus escravos as mesmas penas previstas pela legislação em vigor *para outros quaisquer delinquentes*.

Enfim, a Princesa Isabel assinou a Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea), que declarou extinta a escravidão, com revogação de todas as disposições legais em contrário, resultando na libertação de cerca de 750.000 negros¹⁷⁶³. A tardia *lei declaratória da abolição da escravatura* apenas formalizava o que, na prática, já vinha se concretizando, desde o início da década de 1880, com as fugas em massa de escravizados que se aquilombavam nos diversos quilombos espalhados pelo País. Saliente-se que a abolição da escravatura não se fez acompanhar de nenhuma medida que, minimamente, propiciasse a inclusão social dos negros recém-libertos, o que resultou na permanência de muitos destes nas terras dos seus senhores.

2.2. A política de embranquecimento e a criminalização do negro

Logo após a declaração da abolição da escravatura no Brasil, foi implementada a chamada *política de embranquecimento* ou *branqueamento*, que resultou na difícil integração socioeconômica da população negra, preterida no mercado de trabalho e em outros setores pelos

¹⁷⁶¹ Cfr. Lilia Moritz Schwarcz, *Racismo no Brasil*, p. 45.

¹⁷⁶² Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a esperança de vida ao nascer da população brasileira, sem qualquer recorte racial, alcançou a média de 66 anos, apenas em 1991. Disponível em «http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/evolucao_da_mortalidade.shtm». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁶³ Cfr. Francisco Alencar *et al.* *História da Sociedade Brasileira*, p. 166. Registre-se que de acordo com o Recenseamento Geral do Império, de 1872, primeiro censo do Brasil, os escravos representavam 15% da população brasileira. Disponível em «http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/Recenseamento_do_Brazil_1872/Imperio%20do%20Brazil%201872.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

imigrantes europeus¹⁷⁶⁴. Essas medidas de subvenção da imigração europeia criaram severos obstáculos à possível formação de uma classe média negra no período posterior à Lei Áurea. A subvenção à imigração europeia foi intensificada no final do século XIX e início do século XX, incluindo o custeio de passagens de navio para imigrantes europeus e suas famílias, em sua maioria empregados nas lavouras de café do oeste paulista e nas fábricas que começavam a surgir em São Paulo¹⁷⁶⁵.

Com efeito, a imigração de pessoas de origem europeia passou a ser subvencionada pelo Governo, restringindo-se, doutro lado, o ingresso de imigrantes africanos e asiáticos em território brasileiro, conforme determinação do Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, que condicionava o ingresso destes últimos à prévia aprovação do Congresso Nacional¹⁷⁶⁶.

O projeto eugênico de aperfeiçoamento racial da população¹⁷⁶⁷ foi ratificado por cientistas brasileiros, fortemente influenciados pelas teorias do racismo científico oriundas da Europa e dos Estados Unidos da América. No I Congresso Internacional das Raças¹⁷⁶⁸, que ocorreu em Londres, entre os dias 26 e 29 de julho de 1911¹⁷⁶⁹, o representante brasileiro João

¹⁷⁶⁴ Cfr. Neusa Santos Souza, *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*, p. 22, “a inexistência de barreiras de cor e de segregação racial – baluartes da democracia racial – associada à ideologia do embranquecimento, resultava num crescente desestímulo de solidariedade do negro que percebia seu grupo de origem com referência negativa, lugar de onde teria que escapar para realizar, individualmente, as expectativas de mobilidade vertical ascendente”. Conclui a autora, p. 23, que “a história da ascensão social do negro brasileiro é, assim, a história de sua assimilação aos padrões brancos de relações sociais. É a história da submissão ideológica de um estoque racial em presença de outro que se lhe faz hegemônico. É a história de uma identidade renunciada, em atenção às circunstâncias que estipulam o preço do reconhecimento ao negro com base na intensidade de sua negação”.

¹⁷⁶⁵ Cfr. Carlos Hasenbalg, *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, p. 166, “entre 1888 e 1930, 3.762.000 estrangeiros chegaram ao Brasil. Usando uma taxa de retorno à Europa estimada em 25%, podemos concluir que nesse mesmo período 2.822.000 estrangeiros fixaram-se no Brasil. A imigração alcançou seu auge nos anos seguintes à abolição. Entre 1888 e 1900, 1.433.369 imigrantes vieram para o Brasil”.

¹⁷⁶⁶ “Artigo 1º – É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos à ação criminal de seu país, excetuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos de acordo com as condições que forem então estipuladas.”

¹⁷⁶⁷ Cfr. Deise Benedito, *Os Deserdados do Destino: A construção da Identidade Negra Criminosa no Brasil*, p. 54, “foi no período higienista, entre 1874 e 1922, que o Direito passou a atuar em conjunto com a Medicina, buscando identificar, por meio de características físicas, os desvios de conduta. É criado um novo modelo de sociedade, no qual a ‘purificação das raças’ é almejada no país”. Lília Moritz Shwarcz, *Espetáculo da miscigenação*, p. 139, recorda que as teorias raciais tiveram maior influência no Brasil entre 1870 e 1930, com participação de centros de ensino e pesquisa nacionais, tais como os institutos históricos, os museus etnográficos, as faculdades de direito e de medicina. Segundo a autora, p. 139, “as personagens que integram essas instituições, são esses – hoje – obscuros *homens de ciencia* que em finais do século XIX, e do interior dos locais em que tralhavam, tomaram para si a quixotesca tarefa de abrigar uma ciência positiva e determinista, e, utilizando-se dela, procuraram liderar e dar saídas para o destino desta nação”. Andreas Hofbauer, *Uma história do branqueamento ou o negro em questão*, p. 346 e ss., demonstra como essa concepção eugenista de embranquecimento da população influenciou os meios de comunicação, a exemplo do jornal Getulino (1923-1926).

¹⁷⁶⁸ Os anais do Congresso foram compilados pelo sociólogo inglês Gustav Spiller, *Papers on inter-racial problems communicated to the First Universal Races Congress*.

¹⁷⁶⁹ Vanderlei Sebastião de Souza e Ricardo Ventura Santos, *O Congresso Universal de Raças, Londres 1911: contextos, temas e debates*, p. 747-748, explicam que “o que estava em questão eram os conflitos raciais em

Baptista de Lacerda, médico e então diretor do Museu Nacional do Rio de Janeiro¹⁷⁷⁰, apresentou uma tese sobre os mestiços do Brasil – considerado modelo de país miscigenado. Lacerda tratou da miscigenação no País e do processo de branqueamento da população brasileira, ocasião em que afirmou que os negros no Brasil não haviam sido segregados pelos portugueses colonizadores – como ocorrido nas colônias anglo-saxãs –, que fizeram de suas escravas concubinas, permitindo o *intercurso sexual* entre brancos e negros. Defendia o médico brasileiro que a miscigenação no Brasil possibilitaria o branqueamento da população com o desaparecimento dos negros e mestiços. Concluía, então, asseverando: “o Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução”¹⁷⁷¹.

Em sentido semelhante ao Decreto de 1890, o Decreto-Lei nº 406, de 5 de maio de 1938, proibiu a entrada de indivíduos de etnia cigana no território brasileiro, conferindo ao Governo Federal a atribuição de, ouvido o Conselho de Imigração e Colonização, limitar ou suspender a entrada de indivíduos pertencentes a determinadas raças ou origens, por motivos e ordem econômica e social¹⁷⁷². Logo no seu artigo primeiro, o Decreto-Lei estabelecia: “não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou outro sexo: I – aleijados ou mutilados, inválidos, cegos, surdos-mudos; II – indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres; (...)”.

A seletividade racial da política imigratória brasileira foi corroborada, de modo mais explícito pelo Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945, que estabelecia, para a admissão de imigrantes, a observância da necessidade de preservação e desenvolvimento, nas condições étnicas da população, das características mais convenientes da sua ascendência europeia.

Pouco antes da Constituição Republicana, em 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto nº 847, foi promulgado o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, o qual dedicava um capítulo inteiro (XIII – artigos 399 a 404) à criminalização da vadiagem e da capoeira. Não é ocioso lembrar que, nesse momento histórico, apenas dois anos após a abolição da escravatura, tais práticas estavam indiscutivelmente associadas à população negra excluída do

diversas partes do mundo e a própria sobrevivência do sistema colonialista, que, na passagem do século XIX para o XX, chegara ao seu auge envolvendo especialmente países da Europa e suas colônias nos continentes africano e asiático.

¹⁷⁷⁰ Vanderlei Sebastião de Souza e Ricardo Ventura Santos, *O Congresso Universal de Raças, Londres 1911: contextos, temas e debates*, p. 753, destacam que “Lacerda iniciou seus estudos antropológicos ainda na década de 1870, quando realizou pesquisas no Museu Nacional sobre as origens do homem americano e, a partir de uma perspectiva marcadamente racial-tipológica, as características morfoanatômicas de grupos indígenas do Brasil, em especial dos Botocudos. Em boa parte desses estudos, empregou a análise craniométrica, técnica antropológica difundida pela escola francesa de Paul Broca”.

¹⁷⁷¹ Ver Lília Moritz Schwarcz, *Espetáculo da miscigenação*, p. 11.

¹⁷⁷² “Artigo 2º – O Governo Federal reserva-se o direito de limitar ou suspender, por motivos econômicos e sociais, a entrada de indivíduos de determinadas raças ou origens, ouvindo o Conselho de Imigração e Colonização.”

mercado de trabalho – pela já iniciada política de imigração subvencionada – e praticamente a única a praticar *capoeiragem*. Recorde-se que, nessa mesma linha de criminalização dos negros, o Código Penal de 1890 ainda tipificava como crimes o espiritismo (artigo 157) e o curandeirismo (artigo 158). Outrossim, imputava-se responsabilidade criminal a maiores de 9 anos de idade (artigos 27 e 30), política legislativa certamente destinada à população negra marginalizada.

Até aqui, pela legislação pertinente ao tema, evidencia-se, desde logo, que, ao contrário do que se possa crer, a ordem jurídica brasileira pós-abolicionista não é *neutra* no que concerne à questão racial. Pelo contrário, discrimina, ela mesma, direta ou indiretamente, tomando por base fatores racionais, étnicos e religiosos para perpetuar juridicamente a *desigualação social das raças inferiores*.

2.3. Evolução da legislação antirracismo

Na segunda metade do século XX, mesmo antes da promulgação da atual Constituição, de 1988, inicia-se, no Brasil, o processo de criminalização do racismo e das práticas a ele associadas, sem prejuízo da disciplina legal em outras searas do direito.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro – ainda em vigor –, não trouxe nenhuma disposição sobre delitos motivados pela questão racial. Do mesmo modo, o Decreto-Lei nº 3.688 ou Lei das Contravenções Penais (LCP) também não contemplou a matéria.

O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho –, no seu artigo 373-A, estabelece ser vedado “recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível” (inciso II), além de proibir que se considere “o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional” (inciso III).

Apenas em 3 de julho de 1951, com a publicação da Lei nº 1.390, de 1951 – conhecida como Lei Afonso Arinos –, que alterou a LCP, incluiu-se entre as contravenções penais a prática de “atos resultantes de preconceito de raça e de cor”. A Lei tipificava seis condutas (artigo 2º a 7º), consistentes, em linhas gerais, na recusa de entrada em estabelecimentos, recusa à prestação de serviços, e negativa de emprego/trabalho ou acesso a cargo público, *por preconceito de raça ou de cor*, com pena de prisão simples, variável de

quinze dias a um ano, e multa. Para as hipóteses de obstar acesso a cargo público ou serviço nas forças armadas, a pena era de perda do cargo para o funcionário dirigente da repartição, após apuração de responsabilidade em inquérito regular (artigo 6º). Já para a hipótese de negativa de emprego ou trabalho em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, a pena era de prisão simples e multa, na última circunstância, ou perda do cargo para o responsável pela recusa, nas demais situações (artigo 7º). O artigo 8º estabelecia ainda que, em caso de reincidência por parte de estabelecimentos particulares, poderia o juiz adicionar a pena de suspensão do funcionamento por período não superior a três meses.

O diploma legal sofreu críticas, em especial pela categorização dos atos de preconceito de raça ou de cor como meras contravenções – e, portanto, sujeitas a penas brandas –, além da pouca abrangência dos tipos penais formulados. Sem pretender, nesse momento, aprofundar a discussão acerca da necessidade de tutela penal contra atitudes discriminatórias, importa lembrar que, quando em comparação com os crimes, as contravenções penais costumam ser reservadas à proteção de bens jurídicos de menor relevância.

Nada obstante, não se pode negar que a Lei Afonso Arinos, como primeiro estatuto legal a enquadrar práticas racistas como infrações penais, representou uma ruptura com a ordem legislativa anterior caracterizada pela *criminalização do negro*. Inaugurou-se a proteção jurídica contra atos violadores do direito à não discriminação racial, reconhecendo-se a existência de racismo na sociedade brasileira e a necessidade de punição do *preconceito de raça ou de cor*¹⁷⁷³, motivador da recusa de acesso a determinados serviços e direitos. Nota-se que, conforme estabelece o artigo 1º, o escopo do legislador era, prioritariamente, evitar a prática de discriminação racial que obstaculizasse o acesso a serviços e estabelecimentos abertos ao público, restringindo-se a Lei à tutela do direito à não discriminação racial, dimensão eminentemente defensiva do direito à igualdade racial. No entanto, no que tange ao acesso ao mercado de trabalho, é digna de nota a intervenção legal na esfera das relações jurídico-privadas, conforme previsão do artigo 6º.

O Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, promulgou a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio da ONU, de 1948, na qual se conceitua o

¹⁷⁷³ Embora a lei se refira ao preconceito de raça e de cor, já se pontuou a diferença entre preconceito racial e discriminação racial, sendo que esta última expressão figuraria como mais adequada à qualificação dos comportamentos que ultrapassam a mera cogitação ou a esfera da consciência do indivíduo, concretizando verdadeira violação ao direito à igualdade racial em uma ou mais de suas dimensões. Como se pode extrair da ementa da própria lei, são incluídos entre as contravenções penais os *atos resultantes* de preconceitos de raça ou de cor.

crime de genocídio, com determinação expressa de punição de todas as pessoas que o pratiquem, “sejam governistas, funcionários ou particulares” (artigo IV). Quatro anos após, adveio a Lei do Genocídio (Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), que define – nos exatos termos da Convenção – e pune o crime de genocídio, sem reservas quanto ao sujeito ativo das condutas tipificadas.

A Lei nº 4.177, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, considera abuso no exercício da liberdade da radiodifusão o emprego desse meio para a prática de contravenções penais ou crimes tipificados em lei, “inclusive promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião” (artigo 53, “e”). Poderão ser aplicadas, em caso de violação do referido dispositivo, penas de multa (artigo 62), suspensão (artigos 63, “a”, e 66, § 1º) ou cassação (artigo 64)¹⁷⁷⁴.

O Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, também não permaneceu alheio à questão racial, estabelecendo, em seu artigo 243, proibição de propagandas partidárias veiculadoras de *preconceitos de raça ou de classes*.

Em sentido semelhante à redação do Código Eleitoral, a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), que regulava a *liberdade de manifestação do pensamento e de informação*, tipificava como crime, na exploração ou utilização dos meios de comunicação e divulgação, a propaganda *de preconceitos de raça e de classe*, estabelecendo pena de detenção de um a quatro anos (artigos 13 e 14). Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido – na ADPF 130, julgada em 30 de abril de 2009 – que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição vigente é importante frisar que, no que tange à questão racial, tratou-se do primeiro diploma legal que tipificou como crime, e não mais apenas como contravenção penal, a prática de ato específico de preconceito racial. Outro ponto digno de nota é a equiparação pela Lei da propaganda de *preconceitos de raça* às propagandas *de guerra e de processos para subversão da ordem pública*, condutas criminalizadas no mesmo artigo¹⁷⁷⁵. Recorde-se que, à época, vigia no Brasil um regime político ditatorial de intensa repressão à subversão, o que, ao menos em termos jurídico-formais denotava a reprovabilidade do *preconceito racial*.

¹⁷⁷⁴ Artigos com redação dada pelo Decreto-Lei nº 236, de 1968, que complementa e modifica a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

¹⁷⁷⁵ “Artigo 14 – Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe: Pena: de 1 a 4 anos de detenção.”

A Lei de Segurança Nacional – instituída pelo Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967¹⁷⁷⁶ –, em seu artigo 33¹⁷⁷⁷, definia como crime a incitação pública ao ódio ou à discriminação racial, estabelecendo pena de detenção de um a três anos, com aumento da pena em metade da abstratamente cominada, no caso de prática por meio de imprensa, panfletos ou escritos de qualquer natureza, rádio difusão ou televisão. A redação originária foi alterada pelo Decreto-Lei nº 510, de 1969, que substituiu o núcleo do tipo penal *incitar publicamente* por simplesmente *incitar*, mantendo as penas anteriormente previstas. O Decreto-Lei nº 898, de 1969, por sua vez, apesar de conservar o tipo penal do decreto anterior, aumentou a pena para dez a vinte anos de reclusão. Além disso, restringiu as causas de aumento de pena para os crimes previstos nos incisos I a IV – o que excluía a incitação ao ódio ou à discriminação racial –, nas hipóteses de prática por meio de imprensa, rádio difusão ou televisão. Previu-se, ainda – exclusivamente para as condutas previstas nos incisos I a IV –, a pena capital, se da incitação decorresse morte. Por fim, cumulou-se, nos casos de incitação imputada ao diretor ou responsável pelo meio de comunicação, pena de multa de 50 a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente à época do delito. Com a Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, preservou-se o tipo penal, alterando-se a pena de reclusão de dois a doze anos, com aumento para reclusão de oito a trinta anos, se, do incitamento, decorresse lesão corporal grave ou morte. A Lei de Segurança Nacional vigente (Lei n.º 7.170, de 4 de dezembro de 1983) estipula pena de detenção de um a quatro anos àquele que fizer, em público, propaganda de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais e de perseguição religiosa. (artigo 22, inciso II).

Em 19 de janeiro de 1968, o Decreto nº 62.150 promulgou a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, a qual objetiva, nesse âmbito, combater toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

O Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – definiu, no seu artigo 208, o crime de genocídio como “matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo”, estabelecendo pena de quinze a trinta anos de reclusão. O parágrafo único traz os

¹⁷⁷⁶ A Lei de Segurança Nacional foi substituída sucessivamente. O Decreto-Lei nº 314, de 1967, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 898, de 1969. Este foi revogado pela Lei nº 6.620, de 1978, que, por sua vez, foi substituída pela Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, atual Lei de Segurança Nacional.

¹⁷⁷⁷ “Artigo 33. Incitar publicamente: I – à guerra ou à subversão da ordem político-social; II – à desobediência coletiva às leis; III – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; IV – à luta pela violência entre as classes sociais; V – à paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais; VI – ao ódio ou a discriminação racial.”

chamados *casos assimilados*, para os quais prevê pena de reclusão de quatro a quinze anos¹⁷⁷⁸. A definição do crime de genocídio e as penas estipuladas coincidiam com a redação do artigo 130 do Código Penal de 1969, que, revogado pela Lei nº 6.578, de 1978, nunca chegou a entrar em vigor¹⁷⁷⁹. Este, no entanto, acrescentava o aumento de pena de um terço, na hipótese de crime praticado por governante ou mediante determinação deste. O genocídio tipificado no Código Penal Militar se configura como crime próprio, restringindo-se, portanto, o rol daqueles que podem figurar como autores da infração penal.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) também não permaneceu alheia à questão racial, e no seu artigo 3º garantiu aos condenados e internados o cumprimento das penas sem distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Em 20 de dezembro de 1985, a Lei nº 7.437 deu nova redação à Lei Afonso Arinos, mantendo, no entanto, a prática de atos resultantes de preconceitos de raça e de cor – acrescentando preconceito de sexo ou de estado civil – na esfera das contravenções penais¹⁷⁸⁰.

Em 1989, a criminalização constitucional do racismo – estabelecida pelo artigo 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988, – foi regulamentada pela Lei nº 7.716, conhecida como Lei Caó, em homenagem ao deputado Carlos Alberto Oliveira, autor do respectivo projeto legislativo. Embora leis esparsas, de diferentes matérias jurídicas, já tivessem tipificado pontualmente algumas práticas racialmente discriminatórias como crime, é com a Lei Caó que se dá a ampla criminalização do racismo.

Com sua atual redação alterada por cinco leis¹⁷⁸¹, desde a sua entrada em vigor, a Lei nº 7.716, de 1989, tipifica condutas criminosas resultantes de *discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. Uma das principais alterações promovidas para o alcance da vigente configuração da Lei Caó foi o acréscimo, pela Lei nº 9.459, de 1997, da etnia, da religião e da procedência nacional como elementos de discriminação ou preconceito, uma vez que a redação originária tratava apenas do preconceito de raça ou de cor. A referida lei também conferiu nova redação ao artigo 20 da Lei nº 7.716, de

¹⁷⁷⁸ “Parágrafo único. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim: I – inflige lesões graves a membros do grupo; II – submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles; III – Força o grupo à sua dispersão; IV – impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; V – efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo.”

¹⁷⁷⁹ Com efeito, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro, o Código Penal, de 1969, sofreu sucessivos adiamentos para sua entrada em vigor, até ser revogado em 1978, sem nunca ter vigorado.

¹⁷⁸⁰ Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 7.716, de 1989, não houve revogação total da Lei Afonso Arinos, que permanece em vigor – com as alterações trazidas pela Lei nº 7.437, de 1985, – no que diz respeito aos atos resultantes de preconceito de sexo ou de estado civil.

¹⁷⁸¹ As Leis nº 8.081, de 1990; nº 8.882, de 1994; nº 9.459, de 1997; nº 12.288, de 2010; e Lei nº 12.735, de 2012.

1989, apenando com reclusão de um a três anos e multa a *prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. A referida lei previu, ainda, as hipóteses de crimes cometidos por meios de comunicação social ou publicações de qualquer natureza, aumentando, nesses casos, a pena para dois a cinco anos de reclusão ou multa.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010) – que pela sua relevância, será mais bem abordado linha adiante – também alterou a Lei sob comento, notadamente seus artigos 3º e 4º, especialmente para tipificar outras condutas discriminatórias na esfera do trabalho¹⁷⁸².

Os tipos penais previstos nos artigos 3º a 14 da Lei nº 7.716, de 1989, mantêm relação de subordinação em relação ao artigo 1º, portanto, todas as condutas tipificadas naqueles dispositivos precisam ser motivadas por *discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*, cujo combate é o principal mote do legislador infraconstitucional. Em linhas gerais, nota-se, nos dispositivos da mencionada Lei, haver restrição quanto à tipificação dos atos decorrentes de discriminação/preconceito racial àquelas condutas praticadas publicamente, em particular a restrição ou recusa, por motivos racionais, de acesso a estabelecimentos ou fornecimento de serviços disponibilizados ao público.

Pelo escopo do presente trabalho, não é esse o espaço para pormenorizar a análise de cada tipo penal incriminador¹⁷⁸³, mas sim de abordar as questões de fundo, com vista a analisar a efetiva tutela penal do direito à igualdade racial, ao menos nos termos predeterminados pela Constituição Federal e tendo por base o conteúdo igualitário aqui explorado. A principal crítica que se vislumbra à Lei ora em apreciação diz respeito à sua

¹⁷⁸² “Artigo 3º - Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Artigo 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I – deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II – impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III – proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º - Ficarà sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

¹⁷⁸³ Para tanto, ver Hédio Silva Jr. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais – doutrina e jurisprudência*; Christiano Jorge Santos, *Crimes de preconceito e de discriminação*.

limitada abrangência, considerando-se a elevada reprovabilidade constitucional do crime de racismo. Com efeito, o repúdio ao racismo, expressamente manifestado pelo legislador constituinte, associado à estruturação de um microsistema constitucional de igualdade racial – envolvendo todas as dimensões desta – indica que o legislador infraconstitucional apresentou desempenho aquém do mandamento da Constituição, na sua tarefa de conformação da tutela penal da não discriminação racial. Apesar da importância simbólica da breve promulgação da Lei Caó¹⁷⁸⁴ e da incontestável evolução, a partir desta, no tratamento da questão racial na seara criminal, os tipos penais nela definidos restringem a incidência do racismo a hipóteses limitadas de rara configuração prática, ou, ao menos, de difícil comprovação na esfera jurídico-criminal. Desse modo, a partir dos tipos penais inicialmente estabelecidos na referida Lei, diversas práticas racistas deixariam de ser consideradas crime, por não se amoldarem à estrita descrição empreendida pelos dispositivos legais. Assim, sobre atos tipicamente decorrentes de discriminação/preconceito racial como a falsa acusação da prática de um crime ou a lesão corporal motivada por racismo incidiriam os tipos penais simples de calúnia e de lesão corporal, quando a odiosa motivação demandaria maior reprovabilidade do sistema penal, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

Sob esse prisma, em nítida violação do princípio da proporcionalidade, de acordo com as sanções previstas na ordem criminal brasileira¹⁷⁸⁵, um particular que – com motivação racial, que, embora não explicitada, possa ser demonstrável – agrida fisicamente a vítima, é apenado de maneira menos gravosa do que aquele que comete injúria racial. Uma das maneiras de contornar tal desproporção poderia ser a previsão de determinados tipos penais pela motivação racial¹⁷⁸⁶, ou ainda a inclusão de agravante genérica para qualquer crime cometido com a mesma motivação¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁴ A Lei Caó data de 5 de janeiro de 1989, apenas três meses após a promulgação da Constituição Federal, de 1988.

¹⁷⁸⁵ Apenas a título de conhecimento, para fins de comparação, o Código Penal da Espanha, no seu artigo 511 impõe pena de prisão de seis meses a um ano, multa de doze a vinte e quatro meses, e, ainda, inabilitação especial para o emprego ou cargo público pelo período de um a três anos, ao particular que, encarregado de um serviço público, denegue a uma pessoa prestação a que tenha direito, em razão de sua origem nacional ou de pertença a determinada etnia ou raça (nº 1). As mesmas penas são aplicáveis quando os fatos tiverem como vítimas associações, fundações, sociedades, corporações ou seus membros. Nos casos em que o sujeito ativo do delito for funcionário público, a pena é aumentada, conforme a determinação do artigo 511, n. 3. Àqueles que cometam atos semelhantes, no exercício de suas atividades profissionais ou empresariais, o artigo 512 prevê pena de inabilitação especial para o exercício de profissão, ofício, indústria ou comércio, pelo período de um a quatro anos.

¹⁷⁸⁶ No ordenamento jurídico português, o artigo 132º, n. 2, alínea “e”, do Código Penal, prevê a determinação por ódio racial, religioso ou político, como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

¹⁷⁸⁷ Nesse sentido, o artigo 22, n. 4, do Código Penal espanhol que, entre as circunstâncias que agravam genericamente a responsabilidade criminal, elenca a prática de crimes por motivos racistas, antissemitas ou outra classe de discriminação referente, entre outros fatores, à etnia, raça ou nação a que pertença a vítima.

Nada obstante, a conformação demasiadamente restritiva do legislador infraconstitucional à vontade constituinte de criminalização do racismo foi abrandada com o advento da Lei nº 9.459, de 1997, que criou um *tipo penal abrangente de racismo* que tem abarcado as situações antes não tuteladas pela Lei Caó. Atualmente, grande parte dos atos decorrentes de preconceito/discriminação racial acaba por ser enquadrar na figura típica prevista no artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989, o que demonstra a excessiva delimitação conformadora da criminalização do racismo empreendida originariamente pelo legislador infraconstitucional. De fato, não fosse o atual texto do artigo 20, a Lei Caó seguiria sendo pouquíssimo utilizada para coibir a prática do racismo.

A Lei nº 9.459, de 1997, também introduziu o § 3º no artigo 140 do Código Penal brasileiro¹⁷⁸⁸, definindo a figura da injúria qualificada pela raça ou *injúria racial*, com pena de reclusão de um a três anos. Tem-se entendido, na doutrina e na jurisprudência majoritárias, que o concurso aparente de normas entre o artigo 140, § 3º, do Código Penal e o artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989, resolve-se considerando alguns elementos. Primeiramente, em relação ao bem jurídico protegido, a injúria racial atingiria a honra subjetiva da vítima, a partir da verbalização de ofensas com utilização de elementos referentes à sua raça ou cor. Já nas hipóteses de ofensas que façam referência ao grupo racial, e que por isso atinja tal coletividade, a conduta deve ser enquadrada no artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989, por ultrapassar a violação à honra subjetiva de uma só pessoa.

Novamente sem aprofundar as questões atinentes à teoria do direito penal, convém traçar breves considerações acerca da *injúria racial*. Com o advento das modificações ora apresentadas na legislação criminal, vê-se que houve uma cisão das ofensas de caráter racial, que, a depender dos elementos casuísticos, ora têm sido consideradas racismo (artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989), ora têm sido consideradas injúria qualificada. Pode-se afirmar que, inicialmente, tal cisão pode ter representado um avanço, por possibilitar a punição dos atos de discriminação racial materializados por expressões verbais, num contexto em que o sistema de justiça, impregnado ele próprio pelo racismo institucional, acaba por naturalizar práticas racistas e, por isso, com raras exceções, não empreendia interpretação capaz de aplicar a legislação criminal antirracismo. No entanto, teme-se que a solução jurídico-normativa encontrada engesse a atuação dos órgãos do sistema de justiça no sentido de exigirem sempre

¹⁷⁸⁸ Com as alterações produzidas pela Lei nº 10.741, de 2003, passou-se à seguinte redação: “§ 3º – Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de um a três anos e multa”.

a manifesta motivação racista para enquadramento criminal dos atos racialmente discriminatórios, quando se sabe que – pela própria característica do racismo, que costuma se operar de forma velada – muitos casos concretos não se configuram dessa forma. Isso sem mencionar as relevantes diferenças na persecução criminal, uma vez que a injúria racial enfrenta ação penal pública condicionada à representação do ofendido¹⁷⁸⁹ e está sujeita à prescrição, enquanto o racismo enfrenta ação penal pública incondicionada à representação e é imprescritível, segundo mandamento constitucional. Nessa conjuntura, deve-se pontuar a necessidade de evolução interpretativa para que haja efetividade na proteção jurídica contra o racismo que deve ser reconhecido não apenas nos atos discriminatórios cuja motivação racial é manifestada, mas deve abarcar toda prática atentatória da dignidade humana motivada por discriminação/preconceito racial, ainda que, na prática, não nominada.

Nota-se que, na esteira do que foi neste trabalho desenvolvido acerca do conteúdo do direito fundamental à igualdade racial, a legislação criminal sob análise dedica-se a tutelar em particular o direito à não discriminação racial. O bem jurídico tutelado, portanto, é a igualdade racial em uma de suas dimensões, a mais essencial e caracterizada pela sua configuração eminentemente defensiva ou negativa. Efetivamente, entendida a igualdade racial em sua completude, não se pode afirmar que a tutela penal repressora de atos racialmente discriminatórios protege a igualdade racial em todas as suas dimensões. De fato, reprimir práticas racistas a partir da criminalização – ou mesmo por meio de outra forma de tutela jurídico-normativa – não é medida suficiente para garantia dos direitos à promoção da igualdade racial e à diferença racial (em parte de seu conteúdo), que impescindem de outro(s) tipo(s) de intervenção dos poderes públicos. É previsível, no entanto, – conforme já se definiu quando da abordagem do conteúdo essencial da igualdade racial – que a proteção da não discriminação racial seja a primeira, e, portanto, a mais consolidada forma de tutela jurídica da igualdade racial, haja vista a sua anterioridade histórica em relação às demais dimensões e seu caráter nuclear na formação do direito em questão.

Apesar da evolução legislativa a partir da aprovação de normas proibitivas do racismo e da discriminação racial, na prática, a efetividade das mencionadas leis é bastante questionável, pois ainda são raros os casos de condenação por crimes de racismo ou preconceito

¹⁷⁸⁹ Avanço obtido com o advento da Lei nº 12.033, de 2009, já que antes se tratava de crime cuja persecução exigia ação penal privada, resultando, na maior parte dos casos, na decadência do direito de queixa (cujo prazo é de apenas seis meses) – por falta de conhecimento da vítima ou dificuldades em ser assistida por advogado ou defensor público –, e, conseqüentemente, na breve extinção da punibilidade.

racial. Isso demonstra a necessidade não apenas de normas proibitivas, mas também de ações de promoção da igualdade, com vista a minimizar os efeitos da segregação racial.

Ainda na esfera criminal, cumpre trazer à baila a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), que, ao definir como hediondo o crime de genocídio (artigo 1º, parágrafo único), confere importante tutela penal contra o racismo, na mais nefasta de suas formas de manifestação.

A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, estabelece em seu artigo 1º que “é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal”. Além de tipificar crimes resultantes de preconceito de etnia, raça, cor ou deficiência (artigo 2º), a Lei prevê cominações de caráter administrativo (artigo 3º), bem como o direito à reparação pelo dano material e moral decorrente do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório (artigo 4º).

Recorde-se também o elemento racial na legislação sobre tortura – crime que também mereceu tratamento próprio na Constituição Federal de 1988. De fato, o artigo 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, estabelece que constitui crime de tortura, com pena de dois a oito anos de reclusão, “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...) em razão de discriminação racial ou religiosa”.

Para além da tutela penal da igualdade racial – que se concentra mais intensamente na proteção do direito à não discriminação racial –, outras esferas do direito – como a trabalhista, a consumerista, a administrativa, a cível etc. – podem ser manejadas com seus instrumentos próprios, a exemplo da ação civil pública, da ação por danos morais e do mandado de segurança. Mas, não sendo a pretensão deste estudo apresentar os mecanismos jurídicos disponíveis para proteção de cada dimensão do direito à igualdade racial, e sim delinear seu conteúdo, basta aqui afirmar a possibilidade de tutela nas mais diversas áreas do direito, a depender do tipo de violação ou ameaça, bem como dos objetivos preventivos e repressivos pertinentes ao caso concreto. Também não se pode olvidar que casuisticamente pode ser cabível mais de um tipo de tutela ao mesmo bem jurídico violado. Um ato racialmente discriminatório

pode, por exemplo, configurar crime de racismo e, ao mesmo tempo, ensejar ação de indenização pelos eventuais danos morais produzidos¹⁷⁹⁰.

Enfim, interessa mencionar a concepção de *responsabilidade civil objetiva por prática de discriminação racial*¹⁷⁹¹. É que, ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o

¹⁷⁹⁰ Ver, dentre tantas as seguintes decisões: “TJ-RS – Apelação Cível – Processo AC 70059392894 RS. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 20/05/2014. Julgamento: 14 de Maio de 2014. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRECONCEITO. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ARTIGO 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. 1. Cuida-se de pedido de reparação por danos morais, decorrentes da conduta discriminatória praticada pela ré, em discussão originada por estacionamento de veículo na entrada do prédio em que o autor labutava como porteiro. 2. O demandante logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que foi ofendido pela demandada, sem que desse causa a tal conduta desmedida e agressiva, porquanto estava no exercício de sua atividade laborativa. A ofensa racial ocorreu em público. Prova testemunhal que militou em favor do autor. 3. Em contrapartida, a demandada não logrou êxito em comprovar fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da parte autora, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o artigo 333, inciso II, do código de processo civil. 4. Passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, tendo em vista que o autor foi ultrajado, humilhado e discriminado, resultando na violação ao dever de respeitar aquela gama de direitos inerentes a personalidade de cada ser humano, especialmente a dignidade pessoal. A configuração do dano extrapatrimonial, na hipótese, é evidente e inerente à própria ofensa; ou seja, trata-se de dano "in re ipsa", que dispensa prova acerca da sua efetiva ocorrência. 5. A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as conseqüências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Reduzido o montante indenizatório para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pois mais condizente com circunstâncias do caso concreto e os precedentes do colegiado. Apelo provido em parte”.

“Processo TJ-RS – Apelação Cível – Processo AC 70065318990 RS. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2015. Julgamento: 30 de Setembro de 2015. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS RACISTAS. PRECONCEITO E INTOLERÂNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. 1. A autora logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que foi ofendida pela ré, sem que desse causa para aquela conduta desmedida e agressiva. 2. Salienta-se que a palavra "negro", proferida de forma isolada, não configura o crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89. Contudo, no presente caso, as expressões utilizadas pela ré, funcionária da parte recorrente, tais como "negra mal educada", "burra", "idiota", além de comentários pejorativos em relação à Lei Áurea, demonstram o intuito preconceituoso e depreciativo contra a autora, capaz de causar verdadeiro abalo à honra e dignidade desta, como se o ser humano pudesse ser avaliado e etiquetado pela cor de sua pele e não pela conduta que adota no convívio social. 3. Note-se que as ofensas proferidas calam fundo na alma, pois se traduz no mais vil dos preconceitos, aquele atinente a cor de um ser humano, como se isso pudesse definir o comportamento ético-social de uma pessoa apenas em razão de sua pele, não por sua conduta e ações que pratica, logo, se pudesse ser atribuído o valor de cada um, certamente não é a medida da intolerância que seria o prumo para estabelecer a retidão moral de cada homem ou mulher. 4. É passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, decorrente de a autora ter sido ofendida, sem que houvesse injustamente provocado, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar a gama de direitos inerentes a personalidade de cada ser humano, tais como a imagem, o bom nome e a reputação do ofendido. 5. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora; é o denominado dano moral puro. 6. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. *Quantum* mantido. Negado provimento ao recurso.”

¹⁷⁹¹ Cfr. Hédio Silva Jr. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais – doutrina e jurisprudência*, p. 48 e ss.

Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, previu a discriminação racial indireta, que não exige a demonstração da intenção, mas apenas dos efeitos discriminatórios. Assim, havendo efeito ou dano pela prática do ato racialmente discriminatório, caberá a tutela cível do direito à igualdade racial.

2.4. A promoção da igualdade racial na legislação brasileira

Com a percepção de que o racismo no contexto histórico brasileiro não poderia ser revertido pela simples criminalização de atos decorrentes de discriminação/preconceito racial, começa a se delinear nova etapa na concretização do direito à igualdade racial, com consolidação de medidas de reparação¹⁷⁹². Dessa maneira, embora a discussão da temática racial seja centenária, no Brasil, o reconhecimento do Estado como promotor da igualdade racial e a inclusão das pautas relacionadas à raça na agenda das políticas públicas são recentes e têm como fundamento a Constituição de 1988.

A quarta etapa da juridicização da raça na ordem jurídica brasileira corresponde, portanto, à adoção de medidas de promoção da igualdade racial, que tiveram longo percurso até que começassem a ser normatizadas. Para tanto, mostrou-se de fundamental importância a presença de parlamentares negros no Congresso Nacional – ainda que, até os dias de hoje, ínfima, quando comparada com a representatividade negra na população brasileira. Esses parlamentares passaram a pautar importantes matérias legislativas para a busca de efetiva igualdade racial no Brasil.

Nesse contexto, Abdias do Nascimento foi pioneiro na apresentação de projetos de lei que tratassem do enfrentamento ao racismo e da igualdade racial, chegando a propor políticas de *ação compensatória* para os descendentes de africanos escravizados. Em 1983, na condição de deputado federal, apresentou proposta de implementação de política de promoção de igualdade racial, por meio do Projeto de Lei (PL) nº 1.332¹⁷⁹³. O PL previa medidas

¹⁷⁹² Cfr. Luciana Jaccoud, *A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos*, p. 109, “os anos 1990 foram pródigos em mostrar as limitações do tratamento do preconceito e da discriminação pela legislação punitiva, seja em face dos ‘efeitos presentes da discriminação passada’ ou dos efeitos perversos do processo de banalização de práticas discriminatórias dissimuladas e cotidianas e do racismo institucional, de caráter impessoal e indireto. A década de 2000, de maneira similar, observou as limitações do tratamento do preconceito e da discriminação pela ótica exclusiva dos direitos humanos. A centralidade do racismo e da discriminação no processo de construção e reprodução das desigualdades sociais brasileiras deve elevar este objetivo a um patamar estratégico da política pública, em que não apenas a violência e o desrespeito aos direitos dos indivíduos e dos grupos precisam ser considerados”.

¹⁷⁹³ O projeto de lei dispunha sobre: “ação compensatória visando à implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira (...)” Disponível em

compensatórias¹⁷⁹⁴ para proporcionar isonomia entre negros e brancos “nos setores de oportunidade de trabalho, remuneração, educação, trabalho e tratamento policial, entre outros”. Previa-se a participação de pelo menos 20% de homens negros e 20% de mulheres negras em todos os *escalões de trabalho* de órgãos da administração pública e em empresas privadas, preferencialmente nas funções de melhor remuneração. Anualmente, os órgãos públicos deveriam comprovar ao Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) as medidas tomadas para efetivação da participação de homens negros e mulheres negras, sendo que, a cada cinco anos, dever-se-ia comprovar a realização das medidas de ação compensatória executadas. As empresas que não cumprissem as medidas seriam multadas e as que comprovassem um “incremento significativo de equilíbrio, na sua força de trabalho, entre a proporção de negros nos empregos mais bem remunerados e aquela nos empregos de baixa renda”, receberiam incentivos fiscais.

Além disso, o PL nº 1.332 pretendia a concessão de 40% das bolsas de estudos a estudantes negros como medida compensatória, nos ensinos primário, secundário, superior e de pós-graduação; a reserva de 20% de vagas para homens negros e 20% para mulheres negras no Instituto Rio Branco; a incorporação das contribuições do povo africano e seus descendentes para a construção do País nos cursos de História do Brasil¹⁷⁹⁵; orientação antirracista dos militares e policiais civis, federais e estaduais; além da inclusão do quesito cor/raça ou etnia em todas as pesquisas censitárias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

De 1983 a 1986, o PL recebeu pareceres favoráveis na Câmara dos Deputados, contudo, até 1989 não havia sido votado pelo plenário, o que culminou no seu arquivamento. Por cerca de 10 anos, o Congresso Nacional não tratou de nenhum tema relacionado à promoção da igualdade racial.

«<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁹⁴ Definição de *medidas de ação compensatória*, segundo artigo 12 do PL nº 1.332/83: “iniciativas destinadas a aumentar a proporção de negros em todos os escalões ocupacionais, incluindo, entre outras: I – a preferências pela admissão do candidato negro quando este demonstra melhores ou as mesmas qualificações profissionais que o candidato branco; II – execução de programas de aprendizagem, treinamento e aperfeiçoamento técnico para negros, a fim de aumentar o número de candidatos negros qualificados em escalões superiores profissionais; III – execução de programas de aprendizagem, treinamento e aperfeiçoamento técnico, qualificado empregados negros para a promoção funcional; IV – reajuste de salários, no sentido de igualar a remuneração entre negros e brancos para trabalho equivalente; V – concessão de bolsas de estudo a estudantes negros a fim de aumentar sua qualificação profissional; VI – assinatura de carteira profissional de empregados negros, nas mesmas condições e proporções vigorantes no caso de empregados brancos”.

¹⁷⁹⁵ Abdias do Nascimento foi pioneiro em sua atuação parlamentar e intelectual na luta antirracista, sendo que inúmeras contribuições suas são vislumbradas, atualmente, em diversas leis, a exemplo da Lei nº 10.639, de 2003, que incluiu o ensino da História e Cultura Afro-Brasileira nos estabelecimentos de ensino.

Emergindo da reivindicação do movimento negro, no fim dos anos 90, houve repercussão do debate sobre ações afirmativas no Congresso Nacional. As reivindicações de políticas públicas para a promoção da igualdade da população negra marcaram as pautas do movimento negro de 1990, diferentemente das da década anterior que se centravam em questões identitárias e culturais.

Assim, começaram a ser elaborados projetos que vislumbravam atuação do poder público na promoção da igualdade racial. São observados dois principais grupos paralelos de propostas: um, com o objetivo de aumentar o acesso de pessoas negras nas searas da educação, trabalho, meios de comunicação e sistema partidário-eleitoral; e outro, voltado mais especificamente para a implementação de cotas para estudantes negros no ensino superior¹⁷⁹⁶.

Do primeiro conjunto de grupo de projetos, destaca-se o Projeto de Lei nº 3.198, de julho de 2000, que pretendia instituir o Estatuto da Igualdade Racial, por iniciativa do então deputado Paulo Paim, responsável por resgatar diversas preocupações apresentadas anos antes por Abdias do Nascimento. Com o objetivo de defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, a proposta originária trazia 36 artigos relacionados à saúde, educação, esporte, cultura e lazer, dentre outros direitos fundamentais. Destacavam-se as seguintes proposições: direito de indenização aos descendentes afro-brasileiros, prevendo pagamento de 102 mil reais a cada descendente de africanos escravizados, com finalidade reparatória; a emissão, por parte do Estado do título de propriedade definitivo das comunidades quilombolas; proibição da exigência de fotografia juntamente com o currículo nas candidaturas para contratação; a criação de conselhos no âmbito federal, estadual e municipal para tratar da igualdade racial; garantia do direito à saúde, por meio de políticas públicas específicas para doenças prevalentes na população negra; ensino obrigatório da história da África e das contribuições dos africanos e seus descendentes no Brasil; garantia de acesso das vítimas de discriminação racial à Defensoria Pública; estabelecimento de 20% de cotas em concursos públicos municipal, estadual e federal, além de cotas na universidade e nas empresas com mais de vinte trabalhadores; reserva, em cada partido ou coligação de, no mínimo, 30%, e, no máximo, 60% para candidaturas de afrodescendentes.

Devido à abrangência do projeto do Estatuto da Igualdade Racial, foi instituída uma Comissão Especial, no segundo semestre de 2001, tendo suas atividades desenvolvidas por meio de audiências públicas, debates e seminários. O PL nº 3.198, de 2000, foi apensado ao PL

¹⁷⁹⁶ Cfr. Luciana Jaccoud, *A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos*, p. 53.

nº 6.912, de 2002¹⁷⁹⁷, de autoria do senador José Sarney, ex-presidente da República e senador no período.

Em dezembro de 2002, o relator do PL, Reginaldo Germano, apresentou um substitutivo, objetivando articular políticas públicas de promoção da igualdade racial com o combate à discriminação, por meio da criação de um Fundo de Promoção da Igualdade Racial, como proposta alternativa à indenização individual dos descendentes de africanos escravizados. O projeto foi aprovado na referida Comissão, mas continuou na Câmara sem a aprovação do Plenário.

Em 2003, agora como senador, Paulo Paim apresentou um projeto de Estatuto da Igualdade Racial mais completo, o PL nº 213, de 2003¹⁷⁹⁸, com o mesmo texto do substitutivo, que incluiu seções que tratavam da mulher negra e ampliou dispositivos relacionados aos direitos dos quilombolas e suas terras, prevendo um Fundo de Promoção da Igualdade Racial. Devido às críticas recebidas quanto à criação do fundo para garantir a aprovação do PL, Paulo Paim retirou o caráter cogente do fundo que passou a ser apenas autorizativo, apresentando a matéria posteriormente como proposta de emenda constitucional¹⁷⁹⁹.

Depois de aprovado no Senado Federal e remetido para Câmara dos Deputados, o PL nº 213, de 2003, recebeu alterações significativas relacionadas ao sistema de cotas, que assumiu caráter mais genérico, permanecendo apenas a referência a programas de ação afirmativa para preenchimento de vagas nas instituições públicas federais, tanto de educação superior como de ensino técnico de nível médio. Nessa etapa também se eliminou a proposta de modificação da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelecia como critério de desempate entre licitantes, a implementação de política de promoção de igualdade racial em seus quadros.

Dentre as inúmeras alterações propostas, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, foi retirado o dispositivo que tratava da criação do Fundo de Promoção da Igualdade

¹⁷⁹⁷ O projeto do deputado Sarney instituiu ações afirmativas para os afrodescendentes, direcionando pelo menos 20% das vagas no ensino superior, tanto público quanto privado, e para os cargos no serviço público. O PL 6.912, de 2002, previa também a ampliação das candidaturas de negros, por parte dos partidos políticos, e nas licitações públicas adicionava como critério a atuação da empresa na inclusão funcional de trabalhadores negros¹⁷⁹⁷. Além disso, a política de cotas, prevista no PL nº 6.912, de 2002, foi acatada pela Comissão Especial e estendida na participação de artistas profissionais negros na mídia.

¹⁷⁹⁸ Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/58268>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁷⁹⁹ “O Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 2, de 2006, pretendeu alterar os arts. 159 e 239 da Constituição Federal e acrescentar o artigo 227-A a seu texto, para dispor sobre o fundo de promoção da igualdade racial. No último parecer da PEC, em 2013, a proposta foi considerada constitucional tendo sua admissibilidade aprovada; contudo, foi arquivada devido ao fim da legislatura”. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/76506>>. Acesso em 9 de maio de 2019. Em junho de 2016, foi proposta a emenda constitucional nº 33 novamente dispondo sobre o Fundo de Promoção da Igualdade Racial. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126291>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

Racial e substituído pela previsão orçamentária de ações específicas para promoção da igualdade racial. Tratava-se de um dos pontos de maior discordância, uma vez que, para alguns, o fundo era considerado inconstitucional ou desnecessário; para outros, imprescindível para a materialização das propostas do Estatuto.

Em meio a substitutivos, alterações substanciais no seu caráter impositivo e manifestações do movimento negro pela sua aprovação, o projeto foi, enfim, aprovado em junho de 2010, após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, tendo a Lei nº 12.288 sido sancionada pelo presidente da República, em julho do mesmo ano.

Diversas críticas foram apresentadas à versão final da Lei, em especial as excessivas concessões negociadas para que o Estatuto da Igualdade Racial lograsse aprovação, o que teria permitido a retirada de dispositivos relevantes para a efetiva redução das desigualdades raciais no Brasil, sem olvidar o esvaziamento do seu caráter normativo – com prevalência de meras diretrizes gerais – e alegada *desracialização*¹⁸⁰⁰ do projeto.

Nada obstante, não se pode negar que o Estatuto da Igualdade Racial constitui um dos marcos legislativos de fundamental importância para a proteção e promoção da igualdade racial no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei firma diretrizes voltadas para a inclusão social da população negra, envolvendo desde o acesso à saúde, educação, terra, moradia, cultura e lazer, até sua inserção no mercado de trabalho e nos meios de comunicação.

Durante a longa tramitação do projeto do Estatuto da Igualdade Racial, outras leis e políticas públicas lograram aprovação, a exemplo da Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que, conforme mandamento constitucional, agregou ao currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática *História e Cultura Afro-Brasileira*, incluindo ainda no calendário escolar o dia 20 de novembro¹⁸⁰¹ como *Dia Nacional da Consciência Negra*. O caráter multifacetário dos direitos fundamentais impõe que a eles sejam associadas também funções educativas que, em menor ou maior grau, promovam a difusão e assimilação do sentido dessas prerrogativas, além de estimular a sua eficácia social. Tal tarefa não deixa de situar-se numa dimensão de proteção dos direitos fundamentais e, por óbvio, de promoção da igualdade. A

¹⁸⁰⁰ Sidney Oliveira, *O Estatuto da Igualdade Racial*, critica alguns pontos fundamentais do Estatuto, que teria sido prejudicado na sua essência, devido a mudanças, como a substituição do termo *raça* por *etnia*. De acordo com o autor, o termo *etnia* não contempla a questão racial, indo mais no sentido de afirmar uma identidade nacional, que é compatível com a noção de democracia racial. Desse modo, a afirmação de igualdade étnica não enfrentaria a questão racial, mas *desracializaria* o debate e o texto final do projeto de lei. Exemplo dessa *desracialização*, para o autor, foi a substituição da expressão *desigualdades raciais* por *desigualdades sociais*. Essa amenização dos termos relacionados à raça, segundo Oliveira, teve como consequência a redução do impacto que o Estatuto poderia ter trazido.

¹⁸⁰¹ O dia 20 de novembro foi escolhido em alusão à data da morte de Zumbi dos Palmares, líder do Quilombo dos Palmares e um dos principais representantes da resistência negra à escravidão na época do Brasil Colonial.

referida Lei impõe uma revisão dos livros didáticos e da própria matriz curricular dos cursos de ensino médio e fundamental que, em grande parte, ainda reproduzem uma visão colonial da história brasileira, desconsiderando a contribuição dos diversos grupos étnico-raciais para a formação e o desenvolvimento do País. Nessa mesma linha, em 10 de março de 2008, foi aprovada a Lei nº 11.645, que alterou a Lei nº 10.639, de 2003, para incluir a obrigatoriedade no currículo oficial da rede de ensino a temática *História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena*.

Mas as medidas positivas de maior efetividade prática – que geraram mais controvérsias em meio à doutrina, à jurisprudência e à opinião pública – foram as ações afirmativas raciais – em especial, o sistema de cotas – nas universidades brasileiras. As ações afirmativas não constituem instrumento de inclusão social inovador em meio às ciências jurídicas e sociais brasileiras¹⁸⁰². No entanto, apenas recentemente passou-se a discutir a sua implementação em favor de grupos raciais.

A Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, África do Sul, em 2001, deu início a uma concepção mais consistente da ação afirmativa como instrumento de redução das desigualdades raciais no Brasil¹⁸⁰³. Pela primeira vez o Governo Brasileiro admitiu, internacionalmente, a existência de desigualdades raciais, comprometendo-se com o seu enfrentamento.

Ainda em 2001, iniciaram-se programas de ações afirmativas nos Ministérios do Desenvolvimento Agrário, da Cultura e da Justiça¹⁸⁰⁴, sendo também dignos de nota – apesar da baixa eficácia alcançada – os programas e ações governamentais aprovados no período¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰² Tome-se como exemplo o Decreto nº 20.291, de 19 de agosto de 1931, que – responsável por regulamentar o artigo 3º do Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930 (conhecido como *Lei da Nacionalização do Trabalho* ou *Lei dos 2/3*) – reservou 2/3 das vagas das empresas multinacionais recém instaladas no Brasil para trabalhadores brasileiros. Em 1968, foi aprovada, no Brasil, a Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968 – mais conhecida como Lei do Boi – que reservava vagas nos cursos de Veterinária e Agronomia para candidatos agricultores ou filhos destes. Recorde-se, ainda, da reserva de 20% das vagas em concursos públicos federais para deficientes físicos, estabelecida pela Lei nº 8.112, de 1990 (artigo 5º, § 3º), e das cotas eleitorais de 30% para candidatura de mulheres nos partidos políticos (Lei nº 9.504, de 1997).

¹⁸⁰³ Daniel Sarmiento, *Direito constitucional e igualdade étnico-racial*, p. 77.

¹⁸⁰⁴ Citem-se alguns: a) a Portaria nº 1.156, de 2001, do Ministério de Estado da Justiça, que institui o Programa de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça, voltado para afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência. O referido programa estabelece metas de participação de determinados grupos vulnerabilizados nos cargos de direção e assessoramento superior; b) Concorrência nº 03, de 2001, do Supremo Tribunal Federal, que, por meio de edital de contratação de prestação de serviços, institui o limite mínimo de 20% de negros e negras no recrutamento e seleção de profissionais pela empresa contratada; c) Chamada nº 01, de 2002, de iniciativa do Instituto Rio Branco e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), que institui o Programa de Ação Afirmativa – Bolsas-Prêmio e Vocação para a Diplomacia do Instituto Rio Branco, incentivando e apoiando o ingresso de afrodescendentes na carreira diplomática.

¹⁸⁰⁵ Citem-se: a) o Decreto-Lei nº 1.904, de 13 de maio de 1996, que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), estabelecendo diretrizes para a adoção de políticas de ações afirmativas; b) o Programa Nacional de Direitos Humanos II – criado pelo Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002, que revogou o Decreto instituidor do PNDH I – que estabelece normas para a promoção da igualdade, estimulando a promoção e o apoio a políticas de ações afirmativas. Na mesma data de instituição do PNDH II, o Decreto nº 4.228 lançou o Programa

Nesse mesmo período, começam a surgir os primeiros editais com programas de ações afirmativas raciais nas universidades públicas brasileiras, alguns subsidiados por leis estaduais, outros pautados unicamente no princípio da autonomia universitária. Nesse contexto, a Universidade do Estado da Bahia (UNEB) foi pioneira na adoção de ações afirmativas raciais, por meio da Resolução nº 196, de 2002, que estabeleceu cota mínima de 40% das vagas para a população afrodescendente nos seus cursos de graduação e pós-graduação. A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) adotou o sistema de cotas a partir de 2003, fundada em leis estaduais¹⁸⁰⁶ que estabeleciam reserva de vagas para candidatos oriundos da rede pública de ensino e/ou autodeclarados pretos ou pardos. A Universidade de Brasília foi a primeira universidade federal a implementar, em 2004, o sistema de cotas, reservando 20% de suas vagas para estudantes negros. Desde então, diversas universidades estaduais e federais – não sem questionamentos na justiça – vêm adotando políticas de ação afirmativa, optando por diferentes formatos, alguns exclusivamente sociais ou raciais, outros agregando as duas formas (cotas sociorraciais).

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF nº 186-2, decidindo, por unanimidade, pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras. A decisão da Corte abriu espaço para a consolidação das medidas afirmativas raciais na legislação federal, que, desde aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, em 2010, mantinha cautela ou resistência em relação à temática.

Nacional de Ações Afirmativas, que estabelece metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência em licitações e contratações de serviços, realizadas por órgãos da Administração Pública Federal. Posteriormente, o Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003, instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), tendo como objetivo principal a redução das desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra. No Decreto, atribui-se à Secretaria da Promoção de Políticas Públicas da Igualdade Racial (SEPPIR) a responsabilidade pela coordenação das ações e pela articulação institucional.

¹⁸⁰⁶ No Rio de Janeiro, a implementação das ações afirmativas raciais nas universidades do Estado teve por base a legislação estadual. Foram as Leis nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000; nº 3.708, de 9 de novembro de 2001; nº 4.061, de 2 de janeiro de 2003; e, enfim, a Lei nº 4.151, de 4 de setembro de 2003, que revogou as três anteriores, ao estabelecer nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro. Na vigência das legislações revogadas, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que tramitou no Supremo Tribunal Federal sob o nº 2.858/8, tendo como relator o ministro Carlos Velloso. A ação, no entanto, foi julgada prejudicada em seu objeto, em virtude da revogação das leis. Na petição inicial, a Confenem alegava, entre outros argumentos, a violação dos princípios da igualdade e do mérito, afirmando a impossibilidade da adoção de ações afirmativas não previstas expressamente na Constituição Federal. Posteriormente, foi proposta, também pela Confenem, a ADI 3197-RJ, visando à impugnação da validade jurídico-constitucional da Lei estadual nº 4.151, de 2003. A ação também foi extinta por perda superveniente do objeto, em razão da edição da Lei nº 5.346, de 2008, que revogou o dispositivo legal impugnado. Na ocasião, já se encontravam em curso no STF ações que tinham por objeto a discussão da constitucionalidade de programas de cotas raciais como instrumento concretizador de políticas públicas de ação afirmativa, em especial a ADPF nº 186-2, que será analisada na parte III do presente trabalho.

A Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, introduziu nas instituições federais de ensino superior e técnico, mantidas pelo Ministério da Educação, reserva de, no mínimo, 50% das vagas para alunos que tenham cursado o ensino médio/fundamental integralmente em escolas públicas. Essas vagas reservadas deverão ser “preenchidas, por turno e curso, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).” A Lei – regulamentada pelo Decreto nº 7.824, de 2012 – fixa o prazo de dez anos para revisão do programa (artigo 7º), bem como determina que as instituições implementem 25% da reserva de vagas prevista a cada ano, conferindo prazo máximo de quatro anos para o cumprimento integral do sistema instituído (artigo 8º).

Em 9 de junho de 2014, a Lei nº 12.990 reservou aos “negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, incluindo autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.”

Em 06/06/2013, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ratificando sua assinatura em 12/05/2021 e depositando o instrumento de ratificação em 28/05/2021. Assim, nos termos do artigo 20, nº 2, da CIRDR, as disposições da Convenção entraram em vigor, no Brasil, no trigésimo dia a partir do depósito, ou seja, 27/06/2021.

Recorde-se que a retomada da tramitação para promulgação da Convenção só se deu em dezembro de 2020, após provocação da Comissão de Juristas Negros e Negras da Câmara dos Deputados¹⁸⁰⁷, da qual a autora inclusive fez parte. Com efeito, em 09/12/2020, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 861/17 foi aprovado na Câmara dos Deputados, em primeiro turno, por 414 votos a 39 e, em segundo turno, por 417 votos a 42. Em 10/02/2021, o Senado Federal aprovou, por unanimidade, em dois turnos, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 562/2020, sendo que, no primeiro turno, votaram a favor do texto 71 senadores e no segundo turno, 66. O Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 1 em 18/02/2021 e sua promulgação, através do Decreto nº 10.932, foi em 10/01/2022. Por ter sido votado em dois turnos, com aprovação de pelo menos 3/5 dos integrantes da Câmara (308) e do Senado (49), a

¹⁸⁰⁷ A Comissão foi criada como reação ao já mencionado assassinato de João Alberto Silveira Freitas, no dia 19 de novembro de 2020, em uma unidade do Supermercado *Carrefour*, espancado até a morte por dois seguranças.

Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância adquiriu status de emenda constitucional, conforme as determinações da Constituição Federal, em seu art. 5º, § 3º.¹⁸⁰⁸

3. Desigualdade racial no Brasil: o contexto que legitima o texto

Enquanto outros países com passado de escravismo colonial – a exemplo dos Estados Unidos e da África do Sul – adentraram o século XX empregando instrumentos jurídico-legislativos explicitamente impositores de ideologias racistas, a ordem jurídica brasileira representava um *simulacro de democracia racial*¹⁸⁰⁹. Isso porque, na prática, a *igualização jurídica das raças* resultou na negação da existência de discriminação racial e na perpetuação do racismo institucionalizado e estrutural, que produz efeitos ainda nos dias atuais.

Nesse contexto, os poderes públicos, no Brasil, tardaram a reconhecer as desigualdades provocadas pelo racismo e, conseqüentemente, a necessidade de intervenção estatal para a necessária promoção da igualdade racial. Tal reconhecimento tardio protelou a adoção de ações afirmativas raciais que, iniciadas num passado recente, começam, gradativamente e não sem resistência, a possibilitar alterações na hierarquização racial ainda dominante na sociedade brasileira.

Com efeito, na atual conjuntura das relações raciais no Brasil, dados estatísticos revelam que a distribuição dos direitos e bens – notadamente nas esferas da educação, do emprego e da saúde – ainda é racialmente condicionada, confirmando o que já se afirmou a respeito da persistência da colonialidade.

De acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em 2010, a população brasileira apresentou uma contagem de aproximadamente 191 milhões de pessoas, das quais 50,7% eram negras (pretas e pardas), segundo o critério de classificação racial do IBGE¹⁸¹⁰. A última Pesquisa Nacional por Amostra

¹⁸⁰⁸ Apenas outros dois instrumentos jurídicos internacionais possuem esse status no Brasil: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas a pessoas cegas, com deficiência visual (2013).

¹⁸⁰⁹ A ideia da democracia racial, que dominou o pensamento brasileiro durante a maior parte do século XX, teve o seu marco mais importante a partir da obra *Casa Grande e Senzala* de Gilberto Freyre. Publicada pela primeira vez no início da década de 30, defendeu-se na obra a tese de que as relações raciais existentes no Brasil seriam menos opressivas do que as que caracterizavam outros países em que também houve escravidão, por várias razões históricas e culturais, dentre as quais o grau elevado de miscigenação, que teria levado à inexistência de uma separação rígida entre as raças.

¹⁸¹⁰ Disponível em «<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

de Domicílios (PNAD)¹⁸¹¹, publicada em 2015, revelou um aumento da população residente, registrado em 2014, para 204,9 milhões de indivíduos, dos quais 54%, negros (45,2% pardos e 8,9% pretos), contra 53,6%,.

Apesar de representarem a maioria numérica da população, no Brasil, as pessoas negras enfrentam os piores índices de analfabetismo, de escolaridade, de remuneração salarial, de acesso à educação básica e superior, dentre outros elementos que compõem o núcleo essencial de direitos fundamentais de caráter social.

No que se refere ao analfabetismo – cuja taxa para o total da população era de 9,6% –, o censo 2010 indicou a existência de significativas diferenças entre as categorias raça/cor, notadamente entre negros e brancos. Enquanto o percentual entre brancos era de 5,9%, entre os pretos, o total atingia 14,4%, e entre os pardos, 13%; o que indica que o analfabetismo atinge os negros em proporção, pelo menos, duas vezes maior do que os brancos.

A Síntese de Indicadores Sociais do IBGE¹⁸¹² – referente à proporção dos estudantes entre 18 e 24 anos de idade que frequentavam o ensino superior, no período de 2004 a 2014 – revela a diferença de acesso a tal nível de escolaridade, conforme a raça/cor. Em 2004, o percentual de negros dessa faixa etária que estavam numa faculdade era de 16,7%, tendo saltado para 45,5%, em 2014. Já em relação aos estudantes brancos, em 2004, 47,2% destes frequentavam faculdades, percentual que aumentou para 71,4%, em 2014. Recorde-se que tais dados são reflexo das ações afirmativas raciais no acesso ao ensino superior e contrastam de modo impressionante com as informações trazidas pelo censo demográfico de 2000 – anterior à implementação de tais políticas. Com efeito, o censo de 2000 revelou que, no Brasil, a universidade era quase que exclusividade dos brancos, os quais representavam – dentre a população com mais de 25 anos e com nível superior – 82,8% dos indivíduos, enquanto que os pardos eram apenas 12,2%, os pretos 2,1%, os amarelos 2,3% e os indígenas, 0,1%.

No mundo do trabalho, a desigualdade racial, aliada à de gênero, também ficou evidente, a partir dos indicadores do censo de 2010. Segundo a pesquisa, a taxa de desemprego era de 4,4% para homens brancos, e de 6,4% para homens negros; de 7,9% para mulheres brancas e de 12,2% para mulheres negras. Os negros eram maioria absoluta entre: a)

¹⁸¹¹ Segundo conceito apresentado pelo próprio IBGE, “a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) investiga anualmente, de forma permanente, características gerais da população, de educação, trabalho, rendimento e habitação e outras, com periodicidade variável, de acordo com as necessidades de informação para o País, como as características sobre migração, fecundidade, nupcialidade, saúde, segurança alimentar, entre outros temas”. A última PNAD foi realizada em 2015. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸¹² Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=10738&t=downloads>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

trabalhadores sem carteira assinada (com percentual de 56,8%, para 41,7% de brancos); b) não remunerados (representando 60,1%, para 37,2% de brancos); e c) trabalhadores domésticos (num total de 60,4%, para 38,4% de brancos). Doutro lado, os brancos representavam a maioria absoluta entre os empregadores, com um percentual de 76%, para 21,6% de negros.

A desigualdade racial também se verificou no plano remuneratório, ao se indicar que o salário médio de um homem negro no Brasil correspondia a aproximadamente 52% do salário médio do homem branco, e o da mulher negra a 38,5% disso. Essa disparidade não pode ser tributada apenas às diferenças de grau de instrução, já que também confirmada no mesmo nível de escolaridade. Nesse contexto, o salário de um homem negro sem instrução, ou com o ensino fundamental incompleto, correspondia a cerca de 70% do que era pago a um homem branco nas mesmas condições de escolaridade, sendo que o da mulher negra equivalia a apenas 44% do salário deste. Analisando-se outro patamar de instrução, a remuneração de um homem negro com o nível superior completo equivalia a 70,2% da remuneração paga a um homem branco, nas mesmas condições, e o da mulher negra, somente a 40,6% do valor pago a este.

Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego – também realizada pelo IBGE –, em 2013, os negros eram 47% da população em idade ativa, no conjunto das seis regiões metropolitanas estudadas (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre). Entretanto, os pretos e pardos seguiam predominando entre as pessoas desocupadas, sendo notável a relevância do recorte raça/cor nesse quesito¹⁸¹³.

A mesma pesquisa revelou a persistência das diferenças salariais entre negros e brancos, demonstrando que, embora tenha havido redução da desigualdade salarial, os negros continuam percebendo salário médio inferior – equivalente a 57,4% do rendimento dos brancos –, ou seja, pouco mais da metade. Em termos numéricos, registrou-se uma média salarial de R\$ 1.374,79 (mil trezentos e setenta e quatro reais e setenta e nove centavos) para os trabalhadores negros, enquanto a média dos trabalhadores brancos foi de R\$ 2.396,74 (dois mil trezentos e noventa e seis reais e setenta e quatro centavos). Embora essa desigualdade tenha diminuído no período dos dez anos da pesquisa, ela continua significativamente alta. Segundo dados retrospectivos do IBGE, desde 2003, os salários pagos a indivíduos de cor preta ou parda

¹⁸¹³ De acordo com a publicação *Indicadores IGBE – Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa*, p. 184, “a distribuição da população desocupada, segundo o sexo e a cor ou raça mostrou uma predominância dos homens pretos ou pardos (55,2%) em relação aos homens brancos (43,9%), assim como das mulheres pretas ou pardas (56,0%) em relação às mulheres brancas (43,3%). Situação inversa à distribuição da população em idade ativa, segundo o sexo e a cor ou raça, (...), na qual a população branca, seja masculina ou feminina, era maioria”. Disponível em «http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2013.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

aumentaram, em média, 51,4%, enquanto o dos brancos aumentou uma média de 27,8%. Essa diferença observada no período fez com que a desigualdade de rendimentos médios recebidos por trabalhadores pretos e pardos em comparação com os mesmos rendimentos recebidos por trabalhadores brancos diminuísse apenas três pontos percentuais, saindo de 48,4%, em 2003, para 51,4%, em 2013.

Incluindo-se o recorte de gênero, tem-se que, em 2013, os homens negros recebiam em média o correspondente a 56,5% da remuneração dos homens brancos, percentual que, em 2003, era de 47,4%. Entre as mulheres, em 2013, a remuneração das pretas ou pardas equivalia, em média, a 57,8% da remuneração das mulheres brancas, percentual que era de 49,7%, em 2003. Tais dados revelam que a pirâmide *sócio-racial-de gênero* mantém em sua base as mulheres negras, seguidas dos homens negros, tendo as mulheres brancas e, por fim, os homens brancos, ocupando as posições de maior vantagem.

Ainda na esfera laboral, na PNAD 2015, os negros representavam, em 2014, 60,4% do total de pessoas desocupadas no País, sendo que parcela significativa da população preta ou parda ocupava postos de trabalho informais (48,4%).

A mesma publicação revelou que a desigualdade de rendimentos continua atingindo, historicamente, de forma mais intensa, a população negra brasileira. Em 2014, os negros representavam 76% das pessoas entre os 10% com menores rendimentos. Em contrapartida, eram apenas 17,4% no universo de 1% das pessoas com maiores rendimentos. Embora tenha havido um crescimento da proporção de negros no topo da distribuição – uma vez que totalizavam 12,4% das pessoas com maior rendimento, em 2004 – verificou-se que persistia diferença abissal em relação à quantidade dos que se declaravam brancos, que totalizavam quase 80% no 1% de indivíduos com maiores rendimentos, em 2014. Ressalte-se o contraste entre a ínfima participação da população de cor preta ou parda no estrato de maiores rendimentos e a sua majoritária participação na composição da população geral.

Os dados referentes à expectativa de vida da população brasileira refletem realidade semelhante. Com efeito, o Censo 2000 estimou a expectativa de vida dos brasileiros em 70,4 anos. Os amarelos foram o grupo racial que apresentou maior esperança de vida, com 75 anos. O grupo branco, por sua vez, apresentou uma expectativa de vida de 73,99 anos. Já o grupo racial negro apresentou um média de vida de apenas 67,87 anos. Em todas as regiões do País, a esperança de vida da população negra foi inferior à expectativa de vida das pessoas brancas, sendo a região Sudeste a que apresentou tal dicotomia de forma mais gritante.

Em setembro de 2014, a ONU publicou seu informe sobre a situação da discriminação racial no Brasil¹⁸¹⁴, resultado de visitas oficiais realizadas pelos peritos do *Group of Experts on People of African Descent*, entre 3 e 13 de dezembro de 2013. Segundo o documento, o racismo brasileiro é institucional, estrutural e interpessoal, e permeia todos os setores da vida em sociedade. Para o Grupo, os negros no País são proporcionalmente mais vitimados por homicídios, possuem menor escolaridade, salários inferiores, maiores taxas de desemprego, menor participação no Produto Interno Bruto, além de estarem sub-representados nos órgãos públicos, nos meios de comunicação e no setor privado. De acordo com o relatório, essa conjuntura tem origem na discriminação estrutural, fundada em mecanismos históricos de exclusão e estereótipos negativos, reforçados pela pobreza e marginalização política, econômica, social e cultural.

Em 2017, foi publicada a pesquisa *Desenvolvimento Humano para além das médias*, produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com a Fundação João Pinheiro e o IPEA. O estudo revelou que o nível da qualidade de vida da população negra contava com, pelo menos, uma década de atraso em relação ao dos brancos. Segundo o levantamento, entre 2000 e 2010, o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) da população negra cresceu, em média, 2,5% ao ano –acumulando alta de 28% no período –, em comparação com os 15% acumulados, na mesma década, pelos brancos. Apesar do ritmo mais acelerado de crescimento, apenas em 2010 o IDHM dos negros foi capaz de alcançar o número de 0,679, pontuação já alcançada pela população branca há dez anos (0,675)¹⁸¹⁵.

Criado a partir da parceria entre o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o Atlas da Violência – que tem por escopo delinear o contexto e os elementos multifatoriais que se relacionam com a violência na sociedade brasileira – evidencia que o fator racial é preponderante também nessa seara. As análises que compõem o Atlas da Violência 2016¹⁸¹⁶ se baseiam principalmente nos dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, e no 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública do FBSP. Quanto ao recorte temporal, o estudo abrange o

¹⁸¹⁴ Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14159&LangID=E>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸¹⁵ Disponível em <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/desenvolvimento-alem-das-medias.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸¹⁶ Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

período de 2004 a 2014, sendo que seus resultados têm reforçado os argumentos do movimento negro sobre o *genocídio da juventude negra*, em curso no Brasil¹⁸¹⁷.

Segundo o SIM, em 2014, houve 59.627 homicídios no Brasil, o que equivale a uma taxa de 29,1 homicídios por 100 mil habitantes, maior número já registrado no País e que representa 10% do total de homicídios registrados no mundo. O cenário revelado pelo Atlas traz sérias implicações na saúde, na dinâmica demográfica e no processo de desenvolvimento econômico e social¹⁸¹⁸, notadamente quando se constata que 46,4% dos óbitos de homens na faixa etária entre 15 e 29 anos são provocados por homicídios, percentual que chega a 53% quando se considera a faixa de idade entre 15 e 19 anos. Em número de mortes por homicídio, chegou-se, em 2014, ao total de 61,0 registros para cada 100 mil habitantes, mas quando se considera a faixa etária entre 15 e 29 anos esse número aumenta para 113,2 registros por 100 mil habitantes. Nessa faixa etária, os homens representam 93,8% das vítimas de homicídios.

Voltando-se a atenção também para os fatores raciais, a pesquisa demonstrou que, no Brasil, um indivíduo negro possui probabilidade significativamente maior de ser vítima de homicídio, sendo mais acentuada tal probabilidade na faixa etária entre os 15 e os 29 anos. Revelou-se, ainda, que aos 21 anos de idade localiza-se o pico das chances de uma pessoa sofrer homicídio no Brasil, e que, nessa faixa etária, os pretos e pardos possuem 147% a mais de chances de serem vitimados por homicídios, em relação a indivíduos brancos, amarelos e indígenas. No período de dez anos analisado (2004-2014), houve gradativo crescimento da taxa de homicídios de *afrodescendentes*, correspondente a 18,2%; todavia, houve redução da vitimização de indivíduos não negros, num percentual de 14,6%. Considerando proporcionalmente as subpopulações segundo a raça/cor, o estudo concluiu que, em 2014, para cada não negro vítima de homicídio, 2,4 negros foram vitimados.

A pesquisa intitulada *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais* identificou, por meio de observação direta e indireta, a existência de *filtragem racial* na seleção dos suspeitos abordados pelas polícias militares estaduais, sendo a cor da pele uma das características preponderantes apontadas nesse processo¹⁸¹⁹.

¹⁸¹⁷ Abordando o tema genocídio no âmbito do sistema penal brasileiro, Ana Luiza Pinheiro Flauzina, *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. A tese trazida pela autora traz importante reflexão, com base no entendimento de que o que ocorre no Brasil – e, guardadas as devidas proporções, em países como Estados Unidos – é um processo fortemente orientado por elementos genocidas.

¹⁸¹⁸ Sobre os custos socioeconômicos relacionados aos altos índices de mortes violentas dos jovens brasileiros, ver Daniel Cerqueira e Rodrigo Leandro de Moura, *Custo da Juventude Perdida no Brasil*.

¹⁸¹⁹ Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume5/filtragem_racial_selecao_policial_suspeitos.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

Nessa senda, também há pesquisas – segundo as quais o percentual de negros vitimados nas intervenções policiais é significativamente maior do que o de não negros¹⁸²⁰ – que indicam a raça como fator de influência no uso da força letal em abordagens policiais¹⁸²¹. De fato, os dados referentes às mortes decorrentes de intervenção policial confirmam que o uso da força letal é mais frequente entre a população negra. Do total de 1.275 vítimas fatais de intervenção policial, entre 2010 e 2013, na cidade do Rio de Janeiro, 99,5% eram homens, 79% eram negros e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade.

Em face do histórico de denúncias apontadas, parcela significativa do movimento negro¹⁸²² e com fundamento nos dados incisivos apresentados por instrumentos como o Atlas da Violência do IPEA, foi criada, em março de 2015, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) “Homicídios de Jovens Negros e Pobres”, com o objetivo de apurar as causas, razões, consequências, custos sociais e econômicos da violência, morte e desaparecimento de jovens negros e pobres no Brasil¹⁸²³.

A CPI chamou à atenção para os obstáculos à plenitude da liberdade de locomoção da população negra em determinados espaços, ditados sobretudo pela cultura hegemônica dominante, pela doutrina de segurança pública e pelo controle social, racialmente determinados. A força policial – associada a práticas arbitrárias e à ausência de efetivos

¹⁸²⁰ Conforme pesquisa exposta no relatório *Você matou meu filho*, da Anistia Internacional, publicado no ano de 2015, sobre os homicídios cometidos pela Polícia Militar, especificamente na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸²¹ Para José Ignácio Cano, *Viés racial no uso da força letal pela polícia no Brasil. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 20, “os resultados desta pesquisa são consistentes no sentido de comprovar a hipótese do viés racial no uso da força letal pela polícia no Rio de Janeiro porque: (1) comparam o dano final (letal ou não) nas pessoas baleadas pela polícia em uma situação supostamente similar, o que tenderia a descartar a possibilidade de que pretos estejam mais representados entre as vítimas simplesmente porque seja mais provável que se engajem em conflitos violentos com a polícia; (2) A classificação das raças foi realizada a partir da mesma fonte: a própria polícia; (3) A conclusão é a mesma dentro e fora da favela, o que serve de controle para a distribuição racial em cada área e assim também elimina outra hipótese particularmente forte (i.e., pretos seriam mortos com mais frequência só porque moram mais nas favelas, onde as vítimas das ações policiais morrem mais)”.

¹⁸²² Cfr. Felipe da Silva Freitas, *Juventude negra: entre direitos e violências*, p. 5, “seja na demanda por políticas de prevenção à violência, através da reivindicação de ações para garantia de direitos e oportunidades para a juventude negra, visando o combate às desigualdades; seja pela dimensão do enfrentamento ao racismo institucional, especialmente no que se refere à luta por ações de controle da violência policial e de combate ao racismo no sistema de justiça, é perceptível a existência de um forte movimento pela adoção de políticas que enfrentem o problema do extermínio da juventude negra”.

¹⁸²³ O *Relatório Final CPI Homicídio de Jovens Negros e Pobres*, p. 10, evidencia os motivos que justificaram a criação da CPI, ao enfatizar: “o fenômeno de homicídios que vitimiza a juventude negra é um dos problemas atuais mais desafiadores para a agenda de Políticas Públicas no Brasil. Nesse sentido, esta CPI buscou investigar, apurar e propor legislação, a partir da análise dos índices de violência letal que colocam a sociedade, e mais especialmente a população negra em condições de vulnerabilidade. (...) Os homicídios são a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos, atingindo majoritariamente jovens negros do sexo masculino, baixa escolaridade, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos”. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-morte-e-desaparecimento-de-jovens>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

mecanismos de controle da atividade policial – foi um dos fatores apontados como preponderantes na vitimização de jovens negros brasileiros, que seriam reféns de um sistema de segurança pública *seletivo e truculento*^{1824 1825}. Nesse contexto, a ausência ou insuficiência das investigações de homicídios de jovens negros foi considerada elemento representativo de grave violação de direitos humanos e inobservância de tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Ao final dos trabalhos, a comissão legislativa produziu seu relatório final afirmando que a população negra brasileira era vítima de *genocídio simbólico*¹⁸²⁶, o que gerou críticas por parte de setores dos movimentos sociais por escamotear a responsabilidade do Estado pela seletividade racial da violência no Brasil, e do próprio sistema de segurança pública. As deliberações e propostas apresentadas pela CPI remetem principalmente à necessidade de medidas normativas que garantam o controle externo da atividade policial, em especial quando o uso da força policial resultar em morte ou lesão corporal.

Independentemente de se classificar, ou não, essa seletividade racial do sistema penal brasileiro como genocídio, os dados impõem uma reflexão sobre as formas de superação dos graves efeitos do racismo institucional sobre a vida da população negra no Brasil.

Dados referentes ao sistema de justiça evidenciam que também este demonstra em sua atuação reflexos da hierarquização racial institucionalmente estabelecida no País, a começar pela sua própria composição. É ilustrativo, nesse ponto, o resultado do censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, referente aos quadros do Poder Judiciário de todo o País, tanto do âmbito federal quanto da esfera estadual. De acordo com os dados apresentados, do total de magistrados ingressos na carreira entre 2012 e 2013, 80,9% eram brancos, enquanto apenas 19,1%, eram negros. Destes, 17,1% eram pardos e 2,0% eram pretos¹⁸²⁷. Em 2012, o Ministério Público do Trabalho – por meio de sua Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho –, publicou levantamento estatístico, a partir de três critérios (cor/raça, gênero e deficiência), com o objetivo de desvendar a composição do quadro de membros e servidores do MPT. Considerando que 7,22% dos integrantes deste Ministério não declararam sua cor/raça,

¹⁸²⁴ O *Relatório Final CPI Homicídio de Jovens Negros e Pobres*, p. 24-27.

¹⁸²⁵ Sobre esse aspecto, o Atlas da Violência 2016 registrou a subnotificação, bem como a efetiva omissão acerca da autoria dos homicídios, em especial no que se refere às mortes decorrentes de intervenção policial. Nesse contexto a letalidade policial é considerada, pelo estudo, como expressão da falta de democratização das instituições responsáveis pela segurança pública no Brasil.

¹⁸²⁶ Ver *Relatório Final CPI Homicídio de Jovens Negros e Pobres*, p. 32, 34 e 112.

¹⁸²⁷ Disponível em «<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

detectou-se que, dos membros e servidores ativos, 67,90% são brancos, enquanto 24,71% são negros. Dentro da categoria membros, a sub-representação da população negra é ainda mais evidente, sendo que, do número total de Procuradores do Trabalho, 77,35% se autodeclararam brancos, e somente 19,16%, negros. Dentre os Procuradores Regionais do Trabalho, 84,3% informaram ser brancos e 9,09%, negros. Já entre os Subprocuradores Gerais do Trabalho, 79,17% são brancos, contra 16,7% de negros¹⁸²⁸. O Ministério Público do Estado de São Paulo – Estado no qual ocorreu o arquivamento do inquérito policial que apurou a discriminação racial contra Simone Diniz, gerando o caso na CIDH –, por meio de seu Grupo de Trabalho de Igualdade Racial, divulgou, em 2015, o *Relatório de Levantamento Estatístico do Censo Racial de Membros e Servidores do MP-SP*¹⁸²⁹. Os dados dão conta de que, dos 1.606 membros (82% do total) que responderam ao censo racial, 93% se autodeclararam brancos, e apenas 4% informaram ser negros. O relatório recorda que os negros representam 35% da população de São Paulo.

De acordo com Sérgio Adorno, o sistema de justiça criminal repete o padrão de estigmatização de pessoas negras, realidade demonstrada a partir de dados estatísticos que revelam maior incidência de prisões em flagrante em processos criminais pelo crime de roubo qualificado de réus negros (58,1%) do que de réus brancos (46,0%), sendo que estes, por sua vez, respondiam em liberdade em maior proporção (27,0%), comparativamente aos réus negros (15,5%)¹⁸³⁰. Pesquisa divulgada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro indicou que, nas audiências de custódia realizadas naquele Estado, os presos em flagrante brancos têm 32% mais chance de serem soltos do que o flagrantado negro¹⁸³¹.

Em contrapartida, verificam-se diversas barreiras para o registro, investigação, processamento e julgamento dos crimes de racismo, fator que também demonstra a resistência do sistema de justiça em operacionalizar as normas jurídicas de combate ao racismo – em especial os mandamentos constitucionais – vigentes na ordem jurídica brasileira, contribuindo para a naturalização e impunidade das condutas racialmente discriminatórias. Não há dúvidas, nessa conjuntura, de que não bastam instrumentos normativos para o enfrentamento do racismo

¹⁸²⁸ Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GT_Igualdade_Racial/Outros/Censo%20-%20vers_o%20_ltima%20vers_o%20da%20assessoria_0.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸²⁹ Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GT_Igualdade_Racial/Producao_GT_Igualdade_Racial/RELAT%C3%93RIO%20DE%20LEVANTAMENTO%20CENSO%20RACIAL.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸³⁰ Cfr. Sérgio Adorno, *Racismo, criminalidade violenta e Justiça Penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa*, p. 284.

¹⁸³¹ Dados do 3º Relatório sobre o Perfil dos Réus Atendidos nas Audiências de Custódia. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2942-Audiencia-de-custodia-solta-32-mais-brancos-que-negros-e-pardos>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

e garantia do direito à não discriminação racial se os próprios operadores do direito também reproduzem, consciente ou inconscientemente, os padrões de hierarquização racial que imperam na sociedade brasileira. A propósito dessa questão, em decisão de mérito do caso Simone Diniz – que será analisado na próxima etapa da tese –, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destacou a inoperância do sistema de justiça no Brasil na punição dos crimes de cunho racial¹⁸³².

Apesar do progresso demonstrado a partir da evolução histórica do tratamento da questão racial pela ordem jurídica brasileira, a realidade fática demonstra que o sistema de justiça em sua própria estrutura e funcionamento é refratária à operacionalização das medidas jurídico-normativas antirracistas, configurando-se também como instância reprodutora do racismo institucional. Sob essa mesma perspectiva, constata-se que as normas são aplicadas de maneira racialmente condicionada, com sérios reflexos na igual dignidade e liberdade de todas as raças, sem olvidar o esvaziamento das conquistas antirracistas e de promoção da igualdade racial até aqui positivadas¹⁸³³.

É preciso reconhecer que o próprio Direito – e isso não é exclusividade brasileira –, estruturou-se a partir de matrizes epistemológicas e institucionais coloniais e foi historicamente articulado pelos grupos hegemônicos para manutenção do domínio sobre os grupos subalternizados. Enquanto o sistema de justiça se mantiver estruturalmente colonial, o direito seguirá servindo de instrumento de preservação do *status quo* e de visões parciais de igualdade e liberdade, conforme a raça. Daí porque essas estruturas precisam passar por um processo de reorientação democrática que envolva a efetiva participação da população negra – e, certamente, também a indígena – num diálogo jurídico-político capaz de fazer emergir a capacidade emancipatória do direito na esfera da igualdade racial.

¹⁸³² De acordo com trecho da decisão de mérito emitida no Relatório nº 66, de 2006 – Caso 12.001, de 21 de outubro de 2006, “de 300 Boletins de Ocorrência analisados, de 1951 a 1997, nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Porto Alegre, apenas 150 foram considerados como crime pelos delegados de polícia chegando ao estágio de inquérito policial. Desses, somente 40 foram encaminhados pelo Ministério Público para uma ação penal contra o discriminador, dos quais apenas nove – cinco em São Paulo e quatro no Rio Grande do Sul – chegaram a julgamento”. Disponível em «<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸³³ Cfr. Felipe da Silva Freitas, *Juventude negra: entre direitos e violências*, p. 6, “é preciso explicar o paradoxo de que justamente no período histórico em que conseguimos avançar mais significativamente na inclusão econômica das pessoas negras e na promoção dos seus direitos – por meio de políticas de ações afirmativas – é que se verificam os maiores índices de mortes deste segmento da população. É preciso reconhecer que, sem a garantia do direito à vida e à não discriminação, todos os esforços até aqui empreendidos podem perder seu sentido e sua efetividade”.

– CAPÍTULO VI –
A IGUALDADE RACIAL NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

“Em Portugal reflecte-se pouco sobre o papel dos portugueses enquanto colonizadores e, especificamente sobre a sua responsabilidade no desequilíbrio das relações raciais entre brancos e negros, bem como sobre a sua responsabilidade na criação e na persistência do racismo.”

Joana Gorjão Henriques

Analisada a evolução da questão racial no sistema jurídico brasileiro, prossegue-se, no último capítulo dessa segunda parte do trabalho, para estudar o tratamento da igualdade racial na ordem jurídica portuguesa.

Em metodologia semelhante à do capítulo anterior, primeiramente, abordar-se o tratamento jurídico dos escravizados nas Ordenações do Reino, para, em seguida, apresentar-se a questão racial nas constituições portuguesas, e o combate à discriminação racial pela legislação.

Embora não se trate aqui de um estudo de direito comparado, a abordagem da constitucionalização/juridicização da questão racial também no ordenamento jurídico português permitirá a compreensão de algumas especificidades histórico-políticas, quando em cotejo com a realidade brasileira.

Já se pode, no entanto, antecipar que, apesar de extensa legislação de combate à discriminação racial, apenas muito recentemente o racismo passou a ser objeto explícito de debates públicos, revelando talvez um despertar tardio de Portugal para a questão da persistência do racismo, muito embora tenham sido suas incursões nas Américas que instauraram e perpetuaram a questão racial no Brasil, e em suas colônias africanas e também – admita-se – em terras lusitanas.

O último tópico deste capítulo será dedicado a uma breve revisão da jurisprudência do Tribunal Constitucional português a respeito da *igualdade proporcional*, a fim de lançar reflexões sobre a aplicação dessa noção do princípio igualitário na promoção da igualdade racial.

1. O tratamento jurídico do escravizado nas Ordenações do Reino

Os três principais conjuntos de leis portuguesas, vigentes a partir do século XV até o fim da monarquia – as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas –, correspondiam a compilações legislativas que pretendiam normatizar os mais diversos aspectos das vidas dos súditos portugueses. As chamadas Ordenações do Reino refletiram momentos de relevantes transformações na sociedade portuguesa de outrora, com destaque para a expansão ultra marítima e o colonialismo, para o projeto civilizatório associado à religiosidade cristã e para a concentração de poderes na figura do monarca.

A análise das Ordenações do Reino – que também tiveram vigência no Brasil – permite uma compreensão global do tratamento jurídico dispensado às pessoas escravizadas àquela época¹⁸³⁴. A partir da análise das três Ordenações do Reino, verifica-se uma ruptura entre as formas de dominação/exploração dos mouros cativos e dos escravos africanos, aquela compreendida no campo do domínio religioso, esta compreendida no campo do comércio e do controle punitivo¹⁸³⁵.

Criadas no reinado de D. Afonso V, as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, foram a primeira grande compilação de leis portuguesas, tiveram o objetivo de sistematizar o direito vigente em Portugal do século XV. Eram estruturadas em cinco livros¹⁸³⁶, divididos em

¹⁸³⁴ Analisando as Ordenações Manuelinas e Filipinas, Mariana Armond Dias Paes, *O tratamento jurídico dos escravos nas Ordenações Manuelinas e Filipinas*, p. 526, identificou, ao todo, 71 dispositivos que tratam da escravidão, sendo 23 das *Ordenações Manuelinas* e 48 das *Ordenações Filipinas*. Do total, a grande maioria trata de matérias concernentes ao Direito Civil (20 dispositivos) e ao Direito Penal (29 dispositivos). Mas também foram identificadas normas que regulamentam questões de administração judiciária, direito eclesiástico, tráfico e comércio com as colônias, principalmente africanas. Outra característica interessante é que os escravos são mencionados em 64 dispositivos, enquanto os libertos em 10 e os africanos em 11.

¹⁸³⁵ Cfr. Silvia Hunold Lara, *Legislação sobre escravos africanos na América Portuguesa*, p. 36, que afirma que “Enquanto os principais textos legais referentes aos mouros cativos pertenciam ao livro II (sobre pessoas e bens eclesiásticos) das *Ordenações Afonsinas* e *Manuelinas*, aqueles sobre os escravos de origem africana encontram-se especialmente nos livros IV (sobre o direito civil substantivo, direito das pessoas e coisas sob o ponto de vista civil e comercial) e V (que trata do processo penal) das *Ordenações Filipinas*”.

¹⁸³⁶ O Livro I concentrava-se no que, atualmente, denomina-se direito administrativo, disciplinando o regimento dos cargos públicos e da administração da justiça. O Livro II, por sua vez, contempla a matéria relativa à Igreja, mas também dos direitos régios, do estatuto dos fidalgos, da jurisdição dos donatários e do estatuto dos judeus e mouros. O terceiro livro, da ordem judiciária, regulamentando os termos do processo, dos recursos, das seguranças reais e das cartas de segurança. Já o Livro IV ocupa-se da regulamentação do direito civil, com normas sobre

títulos, sistematização mantida, com pequenas alterações, nas ordenações subsequentes. Por não terem sido impressas, tiveram escassa divulgação e mais curta duração.

A revisão das Ordenações Afonsinas teve início no século VI, sob a influência do advento da imprensa em Portugal. As Ordenações Manuelinas foram impressas pela primeira vez em 1514, com publicação da versão revisada, em 1521. Importa ressaltar a extinção das normas relativas aos judeus, em virtude de sua expulsão do Reino de Portugal, em 1496¹⁸³⁷. As novas ordenações continham diversos dispositivos que tratavam da questão da escravidão, com menção expressa tanto aos escravos, quanto aos libertos. Ao disporem sobre a organização judiciária, previam a possibilidade de realização de atos em processos sobre a liberdade ou o cativo (Livro III, título XXVIII, § 8º).

Grande parte das restrições de direitos dos cativos estava prevista no Livro IV das Ordenações Manuelinas, que se concentrava nas normas de Direito Civil. Podem-se destacar, por exemplo, a proibição de que os cativos fizessem testamentos ou nestes fossem testemunhas (Livro IV, título LXXXI, §§4º e 6º); e de que escravos fossem tutores ou curadores (IV título CII, § 1º). O mesmo Livro, no título XXV, § 3º, estabelecia que aquele que possuísse escravo, ao qual fosse determinado o resgate de um cristão cativo em terras mouras, deveria entregá-lo, tendo direito a obter indenização.

No que se refere à disciplina do vício na compra e venda de escravos, as Ordenações Manuelinas estabeleciam o direito ao ressarcimento daquele que adquirisse escravo manco ou acometido de doença (Livro IV, título XVI), dispositivo que reforça, nesse aspecto, a natureza de *res* atribuída aos escravizados. A pena prevista para o escravo que furtasse quantia inferior a \$400 réis era o açoite e o corte das orelhas (Livro V, título XXXVII, § 2º).

Durante o período da União Ibérica, deu-se início ao processo de reforma das Ordenações Manuelinas, diante do grande número de leis que lhe foram posteriores. Concluídas em 1595, apenas em 1603 as Ordenações Filipinas entraram em vigor, sob o reinado de Felipe II (Felipe III da Espanha). Trata-se da compilação legislativa com maior vigência, tanto em

contratos, sucessões, tutelas e curatelas etc. O quinto e último livro dedicava-se a enumerar os crimes e as suas respectivas penas, disciplinando, ainda, dentro outros fatores, a investigação criminal, o emprego de tortura e a prisão de acusados. Cfr. Ignácio Maria Poveda Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, p. 19 e ss.

¹⁸³⁷ Cfr. Ignácio Maria Poveda Velasco, *Ordenações do Reino de Portugal*, p. 22. Durante o reinado de D. Manuel I (1495-1521), a partir da assinatura do Édito de Expulsão, ocorreu a expulsão em massa de judeus e mouros (não cristãos) de terras portuguesas. Os filhos dos judeus foram retirados de seus pais para, pela conversão a partir da submissão à educação cristã, tornarem-se os *novos cristãos*. Cleusa Teixeira de Sousa, *A ação para além da política social de D. Manuel I: o Decreto do Édito de Expulsão dos judeus de Portugal (1496)*, p. 99, explica que a intolerância régia aos judeus em Portugal ocorreu a partir do governo de D. Manuel I, sendo que, em períodos anteriores, mesmo diante das reclamações por parte da sociedade portuguesa, muitos reis optavam por infringir as determinações Eclesiásticas para não perderem as contribuições financeiras dos altos impostos pagos pelos judeus à coroa.

Portugal – onde vigoraram até 1867, quando do advento do Código Civil –, quanto no Brasil – onde foram revogadas apenas em 1916, com a aprovação do Código Civil brasileiro.

No que concerne ao estatuto jurídico do escravo, as Ordenações do Reino eram ambíguas, ora reconhecendo, em certa medida, personalidade jurídica, ao conferir-lhe ou restringir-lhe direitos; ora admitindo sua capacidade de livre arbítrio, ao puni-lo por seus atos; ora reduzindo-os a meros bens, garantindo o direito de propriedade dos senhores.

O Livro IV, título LV das Ordenações Manuelinas – correspondente ao Livro IV, título LXIII das Ordenações Filipinas – pode ser apontado como exemplo dessa ambiguidade da legislação, demonstrando a fluidez existente entre a condição de escravo e de liberto. Com efeito, nos casos de alforria, acrescia-se às causas gerais de ingratidão – em geral, estabelecidas entre donatário e doador – a *ingratidão do liberto* que, estando o patrono *em necessidade de fome*, não o auxiliasse, caso possuísse meios financeiros para tanto. Assim, a alforria não era suficiente para romper definitivamente os laços entre ex-senhor e liberto, ficando este sujeito à revogação de sua alforria por ingratidão e, portanto, o seu retorno à condição de propriedade. A possibilidade de revogação da alforria por ingratidão era direito exclusivo do ex-senhor, não sendo transmissível para seus herdeiros, após seu falecimento.

Nas Ordenações do Reino, mormente nas Manuelinas e nas Afonsinas, algumas proibições aplicadas aos libertos tinham restrições correspondentes no âmbito dos direitos dos menores. Com efeito, assim como os filhos eram proibidos de processar seus pais, do mesmo modo, os libertos não podiam processar seus ex-senhores, exceto com autorização do juiz – conforme disposto no Livro III, título VIII, §§ 1, 7 e 8 das Ordenações Manuelinas e Livro III, título XIX das Ordenações Filipinas. Equiparação semelhante se dava à situação do escravo ou filho castigados por mau comportamento. É que não se considerava cárcere privado o Também não era considerado cárcere privado o aprisionamento do escravo ou do menor em caso de castigos por mau comportamento, tudo nos termos do Livro V, título LXVIII, § 2 das Ordenações Manuelinas, correspondente ao Livro V, título XCV, § 4 das Ordenações Filipinas.

Em geral, os dispositivos que tratavam os escravos expressamente como bens figuravam no âmbito das relações comerciais e direito sucessório, a exemplo da compra e venda de cativos (Livro IV, título I, § 2 e Livro IV, título LXX das Ordenações Filipinas), dos vícios redibitórios dos escravos (o Livro IV, título XVII das Ordenações Filipinas), dos contratos de compensação (Livro IV, título LXXVIII, §§ 7 e 8 das Ordenações Filipinas) e da indivisibilidade de bens em inventário (Livro IV, título XCVI, § 5 das Ordenações Filipinas). Quanto aos vícios na compra e venda de escravos, as Ordenações Filipinas acrescentavam outras hipóteses, como o vício de ânimo e a cometimento, pelo escravo, de crime punível com

pena de morte, antes da celebração do contrato. Ao escravo condenado por furto de valor abaixo de \$400 réis passou a ser cominada exclusivamente a pena de açoites (Livro V, título LX, § 2º). O Livro IV das Ordenações Filipinas reserva título específico (XVII) para disciplinar as hipóteses e prazos em que os compradores de *escravos ou bestas* poderiam enjeitá-los por *doenças ou manqueiras*, confirmando condição de *res* à qual estes eram reduzidos pelo sistema jurídico vigente.

O Livro V das Ordenações Filipinas – que tratava das normas criminais – dedicava alguns de seus títulos aos escravos, quer na condição de autores de crimes, quer na condição de propriedade. O título XLI aplicava ao escravo – cristão ou não – que matasse seu senhor ou o filho deste a pena de decepção das mãos e, em seguida, a pena de morte na forca. O escravo que ferisse seu senhor era apenado com pena de morte, e aquele que empunhasse uma arma contra seu senhor, ainda que sem feri-lo, era submetido ao açoite público e decepção de uma mão. O título LXII aplicava a pena de furto àquele que encontrasse *escravo fugido* e não comunicasse ao seu senhor ou ao juiz da Comarca no prazo de quinze dias. Já o título LXIII previa as penas cabíveis para aqueles que ajudavam escravos cativos a fugirem ou encobriam suas fugas, *dosando* as sanções conforme o réu fosse cristão, mouro ou judeu. O título LXX, por sua vez, proibia os escravos de “viverem sobre si”, ainda que com consentimento de seus senhores. No caso de descumprimento dessa ordenação, os senhores ficavam sujeitos ao pagamento de multa, e os escravos à prisão e açoite no pelourinho.

É de se observar também que determinadas disposições normativas contidas nas Ordenações estabeleciam certos limites à propriedade senhorial sobre o escravizado. Tome-se como exemplo, o princípio da prevalência da liberdade sobre normas gerais de direito e a revogação da alforria por ingratidão como prerrogativa exclusiva do ex-senhor. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de responsabilização dos senhores por castigos excessivos empregados a seus escravos (Livro V, título XXXVI, § 1, das Ordenações Filipinas).

2. A questão racial nas Constituições portuguesas

Uma breve incursão na história constitucional portuguesa, com o recorte específico do paradigma racial, será o ponto de partida para a avaliação da relevância jurídica da raça e da efetividade da tutela jurídico-constitucional da igualdade racial na ordem jurídica do país.

É interessante notar como, na Europa, as constituições oitocentistas se esmeraram para a preservação das instituições escravagistas, a despeito de sua contraditória convivência com a proclamação do direito à liberdade e da igualdade perante a lei, enquanto princípios

fundamentais do constitucionalismo de então¹⁸³⁸. Desse modo, foram diversas as soluções encontradas, no plano constitucional, para a permanência da escravidão no século XIX, apesar dos ideais libertários solenemente consagrados pelas recentes revoluções iluministas¹⁸³⁹.

Em Portugal, a questão foi colocada no âmbito da primeira Assembleia Constituinte, entre 1821 e 1822, cujos membros decidiram não estabelecer, no texto constitucional, explícita distinção entre homens livres e não livres, por destoar das ideias liberais preponderantes no órgão¹⁸⁴⁰. Optou-se, então, por omitir o sistema escravagista da Constituição, estratégia comum às cartas constitucionais de então.

Sob o influxo da Revolução de 1820, a Constituição Política da Nação Portuguesa – mais antigo texto constitucional do país –, datado de 23 de setembro de 1822¹⁸⁴¹, pôs fim ao absolutismo e instituiu a monarquia constitucional em Portugal. No seu artigo 11º, a lei fundamental, sem menção expressa, nesse ponto, aos escravos, aboliu as penas cruéis ou infamantes, dentre elas os açoites e a marca de ferro quente. Mais adiante, no artigo 21º, IV, a Constituição reconhece a qualidade de cidadão aos “escravos que alcançarem carta de alforria”. Nada obstante, no que se refere à capacidade eleitoral passiva, há, no artigo 34º, VII, previsão de absoluta inelegibilidade dos “libertos nascidos em país estrangeiro” (artigo 34º, VII). Vê-se que, embora tenha chegado a utilizar o vocábulo *escravo*, o constituinte o fez apenas para se referir àquele cativo já em liberdade, o chamado liberto, termo que, nas constituições seguintes substituiu por completo o anterior¹⁸⁴².

¹⁸³⁸ Como afirma Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, “o facto de se ter declarado a liberdade como um direito nas Constituições não teve como resultado imediato a abolição das instituições escravagistas nem deu origem a reflexões doutrinárias sobre a ‘inconstitucionalidade’ dessas instituições”.

¹⁸³⁹ Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, p. 2 e ss., traça um amplo panorama das constituições oitocentistas, indicando diversos estratagemas estabelecidos nos textos constitucionais de então, dentre os quais: a não aplicação da Constituição às colônias (primeira Constituição francesa, de 1791); a previsão de leis especiais que deveriam reger as colônias (Constituições espanholas, a partir de 1837); o reconhecimento de poderes legislativos a assembleias coloniais, competentes para decidir sobre o estatuto de suas populações (caso da primeira Assembleia Constituinte francesa).

¹⁸⁴⁰ Nesse sentido, o artigo 21 do Projeto de Constituição, cujo texto original definia os portugueses como sendo todos “os homens livres nascidos e domiciliados no território português, e os filhos deles”, teve sua redação definitiva alterada para suprimir o termo *livres* e para incluir no rol dos cidadãos portugueses os “escravos que alcançassem carta de alforria”. Cfr. Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, p. 3-4.

¹⁸⁴¹ A Constituição portuguesa de 1822 permaneceu vigente por dois períodos: o primeiro de 23 de setembro de 1822 e o segundo, a partir do Decreto de 10 de setembro de 1836 – resultado da chamada Revolução de Setembro –, que reestabeleceu transitoriamente sua vigência, abolindo a Carta Constitucional de 1826, até a elaboração de nova constituição, advindo apenas em 4 de abril de 1838.

¹⁸⁴² Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, p. 4-5, salienta que a ideia de transição foi uma das soluções encontradas pelo constitucionalismo oitocentista para o problema escravagista. Dito de outro modo, se a tendência era a que os escravos fossem alforriados, transformando-se em libertos, a referência expressa àqueles contaminaria as constituições, que se pretendiam perenes, com uma distinção que seria transitória. Pontua-se, ainda, que até mesmo a palavra *liberto*

A Carta Constitucional de 1826¹⁸⁴³, em seu artigo 145º, § 18º, repete a proibição de açoites e marca de ferro quente dentre as penas cruéis abolidas. Excluiu os libertos do rol de cidadãos portugueses (artigo 7º), retirando-lhes também o direito de votar e serem votados, sem excepcionar – como fazia a Constituição anterior – a condição de nascimento em país estrangeiro. Os libertos passam, então, do status de cidadão português – reconhecido na Constituição de 1822 – para a categoria de pessoas excluídas dos direitos políticos.

Na sequência da história constitucional do país, a Constituição Política da Monarquia Portuguesa, de 24 de abril de 1838, além de repetir as disposições referentes a penas cruéis, reconhece a cidadania portuguesa aos libertos (artigo 6º, n. 7º), excluindo-os, nos moldes do texto carta constitucional anterior, do direito ao voto (artigo 73º, n. 3º) e determinando sua inelegibilidade (art. 74º). A mesma Constituição que introduziu eleições diretas no país, excluiu dos libertos todos os direitos políticos, criando a esdrúxula figura dos *cidadãos portugueses desprovidos de direitos políticos*.

Explica-se essa mudança na condição dos libertos, em termos, pela independência do Brasil, evento a partir do qual certas preocupações dos constituintes vincentistas – temerosos de que irrompessem insurreições semelhantes às ocorridas nas colônias francesas, nos fins do século anterior e, mais recentemente, na América espanhola pela recusa do reconhecimento de direitos aos originários da África – não seriam mais dignas de atenção¹⁸⁴⁴.

Silentes quanto à persistência da escravidão e sem qualquer referência explícita à existência de pessoas ainda sob o seu jugo, a Carta Constitucional, de 1826, e a Constituição de portuguesa, de 1838, lidas de modo dissociado do contexto histórico, podem gerar o equívoco de que não havia escravos em território português nos seus períodos de vigência.

Como forma de compatibilizar o estatuto do liberto com as inspirações liberais oitocentistas, passou-se a defender a condição de minoridade civil dos libertos, o que justificaria sua exclusão do exercício dos direitos políticos. A tese ganhou repercussão durante

sofreu resistência na Assembleia Constituinte de 1820-1821, sob o argumento de que a condição de liberto evocava a existência da escravidão.

¹⁸⁴³ A Carta Constitucional de 1826 – adotada como uma espécie de compromisso para mitigação da doutrina da soberania nacional em prol da preservação de direitos régios – contou com três períodos de vigência: de julho de 1826 a maio de 1828, quando da convocação, por D. Miguel, dos três Estados do Reino, que decretaram nula a Carta Constitucional, aclamando-o rei; de agosto de 1834, com a vitória do Partido Liberal na Guerra Civil, a setembro de 1836, que reestabelece a vigência da Constituição anterior; e de janeiro de 1842, com o golpe de Estado de Costa Cabral, até 1910, com a proclamação da República. Durante o seu último período de vigência a Carta Constitucional sofreu significativas revisões com os Atos Adicionais de 5 de julho de 1852, de 24 de julho de 1885, de 1895-1896, e de 23 de dezembro de 1907. No entanto, nenhum dos quatro atos adicionais trouxe mudanças no que diz respeito à questão racial.

¹⁸⁴⁴ Cfr. Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, p. 6-7, que elenca outros motivos de ordem histórica para a redução dos direitos dos ex-escravizados.

a discussão do Ato Adicional de 1852, ocasião em o influente jurista e acadêmico da Universidade de Coimbra Vicente Ferrer Neto Paiva defendeu a exclusão política dos libertos, sob o argumento de que estes eram assimiláveis aos menores de 25 anos¹⁸⁴⁵.

Como consequência da Revolução Republicana de outubro de 1910, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, eleita por sufrágio direto, a Constituição Política da República Portuguesa, de 19 de junho de 1911¹⁸⁴⁶. O novo texto constitucional deixa de mencionar expressamente a proibição da pena de açoite e marca de ferro quente, passando a estabelecer que “em nenhum caso poderá ser estabelecida a pena de morte, nem as penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada”. Quanto à cidadania portuguesa, para o efeito do exercício de direitos políticos, a Constituição, em seu artigo 74, delega à lei civil a definição do status de cidadão, bem como da perda e recuperação da qualidade de cidadão português, reservando-se a estabelecer limitações etárias e de nacionalidade para fins de elegibilidade.

O golpe militar de 1926 pôs fim à República Democrática Portuguesa, formando as bases para o regime autoritário do Estado Novo, consolidado com a Constituição de 11 de abril de 1933 que não traz em seus dispositivos questões relevantes pertinentes à problemática racial.

Resultado do processo revolucionário – que culminou na Revolução dos Cravos, em 25 de abril de 1974 e pôs fim ao regime autoritário salazarista –, a atual Constituição da República Portuguesa foi aprovada, por Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal, em 2 de abril de 1976. Trata-se da primeira e única Constituição portuguesa a se referir expressamente à raça, já que, ao dispor sobre o princípio da igualdade, no seu artigo 13º, estabelece que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de

¹⁸⁴⁵ Cristina Nogueira da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, p. 9, explicava que a “assimilação do liberto ao menor (...), além de resolver juridicamente o problema que se estava a discutir, tinha, agora, a vantagem de reforçar a natureza transitória da condição do liberto. Permitindo, com isso, um diálogo mais fácil entre o estatuto do liberto e os princípios liberais de que ninguém se queria afastar. Isto porque a figura do menor era a que melhor servia a ideia do estatuto transitório do cidadão passivo, conceito que comportava a ideia de uma suspensão temporária mas não definitiva dos direitos políticos”.

¹⁸⁴⁶ A Constituição portuguesa de 1911, suspensa, em 1915, durante a breve ditadura militar de Pimenta Castro, sofreu sua primeira revisão em 1916, por meio da Lei nº 635, de 28 de setembro, após o que sofreu alterações, ainda, por meio do Decreto nº 3.997, de 30 de março de 1918, a Lei nº 833, de 16 de dezembro de 1918, da Lei nº 854, de 20 de agosto de 1919, da Lei nº 891, de 22 de setembro de 1919, da Lei nº 1.005, de 7 de agosto de 1920 e, por fim, da Lei nº 1.154, de 27 de abril de 1921. Dentre as diversas alterações sofridas pelo texto constitucional de 1911, o Decreto nº 3.997, de 30 de março de 1918, trouxe modificações referentes aos direitos políticos, estabelecendo que “são elegíveis todos os cidadãos portugueses com capacidade para serem eleitores e que saibam ler e escrever”. Apesar de não haver qualquer menção expressa à questão racial, a condição de alfabetização para o exercício do direito de votar ou ser votado, nos países escravagistas, afeta de modo desproporcional a população negra que, historicamente, teve acesso mais tardio – e, em muitos casos, ainda nos dias de hoje, desigual – à educação.

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

A consagração do princípio da igualdade, na Constituição portuguesa de 1976, não se resume a uma perspectiva meramente formal, mas se preocupa expressamente com a igual dignidade de todos os cidadãos¹⁸⁴⁷, dedicando-se ainda à disciplina das práticas discriminatórias proibidas.

Com efeito, no seu art. 13º, n. 2, a CRP proíbe a concessão de privilégios ou benefícios, a imposição de prejuízo, a privação de qualquer direito ou isenção de qualquer dever em função de fatores relacionados à ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual¹⁸⁴⁸.

A previsão, entre as tarefas fundamentais do Estado, de *promoção do bem-estar, da qualidade de vida e da igualdade real*, bem como de *efetivação dos direitos econômicos, social, culturais e ambientais* – através da *transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais* – revela a abertura do sistema constitucional a medidas de discriminação positiva tendentes a promover os fins impostos aos entes estatais¹⁸⁴⁹.

Em seguida, o art. 26º, n. 1, da Constituição portuguesa, reconhece, dentre outros direitos pessoais, o direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, noção na qual se integra, indubitavelmente, o tratamento discriminatório de caráter racial, já previsto textualmente no art. 13º, n. 2. Há, portanto, previsão manifesta do dever estatal – que, ressalte-se, não se restringe ao legislador – de proteção dos cidadãos contra a discriminação racial.

Mais especificamente no que se refere ao direito à igualdade racial, alguns dispositivos constitucionais são de fundamental importância no sentido de constatar o afloramento de uma preocupação do legislador constituinte com a questão da raça. Merecem

¹⁸⁴⁷ “Art. 13º, n. 1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”

¹⁸⁴⁸ Importa notar que o texto do mencionado dispositivo foi alterado pela Revisão Constitucional de 2004, ocasião em que foi incluída como fator proibitivo de práticas discriminatórias a orientação sexual. Na verdade, embora importante, tal alteração não era imprescindível, uma vez que o rol de fatores de discriminação elencados não é de caráter taxativo, mas meramente exemplificativo.

¹⁸⁴⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 248. Acerca da amplitude do sistema constitucional quanto ao princípio igualitário, o autor admite a abertura do ordenamento jurídico português para as ações afirmativas, afirmando que a Constituição de 1976 instaura um “um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso, em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminações positivas”. Para Jorge Bacelar Gouveia, *A Lei da Anti-Discriminação Racial no novo Direito Português da Igualdade Social: breves reflexões sobre o sentido e a estrutura da Lei n. 134/99, de 28 de agosto*, p. 21, a Constituição de 1976 funda um verdadeiro *Direito da Igualdade Social*.

destaque designadamente os seguintes dispositivos, que serão, logo em seguida, mais bem abordados: art. 35º, n. 3; art. 46º, n. 4; art. 59º, n. 1; 160º, n. 1, “d”.

Primeiramente, ao disciplinar a utilização da informática, o art. 35º, n. 3, da Constituição, condiciona a informatização de dados referentes à origem étnica dos cidadãos a três requisitos alternativos, quais sejam: a) o exposto consentimento do titular dos dados; b) a autorização legal, com garantias de não-discriminação; ou c) a finalidade vinculada ao processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

É digno de nota o equilíbrio almejado pela norma constitucional, ao não proibir incondicionalmente o tratamento de certos dados de caráter pessoal. É que não se pode olvidar a importância da utilização de dados estatísticos no sentido de fundamentar uma atuação voltada para a proteção e promoção dos direitos das minorias.

Em matéria de liberdade de associação, o art. 46º, n. 4, da Constituição portuguesa, apresenta uma restrição ao exercício desse direito, com expressa alusão ao aspecto racial, ao não consentir com a formação de organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista. A atual redação do dispositivo constitucional em comento foi definida pela Revisão Constitucional de 1997, responsável pela inclusão do fator racial como elemento de intolerância à propagação de ideologias racistas veiculadas por meio do exercício abusivo do direito à liberdade de associação e de expressão.

Antes mesmo da mencionada Revisão Constitucional, o Tribunal Constitucional português, no acórdão nº 17/94, avaliou o pedido, formulado pelo Procurador-Geral da República, de extinção da organização denominada *Movimento de Acção Nacional* (MAN), que perfilhava a ideologia fascista. A organização – em seus escritos, que envolviam manifestos, pontos programáticos e jornal – reclamava-se *racialista*, no sentido de repudiar a coexistência de raças diversas no mesmo espaço territorial, bem como a miscigenação, por ela considerada uma forma de degradação das raças. Dentre os objetivos do Movimento estava a formação política de seus militantes aos quais inculcava “a exaltação da colectividade nacional, a sobreposição dos interesses desta aos dos indivíduos, o culto da pureza da raça e do corpo, da ordem, da disciplina e da hierarquia”. O Tribunal reconheceu a natureza fascista da organização – invocando não apenas o artigo 46º, nº 4, da Constituição, mas também a Lei nº 64, de 1978 (responsável por disciplinar a proibição de organizações fascistas) –, asseverando que a divulgação de seus escritos era indiscutivelmente suscetível de provocar sentimentos de xenofobia e ódio racial. Nada obstante, considerando a comprovada dissolução definitiva do Movimento e a cessação efetiva de todas as suas atividades, a Corte indefiniu o pedido formulado, por carência de objeto da ação.

No contexto dos direitos econômicos dos trabalhadores, mais especificamente no art. 59º, n. 1, o legislador constituinte volta a referir-se à questão da igualdade racial, esforçando-se por impedir que a raça, a cidadania ou o território de origem sejam elementos impeditivos do gozo de prerrogativas laborais fundamentais.

Por fim, o art. 160º, “d”, em consonância com a alteração introduzida pela Revisão Constitucional 97 no já comentado art. 46º, n. 4, prevê a perda do mandato dos Deputados que sejam judicialmente condenados por participação em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista. Compreensível a postura assumida pelo legislador constituinte derivado, uma vez que o mandato de Deputado deve dirigir-se à representação da vontade popular – ainda que assuma a defesa de ideologias minoritárias –, não se harmonizando com o repúdio às minorias.

3. O combate à discriminação racial na legislação portuguesa

O Código Penal português, no seu artigo 240º, prevê o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência. Focando, inicialmente a repressão penal no ato de fundação ou constituição de organizações ou atividades voltadas para a incitação ou o encorajamento à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, ou que a encorajem (n. 1, alínea “a”). A prática de tais condutas criminosas é punida com pena de prisão de um a oito anos, que também se aplica àqueles que participarem ou prestarem assistência às organizações ou atividades mencionadas (n. 1, alínea “b”).

Logo em seguida, o legislador pune quem, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade, provoque atos de violência (n. 2, alínea “a”), difame ou injurie (n. 2, alínea “b”), ameace (n. 2, alínea “c”), ou incite à violência ou ao ódio (n. 2, alínea “d”), contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica. Nessas últimas hipóteses a pena prevista é de seis meses a cinco anos de prisão.

Mencione-se, ainda, o artigo 132º, n. 2, alínea “e”, do Código Penal, que prevê a determinação por ódio racial, religioso ou político como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Como resultado de um caso emblemático de ódio racial envolvendo a ação de *skinheads* contra pessoas negras em Lisboa – cujo processo será brevemente comentado linhas adiante –, foi promulgada a Lei nº 20, de 6 de julho de 1996. O objetivo da lei é permitir que se constituam como assistentes, em processos penais, as comunidades de imigrantes, antirracistas ou defensoras de direitos humanos, nas hipóteses de crimes de índole racista ou xenófoba.

A Lei nº 134, de 1999¹⁸⁵⁰, por sua vez, *proibiu as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica*. Note-se que a lei se limitou a disciplinar a proibição de práticas discriminatórias fundadas na raça, não avançando no sentido de prever mecanismos de promoção da igualdade de oportunidades¹⁸⁵¹. Em seu artigo 4º, item 1, considerou práticas discriminatórias as ações ou omissões que, em razão da pertença de qualquer pessoa a determinada raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, violem o princípio da igualdade, designadamente aquelas previstas em suas alíneas¹⁸⁵². Já no item 2, do mesmo dispositivo, a lei estabeleceu a proibição de “despedir, aplicar sanções ou prejudicar por

¹⁸⁵⁰ Para Jorge Bacelar Gouveia, *A Lei da Anti-Discriminação Racial no novo Direito Português da Igualdade Social: breves reflexões sobre o sentido e a estrutura da Lei n. 134/99, de 28 de agosto*, p. 26, o mencionado diploma legal exerce um “papel refundacional do capítulo da igualdade racial no novo Direito Português da Igualdade Social”.

¹⁸⁵¹ Embora não disponha sobre medidas de discriminação positiva, a Lei n. 134/99 não excluiu a aplicação de tais mecanismos de tratamento diferenciado, enfatizando, no seu art. 3º, n. 2, que “o disposto na presente lei não prejudica a vigência e aplicação das disposições de natureza legislativa, regulamentar e administrativas, que beneficiem certos grupos desfavorecidos com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos nele referidos”.

¹⁸⁵² “a) A adopção de procedimento, medida ou critério, directamente pela entidade empregadora ou através de instruções dadas aos seus trabalhadores ou a agência de emprego, que subordine a factores de natureza racial a oferta de emprego, a cessação de contrato de trabalho ou a recusa de contratação;

b) A produção ou difusão de anúncios de ofertas de emprego, ou outras formas de publicidade ligada à pré-selecção ou ao recrutamento, que contenham, directa ou indirectamente, qualquer especificação ou preferência baseada em factores de discriminação racial;

c) A recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, por parte de qualquer pessoa singular ou colectiva;

d) O impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica por qualquer pessoa singular ou colectiva;

e) A recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis;

f) A recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público;

g) A recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados;

h) A recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de ensino público ou privado;

i) A constituição de turmas ou a adopção de outras medidas de organização interna nos estabelecimentos de ensino público ou privado, segundo critérios de discriminação racial, salvo se tais critérios forem justificados pelos objectivos referidos no nº 2 do artigo 3º;

j) A adopção de prática ou medida por parte de qualquer órgão, funcionário ou agente da administração directa ou indirecta do Estado, das Regiões Autónomas ou das autarquias locais, que condicione ou limite a prática do exercício de qualquer direito;

l) A adopção por entidade empregadora de prática que no âmbito da relação laboral discrimine um trabalhador ao seu serviço;

m) A adopção de acto em que, publicamente ou com intenção de ampla divulgação, pessoa singular ou colectiva emita uma declaração ou transmita uma informação em virtude da qual um grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado por motivos de discriminação racial.”

qualquer outro meio o trabalhador por motivo do exercício de direito ou de acção judicial contra prática discriminatória”. Na sequência o artigo 5º criou a Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial, responsável pela aplicação da lei. Quanto ao regime sancionatório, a lei estabeleceu (artigo 9º) que a prática dos atos discriminatórios nela previstos – seja por pessoa singular, seja por pessoa coletiva – constituía contraordenação, punível com pagamento de coima, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber.

Sem prejuízo das sanções cabíveis, poderia, ainda, o juiz, em carácter acessório, aplicar as penas de publicidade da decisão ou advertência ou censura públicas dos autores da prática discriminatória (artigo 10º). Na hipótese de concurso de infrações – constituindo o fato, simultaneamente, ilícito penal e contraordenação – o agente deveria ser punido a título penal (artigo 11º). O artigo 12º previa, ainda, que “sempre que a contraordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensam o infractor do seu cumprimento, se este ainda for possível”. A Lei nº 134, de 1999 foi regulamentada pelo Decreto-lei nº 111, de 2000¹⁸⁵³ que, além de prever outras práticas discriminatórias puníveis, ampliou o elenco de sanções acessórias¹⁸⁵⁴, em função da gravidade da infração e da culpa do agente, sem prejuízo das sanções acessórias já previstas no artigo 10º da Lei nº 134, de 1999.

A Lei nº 18, de 11 de maio de 2004 – responsável por transpor para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2003¹⁸⁵⁵ ¹⁸⁵⁶ – estabeleceu um quadro jurídico de combate à discriminação, incluindo regras procedimentais para a investigação dos factos puníveis e para a aplicação das coimas correspondentes.

O âmbito de aplicação da lei não se restringia ao setor público, sendo expressamente aplicável também ao setor privado (art. 2º), o que representou um avanço na proteção contra a

¹⁸⁵³ O Decreto-lei nº 111 de 2000 teve seu artigo 11º revogado pelo Decreto-lei nº 251/2002 e, posteriormente, foi inteiramente revogado com a entrada em vigor das normas regulamentares do Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 99/2003.

¹⁸⁵⁴ “a) Perda de objectos pertencentes ao agente; b) Interdição do exercício de profissões ou atividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos; d) Proibição do direito de participar em feiras ou mercados; e) Proibição do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás; f) Encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; g) Suspensão de autorizações, licenças e alvarás.”

¹⁸⁵⁵ O âmbito de aplicação da Diretiva – que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica e tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica – diz respeito, dentre outras, às esferas do trabalho; da proteção social, incluindo segurança social, cuidados de saúde e educação; e da habitação.

¹⁸⁵⁶ Sobre os efeitos dessa diretiva no ordenamento jurídico português, cfr. Gisela Hildegard Kern, *As Directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e sua transposição para o direito privado português – A aplicação do princípio da igualdade no direito privado*; Heinrich Ewald Hörster, *A Directiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado – esboço de algumas reflexões*.

discriminação racial. Ademais, o diploma legal considerou prática discriminatória proibida¹⁸⁵⁷ não apenas ações, mas também omissões violadoras do princípio da igualdade, nomeadamente as condutas previstas no seu art. 3º, as quais constituíam contraordenação, sem prejuízo da responsabilidade civil ou de outra sanção cabível.

A pretensão da lei foi consagrar níveis mínimos de proteção, pelo que determinava a prevalência do regime que melhor garanta o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação (art. 4º).

Quanto ao regime do ônus da prova, o artigo 6º estabelecia caber à vítima provar o tratamento diferenciado, apontando indícios de discriminação, para, então, transferir para a contraparte o ônus de demonstrar a inexistência de conduta discriminatória, ou a existência de um interesse justificável.

Importante inovação da Lei nº 18, de 2004 – que não revogou a Lei nº 134, de 1999 – parece ter sido a preocupação com a promoção da igualdade racial (art. 8º), competência que foi atribuída, nos termos do Decreto-lei nº 251, de 2002¹⁸⁵⁸, ao Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas. Embora o rol de atribuições do órgão previsse ações voltadas para a integração dos imigrantes e das minorias étnicas, em diversos setores, não houve previsão expressa de medidas especiais de ação afirmativa.

Na esfera juslaboral, o Código de Trabalho português considera a violação do princípio da igualdade uma contraordenação, nos termos dos seus artigos 614º e 642º, nº 1. Já no seu artigo 26º, o referido diploma legal – apesar do caráter eminentemente complementar das sanções administrativas – estabelece que a cominação de uma contraordenação prejudica o direito à indenização pelos danos materiais e morais porventura sofridos pelo trabalhador¹⁸⁵⁹. A Lei nº 35/2004¹⁸⁶⁰, que regulamenta o Código do Trabalho, também se dedica ao tema, considerando como fatores de discriminação, nomeadamente, o território de origem, a língua, a raça, a instrução, a situação econômica e a origem ou condição social (art. 32º, n. 1). Nesse sentido, a lei prevê: a) o dever de informação, estabelecendo que o empregador afixe informação relativa aos direitos e deveres dos empregados em matéria de igualdade e não discriminação; b) o direito à igualdade nas condições de acesso e exercício do trabalho (art.

¹⁸⁵⁷ A lei refere-se ainda à violação do princípio da igualdade através de discriminação direta ou indireta (art. 3º, n. 1).

¹⁸⁵⁸ Criado pelo Decreto-lei n. 251/2002 com o nome de Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), através do Decreto-lei n. 167/2007, o órgão teve sua competência ampliada e seu nome alterado para Alto Comissariado para Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI).

¹⁸⁵⁹ Cfr. Gisela Hildegard Kern, *As Directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e sua transposição para o direito privado português – A aplicação do princípio da igualdade no direito privado*, p. 791-792.

¹⁸⁶⁰ Em seu art. 2º, a lei que, com a sua aprovação, é efetuada a transposição total ou parcial de diversas Diretivas Comunitárias.

33º); c) a proteção contra atos de retaliação discriminatórios (art. 34º); d) a extensão da proteção em situações de discriminação no que se refere ao ônus da prova, aplicando-se o regime previsto no art. 23º, n. 3, do Código de Trabalho.

O Código do Procedimento Administrativo – Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015, estabelece, no seu artigo 6º que a Administração Pública, nas suas relações com os particulares, deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo “privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever ninguém em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Em 23 de agosto de 2017 foi promulgada a Lei nº 93, 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, revogando as Leis nº 134, de 1999, e 18/2004.

A lei é aplicável a todas as pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, no que diz respeito: a) à proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; b) aos benefícios sociais; c) à educação; d) ao acesso a bens e serviços e seu fornecimento, colocados à disposição do público, incluindo a habitação; e) à cultura.

Embora a lei se restrinja ao combate à discriminação racial – trazendo, portanto, mecanismos de proteção contra a discriminação racial –, afirma-se, no seu artigo 2º, item 3, que seus termos não prejudicam a “adoção de medidas de ação positiva destinadas a compensar desvantagens relacionadas com as características protegidas, o que abre espaço para futura adoção de instrumentos de promoção da igualdade étnico-racial na ordem jurídica portuguesa.

Com a nova lei, à proibição de discriminação em função da raça, cor, nacionalidade e origem étnica, somam-se novas formas de discriminação, quais sejam: as baseadas na ascendência e no território de origem, a discriminação por associação e a discriminação múltipla. A discriminação por associação (artigo 3º, item 1, alínea “d”) ocorre “*em razão de relação e ou associação a pessoa ou grupo de pessoas*” detentores das características protegidas. Já a discriminação múltipla (artigo 3º, item 1, alínea “e”).

Outro importante dispositivo (artigo 5º) refere-se ao reconhecimento de que o novo diploma legal consagra apenas níveis mínimos de proteção e não prejudica disposições mais favoráveis, razão pela qual deverá prevalecer o regime jurídico que melhor garanta o direito à não discriminação.

O diploma altera o regime jurídico de combate e prevenção à discriminação racial, concentrando todas as fases dos processos de contraordenação na mesma na Comissão para a

Igualdade e Contra a Discriminação Racial (CICDR) passa a concentrar todas as fases do processo de contraordenação das matérias da sua competência – envolvendo o recebimento e análise de queixas, instrução e decisão, bem como a coordenação de intervenções voltadas para a prevenção, a fiscalização e a repressão de práticas discriminatórias.

Há, ainda, a previsão de procedimento de mediação (artigo 11º), a pedido das partes em conflito ou por impulso da Comissão, desde que haja consentimento do(a) infrator(a) e da vítima ou de seus representantes legais.

Quanto ao ônus da prova, o artigo 14º estabelece que uma vez verificada a prática de qualquer dos atos de discriminação previsto na lei, ou outros de natureza análoga, presume-se sua intenção discriminatória, sem necessidade de prova dos critérios que os motivaram. A presunção da intenção discriminatória – que pode ser ilidida perante o tribunal ou outra entidade competente (item 2) não se aplica aos processos penais, disciplinares, contraordenacionais e demais procedimentos sancionatórios (item 4).

Interessa pontuar também a previsão expressa do direito da vítima de atos discriminatórios, por ação ou omissão, à indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais, a título de responsabilidade civil extracontratual (artigo 15º, item 1). E, ainda, a afirmação de nulidade de cláusulas contratuais discriminatórias, com direito do contraente lesado à alteração do contrato, sem prejuízo da indenização por responsabilidade civil extracontratual.

No âmbito internacional, importa pontuar que Portugal¹⁸⁶¹ é signatário da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, devendo submeter, periodicamente, relatórios sobre a questão racial no país para avaliação dos peritos do Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial. Na avaliação do Comitê, publicada em 2012, Portugal havia recebido recomendação específica para a criação de medidas especiais para grupos vulneráveis – dentre estes, afrodescendentes –, bem como para a revisão da legislação portuguesa de combate à discriminação racial.

4. Portugal e a descoberta do racismo

Ainda vige em terras lusitanas um mito de que não há racismo em Portugal, país considerado tolerante, cosmopolita e aberto à diversidade étnico-racial. Essa autopercepção distoa até mesmo do percurso histórico do país, que se destacou no tráfico e escravização de africanos para as Américas, tendo prolongado o trabalho forçado destes, legalmente, até o início

¹⁸⁶¹ Em Portugal, a aprovação para adesão à Convenção deu-se em 29 de abril de 1982, pela Lei nº 7/82.

dos anos sessenta e, na prática, até o fim do Estado Novo. Isso sem contar que Portugal foi dos últimos Estados a aceitar o processo de descolonização.

Seria mesmo extraordinário que um país como Portugal não tivesse refletida nas suas relações sociais qualquer resquício do seu passado escravocrata e colonialista. Estaríamos diante de um notável caso de superação do racismo que estruturou sua incursão por territórios estrangeiros e a dominação de outros povos. Ou, o que é mais provável, nunca se refletiu, efetivamente, sobre as relações étnico-raciais no país e sobre a forma como a pertença étnico-racial pode representar um obstáculo ao igual gozo dos direitos fundamentais¹⁸⁶².

Portugal não possui dados étnico-raciais de sua população, o que lhe impede de (re)conhecer oficialmente a desigualdade racial que afeta principalmente os portugueses negros. Diante da ausência de registro étnico-racial da população portuguesa, somente é possível uma avaliação limitada da desigualdade, a partir de informações sobre a nacionalidade¹⁸⁶³, contabilizando as pessoas de nacionalidade de um dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP). Com base nesses dados, algumas pesquisas têm se dedicado a demonstrar a desigualdade entre negros e brancos, em Portugal, nos mais diversos setores. Note-se que, mesmo essas pesquisas não são capazes de apresentar conclusões mais seguras, havendo evidente subnotificação, tendo em vista que os cidadãos de nacionalidade portuguesa negros acabam por não ser contabilizados, assim como os brasileiros e os ciganos.

Pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas e Estudos de Sociologia – assinada pela socióloga Cristina Rodão – demonstra que a reprovação dos alunos dos PALOPs é quase o triplo da reprovação dos alunos portugueses, no primeiro e no segundo ciclos, e mais do que o dobro, no terceiro ciclo e no secundário. O percentual de alunos africanos que vai para o ensino profissional é o dobro do de portugueses, quando, em contrapartida, a quantidade de alunos africanos que chegam ao nível superior é menos da metade. O desemprego entre os afrodescendentes é duas vezes maior do que o que atinge portugueses brancos, sendo que

¹⁸⁶² Joana Gorjão Henriques, *Racismo em português: O lado esquecido do colonialismo*, p. 16-17, coloca algumas questões importantes a respeito do tema: “Como é possível que, até hoje, nunca tenha existido um Museu da Escravatura em Portugal? Por que não nos é ensinado na escola que existiu um *apartheid* em Angola e em Moçambique, alimentado por Portugal? Por que insistimos num olhar benevolente sobre um Portugal que não hesitou em promover o trabalho escravo até 1974? Vamos perpetuar a narrativa de um colonizador que não discriminava porque se miscigenou com as populações locais, quando sabemos que essa mistura foi feita à custa do estupro, que Portugal obrigava essas pessoas a despirem-se da sua identidade africana, a mudarem de nome, a alisarem o cabelo ou esconderem sua língua? Até quando iremos contribuir para uma mentalidade acrítica sobre um dos fenômenos mais violentos da nossa História”.

¹⁸⁶³ Com a Lei de Nacionalidade portuguesa (Lei nº 37, de 1981), que passou a privilegiar o critério *jus sanguinis* em vez do *jus solis*, filhos de imigrantes nascidos em Portugal não adquirem a nacionalidade portuguesa, e sim a do país de origem dos seus ascendentes, mesmo sem nunca terem lá vivido. Em 2006, a lei foi novamente alterada, passando a conferir dar a nacionalidade a filhos ou filhas de estrangeiros que nasçam em Portugal e concluem o 1º ciclo em Portugal. No entanto, a lei não teve efeitos retroativos para aqueles que nasceram entre 1981 e 2006.

aqueles estão três vezes mais presentes em profissões menos qualificadas, e recebem, em média, por essas atividades, menos 100,00 € mensais.

A Comissão para a Igualdade Racial de contra a Discriminação Racial – cuja competência prevista no artigo 8º da Lei nº 93/2017 inclui a decisão e aplicação de coimas e sanções acessórias no âmbito dos processos de contraordenação – publicou relatório das queixas de discriminação racial recebidas, de 2000 a 2015¹⁸⁶⁴. Segundo o documento, foram recebidas, no período, 812 queixas de discriminação racial, das quais 270 foram convertidas em processos de contraordenação e enviadas às Inspeções-gerais competentes; 9 se referiam a processos iniciados previamente pelas Inspeções-gerais; 241 foram reenviadas para outras entidades¹⁸⁶⁵; 38 resultaram em mediação; 185 eram queixas incompletas, incorretas ou infundadas; e 69 aguardavam esclarecimentos dos denunciante. No que se refere à área de discriminação, no período de 2005 a 2015, o Relatório constatou que, das 759 queixas, 147 casos ocorreram no ambiente laboral; 89 foram relativas à atuação das forças de segurança; 89 se deram no comércio; 48, por meio da internet; 52, pelos media; 29, no setor de habitação; 31, na área da saúde; 50, na área da educação; 11, em Juntas ou Câmaras; 2, em banca; 2, na área de desporto; 20, em transportes; 39, na vizinhança; 1, em seguros; 123, em outros serviços; em 1 caso, relatou-se mais de um tipo de área; e, em 24 casos, não houve especificação pelo queixoso. Nos dados referentes ao grupo étnico ou cultural e outras categorias das vítimas, também no período de 2005 a 2015, o relatório revela que dos casos registrados, 12,2% dos atos de discriminação racial vitimaram ciganos, 11,8%, negros, 12, 2%, imigrantes em geral, 2,7%, africanos, e 61,1%, pessoas de outra categoria. O relatório aponta, ainda, as decisões de condenação proferidas pela Comissão que, no período de 2005 a 2015, somaram apenas 20 condenações.

Recente análise de dados sobre a população carcerária portuguesa – obtidos junto à Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e à Direção-Geral da Política de Justiça – evidencia que, também em Portugal, o sistema de justiça criminal atinge desproporcionalmente a população negra¹⁸⁶⁶. De acordo com as estatísticas, em Portugal, um em cada 73 cidadãos dos

¹⁸⁶⁴ Disponível em «<https://www.om.acm.gov.pt/-/discriminacao-de-base-racial-e-etnica>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸⁶⁵ Dentre as quais Ministério Público; Conselho Superior de Magistratura; Autoridade para as Condições do Trabalho; a Unidade de Apoio à Vítima Migrante de Discriminação Racial ou Étnica (UAVM); Linha Internet Segura; Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

¹⁸⁶⁶ A pesquisa foi divulgada pelo jornal português Público, que elucida a metodologia utilizada da seguinte forma: “Os dados a partir dos quais o PÚBLICO trabalhou foram recolhidos junto da Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (número de reclusos a 31 de Dezembro de 2016), e da Direcção-Geral da Política da Justiça (2015). Ambos discriminam a nacionalidade (PALOP e portuguesa). Estes valores sobre população prisional foram cruzados com os do Censo 2011 – os últimos que discriminam a população simultaneamente por concelho, nacionalidade e idade. Só foi tida em conta a população com mais de 16 anos porque é a idade a partir da qual um jovem pode ser preso. Para calcular a proporção da população presa foi seguida uma metodologia usada pelo Pew

Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), com mais de 16 anos encontra-se encarcerado. Já no que se refere aos cidadãos portugueses da mesma faixa etária, tem-se que um em cada 736 está preso, o que demonstra uma proporção dez vezes maior de encarceramento daqueles, quando comparada ao número de detentos portugueses¹⁸⁶⁷.

As diferenças nas taxas de encarceramento são mais acentuadas quando analisados os dados referentes aos concelhos em que o percentual de imigrantes dos PALOP é mais alta, a exemplo de Amadora e Sintra. Segundo a publicação, nestes, um cidadão de Cabo Verde – segunda nacionalidade de imigrantes mais representada no país – tem 19 vezes mais probabilidade de estar detido do que um cidadão português. Já no Porto, onde a presença de imigrantes dos PALOP é pouco expressiva, a taxa de encarceramento destes é apenas o dobro daquela verificada entre os portugueses.

A análise também revelou que, pela prática de crimes da mesma natureza, cidadãos africanos são desproporcionalmente condenados ao cumprimento de penas máximas. Em percentagem, 6,8% dos presos africanos têm pena máxima contra apenas 3% dos portugueses. De modo inverso, quando se trata de condenação ao cumprimento de penas mínimas, tem-se apenas 12,4% dos africanos, enquanto essa percentagem é de 25,3% entre os cidadãos portugueses.

Segundo o estudo, as divergências persistem quando se verifica as taxas de condenação pelos mesmos tipos de crimes: os réus dos PALOP são nove vezes mais condenados por roubo e violência do que os portugueses; oito vezes mais, por resistência e coação sobre funcionário; seis vezes mais por desobediência.

A pesquisa se baseou na nacionalidade dos indivíduos presos, tendo em vista a ausência de dados estatísticos étnico-raciais em Portugal, realidade que tem levado cientistas sociais a se utilizarem da variável imigração dos PALOP como critério de aproximação da questão racial no país que, no entanto, acaba por desconsiderar os cidadãos negros de nacionalidade portuguesa.

Research Center, especialista em estudos deste género: divide-se o número de residentes PALOP pelo total dos detidos dessas nacionalidades (e o mesmo para os portugueses e depois para os respectivos concelhos). Em relação às penas aplicadas, os dados de 2015 foram fornecidos pela Direcção-Geral da Política da Justiça: calculou-se o quociente das percentagens dos condenados na população entre PALOP e portugueses com mais de 16 anos. Ressalve-se que as estatísticas da imigração variam de ano para ano, há milhares de cidadãos dos PALOP a requerem nacionalidade portuguesa (de 2012 a 2016 foram mais de 44 mil) e a informação fornecida pelos serviços judiciais não separa portugueses negros. Acresce ainda que a população prisional não é estanque”. Disponível em «<https://www.publico.pt/2017/08/19/sociedade/noticia/a-justica-em-portugal-e-mais-dura-para-os-negros-1782487>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸⁶⁷ Isso num contexto em que os cidadãos de Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe representam menos de 1% da população do país.

Além disso, a ausência de representatividade de faixa expressiva da sociedade portuguesa – os portugueses negros – nos espaços de poder e decisão¹⁸⁶⁸ reforça a conclusão de que se vive, também em Portugal, um sistema excludente em termos raciais.

Até o momento, o Instituto Nacional de Estatística (INE) não inclui nas pesquisas do censo nacional questões relacionadas à raça. Após recomendação da ONU, de 2011, e demandas persistentes de associações de afrodescendentes em Portugal, o país deveria passar a recolher dados oficiais com recorte étnico-racial, a partir do próximo censo de 2021. Para o Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial, os dados estatísticos sobre minorias étnico-raciais devem ser incluídos nas pesquisas oficiais para viabilizar a análise sobre o acesso desses grupos aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Em princípio, o Censo de 2021 permitiria a autodeclaração étnico-racial com as opções de raça africana e cigana, sendo que o Governo português pretendia, para evitar alegações de inconstitucionalidade, sustentar o preenchimento voluntário do quesito. Apesar dos debates em torno do tema e da deliberação favorável do grupo de trabalho criado, em 2019, para avaliar a questão, o Censo de 2021, seguindo o entendimento contrário do Conselho Superior de Estatística (CSE), acabou não incluindo o dado. Como justificativa, o Presidente do INE, Francisco Lima, afirmou que se tratava de assunto complexo e controverso e que o censo não era o mecanismo mais adequado para a recolha desse tipo de informação. Recordou, ainda, que, no contexto da União Europeia, apenas a Irlanda e o Reino Unido recolhem dados dessa natureza.

Nada obstante, o INE anunciou que será realizado um inquérito específico dedicado a tais questões. O Inquérito-Piloto sobre as Condições de Vida, Origens e Trajetórias da População Residente (ICOT) – no qual será abordada a origem étnico-racial da população portuguesa – tem previsão de início em outubro de 2021 e de término no início de 2022.

Por ora, a inexistência de dados étnico-raciais dificulta a análise das desigualdades raciais em Portugal, nas mais diversas esferas – como educação, saúde e emprego –, e, consequentemente invisibiliza a necessidade de políticas públicas específicas de promoção da igualdade.

Já se apresentou – a partir do relatório da Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial – a pouca efetividade dos processos de contraordenação por atos de

¹⁸⁶⁸ Joana Gorjão Henriques, *Racismo em português: O lado esquecido do colonialismo*, p. 13, observa que, o parlamento português possui um único deputado afrodescendente, os dirigentes de partidários negros são afastados dos cartazes durante as eleições e que a nomeação da Ministra da Justiça Francisca van Dunem – uma mulher negra, em 2015, foi notícia pelo seu caráter inédito e de absoluta exceção.

discriminação racial. Também os crimes de racismo têm alcançado pouca repercussão, não se podendo aqui afirmar se pela baixa ocorrência de atos discriminatórios, se pela ausência de registros juntos às autoridades públicas – por descrença na atuação ou falta de acesso ao sistema de justiça –, ou, ainda, pela ineficiência na aplicação das sanções cabíveis. De todo modo, dois casos paradigmáticos – que, no entanto, restringem-se a atos de discriminação racial interpessoais que configuram também crimes – merecem ser retratados.

Caso emblemático de crime de ódio racial ocorreu na noite de 10 de junho de 1995, em Lisboa, quando jovens *skinheads*, entre 19 e 26 anos de idade, agrediram diversas pessoas negras e espancaram, até a morte, o jovem negro Alcindo Monteiro, cidadão português de origem cabo-verdiana. O Ministério Público denunciou 19 dos autores pela prática do crime de genocídio, um, pela prática de homicídio qualificado e dez por ofensas corporais. O Tribunal Coletivo da 5ª Vara Criminal julgou improcedente a acusação em relação a dois acusados, absolvendo-os; julgou improcedente a acusação na parte em que imputava aos demais acusados a prática de genocídio e do crime de ofensas corporais com dolo de perigo referente à agressão de um casal de namorados; e procedente a acusação para condenar 11 acusados, em coautoria material e concurso real, pela prática do crime de homicídio qualificado; e 4 pela prática de crimes de ofensas corporais com dolo de perigo. O caso chegou ao Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento aos recursos dos arguidos, mas ajustando o acórdão recorrido, em especial no que tange ao concurso de crimes¹⁸⁶⁹.

Mais recentemente, em julho de 2017, o Ministério Público, por meio da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, denunciou 18 agentes¹⁸⁷⁰ da Polícia de Segurança Pública (PSP) pela prática dos crimes de tortura, sequestro, injúria e ofensa à integridade física qualificada, agravados pelo ódio e discriminação raciais¹⁸⁷¹ contra seis jovens da Cova da Moura. A denúncia despertou o debate sobre o racismo em Portugal e a violência policial contra negros.

¹⁸⁶⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Processo nº 97P1203), disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dd1cc4e3936ccd49802568fc003b7da0?OpenDocument&Highlight=0,genoc%C3%ADdio>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸⁷⁰ O processo prosseguiu em relação a 17 agentes, pois uma agente denunciada pelo Ministério Público – por ter limpadado o chão do esquadrão, para ocultar vestígios de sangue – foi despronunciada.

¹⁸⁷¹ Dentre as ofensas racistas narradas na peça de acusação, destacam-se: “a raça africana tem de desaparecer da face da terra”; “juntem lá pessoal no bairro para resolvermos isto mano-a-mano, pretos do caralho!”; “pretos do caralho, vieram salvar o outro e ficam aqui também!”; “a merda é para ficar no chão”; “pretos de merda”; “é melhor irem para a vossa terra”; “pretos do caralho, raça do caralho, vocês não sabem o quanto vos odeio, falta pouco, vocês deviam ser todos exterminados”; “vocês vão desaparecer, vocês, a vossa raça e o vosso bairro de merda”; “a vossa raça devia ser toda exterminada”.

Os crimes imputados aos agentes pelo MP ocorreram em 05 de fevereiro de 2015, após a detenção de seis jovens entre 23 e 25 anos que, na versão da polícia, teriam tentado invadir a esquadra de Alfragide, na Amadora¹⁸⁷². A acusação do Ministério Público se divide em dois momentos. Num primeiro, Bruno Lopes foi detido por uma equipe da Polícia de Segurança Pública, que fazia patrulhamento na Couva da Moura, sob a alegação de que o jovem havia atirado pedras contra a carrinha da polícia. Na ocasião, um agente teria disparado dois tiros que atingiram duas moradoras do local. Num segundo momento, Flávio Almada e Celso Lopes, membro da Associação Moinho da Juventude (AMJ) – instituição reconhecida com o prêmio de Direitos Humanos da Assembleia da República –, acompanhados de outros jovens, dirigem-se à esquadra para solicitar informações sobre a prisão de Bruno, quando são também detidos, acusados de invasão. Após a detenção, os jovens teriam sido submetidos a uma sequência de atos de tortura e ofensas racistas.

Em fevereiro de 2019, o Ministério Público, em sede de alegações finais, entendeu que as provas produzidas nos autos não foram capazes de demonstrar a ocorrência do crime de tortura, tendo mantido a acusação a sete agentes apenas pelos crimes de ofensas à integridade física e a outros pelos crimes de sequestro. Em relação ao crime de racismo, o Ministério Público concluiu que os agentes não agiram com ódio racial. O chefe da esquadra de Alfragide é acusado, ainda, de falsificação de auto.

Apesar dos dispositivos constitucionais e legais proibitivos da discriminação racial, nota-se que a ordem jurídico-política portuguesa ainda se encontra atrelada à noção restrita de racismo interpessoal, abstraindo a relevância da noção de racismo estrutural e institucional para a efetiva desconstrução das desigualdades racionais, a partir de políticas públicas que garantam igualdades de oportunidades às pessoas de todas as raças e etnias.

5. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre *igualdade proporcional: igualdade racial proporcional?*

Nesse último tópico da parte II do trabalho, será explorada a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional português a respeito do princípio da igualdade, que gerou um novo entendimento do princípio da igualdade: a concepção de *igualdade proporcional*. Sem pretensão de aprofundamento nesse espaço, a ideia é lançar reflexões acerca da possibilidade

¹⁸⁷² A versão dos agentes de polícia é que cerca de 20 a 25 jovens desarmados teriam tentado invadir a esquadra para libertar Bruno Lopes.

de emprego dessa noção extraída da chamada *jurisprudência da crise* para a seara da igualdade racial.

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, ao tratar, no seu artigo 13º, do princípio da igualdade, anuncia que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (nº 1).

Situado entre os princípios estruturantes que ordenam a aplicação dos direitos fundamentais, a igualdade na ordem jurídica portuguesa é consagrada não apenas na sua condição de princípio geral, mas também na vertente de *direitos de igualdade* tendentes à concretização do seu sentido substancial.

Em recentes decisões, o Tribunal Constitucional português (TC) tem explorado a concepção de igualdade proporcional para se posicionar sobre normas emanadas no contexto da crise econômica enfrentada pelo país nos últimos anos. Uma breve análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português a respeito do princípio igualitário é de fundamental importância para a compreensão do conteúdo que se tem atribuído a tal valor pelo sistema de justiça lusitano.

No Acórdão nº 44, de 1984, analisando a conformidade constitucional de normas emanadas do legislador ordinário, o Tribunal manifestou-se pela primeira vez a respeito do princípio da igualdade consagrado na carta constitucional vigente. Na ocasião, a Corte abordou a correlação entre o princípio igualitário e a proibição do arbítrio. Tratava-se de pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 36, nº 2, inciso I, “b”, e inciso II, “a”, do Decreto-lei nº 310, de 3 de agosto de 1982. No pleito, o Provedor de Justiça argumentava que, ao estabelecerem como critério de preferência na colocação de clínicos gerais a “opção pelo concelho de residência, verificada através do recenseamento eleitoral”, os dispositivos questionados violavam o artigo 13, nº 1 (princípio da igualdade), bem como o artigo 50, nº 1 (direito de acesso às funções públicas em condições de igualdade e liberdade), ambos da Constituição da República Portuguesa. Para o requerente não havia “razões suficientemente fortes, do ponto de vista objectivo, racional e lógico” a justificar o critério de preferência adotado pelo legislador, que desconsiderou a máxima de que a igualdade perante a lei impõe tratamento semelhante aos que se encontram em situação semelhante. Taxando o referido critério preferencial de *discriminatório* – além de baseado em fator acidental (residência) e sujeito a fraudes no recenseamento – pugnou-se pelo reconhecimento do vício de inconstitucionalidade material da norma.

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional pontuou que, embora inquestionável o significado histórico do princípio da igualdade, sua definição concreta ou alcance real é difícil

tarefa atribuída ao intérprete do direito. Asseverou-se que, se de um lado, o princípio não pode ser interpretado em termos absolutos, de outro, impõe que o legislador não estabeleça distinções discriminatórias, sem fundamento material razoável. Nessa linha de entendimento, a Corte assentou que o princípio da igualdade se identifica com a *proibição de arbítrio*, concebida como “uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”.

Aplicando essa concepção ao caso concreto, afirmou o Tribunal que o princípio geral da igualdade e o princípio da igualdade de acesso à função pública proíbem a adoção de critérios de seleção arbitrários, ou seja, “inadequados ou desproporcionados, que se degradem em simples privilégio”. Tais princípios não devem ser interpretados de modo a eliminar a *liberdade de conformação do legislador* que, por seu turno, deve instituir critérios de diferenciação que sejam *objetivamente adequados à prossecução da finalidade proposta*. Sob essa ótica, concluiu-se que, tendo em vista as finalidades perseguidas, o critério de preferência segundo a residência não pode ser considerado irrazoável ou arbitrário, pois: a) a maior inserção do médico na zona onde exerce suas funções não é irrelevante em termos de garantir maior qualidade do serviço a ser prestado ao paciente; b) “face às tarefas que integram o cargo a preencher”, não instituiu distinções materialmente infundadas ou baseadas em motivos sem carácter objetivo. Para a Corte, a simples demonstração de que outros critérios atenderiam melhor à finalidade almejada pelo legislador não é fator suficiente para gerar violação ao princípio da igualdade, permanecendo, desse modo, a diferenciação questionada no âmbito da discricionariedade legislativa. Entendendo que a preferência estabelecida não se traduzia em manifestação de arbítrio, o Tribunal decidiu não declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais apontados.

No Acórdão nº 186, de 1990, o Tribunal Constitucional evidenciou que a *teoria da proibição do arbítrio* não se constitui em critério definidor do *conteúdo* do princípio da igualdade, “antes expressa e limita a *competência de controlo judicial*”. Assim o princípio igualitário – na sua função *negativa* de princípio de controle, de limite objetivo da discricionariedade legislativa – não veda o estabelecimento de distinções pela lei, vinculando-a a partir da concepção de proibição do arbítrio. Desse modo, a interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio denota uma *autolimitação* do poder o juiz¹⁸⁷³ que deve

¹⁸⁷³ Ravi Afonso Pereira, *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, p. 321, sintetiza, afirmando que a fórmula

afastar a via ou critério de diferenciação escolhido pelo legislador apenas nos casos de “flagrante e intolerável desigualdade”.

Três anos depois, no Acórdão nº 330, de 1993, o Tribunal Constitucional português alargou o seu entendimento para considerar que a dimensão negativa do princípio da igualdade, traduzida na proibição do arbítrio, não contemplava todo o conteúdo do princípio igualitário. Segundo os julgadores, conforme consagrado pela Constituição da República Portuguesa, o princípio da igualdade é aplicável a todos os direitos fundamentais e se beneficia do regime relativo aos direitos e liberdades, tendo, portanto, aplicabilidade direta às relações privadas e vinculando as entidades públicas nas competências legislativa, administrativa e judicial. Na sequência, assentou o Tribunal que a determinação da igualdade ou desigualdade das situações requer a prévia definição do *padrão de igualdade*, definido como o critério de comparação que permite estabelecer entre as pessoas ou grupo de pessoas um juízo de comparativo. Dito de outro modo, apenas a partir da determinação de um fator de comparação é possível decidir se dois elementos devem ou não ser considerados iguais e, em vista disso, reclamam o mesmo tratamento jurídico. Sem olvidar a relevância da função negativa do princípio da igualdade, a Corte ressaltou que, no entanto, a proibição do arbítrio era “insuficiente para extrair do princípio da igualdade todas as potencialidades que nele se contêm”. Nessa linha de intelecção definiu o Tribunal Constitucional que para “reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, ser adequado e necessário para realizar tal fim e manter uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz ao fim visado”.

Houve, assim, um alargamento do sentido do princípio igualitário na jurisprudência do Tribunal Constitucional, para se reconhecer que há violação do princípio da igualdade não apenas nas hipóteses de discriminações arbitrárias (proibição do arbítrio), mas também nos casos em que “um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de tal natureza e de tal peso que possam justificar o tratamento desigual”. Essa nova dimensão do princípio igualitário fixada pelo Tribunal Constitucional inspirou-se em formulação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – conhecida como *neue Formel*¹⁸⁷⁴ – e que resulta num

da proibição do arbítrio pretende prioritariamente apresentar resposta à questão da distribuição de competências entre a justiça constitucional e o legislador.

¹⁸⁷⁴ (BVerfGE55, 72, 88). Ravi Afonso Pereira, *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, afirma que as operações exigidas pela *neue Formel* podem seguir o seguinte esquema: “(i) identificação de dois grupos de pessoas; (ii) análise da extensão da desigualdade de tratamento dada a esses dois grupos; (iii) análise da extensão das diferenças objectivas

estreitamento da liberdade de conformação do legislador com conseqüente ampliação dos limites de controle dos atos normativos pelo judiciário.

A partir dessa formulação, fica evidente que, para além da mera proibição do arbítrio, o legislador, na sua tarefa de conformação, está também vinculado a uma noção de proporcionalidade nos tratamentos desiguais que venha a estabelecer. Assim, identificado um fundamento material para a desigualdade de tratamento no caso concreto – o que implica que o tratamento desigual não foi arbitrário e, portanto, o controle de constitucionalidade não se contenta com a simples fórmula da proibição do arbítrio –, cabe analisar se o critério de comparação que fundamentou o tratamento diferenciado tem peso suficiente para justificar a intensidade deste, submetendo-o ao princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18, n.º 2, da Constituição portuguesa.

Essa articulação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade passou a ser, desde então e de um modo geral, utilizada pelo Tribunal Constitucional, diante da insuficiência da fórmula da proibição de arbítrio.

Nos últimos anos, as decisões do Tribunal lusitano em torno do princípio da igualdade – que tem sido nominada como jurisprudência da crise – produziu avanços no que se refere à construção da fórmula da *igualdade proporcional*, de modo a adaptar o princípio da proporcionalidade à estrutura peculiar do princípio igualitário.

O Acórdão n.º 396/2011 analisou a conformidade constitucional da Lei do Orçamento de Estado para 2011 que – embora ainda não refletisse os termos do programa de ajustamento económico e financeiro (maio de 2011), envolvendo o Governo de Portugal, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu – já estabelecia *medidas de austeridade* com base nos programas governamentais de estabilidade e crescimento. A redução remuneratória dos trabalhadores do setor público foi, dentre as medidas instituídas, a que gerou maior debate em meio à sociedade portuguesa. Um grupo de deputados da Assembleia da República requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19, 20 e 21 da Lei n.º 55-A, de 31 de dezembro de 2010 – a Lei do Orçamento de Estado para 2011. Trata-se dos dispositivos legais que estabeleceram redução remuneratória de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas, além de juizes e magistrados do Ministério Público, tendo os requerentes afirmado que esta

entre os dois grupos como razão para a diferenciação; (iv) juízo de ponderação entre a extensão da desigualdade de tratamento e a extensão das diferenças objectivas”.

consistia em diminuição de carácter definitivo, uma vez que a lei não estabeleceu cláusula de temporalidade. Alegou-se violação: a) do princípio do Estado de Direito (artigo 2º da Constituição), notadamente seu subprincípio da confiança; b) do princípio da igualdade, por discriminação negativa dos trabalhadores da Administração Pública, já que outros trabalhadores igualmente pagos com dinheiro público não sofreram redução em seus vencimentos; c) do direito fundamental à não redução do salário; e d) do direito de participação na elaboração da legislação laboral, por parte das entidades representativas dos trabalhadores.

No que se refere especificamente à alegação de violação do princípio da igualdade, registrou o Tribunal Constitucional que a abrangência do universo dos trabalhadores atingidos pela medida abarcava todo o perímetro da Administração Pública, entendida em seu sentido *lato*, excetuando as pessoas que auferissem menos de € 1.500¹⁸⁷⁵. Para a Corte portuguesa, a exceção estabelecida não violou o princípio da igualdade, já que a situação de pessoas que recebem remuneração mais baixa difere daquela de pessoas que auferem remuneração mais elevada, em especial para efeitos de redução salarial. Sob essa perspectiva, enfatizou-se que os efeitos negativos de uma redução remuneratória incidem de maneira muito mais intensa para aqueles que recebem salários mais baixos, quando em comparação com aqueles que recebem salários mais altos. Desse modo, asseverou o Tribunal Constitucional que o princípio igualitário não impõe, no caso concreto, “que as reduções remuneratórias sejam quantitativamente idênticas para todas as pessoas devendo antes ser proporcionais, em termos de justiça distributiva, ao valor mais ou menos elevado das remunerações auferidas”.

Mesmo afastando a alegação dos requerentes, a Corte se debruçou, ainda, sobre eventual violação do princípio da igualdade pela legislação contestada, relacionada ao fato de os destinatários das medidas de redução serem apenas trabalhadores do Estado e demais pessoas coletivas públicas, com exclusão, portanto, daqueles trabalhadores que auferem renda por atividade laboral subordinada aos setores privado e cooperativo, os trabalhadores por conta própria e, ainda, outros que auferem rendimentos de outra proveniência. Havia, casuisticamente, um esforço adicional em nome de todos imposto apenas aos servidores públicos. A questão a ser respondida era se, em nome da tutela de um interesse público que é de todos, estaria conforme o princípio constitucional da igualdade instituir sacrifícios patrimoniais a apenas uma categoria de trabalhadores, e não à generalidade dos cidadãos com idêntica capacidade

¹⁸⁷⁵ Também houve exceção legal para as pessoas mencionadas na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado, que percebessem retribuição inferior a 4.165 € que, no entanto, não mantivessem com o Estado ou outras entidades da Administração Pública relação jurídica de emprego com vínculo de subordinação. Nesses casos, o TC considerou que a ausência de vínculo laboral permitia justificar a diferenciação.

contributiva. Tratar-se-ia, para o Tribunal, de perquirir sobre o *princípio da igualdade perante os encargos públicos*, segundo o qual todos os cidadãos devem contribuir de igual forma para os encargos públicos, na medida de sua capacidade contributiva, o que refletiria na adoção de medidas de natureza tributária. Entenderam os julgadores que o princípio da igualdade perante os encargos públicos não deve ser automaticamente transposto para apreciar a constitucionalidade de medidas estatais que objetivam conter o déficit orçamental dentro de determinados limites¹⁸⁷⁶. Sob essa ótica, não caberia ao Tribunal Constitucional imiscuir-se nas escolhas políticas democráticas, amplamente discutidas, para apreciar “a maior ou menor bondade” das medidas implementadas, decisão constituinte da *margem de livre conformação política do legislador*. A tarefa do controle de constitucionalidade, nesse caso, constiria, para a Corte em analisar se as soluções impugnadas eram arbitrárias por representarem uma sobrecarga gratuita e injustificada a uma categoria específica de cidadãos. Estabelecida essa premissa, asseverou o Tribunal que aqueles que recebem seus salários a partir de verbas públicas não estão em posição de igualdade em relação ao restante dos cidadãos, razão pela qual o sacrifício adicional impingido não consistiu em tratamento injustificadamente desigual.

Embora sem referência expressa, o Acórdão fez uso da fórmula da igualdade proporcional. Com efeito, o Tribunal Constitucional não se limitou a constatar a existência de fundamento material para a desigualdade de tratamento para considerar a medida legislativa conforme o princípio da igualdade. O A Corte ocupou-se, ainda – e nisso está a essência argumentativa da decisão no que tange ao princípio igualitário –, em averiguar a proporcionalidade da desigualdade do tratamento estabelecido pelo legislador, colocando em prática a articulação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

No Acórdão nº 353, de 2012, o Tribunal Constitucional exerceu o controle de constitucionalidade da Lei do Orçamento do Estado para 2012, no âmbito da qual, para cumprir os limites quantitativos do déficit acordados com as instituições europeias e com o Fundo Monetário Internacional, instituíram-se novas medidas de austeridade, dessa feita direcionadas

¹⁸⁷⁶ Desenvolvendo a problemática, afirmou-se no Acórdão: “É sabido que a actuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a selecção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objecto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes”.

aos servidores públicos e aos pensionistas do sistema público de segurança nacional. Com efeito, a LOE 2012 previa redução remuneratória para essas categorias, a partir da suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal – os chamados 13º e 14º meses – dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas. No caso dos servidores públicos, a lei ainda mantinha a redução remuneratória prevista na Lei do Orçamento do Estado para 2011, julgada constitucional pelo Tribunal Constitucional. Quanto aos pensionistas, a lei de 2011 previa uma contribuição extraordinária de solidariedade, correspondente ao valor de 10% nas hipóteses de pensão mensal superior a € 5.000, medida também mantida pela lei de 2012. Esta incluiu entre os destinatários da medida de suspensão não apenas os reformados e aposentados do setor público, mas também aqueles ligados ao setor privado. Nessas categorias – servidores públicos e pensionistas – estavam abrangidas pela nova medida todas as pessoas com remunerações iguais ou superiores a € 600, sendo que, dessa vez, a temporalidade da medida de redução foi definida pela lei como sendo o mesmo período de vigência do programa de assistência econômica e financeira, ou seja, pelo menos, até 2014.

Novamente, um grupo de deputados da Assembleia da República contestou junto ao Tribunal Constitucional a constitucionalidade da lei, notadamente quanto à extensão da medida de redução salarial por mais um ano e quanto à suspensão dos subsídios de férias e de Natal dos servidores públicos e dos pensionistas (artigos 21 e 25 da Lei nº 64-B, de 30 de dezembro de 2011). Alegou-se que a Lei do Orçamento do Estado para 2012 ultrapassava os limites já estabelecidos pelo Acórdão nº 396, de 2011, violando os princípios da confiança, da igualdade – *igualdade perante a repartição de encargos públicos* – e da proporcionalidade. Aduziam os deputados que havia evidente dualidade de tratamento entre os cidadãos dos quais o Estado exigia sacrifício essencialmente por meio do pagamento de impostos, de um lado, e cidadãos que – além dos impostos – eram sobrecarregados, cumulativamente e de forma continuada “em escalada de montante e extensão temporal, através da amputação definitiva” de parcela significativa e de direitos relevantes que integram seus rendimentos. Quanto ao princípio da proporcionalidade, apontou-se violação da sua vertente da necessidade, haja vista que o legislador dispunha de meios alternativos menos drásticos para alcançar a finalidade pretendida.

Em seu julgamento, o Tribunal argumentou, inicialmente, que as novas medidas não estavam previstas no programa de assistência econômica e financeira acordado entre a República Portuguesa, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. Considerando, com base na legislação pertinente, que os subsídios de férias e de Natal possuem natureza remuneratória, o Tribunal Constitucional afirmou que a nova

medida representava uma diminuição dos meios de subsistência dos cidadãos destinatários da suspensão. Ademais, a Corte pontuou que se tratava de medida direcionada a onerar categorias de pessoas que já haviam sido atingidas pela lei de 2011, razão pela qual era cabível, no caso concreto, um controle judicial mais intenso da liberdade de conformação do legislador em matéria orçamentária.

Afirmou-se, no Acórdão, que o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos deve constituir um parâmetro necessário de atuação do legislador, a impor que todos devem contribuir, na medida de suas capacidades, para suportar os reajustamentos indispensáveis à sustentabilidade das contas públicas. Ao incidir exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas, as medidas questionadas exigiam um esforço adicional, em prol da comunidade, exclusivamente a algumas categorias de cidadãos.

O Tribunal reiterou seu entendimento – já externado no Acórdão nº 396, de 2011 – de que o tratamento desigual conferido àqueles que auferem verba pública quando em comparação com aqueles que percebem renda provenientes do setor privado estava assentado em fundamento material consistente na eficácia das medidas adotadas na produção de resultados a curto prazo para fins de redução do déficit público. Segundo a decisão – dentre as justificativas apresentadas pelo Governo¹⁸⁷⁷ – apenas essa (eficácia das medidas) subsistia como razão justificativa para a diferenciação no tratamento entre as duas categorias de cidadãos.

¹⁸⁷⁷ Quanto às outras justificativas, pontuou-se no Acórdão: “O *Relatório do Orçamento de Estado para 2012* acrescenta ainda que ‘não é [...] igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores’ e invoca essencialmente duas razões: os trabalhadores do Estado e outras entidades públicas beneficiam em média de retribuições superiores às do setor privado e têm uma maior garantia de subsistência do vínculo laboral. Deve, no entanto, afirmar-se que a diferença de níveis de remuneração não pode ser avaliada apenas em termos médios, pois os tipos de trabalho e de funções que são exercidos no setor público não são de modo nenhum necessariamente iguais aos do setor privado. Assim, essa diferença de remunerações médias teria de se demonstrar em face de cada tipo de atividade comparável, sendo certo que há funções muito específicas, incluindo funções de soberania, que só ao Estado e demais entidades públicas competem. Além disso, uma comparação tendo como critério a simples média do valor dos rendimentos auferidos nos dois setores, seria sempre insuficiente para justificar uma discriminação nos cortes dos rendimentos concretamente auferidos por cada um dos afetados. No que respeita à alegação da maior garantia de subsistência do vínculo laboral, apesar de ainda ser possível dizer-se que, na generalidade, se verifica uma maior segurança no emprego público, esse dado não é idóneo para justificar qualquer diferenciação na participação dos cidadãos, através de uma ablação de parte dos seus rendimentos, nos encargos com a diminuição do déficit público, como meio de garantir a sustentabilidade financeira do Estado, num período de emergência. Essa participação é exigível apenas àqueles que atualmente auferem rendimentos capazes de suportar tal contributo, sendo irrelevante para a medida dessa capacidade um valor como o da segurança no emprego. Em qualquer destes planos, o que releva considerar é que a suspensão dos subsídios de férias e de Natal afecta individualmente os trabalhadores do sector público em função do respectivo nível remuneratório, sendo indiferente, do ponto de vista da onerosidade da medida, que as remunerações globalmente consideradas na Administração Pública sejam superiores às que são auferidas pelos trabalhadores do sector privado ou que estes se encontrem em situação mais desfavorável no que se refere à garantia de empregabilidade. Por outro lado, a possível extensão da medida à generalidade dos trabalhadores – que está subjacente à argumentação adoptada no Relatório do Orçamento de Estado para 2012 – só afectaria aqueles que se encontram em situação de pleno emprego e na proporção dos rendimentos efectivamente auferidos. O que significa que as ponderações feitas pelo

Nada obstante, o Tribunal asseverou que “a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada”. Nessa linha de raciocínio, os julgadores sublinharam que “igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade”. Assim, afirmou-se, “a dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”.

Sob essa perspectiva, a igualdade articula-se com a proporcionalidade para consagrar que, embora justificada a desigualdade de tratamento de pessoas em situações substancialmente desiguais, a medida dessa desigualdade deve ser proporcionada e não excessivamente diferenciadora. Nessa senda, entendeu o Tribunal que a eficácia da medida adotada para a redução do déficit público (objetivo) não tinha valia suficiente para justificar a dimensão excessiva da diferença de tratamento, que, desse modo, ultrapassava os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

A Lei do Orçamento do Estado para 2013 foi também alvo de controle de constitucionalidade realizado no Acórdão nº 187, de 2013, do Tribunal Constitucional. Além de manter as medidas de redução remuneratória adotadas desde a lei de 2011, a lei de 2013 estabelecia a suspensão do pagamento do subsídio de férias, correspondente a 100% para os trabalhadores do setor público e a 90% para os pensionistas. Tratava-se, portanto, de medida que, em comparação às anteriores, importava em ônus superior à redução salarial prevista na lei de 2011, mas, teoricamente inferior ao impacto proposto pela lei de 2012. Embora tenha havido repartição mais equânime dos encargos públicos, a partir de elevação da carga fiscal imposta a todos os contribuintes, para os servidores públicos acumulavam-se os efeitos da persistente redução remuneratória, associados ao aumento da carga fiscal e, ainda, à suspensão das férias intentada pela lei de 2013.

Após a promulgação da Lei do Orçamento do Estado para 2013, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a apreciação da conformidade constitucional das normas que determinavam a suspensão do pagamento de férias dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas, bem como da norma que estabelecia a contribuição extraordinária

legislador não evidenciam uma situação de desigualdade que pudesse justificar a implementação da medida somente em relação a uma categoria de trabalhadores, mas, quando muito, apenas poderiam determinar que o Estado viesse a arrecadar uma maior receita no sector público relativamente ao mesmo universo de trabalhadores que fossem correspondentemente abrangidos no sector privado”.

de solidariedade. Dois dias depois, um grupo de deputados da Assembleia da República solicitou o controle de constitucionalidade das mesmas normas. Em seguida, outro grupo de deputados também apresentou pedido de fiscalização, no entanto, com objetivo mais amplo, para incluir a análise das medidas de agravamento da carga fiscal. Por fim, o Provedor de Justiça intentou um quarto pedido de controle de constitucionalidade, para que o Tribunal Constitucional apreciasse as medidas voltadas para os pensionistas. Nos quatro pedidos coincidiam os questionamentos referentes às medidas que afetavam os pensionistas: a suspensão de 90% das férias e a contribuição extraordinária de solidariedade.

Na decisão do Acórdão nº 187, de 2013 – a que mais revelou divergência de posicionamento dos conselheiros (oito pela inconstitucionalidade e cinco pela constitucoinalidade) –, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma da Lei do Orçamento do Estado para 2013 que estabelecia a suspensão do pagamento das férias dos trabalhadores do setor público, por violação aos princípios da igualdade na repartição dos encargos públicos e da igualdade proporcional. Também a norma que instituía a suspensão de 90% das férias dos pensionistas foi considerada inconstitucional por violação do princípio igualitário. De acordo com o Tribunal, a aplicação, ao caso concreto, da fórmula da igualdade proporcional para concluir se a desigualdade de tratamento adicional implementada era ou não excessiva, deveria considerar o efeito cumulado gerado pelas sucessivas medidas que atingiam especificamente os trabalhadores do setor público.

Invocando o princípio da igualdade proporcional, a Corte explicou que

“(...) o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará ‘imune a um juízo de proporcionalidade’ (acórdão n.º 353/2012). A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido –, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação”.

Aplicando tais premissas à questão da repartição dos encargos públicos, o Tribunal considerou que

“Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001) –, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis. Apesar do reconhecimento de uma diferença justificativa de (alguma) desigualdade de tratamento, não pode ignorar-se que subsiste entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados pela opção expressa no artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de outro ponto de vista também digno de consideração (o da justa repartição dos encargos públicos), uma dimensão de igualdade a que a solução de diferenciação não poderá ser insensível. De outro modo, a distinção introduzida no âmbito da repartição dos encargos públicos não se revela proporcional à medida daquela diferença, tornando-se intolerável, do ponto de vista daquela dimensão da igualdade.”

A noção de igualdade proporcional – introduzida no Acórdão n.º 353/2012 e desenvolvida de modo mais aprofundado no Acórdão n.º 187/2013 – revela que o tratamento desigual justificado pela diferença de situações também deve enfrentar um escrutínio de proporcionalidade. Sob essa ótica, a igualdade jurídica a ser alcançada não se confunde com a ideia de igualitarismo, antes se associa a uma concepção de igualdade proporcional, que impõe que “a dimensão da desigualdade de tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva” (trecho do Acórdão n.º 353/2012). No Acórdão n.º 187/2013, o Tribunal Constitucional acrescenta também que os efeitos cumulativos dos sacrifícios impostos às mesmas pessoas, em nome do interesse público, sem equivalente para outras categorias de cidadãos, implicam violação do princípio da igualdade proporcional por se revelar excessiva.

Embora não se vá abordar a temática de maneira aprofundada nesse espaço, é importante elucidar, de antemão, que a ponderação não é aqui compreendida como uma técnica de solução de conflitos jusfundamentais que necessariamente resulta na preeminência de um direito sobre o outro, em contraposição ao método da concordância prática, que prima pela

harmonização dos bens e interesses em questão¹⁸⁷⁸. Também não se perfilha o entendimento de que a ponderação¹⁸⁷⁹ contrapõe-se a qualquer método de racionalização da atividade jurisdicional, a exemplo da aplicação da proporcionalidade, nas suas três vertentes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A existência de conflito entre direitos fundamentais no caso concreto e a necessidade de ponderação¹⁸⁸⁰, ao revés de significar a arbitrariedade e o decisionismo, devem, pelo contrário, forçar mais desvelo do julgador na fundamentação de sua decisão, com justificação das limitações impostas – sejam elas decorrentes da compreensão da natureza e sentido do direito, ou ainda da colisão com outros preceitos fundamentais –, com aplicação do princípio da proporcionalidade, garantindo-se, assim, a legitimidade e conformidade constitucional do *decisum*. Além da observância do princípio da proporcionalidade – *pauta procedimental da ponderação de interesses*¹⁸⁸¹ –, deve-se considerar a dignidade da pessoa humana que pode atuar como verdadeiro critério substantivo nos processos decisórios envolvendo conflitos jusfundamentais.

Já se mencionou que o método de avaliação da proporcionalidade realiza-se em três etapas¹⁸⁸²: a) adequação; b) exigibilidade ou necessidade; c) proporcionalidade em sentido

¹⁸⁷⁸ Na proposta de Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 133-134, “O objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, a sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese. Para isso, a concordância prática, na qualidade de diretriz metodológica, pode valer-se de todo arsenal hermenêutico disponível: os elementos clássicos de interpretação, a equidade, a proporcionalidade, as técnicas modernas de interpretação constitucional, etc.”.

¹⁸⁷⁹ Para Javier Barnes, *El principio de proporcionalidad*, p. 35, afirma que “la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad *en sentido propio* no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios.”

¹⁸⁸⁰ Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 91 e ss., propõe o emprego da técnica da ponderação em três etapas: I) identificação dos enunciados normativos em tensão. Devem ser levados em consideração, nesta fase, apenas os elementos normativos em conflito. Interesses, bens, valores etc. poderão ingressar na primeira etapa da ponderação jurídica, desde que possam ser descritos juridicamente e encontrem suporte em algum elemento normativo do sistema; II) identificação dos fatos relevantes. Neste estágio, devem ser examinadas as circunstâncias concretas do caso, bem como suas repercussões sobre os elementos normativos identificados; III) decisão. Trata-se do momento de definir se é possível a conciliação dos elementos normativos em conflito ou se algum deles irá preponderar. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 144, por sua vez, apresenta uma proposta de aplicação da ponderação com as seguintes fases: I) preparação da ponderação (análise exaustiva de todos os elementos e argumentos pertinentes); II) realização da ponderação (fundamentação da relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento); III) reconstrução da ponderação (formulação de regras de relação com pretensão de validade para além do caso).

¹⁸⁸¹ Cfr. Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 78.

¹⁸⁸² É relevante pontuar, no entanto, que há doutrinadores que entendem ser o princípio da proporcionalidade formado por quatro elementos estruturais, realizando uma cisão da idoneidade em dois subelementos: a legitimidade dos fins estatais a serem alcançados com a medida restritiva; e a idoneidade propriamente dita, cuja tarefa se limita a verificar a potencialidade empírica do meio para o alcance dos fins previamente definidos como justificados. Cfr. Mathias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 8. De outro modo, há quem defenda que o conteúdo do princípio da proporcionalidade se exaure nas exigências da adequação e necessidade. Para os autores, a proporcionalidade em sentido estrito exige ponderação que “carece de padrões

estrito¹⁸⁸³. A máxima da adequação refere-se à aptidão ou idoneidade da medida adotada para o alcance dos fins estabelecidos. Deve haver, portanto, congruência entre o meio escolhido e os resultados que se pretende alcançar. A exigibilidade ou necessidade, por sua vez, impõe que a intervenção estatal seja a menos gravosa possível na busca do objetivo colimado. Vale, nessa etapa, a ideia da *mínima lesividade* aos bens restringidos em função da medida, sendo que esta não passará no teste da proporcionalidade – na sua dimensão necessidade – se ficar demonstrado que o resultado poderia ter sido obtido por meio de ato que ocasionasse menor ingerência nos direitos e interesses afetados. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito avalia o custo-benefício da ação, determinando que os benefícios conquistados sejam maiores que os sacrifícios suportados pelos interesses contrapostos.

O princípio da proporcionalidade é importante instrumento de resolução dos conflitos jusfundamentais, capaz de determinar, na prática, se a limitação de um direito fundamental por outro é justificada ou se constitui uma lesão a ser reparada. Trata-se, como visto, de um conjunto de critérios ou ferramentas que permite verificar a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais¹⁸⁸⁴. Desse modo, o juízo de proporcionalidade, com suas etapas analíticas, impede o sacrifício inútil, além do necessário ou desequilibrado, de um direito em favor de outro. Para tanto, é necessário considerar os fins adotados pela norma ou, no caso concreto, pela sua aplicação. Sim, porque é a partir dos objetivos determinados (em benefício de um direito) – e dos meios empregados para alcançá-los (que podem significar restrição a outro direito) – que será possível submeter a medida ao crivo do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, tal como é conhecido nos dias atuais, iniciou-se no período posterior ao da Segunda Guerra Mundial, com o advento das Constituições normativas¹⁸⁸⁵. Com efeito, a configuração da Constituição

racionalis e vinculativos”, motivo pelo qual não é lícito que a jurisdição constitucional afaste as escolhas do legislador com base em critérios puramente subjetivos. Cfr. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*, p. 79 e ss.

¹⁸⁸³ Javier Barnes, *El principio de proporcionalidad*, p. 16, afirma que o ato limitador será considerado inválido, a partir do princípio da proporcionalidade, se se verificar sua inutilidade, desnecessidade e desequilíbrio do sacrifício. Ou, em outros termos, “si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego”.

¹⁸⁸⁴ No dizer de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 81, operando como critério metodológico, “el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”.

¹⁸⁸⁵ Cfr. Jorge Alguacil González-Auriolles, *Igualdad, diferencia, proporcionalidad*, p. 61. Nas palavras do autor, “existe así una íntima conexión entre la pretensión de normatividad de la Constitución y el uso de la proporcionalidad.” Aharon Barak, *Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 181-183 e 201-202, assevera que, no período posterior ao da Segunda Guerra Mundial, observa-se relevante modificação na

como norma jurídica com força normativa própria exige que seja assegurada a vinculação de todos os poderes públicos aos preceitos, valores e princípios constitucionais.

O desenvolvimento experimentado pelo princípio da proporcionalidade resultou na sua extensão a praticamente todos os ramos do Direito, tornando-o instrumento crucial de controle dos poderes públicos na efetivação dos direitos fundamentais. Nada obstante, convém atentar para o risco de excessiva redução da liberdade do legislador, com conseqüente ampliação desmesurada do poder de controle por parte do Poder Judiciário. A legitimidade democrática, no âmbito de uma Constituição dirigente, atribui ao legislador uma liberdade dirigida, conferindo também ao controlador jurídico legitimidade para exercer sua função de controle, conforme os valores constitucionais.

Refletindo sobre os limites do controle judicial do princípio da igualdade, Miguel Nogueira de Brito, aduz que o fato de o princípio da igualdade poder descortinar diversos níveis de compreensão e concretização não quer dizer que todos os poderes do Estado estão igualmente autorizados a concretizá-lo com a mesma intensidade¹⁸⁸⁶. Deve-se, então, ter em mente que a vinculação do órgão que concretiza o princípio da igualdade, extraindo dele seu conteúdo constitucional, é mais ampla do que a função de controle a ser exercida pelos tribunais, sob pena destes, a pretexto de exercer sua tarefa, usurpem completamente as funções dos demais poderes do Estado, afetando a própria legitimidade do Poder Judiciário. Dito de outro modo, há uma diferença entre a igualdade como *norma de ação* – concretização do princípio igualitário – e a igualdade como *norma de controle*.

Com efeito, entre os poderes públicos, a ponderação abstrata sobre a concretização dos direitos fundamentais – ainda que tal tarefa possa envolver bens jurídicos conflitantes no âmbito do sistema de valores constitucionais – compete genuinamente, por legitimidade democrática, ao legislador conformador, a quem caberá a tarefa de integrá-los de forma a

teoria constitucional a partir do novo paradigma do princípio da proporcionalidade. A Lei Fundamental de Bonn, aliada à jurisprudência e doutrina alemãs, influenciou o sistema constitucional de diversos países, difundindo institutos, como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Iddo Porat e Moshe Cohen-Eliya, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, p. 13, apontam o direito alemão como origem do princípio da proporcionalidade enquanto limite jurídico à ação dos poderes públicos. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 407, no entanto, embora reconheça a importância da jurisprudência e doutrina alemãs para a consolidação do atual sentido do princípio da proporcionalidade, aponta a Suíça como sendo o primeiro país a aplicar tal princípio no Direito Constitucional. Nesse sentido, Alec Stone Sweet e Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, p. 103-104, referem-se à decisão da Suprema Corte da Suíça (Bundesgericht [BGer] [Federal Court] Sept. 24, 1926, 52 Entscheidungen des Schweizerischen [BGE] I 222), datada de 1926 – portanto, anterior à Lei Fundamental de Bonn –, que considerou inconstitucionais regulamentos de saúde que restringiam, de maneira desproporcional, o direito fundamental à livre iniciativa privada.

¹⁸⁸⁶ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Medida de Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*, p. 110.

executar, vinculadamente e de maneira otimizada, os fins assegurados pela Constituição. Aos órgãos jurisdicionais caberá oferecer adequada proteção dos direitos fundamentais e dos bens e valores protegidos constitucionalmente, justificando objetivamente suas decisões. É nesse ponto que o princípio da proporcionalidade exerce papel fundamental, outorgando um mínimo de racionalidade e objetividade ao processo decisório.

Desse modo, importa estabelecer que a proporcionalidade se constitui como um princípio de *caráter relativo*, pois não encerra proibições abstratas ou absolutas, antes busca solucionar a situação sob análise, seja a partir da norma, seja a partir de sua aplicação ao caso concreto. Nessa linha de intelecção, não resulta na prescrição definitiva de uma medida ou instrumento, tampouco legitima isolada e permanentemente determinado objetivo. Trata-se, ainda, de um princípio *relacional* sob a perspectiva de comparação de dois elementos: “os meios à luz do fim”¹⁸⁸⁷. Se os meios adotados e o fim perseguido não forem, por si sós, ilícitos, parte-se para o exame da adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito) da medida em relação às repercussões restritivas operadas sobre outros direitos fundamentais. Intensifica-se a característica relacional do princípio da proporcionalidade quando se está diante de sua aplicação à igualdade, a gerar a equação *igualdade proporcional*, já que, neste caso, ter-se-á que comparar a situação dos sujeitos destinatários à dos preteridos pela medida de tratamento diferenciado, para estabelecer se o grau de diferenciação é justificável.

No que tange à sua aplicação no âmbito da igualdade, a proporcionalidade se apresenta como um mecanismo de controle de medidas concretas adotadas em busca da efetivação da cláusula igualitária. Embora guardem relevante relação, igualdade e proporcionalidade não se confundem. Enquanto a igualdade pressupõe uma comparação entre diferentes fatos e tratamentos, a proporcionalidade implica uma confrontação entre os meios empregados e o objetivo desejado de uma medida igualitária concreta. São justamente essas vertentes que precisam ser conjugadas para a aplicação da *igualdade proporcional*.

No direito alemão, inicialmente se aplicou a proporcionalidade exclusivamente para controlar as limitações aos direitos de liberdade e, apenas posteriormente, passou-se a utilizar o mesmo esquema para a cláusula da igualdade¹⁸⁸⁸.

Na sentença nº 154, de 2006, o Tribunal Constitucional da Espanha usa expressamente o princípio da proporcionalidade para justificar um controle mais intenso das

¹⁸⁸⁷ Cfr. Javier Barnes, *El principio de proporcionalidad*, p. 17.

¹⁸⁸⁸ Jorge Alguacil González-Aurioles, *Igualdad, diferencia, proporcionalidad*, p. 59, explica que a relação entre a proporcionalidade e a igualdade, na recente jurisprudência alemã é evidente: enquanto aquela faz parte do juízo de igualdade, esta, ao contrário, não se aplica ao juízo de proporcionalidade.

diferenciações de trato proibidas pelo artigo 14 da Constituição espanhola, as chamadas *categorias suspeitas*. Diferencia, assim, entre o princípio genérico da igualdade – que imporia exclusivamente um juízo de razoabilidade – e as proibições expressas de discriminação, que impõem um juízo mais severo. Assim, o princípio da igualdade exigiria não somente que o tratamento diferenciado fosse objetivamente justificado, mas que superasse, ainda, um juízo de proporcionalidade em sede constitucional sobre a relação existente entre a medida adotada, o resultado produzido e a finalidade pretendida.

A evolução da concepção de igualdade proporcional nas decisões do Tribunal Constitucional português evidenciou que sua fórmula não consiste na mera transposição dos testes próprios do princípio da proporcionalidade para o princípio igualitário, para avaliação da conformidade constitucional de uma medida legislativa que afete direitos fundamentais¹⁸⁸⁹.

Essa conclusão é válida também para as hipóteses de tratamento diferenciado estabelecido pelas ações afirmativas, que envolvem as categorias suspeitas, como as medidas de promoção da igualdade racial. Nesses casos, o controle do princípio igualitário não se restringe à proibição do arbítrio, mas agrega a proibição de tratamento desigual sem fundamento de peso que justifique a diferença de tratamento quando em comparação os destinatários das medidas e aqueles que não foram por elas beneficiados.

Miguel Nogueira de Brito explicita que, enquanto o exame da violação do princípio da igualdade envolve dois passos – a) a verificação de um tratamento desigual; e b) a justificação jurídico-constitucional desse tratamento desigual –, o exame da violação de um direito de liberdade envolve três níveis – a) a determinação do âmbito de proteção do direito em questão; b) a restrição do mesmo; e c) a respectiva justificação¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁹ “Parece resultar desta jurisprudência que, verificada uma *situação de desigual tratamento de grupos de pessoas* – independentemente de a desigualdade se fundar em diferenças preexistentes ou de as diferenças resultarem exclusivamente dos fins prosseguidos pelo legislador –, o princípio da igualdade exige que tal tratamento seja adequado, necessário e razoável por referência ao fim que o justifica. Mas não só: os sacrifícios impostos a um dos grupos não podem ser excessivos, ou seja, não podem suplantar as vantagens que, do ponto de vista do fim prosseguido com o tratamento desigual, são atribuídas ao outro grupo. O ponto de partida é a verificação de uma desigualdade de tratamento materialmente fundada – de outro modo haverá desde logo arbítrio. Segue-se a avaliação da justa medida e do equilíbrio das diferenças de tratamento relativamente ao respetivo fim e, bem assim, em relação às vantagens e desvantagens que resultam da desigualdade. Verifica-se, por conseguinte, que a igualdade proporcional exige um escrutínio mais intenso do que a simples verificação da existência de um fundamento material aplicável no âmbito do controlo da proibição do arbítrio”. Ver o Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal apresentado na XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, intitulado *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, p. 79.

¹⁸⁹⁰ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Medida de Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*, p.115.

Quando os poderes públicos adotam ações afirmativas levando em consideração o fator raça, verifica-se a existência de um tratamento diferenciado entre os destinatários da medida – pertencentes ao grupo étnico-racial vulnerabilizado –, aos quais será concedido um benefício, e as pessoas não atingidas pela medida – por não fazerem parte do grupo étnico-racial vulnerabilizado. Detectada a existência do tratamento diferenciado, deve-se partir para a justificação jurídico-constitucional da medida. Em se tratando de medida que envolve categoria suspeita, como a raça, há necessidade de justificação ainda mais criteriosa para afastar a suspeição, apresentando elementos que demonstrem que o tratamento diferenciado almeja a promoção da igualdade racial e não a discriminação rática.

Mas não basta evidenciar que a medida não está em desacordo com os valores jurídico-constitucionais e que objetiva concretizá-los. Faz-se mister, ainda apreciar a ação afirmativa, sob a ótica do *grau de diferenciação imposto* entre os sujeitos a partir: a) de sua relação com os objetivos perseguidos (o que impõe que as medidas sejam impostas em grau adequado, necessário e não excessivo); b) da comparação entre a categoria de sujeitos que recebe tratamento desigual – ou seja, aqueles que são afetados e aqueles que não são afetados pela medida; e, por fim, c) da conjunção da extensão da desigualdade de tratamento verificada com a relevância da finalidade de interesse público perseguida¹⁸⁹¹.

Aplicando-se tais premissas ao tratamento diferenciado instituído por ações afirmativas de promoção da igualdade racial, é preciso definir o grau de diferenciação imposto pela medida. Tome-se, por exemplo, a reserva, para pessoas negras, de 20% das vagas para cargos em concursos públicos federais, conforme ocorre por determinação legal no Brasil. Primeiramente deve-se verificar a relação desse grau de diferenciação com os objetivos perseguidos pela ação afirmativa – qual seja o aumento da representatividade da população negra nos quadros de servidores públicos federais –, de modo que a medida imposta seja adequada, necessária e não excessiva.

Para atendimento da idoneidade, deve-se questionar se a cota racial determinada é medida apta a alcançar o fim pretendido. Ou seja: a reserva de um percentual de 20% para pessoas negras tem aptidão para gerar a inclusão desse grupo racial vulnerabilizado nos quadros do serviço público federal?

Na sequência, é preciso avaliar a necessidade ou exigibilidade da cota racial para lograr êxito no seu intento de promoção da igualdade racial nesse setor, de modo que a

¹⁸⁹¹ Cfr. Ravi Afonso Pereira, *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, p. 353.

intervenção estatal seja minimamente gravosa, ou, dito de outro modo, cause menor ingerência nos direitos e interesses afetados. Aqui os bens e direitos afetados dizem respeito, em linhas gerais, aos candidatos não pertencentes ao grupo beneficiário da medida.

Pelo que foi até aqui abordado, pode-se presumir, equivocadamente, que a avaliação dos atos concretos a partir das três etapas do princípio da proporcionalidade é tarefa simples. Ocorre que o afastamento da medida considerada desproporcional não pode se dar a partir de meras conjecturas, devendo-se a reprovabilidade do ato decorrer de evidente não atendimento dos critérios que compõem o princípio da proporcionalidade. Ademais, não é tarefa de tal princípio estabelecer um juízo positivo, ou seja, apontar soluções mais idôneas, necessárias ou proporcionais que a intervenção pública sob análise, e sim invalidar aquela medida que se situe no *extremo inferior* da escala da proporcionalidade¹⁸⁹². Caso contrário, estar-se-á admitindo, sob as vestes do princípio da proporcionalidade, exacerbado ativismo/subjetivismo judicial, neutralizador da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade administrativa (quando lícita e constitucional).

Na prática, é difícil afirmar com algum grau de certeza que outra medida mais moderada traria resultados tão ou mais igualitários (racialmente) que os alcançados pela medida promovida pelos poderes públicos, notadamente quando se trata de mecanismos inéditos ou recentes no contexto social observado, como as cotas raciais em concursos públicos. O que se quer dizer é que, a pretexto de exercer o controle dos atos poderes públicos, com a utilização do princípio da proporcionalidade, não pode o Poder Judiciário afastar ações afirmativas raciais a partir da mera conjectura de que outras medidas seriam mais eficazes ou menos gravosas. A partir da perspectiva da divisão dos poderes, a simples existência de alternativa mais moderada não permite a conclusão de que a medida é desproporcional em termos jurídicos. Apenas nas hipóteses em que se *evidencie* a existência de alternativa menos restritiva, capaz de alcançar o fim proposto com a mesma efetividade, poder-se-á concluir pela desproporcionalidade da medida¹⁸⁹³.

Ainda na persecução da primeira etapa de avaliação da igualdade proporcional – referente ao *grau de diferenciação* e sua relação com o resultado pretendido –, ter-se-á que ponderar se há desequilíbrio no sacrifício imposto, por gerar mais prejuízos do que benefícios ao conjunto de bens, direitos e interesses em jogo. Nesse ponto, importa perquirir se a reserva

¹⁸⁹² Cfr. Javier Barnes, *El principio de proporcionalidad*, p. 28-29. Leciona o autor que o princípio tem por objeto expulsar resoluções, atos e normas que incorram manifestamente em um “sacrifício inútil, absolutamente innecesario o desproporcionado”.

¹⁸⁹³ Cfr. Javier Barnes, *El principio de proporcionalidad*, p. 26.

de vagas estabelecida pelas cotas raciais é excessiva, por impingir demasiado sacrifício aos interesses em tensão, em especial àqueles dos candidatos não alcançados pela medida. Em outras palavras: seria a reserva de vagas, tanto no percentual estabelecido quanto no próprio de modo de inclusão instituído, excessivamente restritiva do acesso de pessoas não negras aos cargos em disputa? Decerto que também o elemento temporal será relevante nessa etapa da avaliação, tendo em vista que o prolongamento indeterminado e injustificável da medida poderá implicar sacrifício excessivo, tornando-a desproporcionada. Daí porque os efeitos da ação afirmativa ao longo do tempo devem ser monitorados e avaliados, respeitando-se sua característica de temporalidade, ligada aos objetivos primordiais da política pública em questão.

Numa segunda fase de análise, deve-se cotejar o *grau de diferenciação* com a comparação entre as categorias de sujeitos que recebem o tratamento desigual. Em termos simples, é preciso verificar se a comparação entre os grupos étnico-raciais envolvidos se coaduna com o tratamento diferenciado estabelecido. Ou seja: o *grau de diferenciação* guarda relação com as desigualdades e obstáculos enfrentados pela população negra para aceder a cargos do serviço público, quando em comparação com a população não negra? Por óbvio que o exercício comparativo só será possível observando-se elementos como: a) as relações sociorraciais no contexto analisado; b) a proporção dos grupos étnico-raciais na população local; c) a representatividade dos grupos étnico-raciais nos espaços de poder e decisão, em especial na esfera de atuação na qual se aplica a medida; etc. Todos esses fatores em conjunto auxiliarão a definir, até mesmo, se o critério de *discrímen* adotado é relevante e tem peso suficiente para justificar o tratamento diferenciado.

Enfim, resta averiguar se a relevância da finalidade de interesse público perseguida é suficiente para justificar a extensão da desigualdade de tratamento implementada. Em primeiro lugar, deve-se avaliar se a busca por igualdade de oportunidades para pessoas pertencentes ao grupo étnico-racial vulnerabilizados reveste-se de especial interesse público, para, então, concluir se a relevância dos fins almejados justifica o grau de diferenciação e, por conseguinte, a extensão que este confere à desigualdade de tratamento entre as duas categorias de sujeitos envolvidos. Nessa última etapa é crucial a avaliação do contexto social e de suas condicionantes histórico-políticas, assim como os demais elementos apresentados quando da teorização sobre o conteúdo essencial do direito à igualdade racial. De todo modo, saliente-se, ao menos que a relevância do interesse público associado às cotas raciais guarda relação com a necessidade de (re)distribuição entre os grupos étnico-raciais dos bens, direitos e status, tendo em vista a persistência das desigualdades raciais historicamente determinadas e ainda persistentes na sociedade brasileira.

É nesse sentido que a vinculação do legislador ao princípio da igualdade “se exprime através da distribuição de direitos e deveres entre os membros da comunidade”, operando de modo que a proporcionalidade se associa à ideia de justiça distributiva, implicando, por conseguinte, a igualdade proporcional uma rejeição da igualdade em termos absolutos¹⁸⁹⁴.

Trata-se, no caso concreto, de medida de reparação histórica, sem a qual a justiça distributiva não poderá ser concretizada. Mas, além disso, trata-se de providência democratizante. Isso porque não se pode afirmar que, sob a égide de um Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais, uma sociedade possa considerar-se efetivamente democrática se a diversidade étnico-racial da sua população não está retratada nas instituições públicas e privadas, evidenciando a manutenção do racismo institucional, enquanto sistema de opressão que sustenta a supremacia branca.

Pelo exposto, verifica-se que a concepção de igualdade proporcional pode figurar como importante instrumento de avaliação de ações afirmativas raciais, sendo capaz de servir de parâmetro ao legislador para a concretização do direito fundamental à igualdade racial, na sua vertente promocional, mas também de método de controle jurisdicional das políticas públicas de promoção da igualdade racial.

¹⁸⁹⁴ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Medida de Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*, p.115.

PARTE III – O regime jurisprudencial do direito à igualdade racial no Brasil

– CAPÍTULO I – DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Inicialmente, frise-se que – não havendo intenção, neste espaço, de esgotamento das temáticas envolvendo as dimensões do direito à igualdade racial – a pretensão do presente trabalho é explorar prioritariamente os aspectos que mais contribuam para a compreensão e aprofundamento do objeto de estudo. Dessa maneira, procurou-se abordar as vertentes da prerrogativa jusfundamental estudada as quais – com maior ou menor intensidade – têm sido objeto de apreciação do Poder Judiciário, abrindo espaço para a aplicação de algumas das premissas definidas nas fases antecedentes deste trabalho.

Seguindo essa lógica, o intento principal desta terceira parte da investigação é trazer à baila o tratamento das dimensões da igualdade racial pelo sistema de justiça brasileiro – notadamente pela jurisprudência. Embora traga em seu título expressa referência ao regime jurisprudencial do direito à igualdade racial no Brasil, não se pretende limitar esta etapa do estudo apenas à análise de decisões judiciais. Estas – que, sem exclusividade, serão o foco final da tese – foram citadas e comentadas a contento nas demais partes do trabalho. Vislumbra-se, portanto, avaliar a postura dos órgãos do sistema de justiça – o que envolve também medidas extrajudiciais – ante cada uma das dimensões que compõem a igualdade racial, sem prejuízo do cotejamento com as posições aqui assumidas.

A primeira vertente igualitária a ser abordada será o direito à não discriminação racial, prerrogativa integrante do núcleo essencial da igualdade racial; seu conteúdo mínimo.

A partir do caso Simone Diniz, o tópico inicial retrata o modo como os órgãos do sistema de justiça vinham compreendendo a configuração dos crimes raciais e levaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a apontar o racismo institucional como inerente ao sistema de justiça brasileiro. Sem prejuízo dessa realidade de reprodução do racismo institucional pelos órgãos do sistema de justiça, o tópico seguinte será dedicado a posicionamentos mais recentes do Judiciário brasileiro, em especial no que se refere à distinção

entre injúria racial e racismo e os consequentes impactos para a responsabilização criminal dos autores de tais práticas discriminatórias. Por fim, será explorada a questão da vinculação dos particulares ao direito à não discriminação racial nas relações contratuais, seara por muitos ainda considerada relativamente imune aos efeitos dos direitos fundamentais.

1. Racismo institucional e o caso Simone Diniz

Dos 71 casos admitidos¹⁸⁹⁵ contra o Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no período de 1998 a 2018, 18 tiveram decisão de mérito¹⁸⁹⁶, dentre os quais o emblemático caso Simone André Diniz. Trata-se do primeiro contencioso internacional contra o Estado brasileiro por violação de direitos humanos na seara da discriminação racial.

Em 21 de outubro de 2006, a Comissão decidiu o mérito do caso nº 12.001¹⁸⁹⁷, que marcou o reconhecimento internacional do racismo institucional no sistema de justiça brasileiro. O relatório de mérito publicado pela CIDH é paradigmático por sua abrangência. O documento explicita a relevância jurídica e social da raça, ao projetar a discriminação racial praticada em relação de natureza eminentemente privada para a análise da introjeção do racismo estrutural e sistemático nos procedimentos das instituições jurídicas brasileiras.

No dia 2 de março de 1997, Aparecida Gisele Mota da Silva publicou nos classificados do jornal *A Folha de São Paulo* anúncio por meio do qual manifestava interesse em contratar empregada doméstica, de preferência, de cor branca¹⁸⁹⁸. Interessada no emprego, Simone André Diniz entrou em contato pelo telefone indicado e se apresentou como candidata à vaga. Na ocasião, Simone foi atendida por Maria Tereza – designada pela anunciante para a tarefa de atender aos telefonemas referentes ao anúncio –, que indagou a cor da pele da

¹⁸⁹⁵ As decisões de admissibilidade concluem se a petição satisfaz os requisitos estabelecidos pelos artigos 46 e 47 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na forma dos artigos 30 a 36 do Regulamento da CIDH. Decidindo-se pela admissibilidade, a petição se converte em um caso, passando-se, então, à análise do mérito.

¹⁸⁹⁶ Na análise de mérito, a CIDH decide se houve violações a direitos humanos, nos termos dos artigos 48 e 50 da CADH e dos artigos 38, 39, 43 e 44, do Regulamento da Comissão. Nas hipóteses de configuração de violação de direitos humanos, expedem-se recomendações ao Estado. Uma vez aprovado, o relatório de mérito é de caráter confidencial (artigo 50 da CADH), sendo que a comissão notifica apenas as partes (Estado e peticionário), sem prejuízo de posterior publicação do relatório, nos termos do artigo 51(3) da convenção.

¹⁸⁹⁷ CIDH – OEA, Relatório nº 66/06, Caso 12.001, mérito, Simone André Diniz, Brasil, 21 de outubro de 2006. Disponível em «<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

¹⁸⁹⁸ Nos exatos termos: “doméstica. Lar. P/ morar no empr. c/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele.”

candidata. Ao se declarar negra, Simone Diniz foi informada de que não preenchia os requisitos para o emprego.

Assistida pela Subcomissão do Negro da Ordem dos Advogados do Brasil, a vítima apresentou *notitia criminis* à Delegacia de Investigações de Crimes Raciais, que instaurou, em 5 de março de 1997, o Inquérito Policial nº 10.541/97-4, para apurar a suposta violação do artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989, que define como crime a prática de discriminação ou preconceito de raça.

Apurado o fato pela autoridade policial, o inquérito foi relatado e encaminhado para a Justiça Criminal, em 19 de março de 1997. Dada ciência ao Ministério Público – órgão responsável pelo oferecimento de denúncia para instauração da ação penal pública –, seu representante se manifestou pelo arquivamento do inquérito policial, em 2 de abril de 1997, sob o argumento de inexistência de provas da prática de racismo, razão pela qual não haveria base para o oferecimento de peça acusatória. Com fundamento nas razões expostas pelo Ministério Público, o juiz proferiu sentença de arquivamento, em 7 de abril de 1997.

Não havendo mais possibilidade de recurso ao Poder Judiciário brasileiro, Simone Diniz foi assistida por instituições de direitos humanos que *internacionalizaram* o caso, submetendo-o à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A petição contra a República Federativa do Brasil foi apresentada, em outubro de 1997, pelas seguintes instituições: Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e Instituto do Negro Padre Batista. Alegou-se violação dos artigos 1º, 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como dos artigos 1º, 2º (a), 5º (a) (I) e 6º da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR).

Os peticionários aduziram, em síntese, que o Estado não garantiu o pleno exercício dos direitos à justiça e ao devido processo legal, além de ter falhado na apuração do crime de discriminação racial noticiado por Simone Diniz, em nítido descumprimento das obrigações previstas na Convenção Americana. Asseverou-se, ainda, que o inquérito policial recolheu indícios de prova suficientes para sustentar a denúncia por ofensa ao artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716, de 1989, mesmo porque o simples anúncio discriminatório já configuraria crime punível nos termos do artigo 20, § 2º, da mesma Lei¹⁸⁹⁹. Requereu-se a responsabilização do Brasil pela

¹⁸⁹⁹ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

(...)

violação dos direitos apontados; a expedição de recomendação para que o Estado apurasse os fatos; a condenação do Brasil ao pagamento de indenização à vítima, bem como à realização de publicidade sobre a resolução do caso, como prevenção de futuras discriminações baseadas na cor/raça.

Em 2002, a Comissão publicou o Relatório de Admissibilidade nº 37, considerando-se competente para analisar o mérito do caso. No curso do processo, embora tenham as partes, inicialmente, sinalizado no sentido de uma solução amistosa, em 12 de dezembro de 2003, os petionários desistiram do procedimento amistoso¹⁹⁰⁰, em razão da inexistência de proposta de acordo por parte do Estado brasileiro.

Conforme se apurou no inquérito policial, a anunciante justificou sua conduta afirmando que seus filhos sofreram experiência negativa com uma empregada negra que os maltratava. Segundo os petionários, o Ministério Público teria se baseado nesse argumento não comprovado nos autos para arquivar o inquérito policial, sendo que o juiz, mesmo não estando adstrito à opinião ministerial, procedeu ao arquivamento do procedimento investigatório. Aduziu-se, ainda, que o Estado brasileiro descumpriu os compromissos previstos na Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em especial: a) condenar a discriminação racial; b) zelar para que as autoridades públicas nacionais ou locais atuem em conformidade com essa obrigação; c) garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça e de cor, bem como o direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer órgão que administre a justiça; d) assegurar a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos eficazes, perante os tribunais nacionais e outros órgãos estatais, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à Convenção, violem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais; e) proporcionar o direito à reparação justa e adequada pelos danos causados pela discriminação racial.

Afirmou-se, por fim, que, não havendo recurso previsto contra a decisão de arquivamento do inquérito policial, este apenas poderia ser retomado a partir do surgimento de novas provas. Desse modo, Simone Diniz foi, segundo os petionários, impedida de provar em sede de ação penal a discriminação racial sofrida, o que também teria prejudicado a propositura

§ 2º - Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”.

¹⁹⁰⁰ Na ocasião em que aceitou iniciar o processo de solução amistosa, o Estado enfatizou que “o Governo brasileiro não nega a existência e a dimensão do problema racial no Brasil: tanto nas discussões internas mantidas com setores interessados da sociedade civil, quanto nos relatórios apresentados aos órgãos internacionais de monitoramento, o Estado brasileiro reconhece a natureza do problema e tem dado provas de sua determinação em superá-lo, com a colaboração ativa da sociedade”.

de ação civil por danos morais, em caso de condenação da ré. Assim, teriam sido violados o direito de acesso à justiça e o direito de ser tratada igualmente pela justiça, em comparação com as vítimas cujos fatos noticiados foram devidamente investigados e denunciados pelo Ministério Público.

Em sua manifestação inicial, o Estado afirmou que encaminharia oportunamente informações sobre o caso, pontuando, desde logo, que a petição não havia sido suficientemente fundamentada quanto à violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Nessa linha de argumentação, o Governo Brasileiro ressaltou que, nos termos do artigo 47, “c” da CADH, bem como do artigo 41, “c”, do regulamento da Comissão, as petições infundadas ou improcedentes deveriam ser declaradas inadmissíveis *ab initio*. Quanto ao mérito, alegou-se a não configuração de ofensas aos direitos humanos, uma vez que o inquérito policial havia sido conduzido conforme a legislação brasileira e arquivado por autoridade judiciária competente, com fundamento em parecer do Ministério Público.

Na sua decisão de mérito, após relatar os fatos noticiados, a CIDH analisou a responsabilidade internacional do Estado por fato praticado por particular, afirmando, com fundamento na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que a Comissão não possui atribuições para investigar e sancionar condutas individuais entre particulares, mas sim para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado em razão da violação dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana, em especial, nos artigos 8º (1), 24 e 25.

Ressaltou-se que o Estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão de qualquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos humanos consagrados. Nessa linha de entendimento, a Comissão destacou que, nas relações entre particulares, existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos, podendo a inoperância estatal na prevenção ou tratamento de eventuais violações acarretar responsabilidade internacional do Estado, ainda que os fatos atentatórios dos direitos humanos não lhe sejam diretamente imputáveis¹⁹⁰¹. Dessa

¹⁹⁰¹ Recorde-se que, no Parecer Consultivo nº 18, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos, a Corte Interamericana afirmou que a proibição da discriminação faz parte do *jus cogens* internacional e que, portanto, as normas pertinentes são oponíveis *erga omnes*, abrangendo os entes privados. Nos casos *Velásquez Rodríguez* (sentença de 29 de julho de 1988; série C Nº 4) e *Godínez Cruz* (sentença de 20 de janeiro de 1989; série C Nº 5), assim se manifestou o Tribunal: feitos *erga omnes* da CADH, assim tem se manifestado a Corte: “É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos

maneira, entendeu a CIDH que, conquanto se trate, no caso concreto, de uma relação entre particulares – na qual Aparecida Gisele Mota da Silva ofende o direito à não discriminação de Simone André Diniz –, o Estado brasileiro tinha por obrigação atuar diligentemente na apuração, processamento e punição da autora da violação, nos termos da CADH.

Em seguida, o relatório dedica-se a apresentar uma análise do direito à igualdade perante a lei e à não discriminação, em quatro tópicos: a) resumo sobre a situação racial no Brasil; b) evolução do ordenamento jurídico antirracismo no Brasil; c) problemas na aplicação da lei antirracismo no Brasil; d) violação do direito de Simone André Diniz à igualdade e à não discriminação.

Tratando da situação racial no Brasil, o relatório menciona visita *in loco* realizada em 1995, reforçando a situação de vulnerabilidade em que se encontram os *afro-brasileiros* no País, enquanto sujeitos de direitos, notadamente no que se refere à diferença de poder com relação à população branca. Para a Comissão, as diferenças persistentes na realidade brasileira distam de uma *igualdade mínima aceitável*, sendo que as discriminações “se traduzem em muitos casos, em padrões atentatórios aos direitos humanos, especialmente à igualdade, à não-discriminação e ao direito à dignidade.” Para demonstrar tal desigualdade racial, caracterizada como *profunda e estrutural*, foram elencados dados estatísticos que revelam a estável sobre-representação dos negros brasileiros na linha de pobreza, nos índices de analfabetismo e de mortalidade infantil. Do mesmo modo, foram colacionados dados oficiais que atestam a desproporcional vitimização de pretos e pardos pela violência policial, além da filtragem racial consolidada no sistema de justiça, em especial quanto ao acesso desproporcional de brancos e negros na justiça criminal, o que, segundo a Comissão, sugere certa *afinidade eletiva* entre *raça e punição*. Abordou-se, ainda, a prática racialmente discriminatória no mercado de trabalho, presente desde o recrutamento e integração dos trabalhadores, até a posição hierárquica e os salários – estes, sistematicamente menores entre os negros. Ilustrou-se a prática de discriminação racial no recrutamento com exemplos de anúncios em que o Ministério Público – assumindo postura semelhante à adotada no caso de Simone Diniz – requereu o arquivamento dos respectivos inquéritos policiais. No primeiro caso, tratou-se de anúncio de emprego em que se procurava assistente administrativa “loura ou japonesa, com boa aparência”. As partes envolvidas negaram responsabilidade pelo anúncio, argumento acolhido pelo Ministério

direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção”.

Público para fundamentar o arquivamento do procedimento investigatório. Desfecho semelhante ocorreu em caso de publicação que visava recrutar um garçom “experiente e branco”, situação em que o Ministério Público estabeleceu que, embora se tratasse de anúncio discriminatório, não se determinou qual das partes era responsável por este, o que embasou o arquivamento do inquérito. Em outra situação, no ano de 1994, veiculou-se interesse na contratação de advogado de “boa apresentação”, e as investigações não foram capazes de determinar quem no escritório de advocacia havia publicado o anúncio, além de ninguém ter sido recrutado com base neste, alegações estas que levaram o Ministério Público a, mais uma vez, manifestar-se pelo arquivamento do feito.

Abordando a evolução do ordenamento jurídico antirracismo no Brasil, a Comissão reconhece que o caráter histórico da condição de vulnerabilidade dos *afro-brasileiros* condiciona o acesso a direitos básicos, como educação, trabalho e acesso à justiça, a exemplo do que ocorreu no caso de Simone André Diniz. A CIDH admite a evolução da ordem jurídica brasileira no que se refere à gradativa criminalização das práticas de preconceito e discriminação racial, pontuando, contudo, a resistência dos tribunais na aplicação da legislação pertinente, ao descaracterizarem as condutas típicas a partir do argumento de que se tratava de “mal entendidos”;

Para a Comissão, apesar do progresso imposto pela Constituição Federal, de 1988, e pelas Leis nº 7.716, de 1989, e nº 9.459, de 1997, a impunidade ainda é uma tônica na repressão dos crimes raciais no Brasil, e, conseqüentemente, no combate à discriminação racial. A condescendência da Justiça brasileira – que resulta na ínfima condenação de brancos pela prática de discriminação racial¹⁹⁰² – poderia, segundo a CIDH levar à falsa impressão de que, no Brasil, essas práticas não ocorrem.

Nessa senda, a Comissão identificou causas para a ineficácia na aplicação da Lei nº 7.716, de 1989, dentre as quais o próprio racismo institucional no âmbito do sistema de justiça, além da exigência, por parte deste, de prova do ódio racial ou intenção discriminatória. Com

¹⁹⁰² “Mesmo no caso de São Paulo, onde existia uma delegacia para crimes raciais, os crimes não eram de todo investigados ou as denúncias não eram processadas. Na prática, a falta de uma investigação diligente, imparcial e efetiva, a discricionariedade do promotor para fazer a denúncia e a tipificação do crime, que exige que o autor, após a prática do ato discriminatório, declare expressamente que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial são fatores que contribuem para a denegação de justiça para a investigação dos crimes raciais e a impunidade. Para ilustrar com alguns dados o padrão de desigualdade no acesso à justiça para as vítimas de crimes de cunho racial, de 300 Boletins de Ocorrência analisados, de 1951 a 1997, nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Porto Alegre, apenas 150 foram considerados como crime pelos delegados de polícia chegando ao estágio de inquérito policial. Desses, somente 40 foram encaminhados pelo Ministério Público para uma ação penal contra o discriminador, dos quais apenas nove – cinco em São Paulo e quatro no Rio Grande do Sul – chegaram a julgamento.”

efeito, a análise de casos concretos permite concluir que o sistema de justiça, de um modo geral, tem exigido a inequívoca demonstração da intenção racialmente discriminatória como elemento indispensável para a configuração dos crimes de racismo, o que submete a solução do caso concreto à declaração do agressor que, via de regra, não afirma perante as autoridades públicas a motivação racial de sua conduta. Esse *standard*, ressaltou a Comissão, levou o Estado brasileiro a afirmar no CEDR “que há decisões que não punem discriminação racial em razão da falta ou insuficiência de evidência ou fraude maliciosa, que é considerada elemento subjetivo do crime”.

A Comissão reconhece expressamente o racismo institucional como fator determinante da inaplicabilidade da legislação antirracismo no Brasil, refletindo-se tanto na fase investigativa, quanto na fase judicial. Para a CIDH, essa prática impede o reconhecimento do direito do cidadão negro de não ser discriminado, bem como o gozo e exercício do direito de aceder à justiça para ver reparada a violação.

Efetivamente, veem-se, a partir do caso Simone Diniz – emblemático, porém não isolado –, sucessivas violações aos direitos de igualdade das pessoas negras, no contexto brasileiro. Inicialmente, constata-se a ofensa ao direito à não discriminação racial nas relações privadas, situação que deveria ensejar a repressão estatal, diante do dever de proteção contra a discriminação racial. Ocorre que os poderes públicos, além de não realizarem sua função protetiva, reproduzem eles mesmos ações discriminatórias, no âmbito da aplicação da legislação antirracismo, o que se traduz como racismo institucional.

Tratando especificamente da violação do direito de Simone Diniz à igualdade e à não discriminação, a Comissão concluiu que a inaplicabilidade da Lei nº 7.716, de 1989, pelas autoridades brasileiras gera desigualdade no acesso à justiça para as vítimas de preconceito racial e racismo, o que consiste em flagrante violação do princípio da igualdade insculpido na Declaração e Convenção Americanas, segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito à igual proteção legal, sem discriminações. Segundo a CIDH, ao permitir que a conduta discriminatória – exclusão de pessoa do mercado de trabalho em virtude de sua raça – permaneça impune, o Estado consente com ela ou a convalida implicitamente, em evidente infração aos artigos 1.1 e 24 da CADH. Para a Comissão, a igual proteção perante a lei exige que as práticas racistas sejam tratadas com diligência pelas autoridades que, no caso de Simone Diniz, mesmo diante da confirmação da autora do anúncio acerca da responsabilidade pela publicação, procederam ao arquivamento do inquérito policial, fato que não se mostra isolado no sistema de justiça brasileiro, antes se revela como *padrão de comportamento*. Argumentou-se, ainda, que o arquivamento automático de denúncias de racismo impede a apreciação do dolo

pelo Poder Judiciário. Para a Comissão, a mera afirmação de ausência de intenção de discriminar racialmente ou da existência de motivos para a preferência racial – como se verificou nas declarações da responsável pela publicação do anúncio no caso Simone Diniz – não autoriza o arquivamento do feito, uma vez que a defesa sobre a falta de motivação racial deveria ter sido arguida e analisada pela autoridade judiciária competente, no marco de um processo penal regular.

A Comissão também pontuou a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação do direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagradas respectivamente nos artigos 24, 25 e 8 da Convenção Americana.

Diante das circunstâncias específicas do caso concreto, cujos fatos são anteriores à data em que o Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, qual seja, 10 de dezembro de 1998, a Comissão, em conformidade com o disposto em seu Regulamento, decidiu não submeter o caso Simone Diniz ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹⁰³. Nada obstante, a CIDH expediu doze recomendações ao Estado brasileiro, dentre as quais a reparação moral e material à vítima; o reconhecimento internacional por violação dos direitos humanos de Simone André Diniz; modificações legislativas; e a criação de órgãos especializados no combate ao racismo e à discriminação racial¹⁹⁰⁴.

¹⁹⁰³ A Organização dos Estados da América desenvolveu um sistema de proteção dos direitos humanos composto por dois órgãos de fiscalização: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A jurisdição internacional de proteção dos Direitos Humanos é exercida pela Corte Interamericana, que tem a sua competência delimitada para julgar a responsabilidade internacional dos Estados que aceitaram a sua jurisdição. Por meio do Decreto nº 4.463, de 2012, o Brasil reconheceu a competência da Corte nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos apenas para os fatos ocorridos após o dia 10 de dezembro de 1998 (BRASIL, Decreto nº 4.463, de 2002). Os casos contra o Estado brasileiro, referentes a fatos anteriores à data mencionada, de regra, não podem ser submetidos ao Tribunal Interamericano, mas apenas à Comissão, no âmbito de suas atribuições.

¹⁹⁰⁴ “1. Reparar plenamente a vítima Simone André Diniz, considerando tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório de mérito e, em especial,
2. Reconhecer publicamente a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos de Simone André Diniz;
3. Conceder apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir curso superior;
4. Estabelecer um valor pecuniário a ser pago à vítima a título de indenização por danos morais;
5. Realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação antirracismo seja efetiva, com o fim de sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 e 94 do presente relatório;
6. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados com a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz;
7. Adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo;
8. Promover um encontro com organismos representantes da imprensa brasileira, com a participação dos peticionários, com o fim de elaborar um compromisso para evitar a publicidade de denúncias de cunho racista, tudo de acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão;

Aprovado pela Comissão, em 28 de outubro de 2004, o Relatório de Mérito foi enviado à República Federativa do Brasil, para cumprimento das recomendações, no prazo de dois meses. Após prorrogação de prazo deferida pela CIDH, a pedido do Estado brasileiro, este ofereceu resposta, em 27 de junho de 2015, informando que a gestão das negociações com a vítima e os peticionários na definição dos termos da reparação caberia à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR) e à Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo.

No que tange às recomendações relativas à reparação pecuniária, o Estado alegou a ausência de causalidade entre as recomendações números 1, 3 e 4 e a causa de pedir dos peticionários, indicando que, quanto ao conteúdo da reparação, era preferível deixar a critério das partes. Relativamente à recomendação número 2, o Brasil não apresentou impedimento ao reconhecimento público da sua responsabilidade internacional pelos danos causados à vítima, em decorrência do arquivamento do inquérito policial que apurou a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz. Quanto às recomendações de números 5, 7 e 10, foram descritos programas governamentais, lei e projetos de lei, bem como outras ações dos poderes públicos voltadas para a promoção da igualdade racial. No que diz respeito à sexta recomendação, informou-se da impossibilidade de prosseguimento das investigações acerca da discriminação racial de que Simone foi vítima, salvo diante do surgimento de novas provas, nos termos do Código de Processo Penal vigente. Na oportunidade, ressaltou-se a prerrogativa da vítima de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, o que não teria sido diligenciado por ela. Com referência às recomendações 8 e 9, apontaram-se mobilizações da SEPPIR e de outros órgãos da Presidência no debate sobre o racismo, além da realização de estudos sobre a desigualdade racial no Brasil. Por fim, quanto às recomendações de números 11 e 12, mencionou-se o esforço do Ministério Público nos âmbitos federal e estadual para o combate à discriminação de ordem racial, e, ainda, a concretização de parcerias entre entidades públicas e privadas para o desenvolvimento de projeto voltado para a divulgação de conteúdos audiovisuais e impressos sobre a cultura afro-brasileira.

Em 29 de março de 2006, foi expedido comunicado para que o Governo Brasileiro informasse, no prazo de um mês, as medidas adotadas para dar total cumprimento às

9. Organizar Seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com o objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo;

10. Solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial;

11. Solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e à discriminação racial;

12. Promover campanhas publicitárias contra a discriminação racial e o racismo.”

recomendações da Comissão. Em 6 de setembro do mesmo ano, diante da omissão do Estado no cumprimento das recomendações, os petionários formalizaram pedido de publicação do Relatório nº 66, de 2006, nos termos do artigo 51.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Desse modo, em 3 de março de 2007, a CIDH publicou, em seu relatório anual, a mencionada decisão de mérito, com ratificação das recomendações do documento anterior.

Em 21 de março de 2007, o governo de São Paulo, Estado onde ocorreu a discriminação racial contra Simone Diniz, instituiu, por meio do Decreto nº 51.678, um Grupo de Trabalho para estudar o cumprimento das recomendações oriundas do Relatório nº 66, de 2006. Ademais, também no âmbito estadual, foi remetido projeto de lei à Assembleia Legislativa, cuja aprovação deu origem à Lei nº 12.776, de 28 de novembro de 2007, que autorizou a Fazenda do Estado a indenizar Simone Diniz, na condição de vítima de discriminação racial institucional, no importe de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

No que se refere à criação de órgãos especializados, ressalte-se que o Ministério Público do Estado da Bahia foi pioneiro na criação da primeira Promotoria de Justiça especializada no combate à discriminação racial e à intolerância religiosa, ainda em 1997, antes mesmo das recomendações expedidas pela Comissão. Nada obstante, é de se notar que, até a presente data, o Ministério Público do Estado de São Paulo ainda não possui promotoria, núcleo ou grupo específico voltado para o enfrentamento ao racismo e à promoção da igualdade racial.

Fundamentando-se na decisão da CIDH no caso Simone Diniz, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação nº 40, de 9 de agosto de 2016¹⁹⁰⁵, para recomendar que “os ramos do Ministério Público da União e dos Estados, que ainda não os disponham, constituam, com a brevidade possível, órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, com atuação preventiva e repressiva, com atribuição extrajudicial e judicial cível e criminal”.

O caso Simone Diniz representou importante marco no reconhecimento da existência e persistência do racismo institucional no Brasil, atestando a decisiva permeabilidade do próprio sistema de justiça brasileiro ao fenômeno. Pela primeira vez, declara-se internacionalmente o caráter institucionalizado do racismo brasileiro e seus efeitos sistemáticos de reprodução das desigualdades raciais. De fato, o racismo institucionalizado no sistema de justiça brasileiro se evidencia em todos os âmbitos.

¹⁹⁰⁵ Disponível em «http://www.cmp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendao_40.odt». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

Primeiramente, as vítimas são desencorajadas ou mesmo impedidas de registrar a ocorrência nas Delegacias de Polícia – seja pelos agentes, seja pelos próprios delegados – sob os mais diversos argumentos, dentre os quais, o acúmulo de serviço envolvendo crimes mais relevantes a serem apurados; a falta de importância dos crimes raciais, haja vista não passar de mera brincadeira ou mal-entendido; e a dificuldade na obtenção da prova, especialmente a respeito da intenção do autor. Tal barreira, já na ponta do sistema de justiça, gera inequívoca subnotificação dos casos de crimes raciais no País.

Ultrapassada essa etapa, identifica-se outro obstáculo não menos relevante: a equivocada tipificação dos crimes raciais. Efetivamente, não raras vezes, as práticas racistas são tipificadas como mero crime de injúria – sem a qualificação pelo elemento relacionado à raça – ou outro crime de menor potencial ofensivo, o que gera instauração de termo circunstanciado e remessa dos autos da investigação para os Juizados Especiais Criminais¹⁹⁰⁶, quando deveria ser instaurado inquérito policial com seu posterior encaminhamento à Justiça Criminal Comum.

Em muitos procedimentos referentes a manifestações verbais de preconceito/discriminação racial, as ofensas raciais são omitidas nos boletins de ocorrência, com a conseqüente tipificação por injúria simples, quando, a depender das circunstâncias do caso concreto e do(s) destinatário(s) da agressão verbal – se um indivíduo ou um grupo racial – tratar-se-ia de injúria racial ou mesmo de crime de racismo, este último, imprescritível, conforme previsão constitucional.

Ainda que se proceda à fidedigna transcrição dos relatos da vítima de crimes raciais, sem exclusão das ofensas raciais, há inúmeros casos em que, mesmo assim, há equivocada instauração, pela autoridade policial, de termo circunstanciado ao invés de inquérito policial.

Em síntese, são verificados, com frequência, os seguintes equívocos na fase investigatória: a) exclusão das ofensas de cunho racial, com conseqüente tipificação do fato como infração de menor potencial ofensivo, instauração de termo circunstanciado e remessa dos autos aos Juizados Especiais Criminais; b) inclusão das ofensas raciais e, ainda assim, incorreta tipificação do fato como infração de menor potencial ofensivo, com instauração de termo circunstanciado e remessa dos autos aos Juizados Especiais Criminais; c) inclusão das ofensas raciais, correta tipificação como crime racial e, nada obstante, adoção do procedimento

¹⁹⁰⁶ Na ordem jurídico-criminal brasileira, nos termos da Lei nº 9.099, de 1995, as infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e crimes a que a lei comina pena máxima não superior a dois anos, cumulada, ou não, com multa. Nessas hipóteses, a competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais é dos Juizados Especiais Criminais, sendo que se permite a aplicação de medidas despenalizadoras, como a transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo.

indevido, com instauração de termo circunstanciado e remessa dos autos aos Juizados Especiais Criminais.

A simplificação do procedimento de apuração nos termos circunstanciados – adotando-se como praxe apenas a oitiva da vítima e do autor do fato, mas, raramente, de testemunhas, que nem sequer têm seus dados colhidos para posterior coleta de seus depoimentos –, dificulta a eficiente coleta de provas, após eventual correção dos equívocos cometidos na fase investigativa. É que, nos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais, diante da possibilidade de transação penal, na maior parte das vezes, a instrução processual – já na fase judicial – não chega a ocorrer, o que impulsiona as autoridades policiais a, nos termos circunstanciados, colher apenas a qualificação e declarações das pessoas diretamente envolvidas (vítima e autor). Desse modo, até que se constatem os apontados equívocos cometidos na fase de investigação – o que, quando ocorre, se dá normalmente quando da realização de um dos primeiros atos da fase processual, qual seja, a audiência preliminar, muitas vezes designada para meses depois dos fatos –, as provas a serem colhidas já se esvaíram, prejudicando de maneira decisiva a apuração, processamento e condenação dos casos de racismo.

Tais constatações levam à conclusão de que – em flagrante desrespeito à legislação vigente, principalmente à Constituição Federal – tem-se tratado crimes inafiançáveis e imprescritíveis como crimes meramente transacionáveis.

Embora não haja pesquisa recente que permita indicar com exatidão a quantidade de casos em que tais equívocos são constatados, empiricamente¹⁹⁰⁷ é possível afirmar que a institucionalização de tais procedimentos incorretos tem representado sérios prejuízos à aplicação da legislação antirracismo. Ademais, já na fase judicial, como bem pontuado pela CIDH, a exigência de demonstração indubidosa da intenção do autor, enquanto elemento subjetivo do tipo, tem sido o principal fator de inefetividade da referida legislação.

Como visto anteriormente, o racismo institucional retrata a sistemática e difusa reprodução nas instituições, da hierarquização racial da sociedade, resultando na interposição de barreiras aos grupos raciais subalternizados. Sua sistematicidade e amplitude, aliadas ao seu caráter estrutural e implícito ou não declarado dificultam a comprovação de suas motivações

¹⁹⁰⁷ A autora da tese atua, desde 2015, como promotora de justiça do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação, sendo responsável pelo oferecimento de denúncia de todos os crimes raciais na comarca de Salvador, capital do estado da Bahia. A experiência prática demonstrou a persistência de tais equívocos – apesar do controle constante, mas pontual, nos procedimentos investigativos instaurados –, o que levou o Ministério Público baiano, por intermédio da autora, a expedir a Recomendação nº 10, de 2016, para o delegado geral e para a Corregedoria da Polícia Civil, no sentido de que as autoridades policiais fossem instadas a adotar a correta tipificação e procedimento nas hipóteses de crimes raciais.

concretas, embora seus resultados sejam evidentes. O racismo institucionalizado representa violação do direito à não discriminação racial em escala coletiva, vitimando não apenas os indivíduos, mas também toda a coletividade racial vulnerabilizada, sem contar com a própria sociedade, que se mantém, em muitos aspectos, racializada.

Aplicando-se tais premissas ao caso ora sob análise, constata-se que a disseminação do racismo institucional no sistema de justiça – e aqui, mais especificamente, na seara da aplicação da legislação antirracismo – resulta na reiterada e sistemática violação do direito da população negra ao igual acesso à justiça e à não discriminação racial. Os órgãos responsáveis pela proteção do direito à não discriminação racial¹⁹⁰⁸ – sob o manto da *neutralidade estatal* – acabam por ser, eles mesmos, núcleos de perpetuação das desigualdades raciais, o que demonstra a insuficiência de normas protetivas, de mero combate ao racismo, para a efetivação do direito à igualdade rática.

2. A vinculação dos particulares ao direito à não discriminação racial nas relações contratuais

Embora não digam respeito especificamente ao regime jurisprudencial do direito à não discriminação racial – já que as questões foram resolvidas a partir de mecanismos extrajudiciais –, há dois casos emblemáticos envolvendo práticas discriminatórias nas relações contratuais que merecem ser analisados.

O primeiro diz respeito a um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)¹⁹⁰⁹ assinado, em 1999, entre o Ministério Público do Estado da Bahia e entidades carnavalescas, e o outro se refere à assinatura do mesmo tipo de instrumento entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e a empresa organizadora do evento de moda São Paulo Fashion Week. Ainda que as práticas discriminatórias não tenham sido submetidas ao crivo do Poder Judiciário, importa trazer à baila a postura dos órgãos ministeriais – integrantes do sistema de justiça – que

¹⁹⁰⁸ Para a CIDH, “à obrigação doméstica de investigar, julgar e sancionar crimes de motivação racial, soma-se a obrigação internacional advinda da ratificação de tratados sobre a matéria que coloca o direito de não ser discriminado no grupo de normas imperativas do direito internacional dos direitos humanos que são absolutas, inderrogáveis e não sofrem modificação”.

¹⁹⁰⁹ O Termo de Ajustamento de Conduta consiste, em linhas gerais, num instrumento legal – previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) –, mediante o qual o compromitente assume a obrigação de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no termo. Destina-se especialmente à salvaguarda de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e se configura como um título executivo extrajudicial que, uma vez descumprido, além das penalidades nele previstas – normalmente multas –, pode ensejar o ajuizamento de ação executória dos compromissos firmados.

solucionaram os conflitos extrajudicialmente, resultando na vinculação das entidades privadas ao direito à não discriminação racial.

Em 24 de fevereiro de 1999, o Ministério Público do Estado da Bahia, por meio da 2ª Promotoria de Justiça da Cidadania – com atribuições na seara do combate ao racismo –, instaurou o Inquérito Civil nº 01, de 1999, para apurar a seleção discriminatória de foliões pelas entidades carnavalescas durante o período que antecedia o Carnaval de Salvador. No curso das investigações, foram ouvidas pessoas negras cujas inscrições haviam sido recusadas por blocos carnavalescos, no Carnaval de 1998, bem como representantes de entidades relacionadas aos festejos¹⁹¹⁰.

Importa salientar que, à época dos fatos, para participarem dos blocos de Carnaval, os foliões precisavam preencher um formulário de proposta, com seus dados pessoais, ao qual deveria ser anexada uma fotografia 3x4. As fichas eram submetidas a um comitê de admissão que decidia pela aprovação, ou não, das propostas, e muitas destas continham a informação destacada de que as entidades carnavalescas não estavam obrigadas a revelar os motivos da recusa de contratar com os foliões. Constatou-se, a partir da apuração, que era prática usual a seleção racialmente discriminatória por parte das entidades carnavalescas, as quais eram constituídas como sociedades comerciais, o que enquadrava o negócio travado entre estas e os foliões como relação de consumo.

O procedimento do Ministério Público gerou a assinatura de 40 termos de ajustamento de conduta com as entidades carnavalescas filiadas às associações, nos quais estas se comprometeram a: a) instalar serviço de protocolo em suas sedes; b) entregar recibo com indicação de data e horário de apresentação do formulário de proposta; c) não realizar nenhum tipo de seleção discriminatória dos foliões; d) apresentar justificativa quando da recusa do folião; e) instituir possibilidade de recurso da recusa no Conselho Municipal do Carnaval; f) criar *ombudsman* em sua sede; g) afixar em sua sede cartazes com informações sobre o Conselho Municipal do Carnaval e sobre o Ministério Público; i) pagar multa em caso de descumprimento.

Outro exemplo prático, referente à incidência do direito à não discriminação racial nas relações jurídico-privadas, é digno de nota. A partir de matéria publicada, em 17 de janeiro de 2008, no jornal *A Folha de São Paulo*, o Ministério Público do Estado de São Paulo – por meio da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos – Inclusão Social – instaurou, de ofício,

¹⁹¹⁰ Foram ouvidos: a presidente da Empresa de Turismo de Salvador (EMTURSA); os presidentes do Conselho Municipal do Carnaval, da Associação dos Blocos de Salvador (ABS), da Associação dos Blocos de Trio (ABT), da Associação dos Blocos da Barra (ABB) e da Associação dos Blocos Alternativos (ABA).

procedimento (Inquérito Civil nº 03, de 2008) para apurar possível prática de discriminação racial em face de *modelos negros e afrodescendentes* que pretendiam participar do evento de moda conhecido como São Paulo Fashion Week (SPFW) ¹⁹¹¹, mais precisamente da edição Inverno 2008. Constatou-se, na investigação preliminar, que dos 1.128 modelos que participaram dos desfiles dessa edição, apenas 28 eram afrodescendentes, o que correspondia a menos de 3%.

Notificada a Luminosidade Marketing e Produções Ltda., empresa organizadora e realizadora do evento, informou-se haver um regulamento entre esta e as grifes responsáveis pela contratação de modelos para os desfiles. A Luminosidade afirmou nos autos que impunha apenas duas exigências às grifes no que concerne à contratação de modelos: a inscrição sindical destes e a idade mínima de 16 anos.

Na sequência das investigações, o Ministério Público requisitou informações ao Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo (SATED) quanto à existência de modelos *negros e afrodescendentes* afiliados, tendo sido possível verificar que diversos desses profissionais preenchiam os requisitos exigidos pela empresa organizadora do São Paulo Fashion Week. A partir de tal constatação, o Ministério Público de São Paulo requisitou informações aos agentes e agências de modelos¹⁹¹². As respostas obtidas foram no sentido de que possuíam modelos afrodescendentes em seus quadros, e que estes eram indicados para os desfiles quando as grifes solicitavam profissionais com esse perfil. A justificativa para a exclusão de modelos negros nos eventos de moda, portanto, era a falta de interesse em contratá-los, haja vista que supostamente não se enquadravam nos padrões de beleza exigíveis ou desejáveis pelas grifes.

Finalizada a instrução do procedimento ministerial – e após intenso período de negociações – foi assinado, em 20 de maio de 2009, um Termo de Ajustamento de Conduta entre o Ministério Público de São Paulo e a empresa Luminosidade, por meio do qual esta se comprometeu a estimular a participação de negros, afrodescendentes ou indígenas, num percentual mínimo de 10% do total de modelos a desfilarem pelas grifes.

O termo pontuou o inexpressivo número de pessoas negras desfilando no São Paulo Fashion Week, edição de janeiro de 2008, “considerando que a exclusão social de grupos étnicos constitui um processo histórico, complexo, com várias faces” e que seus efeitos “pela

¹⁹¹¹ Trata-se de evento de moda, de caráter eminentemente privado, realizado na cidade de São Paulo (Brasil), duas vezes por ano, e do qual participam grifes e modelos de todo o mundo.

¹⁹¹² A partir de lista fornecida pelo Sindicato das Agências e agentes autônomos de atores, atrizes, diretores, autores, modelos, músicos e demais personalidades do Mercado Publicitário dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro (SINAG).

dimensão e potencialidade danosa, demandam a criação de políticas públicas afirmativas”, com fundamento nos artigos 3º, 7º, inciso XX; 37 e 170 da Constituição Federal. Salientou-se também:

“(…) ser o Brasil signatário de inúmeros Tratados Internacionais, inclusive a Declaração de Durban, que dispõe que a diversidade cultural é um valioso elemento para o avanço e bem-estar da humanidade como um todo e que deve ser valorizada, desfrutada, genuinamente aceita e adotada como característica permanente de enriquecimento de nossas sociedades; e que a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social e as disparidades econômicas estão intimamente associadas ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e contribuem para a persistência de práticas e atitudes racistas as quais geram mais pobreza.”

O TAC levou em consideração o disposto no artigo 193 da Constituição Federal, bem como a diretriz das políticas públicas do Estado brasileiro no sentido de promover a inclusão social das populações *negra, afrodescendente e indígena*, e ainda “(…) que o evento São Paulo Fashion Week é signatário de convênios com pessoas jurídicas de direito público (União e Município de São Paulo), utilizando verba pública para a sua realização”.

O principal ponto de apoio do Ministério Público para vencer a resistência das entidades privadas à assinatura do acordo foi o fato de que o evento era subsidiado por verba pública. Não há dúvidas da peculiaridade da situação de organizações que gozam de subsídios ou vantagens públicas, e sofrem, por esse motivo, limitação à sua autonomia privada no que se refere ao estabelecimento de tratamentos diferenciados. Qualquer diferenciação instituída, nesse contexto, deve atentar para o interesse público, sob pena de frustração da própria natureza dos subsídios públicos, que não se prestam ao atendimento de interesses meramente privados.

Desse modo, por meio do Termo de Ajustamento de Conduta, a empresa organizadora (compromissária) assumiu a obrigação de sugerir, no prazo máximo de 30 dias úteis antes da ocorrência de cada edição do São Paulo Fashion Week, a todas as grifes com desfiles no evento, a manutenção de um mínimo necessário de 10% de modelos negros, afrodescendentes¹⁹¹³ ou indígenas, do total de modelos contratados em cada desfile, por grife.

O ajuste estabeleceu, ainda, o encaminhamento ao Ministério Público, no prazo máximo de 30 dias úteis após a realização de cada edição do São Paulo Fashion Week, pelo período de dois anos a contar da assinatura do documento, a comprovação do cumprimento das

¹⁹¹³ Nos termos do acordo, são considerados modelos afrodescendentes “aqueles com ascendente por consanguinidade até o 2º grau”.

obrigações estabelecidas, bem como o rol de todos(as) os(as) modelos que desfilaram por edição do evento, por desfile e por grife, apontando aqueles(as) que integram os critérios determinados nas cláusulas do acordo, sem prejuízo da remessa de imagens integrais de todos os desfiles realizados.

Em julho de 2009, foi realizada a primeira temporada de desfiles (verão 2010) após a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta, ocasião em que se detectou a participação de 12,8% de modelos *afrodescendentes e negros* nos desfiles da São Paulo Fashion Week.

Os dois casos acima narrados – apesar das peculiaridades que os diferenciam – guardam intrínseca relação no que diz respeito ao reconhecimento da vinculação das entidades privadas ao direito à não discriminação racial, com reflexos nas relações contratuais. De fato, em ambas as situações, a constatação de práticas discriminatórias pelo Ministério Público levou à assinatura de acordos nos quais as entidades privadas envolvidas se comprometeram a ajustar suas condutas, com impactos nas suas relações contratuais e, portanto, na sua autonomia negocial.

No âmbito das relações jurídico-privadas, a recusa em contratar por motivos ligados à raça da contraparte põe em conflito a autonomia privada e o princípio da igualdade. O comportamento discriminatório se revela particularmente violador de preceitos constitucionais quando a distinção, preferência ou exclusão é capaz de restringir a fruição ou exercício de determinados direitos fundamentais em condições de igualdade.

A teoria contratualista se baseia no fator volitivo enquanto elemento essencial à configuração do contrato, definido como acordo de vontades por meio do qual se realiza o pleno desenvolvimento da personalidade dos sujeitos privados. Sob essa perspectiva, atribui-se ao indivíduo o poder de livre disposição de seus interesses e bens, pela simples manifestação de vontade¹⁹¹⁴ – dogma das relações entre particulares –, supostamente imune às intervenções estatais. A liberdade contratual, na teoria liberalista clássica, sobrelevava a vontade manifestada nos contratos ao *status* de lei entre as partes. Nessa linha de entendimento, em que o pacto volitivo pressupõe, ao menos teoricamente, a efetiva liberdade e igual autonomia dos pactuantes, a interferência estatal representaria ingerência atentatória da liberdade contratual.

O modelo contratualista clássico, no entanto, vê-se desafiado a partir da constatação de que, não raras vezes, encontram-se ausentes nas relações jurídico-privadas seus pressupostos

¹⁹¹⁴ Cfr. Aldacy Rachid Coutinho, *Autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 178.

essenciais, notadamente a igual autonomia dos sujeitos envolvidos¹⁹¹⁵. Efetivamente, a concentração ou monopolização do poder social, econômico ou informativo concede posições privilegiadas a determinados indivíduos ou instituições, que se tornam capazes de anular ou reduzir drasticamente o núcleo mínimo de liberdade e igualdade supostamente constituinte da autonomia privada da contraparte¹⁹¹⁶. Emerge, então, a concepção de dirigismo contratual, com presença do Estado no controle da função social dos contratos – a partir da imposição de normas imperativas inafastáveis pela simples manifestação de vontade dos sujeitos privados –, especialmente nas relações contratuais cujas partes se encontram em reconhecida situação de desigualdade¹⁹¹⁷.

Nessa senda, destacam-se ramos da ciência jurídica – a exemplo do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor – próprios para a proteção do contraente mais débil, que, em virtude de fatores de ordem objetiva e/ou subjetiva, tem vulnerada, em menor ou maior grau, sua plena autonomia privada¹⁹¹⁸. Nessas esferas, vislumbra-se a intervenção protetiva dos poderes públicos, no sentido de reequilibrar os poderes dos pactuantes, desnivelados em função da desigualdade material, a fim de que não haja o esvaziamento de outras prerrogativas jusfundamentais, em nome da ilimitada liberdade contratual.

É certo que a liberdade individual envolve significativa margem de arbítrio, própria das relações humanas, no âmbito das quais são permitidas motivações incoerentes, emocionais, irracionais, ou mesmo ocultas, sem que haja necessariamente repercussão jurídica. Nada

¹⁹¹⁵ Para Juan María Bilbao Ubillos, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 303, a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica na maior parte dos vínculos estabelecidos entre sujeitos privados. Sobre as tendências do direito dos contratos na Europa, cfr. Brigitta Lurger, *The future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality*; Marisa Meli, *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*; Maria Rosaria Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*; Jörg Neuner, *Protection Against Discrimination in European Contract Law*; Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights and Contract Law*.

¹⁹¹⁶ Cfr. Juan María Bilbao Ubillos, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 304. Segundo o autor, é por esse motivo que a expressão *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais não é precisa, já que, nesses casos, não se pode defender a horizontalidade entre os sujeitos da relação privada.

¹⁹¹⁷ Sobre a função social dos contratos, cfr. Judith Martins Costa, *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, p. 53 e ss.; Gerson Luiz Carlos Branco, *Limites dogmáticos da intervenção judicial na liberdade contratual com fundamento na função social dos contratos*, p. 205 e ss.; Fabiana Fachineto Padoin, *Os direitos fundamentais nas relações contratuais*, p. 84 e ss.

¹⁹¹⁸ Cfr. Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 105. A autora observa que a proteção do contraente mais débil não se reporta apenas à questão do poder econômico da contraparte. Observa, outrossim, p. 215-216, que a autonomia privada é um dado inerente à tutela constitucional da liberdade, da qual são extraídos elementos restritivos da liberdade negocial, no sentido de adequação ao quadro de finalidades constitucionalmente definido. Assim, a autonomia privada não pode ser mais considerada como instrumento de exclusiva satisfação dos interesses privados, mas antes deve ser integrada no âmbito das finalidades constitucionais, “cumprindo ao Estado a intervenção correctora ou eliminadora necessária a essa funcionalização”. Conclui a autora que “sem perderem a sua directa aptidão para satisfazer os interesses privados dos seus titulares (...)”, os direitos em que a autonomia privada se concretiza ganham “uma capacidade de prossecução de interesses hetero-individuais, privados ou públicos, que podem considerar-se como sendo-lhes co-essenciais”.

obstante, o exercício da liberdade negocial não pode vulnerar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em jogo, sendo possível se afirmar a *intangibilidade do conteúdo essencial* das prerrogativas jusfundamentais que resulta no reconhecimento de sua eficácia direta¹⁹¹⁹.

Sob o prisma mais específico do direito à não discriminação racial – enquanto núcleo essencial ou conteúdo mínimo do direito fundamental à igualdade rática –, a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade na tensão entre os valores constitucionais em jogo¹⁹²⁰, situa-se no âmbito da proteção contra a discriminação racial.

Já se estabeleceram em outro espaço alguns parâmetros que podem auxiliar no processo de ponderação dos interesses, permitindo a determinação do grau de vinculação dos direitos fundamentais – mais especificamente do direito à não discriminação racial – nas relações jurídico-privadas, quais sejam: a) enquadramento da atividade desenvolvida na esfera pública ou privada do particular; b) existência, ou não, de desigualdade fática e, portanto, desequilíbrio negocial entre as partes; c) repercussão social da discriminação; d) existência, ou não, de alternativa para a parte discriminada; e) gravidade da ofensa à dignidade da pessoa humana¹⁹²¹.

Desse modo, primeiramente, saliente-se que as atividades desenvolvidas por particulares no âmbito de sua atuação pública se vinculam de forma mais intensa ao princípio igualitário e, portanto, ao direito à não discriminação racial. Aplicando-se essa premissa aos casos concretos apresentados, tem-se que as atividades desenvolvidas, respectivamente, pelas entidades carnavalescas e pelas grifes de moda não se circunscreviam à sua esfera estritamente privada de atuação. Antes se relacionavam com o oferecimento de serviços ao público e à contratação de profissionais de determinado ramo do mercado de trabalho. Sob essa perspectiva, afirme-se, ainda, que se tratava de atividades de relevante visibilidade nacional e internacional e que envolviam grande número de pessoas, o que reforça sua dimensão mais pública do que privada no rol de relações dos sujeitos privados que as desenvolviam. Em situações como essas, a absolutização da autonomia privada deve, *a priori*, ser mitigada,

¹⁹¹⁹ Cfr. José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 131. No mesmo sentido, *Idem*, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, p. 98.

¹⁹²⁰ Para Paulo Otero, *Instituições Política e Constitucionais*, p. 593, “a margem de autonomia privada encontra-se limitada, em termos de razoabilidade e proibição do excesso, pelo primado de valores mais essenciais à condição humana”.

¹⁹²¹ Cfr. Lívia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar*, p. 172-173.

conferindo-se mais intensidade à vinculação ao direito à não discriminação racial da contraparte¹⁹²².

Partindo-se da teoria dos poderes privados, também a existência de desigualdade fática entre as partes é fator que se presta à compreensão do grau de vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Embora a simples constatação do poder social de uma das partes não seja elemento, por si só, suficiente para justificar a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, nas hipóteses em que este se associa ao desequilíbrio da liberdade contratual dos sujeitos envolvidos¹⁹²³, tem-se como consequência a *extensão eficaz* das prerrogativas jusfundamentais. Assim, quanto menor for a efetiva liberdade de um dos pactuantes, maior será a vinculação do outro – detentor do poder social – aos valores igualitários, tendo em vista a atenuação da autodeterminação da parte mais fraca.

Dito de outro modo, quanto mais assimétrica for a situação fática dos sujeitos privados envolvidos, e quanto mais esse fator operar na redução da autonomia privada, mais intenso deverá ser o nível de proteção da parte mais débil. Sob essa ótica, as relações de consumo, assim como as relações de trabalho, são, geralmente, marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, abrindo espaço para mais intensa força vinculativa do direito à igualdade racial, especialmente quando se trata da dimensão que compõe o seu núcleo essencial, qual seja: o direito à não discriminação racial.

Não há dúvidas, nos casos sob análise, de que as empresas se encontravam em posição de superioridade fática em relação às contrapartes. Ambas as entidades privadas exerciam atividade de significativa lucratividade e influência no mercado a que se dedicavam, de modo a causar relevante impacto em termos raciais, com a exclusão de foliões e modelos da raça negra. Era evidente, portanto, a disparidade entre as partes envolvidas na relação jurídico-privada – ou melhor, na mera expectativa de relação por parte dos sujeitos vulnerabilizados, já que ocorriam recusas peremptórias ou omissões na contratação por motivos racionais –, o que justificava a pretensão do Ministério Público de vinculação das entidades detentoras de poder social à não discriminação racial.

¹⁹²² O Tribunal Constitucional espanhol, em sua decisão STC nº 177, de 1988, consignou que a previsão constitucional expressa da vinculação dos direitos fundamentais apenas em relação aos poderes públicos, não resulta na exclusão absoluta de outros destinatários. Mais especificamente quanto à incidência do princípio igualitário, a Corte decidiu que, embora se devam admitir certas matizações em sua aplicação no âmbito das relações privadas, a autonomia da vontade das partes não é absoluta, devendo-se respeitar o princípio constitucional da não discriminação, bem como outras regras – ainda que infraconstitucionais – que estabeleçam a igualdade de tratamento.

¹⁹²³ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e o Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 130.

As circunstâncias do caso concreto permitem também determinar se se trata de prática discriminatória isolada, com repercussão restrita às partes envolvidas (discriminador e discriminado), ou se, contrariamente, tendo em vista a reiteração ou a expressiva repercussão social, trata-se de matéria de relevância pública, com efeitos coletivos. A aptidão da prática discriminatória para repercutir no interesse público, a partir de seu impacto social, é outro elemento que retira o caráter estritamente privado das atividades desempenhadas. Em linhas gerais, situam-se na esfera de violação do interesse público condutas discriminatórias que, embora oriundas de entidades de natureza privada, produzem amplos efeitos em searas como trabalho, saúde, consumo, moradia, educação etc.

Na situação referente aos blocos de carnaval, as relações travadas entre os foliões e as entidades carnavalescas situam-se na esfera do Direito do Consumidor. Os blocos ofereciam serviços de entretenimento ao público, mediante contrapartida financeira. Nesse contexto, os contratos de consumo deveriam ser celebrados indistintamente com todos os consumidores¹⁹²⁴ que cumprissem a compensação estipulada pelas empresas, mesmo porque os serviços eram anunciados ao público em geral. Ocorre que o Ministério Público, a partir do procedimento investigatório, confirmou o que já se podia vislumbrar durante os festejos: havia uma *filtragem racial* na seleção dos foliões. As empresas exigiam fotografias – dentre outros dados que lhes possibilitavam selecionar os consumidores – reservando-se ao *direito* de, unilateralmente e sem exposição dos motivos, recusar-se a celebrar o contrato de consumo. Em outras palavras, o agente discriminador rejeitava os foliões negros como pactuantes, exclusivamente em razão de fatores de ordem rática.

As atividades ou negócios voltados para o público em geral ensejam *vinculação horizontal* mais intensa do direito à não discriminação racial, notadamente porque pressupõem a intenção de estabelecer negócio jurídico com toda pessoa que adira às condições propostas de preço e venda¹⁹²⁵. Por conseguinte, relações estabelecidas entre o consumidor e as entidades privadas fornecedoras de serviços ou produtos para o público em geral se revestem da obrigatoriedade de contratar sem observância de fatores de ordem rática.

Embora a liberdade contratual envolva – além da liberdade de fixação do conteúdo do pacto e da liberdade de distrato – a liberdade de escolha do parceiro negocial, no caso

¹⁹²⁴ Sobre o conceito de consumidor, cfr. Diovana Barbieiri, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?*, p. 330 e ss.; Giuseppe Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, p. 20 e ss. alerta para as lacunas resultantes de um conceito de consumidor, de ordem puramente subjetiva.

¹⁹²⁵ Para Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 391, trata-se de declarações gerais de vontade, sem reserva, consistentes numa oferta ao público, que pode ser aceita por qualquer pessoa.

concreto não se trata de negócio jurídico celebrado *intuitu personae*¹⁹²⁶, mas de evidente prática inconstitucional e ilegal de seleção de consumidores conforme a pertença racial, a exigir intervenção dos poderes públicos. Sob essa perspectiva, a liberdade contratual deve ser restringida em decorrência da violação à proibição de discriminação racial, podendo resultar num dever de contratação por parte das entidades privadas¹⁹²⁷.

Nessa toada, já é possível vislumbrar a relevância pública das práticas discriminatórias empreendidas pelos blocos carnavalescos, cuja reiteração se sustentou por muitos anos, até a intervenção do Ministério Público, em 1999. Associava-se à reiteração a significativa repercussão social, uma vez que, nessa época, os blocos de carnaval praticamente monopolizavam os festejos carnavalescos em Salvador, o que reforça a concepção de poder privado no caso concreto.

As conclusões são semelhantes quando se analisa a constatada ausência de modelos negros nos desfiles da São Paulo Fashion Week, tido como o mais importante evento de moda do Brasil e da América Latina, figurando entre as cinco semanas de moda de maior influência no mundo. Considerando-se a dimensão do evento e a visibilidade dos profissionais envolvidos, a exclusão racial – além de refletir uma representação racial divergente daquela verificada na realidade social – tinha o condão de perpetuar uma reserva de mercado racialmente determinada.

Embora os efeitos e a relevância social sejam similares nos dois casos, na situação específica do São Paulo Fashion Week não se verificava a manifesta recusa em contratar, que apenas podia ser constatada a partir dos dados que denotavam a exclusão de modelos negros. Enquanto no caso do Carnaval de Salvador havia a não aceitação de propostas de contratação de foliões negros, na situação do São Paulo Fashion Week havia uma suposta inexistência de demanda das grifes por modelos negros, o que repercutia na ausência desses profissionais nos desfiles do evento. Se, de um lado, a solução se deu a partir da cessação da conduta discriminatória, doutro – pela sua natureza de caráter eminentemente indireto – a intervenção se operou por meio de medidas de promoção da igualdade racial.

¹⁹²⁶ Ressalte-se que assim como há contratos que são celebrados tendo em vista especificamente o objeto ou bem negociado, há relações contratuais que são firmadas em razão da pessoa. Neste último caso, o contrato perde seu objeto diante da indisponibilidade da parte eleita para figurar no negócio jurídico. Por exemplo, um contrato celebrado entre a organização de um congresso científico e um *expert* no assunto a ser abordado no evento; ou ainda a contratação de um célebre pintor para retratar uma família. Em casos como esses, estar-se-á diante de contratos denominados *intuitu personae*.

¹⁹²⁷ Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 373, observa que, no sentido de evitar a produção de efeitos discriminatórios em domínios da vida social, o Estado pode estar subordinado à adoção de medidas de proteção que podem envolver até mesmo deveres de contratar.

Prosseguindo na análise dos critérios apontados, saliente-se que a ausência de alternativa para um dos sujeitos privados, tolhendo-o do exercício de um direito pela recusa discriminatória da contraparte, é também importante fator para a determinação da composição entre autonomia da vontade e não discriminação. Trata-se de analisar os efeitos excludentes da discriminação sobre a vítima, verificando se o seu direito à fruição de determinado bem é afetado de forma relevante, a partir da recusa em contratar por motivos racionais. Nesse ponto, deve ser dedicada especial atenção aos casos em que o particular ou entidade privada discriminadora detém o monopólio da atividade que exerce¹⁹²⁸. Nessa linha de intelecção, a situação dos blocos de Carnaval em Salvador era bastante peculiar. Embora não se pudesse afirmar que apenas uma entidade carnavalesca detinha o monopólio desse tipo de atividade, havia uma espécie de *cartelização do racismo* que, disseminando a filtragem racial no acesso aos blocos, excluía, de forma generalizada e sistemática, os negros dessa modalidade de entretenimento.

Como último elemento proposto para análise do sopesamento entre liberdade e igualdade nas relações contratuais, revela-se essencial o potencial danoso da discriminação à dignidade da pessoa humana. É dizer: quanto mais próximo estiverem os efeitos do comportamento discriminatório de uma violação do núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana, maior força vinculativa alcançará o princípio da igualdade. Não se quer, com isso, dizer que a dignidade da pessoa humana deverá ser argumento inafastável em todo conflito entre valores e direitos fundamentais, o que certamente contribuiria para a sua tão alegada banalização¹⁹²⁹. Trata-se de perquirir se o conteúdo essencial objetivo de um direito fundamental é afetado pela conduta discriminatória, servindo tal constatação de base – estável, ainda que não absoluta – para a determinação do conteúdo essencial das prerrogativas jusfundamentais em tensão no caso concreto, a partir do manejo do princípio da proporcionalidade.

Assim, em termos de teoria dos direitos fundamentais, quando o *mínimo dignificante* é afetado pela prática discriminatória nas relações contratuais, tem-se que a vinculabilidade da igualdade atinge contornos mais exigentes casuisticamente. Sendo o direito à não discriminação

¹⁹²⁸ Cfr. Juan María Bilbao Ubillos, *Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares*, p. 401. Ver também Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 396.

¹⁹²⁹ Para Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana – volume II*, p. 67, a dignidade pode servir como recurso de caráter incremental ou subsidiário no caso concreto, a partir do momento em que se apresenta como reforço ao direito fundamental transgredido ou quando tem seu conteúdo normativo infringido de maneira autônoma, respectivamente. Dito de outro modo, para o jurista português, há duas modalidades de aplicação da dignidade humana: uma subsidiária, na hipótese de a dignidade ser o único recurso acessível e outra incremental, na qual há violação a outros direitos fundamentais, porém a dignidade se apresenta para valorizar e reforçar a proteção do direito também lesionado.

racial a dimensão que constitui o conteúdo mínimo do direito à igualdade racial, sua violação nas relações jurídico-privadas faz com que a balança penda para o lado do princípio igualitário, mormente quando está em jogo também a *igual liberdade* da parte vulnerabilizada. Dessa maneira, sobreleva-se a gravidade da violação da igual dignidade racial em situações nas quais ao indivíduo é negado o acesso a bens e serviços oferecidos a todos, unicamente em virtude de sua raça, como ocorria no Carnaval de Salvador.

A afetação direta do mínimo dignificante pode, portanto, resultar na vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, refletindo-se até mesmo na intensidade do dever de proteção e vigilância atribuído às entidades públicas¹⁹³⁰.

Em síntese, havendo evidente desequilíbrio entre as partes, relevante repercussão social do comportamento discriminatório e grave ofensa à dignidade da pessoa humana, há propensão para uma maior força vinculativa da igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas.

Não sendo este o espaço para abordar de forma pormenorizada os efeitos horizontais dos direitos fundamentais, afirme-se sinteticamente que, embora não deva o Estado impor aos sujeitos privados uma unidade de concepção ética, nem mesmo um parâmetro igualitário de mundividência, a proteção do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana é fator essencial da projeção da não discriminação na esfera das relações jurídico-privadas, o que justifica a invalidação dos atos privados ofensivos dessa essência nuclear, sem prejuízo das sanções cabíveis, entre as quais pode figurar a obrigação de contratar.

Nos casos concretos estudados, embora, a rigor, não se tenha partido explicitamente da concepção de obrigação de contratar, a assinatura dos compromissos impactou significativamente na liberdade contratual das entidades privadas envolvidas, resultando na necessidade de celebração de contratos com foliões/modelos negros para efetivo cumprimento dos compromissos estabelecidos nos termos de ajustamento de conduta.

Tendo sido inteiramente extrajudicial a solução dos conflitos, não houve manifestação dos tribunais acerca de eventual dever de contratar como decorrência da violação ao direito à igualdade racial. Nada obstante, é possível – a partir da análise da conjuntura

¹⁹³⁰ Para Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, p. 369-370, a questão da eficácia direta dos direitos fundamentais reside menos no problema do poder social do que na questão da nuclear posição jusfundamental da dignidade da pessoa humana. No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e o Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 150, o princípio da dignidade da pessoa humana, na ausência de vinculação expressa prevista no texto constitucional, pode assumir *relevância autônoma*, enquanto fator de fundamentação e de determinação da medida vinculativa direta dos particulares aos direitos fundamentais.

legislativa, doutrinária e jurisprudencial da época – afirmar que muito dificilmente tais iniciativas alcançariam êxito perante o Poder Judiciário.

Em todo caso, a tutela constitucional dos direitos fundamentais – e, portanto, do direito à não discriminação racial – na esfera das relações jurídico-privadas não se limita a uma obrigação geral de abstenção, podendo abarcar – explícita ou implicitamente – vertentes preventivas, repressivas e corretivas das violações perpetradas¹⁹³¹.

3. A injúria racial como crime de racismo imprescritível e inafiançável

Conforme já se ressaltou no capítulo sobre a questão racial na ordem jurídica brasileira, no que se refere à tutela penal da não discriminação racial, a Lei nº 7.716, de 1989, é o principal marco normativo, prestando-se à responsabilização criminal de práticas racistas.

A Lei nº 9.459, de 1997, além de alterar dispositivos da Lei nº 7.716 – para inclusão, das modalidades de discriminação/preconceito relativos à etnia, religião ou procedência nacional –, acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal¹⁹³², criando a figura da injúria racial, cuja natureza da ação penal era, inicialmente, privada.

O fundamento para a alteração legislativa está associado à frequente desclassificação, pelo Poder Judiciário, dos crimes previstos na Lei nº 7.716, notadamente no seu artigo 20, para o crime de injúria simples, o que acarretava necessidade de oferecimento de queixa-crime por parte da vítima, no exíguo prazo de seis meses, o que resultava, não raro, em impunidade. Sob essa perspectiva, o legislador infraconstitucional conferiu nova roupagem às práticas racistas, definindo-as como injuriosas, nos termos do artigo 140, § 3º, do Código Penal. Com o advento da Lei nº 12.033, de 2009, alterou-se a natureza da ação penal para pública condicionada à representação da vítima, manifestação que, desse modo, legitima o Ministério Público à persecução penal.

Desde a criação da figura típica da injúria racial, doutrina e jurisprudência dedicaram-se à distinção entre este crime e o crime de racismo, notadamente o tipo penal previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716¹⁹³³. As principais diferenças estabelecidas envolviam os

¹⁹³¹ Cfr. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 259.

¹⁹³² “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

¹⁹³³ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/5/1997)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/5/1997)”.

seguintes elementos: a) o bem jurídico protegido e, conseqüentemente, o sujeito passivo do crime; b) a natureza da ação penal; c) o cabimento dos institutos da prescrição e da fiança.

Quanto ao primeiro elemento, consolidou-se o entendimento segundo o qual, enquanto no crime de injúria racial o bem jurídico protegido é a honra subjetiva da vítima – que, portanto, figuraria como sujeito passivo do crime –, no *crime de racismo* o bem jurídico protegido é a não discriminação racial, sendo o sujeito passivo uma coletividade de pessoas ligadas pela pertença a determinado grupo racial (por exemplo, a população negra)^{1934 1935 1936}.

¹⁹³⁴ A título de exemplo, ver a seguinte decisão: “EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL E RACISMO. DIFERENÇA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INIMPUTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL. AVALIAÇÃO DA CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. TRATAMENTO AMBULATORIAL COM MÉDICA INDICADA. INVIABILIDADE. 1. A distinção entre os crimes de racismo e injúria racial reside no elemento subjetivo do tipo. Na injúria racial (CP, art. 140, §3º), as ofensas de conteúdo discriminatório são empregadas a pessoa ou pessoas determinadas, enquanto no crime de racismo (art. 20 da Lei n. 7.716/1989), as ofensas não têm uma pessoa ou pessoas determinadas, mas visam a menosprezar determinada raça, cor, etnia, religião ou origem, agredindo um número indeterminado de pessoas. 2. Demonstrado que a ré não desejava atingir a honra da vítima, mas sim discriminá-las em razão da cor da pele, demonstrando que estava indignada em dividir o mesmo ambiente com pessoas negras, configurado está o crime de racismo. 3. A indenização prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal refere-se apenas ao prejuízo patrimonial sofrido pelo ofendido, e não aos danos morais, por demandar ampla dilação probatória, devendo a matéria ser discutida na seara competente. 4. Nos termos do artigo 97, §2º, do Código Penal, compete ao Juízo da Vara de Execuções Penais determinar, a qualquer tempo e mesmo antes do prazo mínimo fixado na sentença, a realização de nova perícia médica para avaliar a cessação da periculosidade. 5. Não cabe ao juiz, na fase de conhecimento do processo penal, estabelecer em qual estabelecimento se dará o cumprimento da pena ou qual médico acompanhará o tratamento ambulatorial da apelante, pois essa definição exige uma avaliação mais aprofundada que é inerente à competência da Vara de Execuções Penais. 6. Recurso do MPDFT conhecido e parcialmente provido. Recurso da ré parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.” (TJDFT. Apelação Criminal nº 0007727-50.2014.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 29/06/2017. Publicação: 07/07/2017. Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti).

¹⁹³⁵ Ver também: EMENTA: PENAL. RACISMO E INJÚRIA RACIAL. DISTINÇÃO. EXPRESSÕES OFENSIVAS COM ALUSÃO À RAÇA DA OFENDIDA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE INJÚRIA RACIAL QUALIFICADA. 1. No crime de racismo, o ofensor visa a atingir um número indeterminado de pessoas, enquanto na injúria racial ele atinge a honra de determinada pessoa, valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. 2. Comete o crime de injúria racial qualificada o réu que, na fila do caixa para comprar ingresso para o cinema, na frente de diversas pessoas, profere palavras ofensivas à ofendida, responsável pela venda de ingressos, com alusão à sua raça, dizendo-lhe que “é muito grossa, por isso é “dessa cor” e “volta para a África”, para cuidar de orangotangos. 3. Recurso do Ministério Público parcialmente provido para condenar o réu por injúria racial qualificada e desprovido o recurso do réu.” (TJDFT. Apelação Criminal nº 0021055-18.2012.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 02/10/2014. Publicação: 10/10/2014. Relator: João Batista Teixeira).

¹⁹³⁶ Também o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência assentada nesse sentido: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 20, DA LEI Nº 7.716/89. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA SE ENQUADRARIA NO ART. 140, §3º, DO CP. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. I - O crime do art. 20, da Lei nº 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, §3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade). II - No caso em tela, a intenção dos réus, em princípio, não era precisamente depreciar o passageiro (a vítima), mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro, i.e., a idéia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro, atentando-se, dessa maneira, contra a coletividade brasileira. Assim, suas condutas, em tese, subsumem-se ao tipo legal do art. 20, da Lei nº 7.716/86. III - A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados. Se não houver um lastro probatório mínimo a

No que tange à natureza da ação penal, até mesmo em virtude de previsão legal expressa, distinguia-se entre a natureza pública condicionada à representação, para o crime de injúria racial – nos termos do artigo 145, parágrafo único do Código Penal¹⁹³⁷ – e a natureza pública incondicionada, para o *crime de racismo*.

Outra distinção fundamental apontada dizia respeito à imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo, por determinação constitucional (artigo 5º, XLII, da Constituição Federal), o que não se aplicaria ao tipo penal previsto no art. 140, §3º, do Código Penal, haja vista a distinção estabelecida entre os dois crimes em questão.

Guilherme de Souza Nucci, em posicionamento minoritário vinha defendendo que o crime de injúria racial, por ser mais um delito no rol de crimes raciais, deveria ser considerado imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão, nos mesmos moldes que os crimes previstos na Lei nº 7.716¹⁹³⁸.

No emblemático caso envolvendo dois conhecidos jornalistas brasileiros, há mitigação do entendimento jurisprudencial acerca da distinção entre injúria racial e racismo. Em setembro de 2009, Paulo Henrique Amorim publicou uma mensagem, em seu *blog*, afirmando que Heraldo Pereira era um “negro de alma branca” e que “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”. Em março de 2010, houve nova publicação, com ofensas semelhantes. A vítima apresentou representação no Ministério Público, que denunciou Paulo Henrique Amorim, atribuindo-lhe a autoria dos delitos previstos no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716, de 1989, por duas vezes, e no art. 140, § 3º, c/c art. 141, inciso III, ambos do Código Penal¹⁹³⁹. O juízo da 4ª Vara Criminal da Circunscrição

respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis* (Precedentes da Corte Especial e da Turma). In casu há o mínimo de elementos (v.g., prova testemunhal) que indicam possível participação dos recorrentes no delito a eles imputado. Writ denegado”. (STJ. RHC nº 19166. 5ª Turma. Julgamento: 24/10/2006. Publicação: 20/11/2006. Relator: Felix Fischer).

¹⁹³⁷ “Art. 145 (...)

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.033. de 2009)”.

¹⁹³⁸ Cfr. Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 507: “Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão”.

¹⁹³⁹ Segundo a peça acusatória, “No dia 5 de setembro de 2009, às 9 horas e 38 minutos, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, praticou e incitou o preconceito de raça e cor, publicando em site de sua responsabilidade, denominado ‘Conversa Afiada’ (endereço eletrônico www.paulohenriqueamorim.com.br), o seguinte comentário: ‘Heraldo é negro de alma branca’. Alguns meses depois, no dia 11 de março de 2010, às 8 horas e 42 minutos, o denunciado, agindo de forma livre e consciente e com intenção de ofender a dignidade e o decoro de Heraldo Pereira de Carvalho, o injuriou pela internet, empregando elementos referentes a sua raça e cor, publicando no mesmo site acima mencionado que Heraldo se agachava, se ajoelhava para o Ministro Gilmar

Especial Judiciária de Brasília/DF julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, desclassificando o crime de racismo para o crime de injúria racial – no que tange à primeira imputação –, e absolvendo o réu, quanto à segunda imputação, diante da atipicidade da conduta. Em consequência, o juízo *a quo* arquivou o feito, reconhecendo a extinção da punibilidade, em razão da decadência do direito de representação da vítima.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal afastou a extinção da punibilidade pela decadência, condenando o réu pela prática do delito previsto no artigo 140, § 3º, c/c o artigo 141, inciso III, do Código Penal Brasileiro¹⁹⁴⁰. Em sede de embargos infringentes, manteve-se o afastamento da decadência, embora o Tribunal de Justiça tenha declarado extinta a punibilidade por outro fundamento: prescrição pela pena em concreto.

O recurso especial manejado pela assistência da acusação foi provido monocraticamente no Superior Tribunal de Justiça, para reconhecer a imprescritibilidade do crime de injúria racial, estendendo a este delito a imprescritibilidade prevista no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. Essa decisão foi mantida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso de agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF.

Mendes e que esse seu comportamento serviçal deveria envergonhar Ali Kamel, inimigo das cotas para negros nas universidades.”

¹⁹⁴⁰ “EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITOS CONSTITUCIONAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. HONRA. PONDERAÇÃO. CRIMES. INJÚRIA RACIAL E RACISMO. DIFERENÇA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRIMEIRA IMPUTAÇÃO. DOLO DE INJURIAR. PRESENÇA. CONDENAÇÃO. SEGUNDA IMPUTAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. I - É certo que a exposição livre de ideias e críticas é inerente ao Estado Democrático, possibilitando se questionar e confrontar os pensamentos dos grupos dominantes, o que torna as pessoas públicas ainda mais suscetíveis de fazer e receber críticas. Entretanto, o fato de o réu ser jornalista não lhe outorga o direito de poder discriminar ou injuriar outras pessoas públicas. II – Se as críticas do réu, em relação à primeira imputação, não são realizadas com o intuito de colocar em debate questões de interesse social, mas sim com o objetivo de atingir a vítima, não há que se falar em *animus narrandi* ou *criticandi*. III - A distinção entre os crimes de preconceito e injúria preconceituosa reside no elemento subjetivo do tipo. Configurar-se-á o delito de discriminação se a intenção do réu for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo e o de injúria preconceituosa se a intenção do autor for atingir a honra de determinada pessoa, valendo-se de sua cor para intensificar a ofensa. IV – Se o réu divulga artigo que se restringe a criticar a vítima, sem qualquer dado concreto, referindo-se a esta como sendo pessoa que não conseguiu revelar nada além de ser “*negro e de origem humilde*” e utilizando expressões como “*negro de alma branca*” resta caracterizado o crime de injúria preconceituosa. V – Afasta-se a extinção da punibilidade em decorrência da decadência do direito de representação diante da dúvida a respeito da data em que a vítima veio a saber da ocorrência do crime e de quem era o autor. VI – Justifica a elevação da pena-base do crime de injúria preconceituosa se a vítima é figura pública que depende de sua imagem para exercer a profissão e, após as lesões provocadas pelo crime, encontra dificuldades perante a sociedade e a sua profissão. VII – Deve ser reconhecida a atenuante da senilidade se o réu completa setenta anos antes do acórdão condenatório. VIII – Se as ofensas foram publicadas no site do réu, que tem grande número de acessos, facilitou-se a divulgação da injúria, devendo ser reconhecida a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal. IX – Mantém-se a absolvição em relação à segunda imputação se, apesar da presença de termos fortes, o réu agiu com o ânimo de narrar os fatos, criticando a postura da vítima enquanto jornalista de emissora rival, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento. X - Incabível a condenação por danos morais se as partes realizaram acordo judicial de composição de danos homologado por sentença transitada em julgado sob pena de *bis in idem*. XI – Recursos conhecidos e parcialmente providos.” (TJDFT. Apelação Criminal nº 2010 01 1 117388-3. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 20/06/2013. Relatora: Nilsoni de Freitas Custódio).

Na decisão, o Superior Tribunal de Justiça adotou expressamente o entendimento de Guilherme Souza Nucci, considerando que a injúria racial está na seara dos crimes relativos ao racismo, sendo, por isso, também *imprescritível* e inafiançável. Ressaltou-se na decisão que deve ser reconhecida a imprescritibilidade do delito de injúria racial, uma vez que esse crime por “também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei nº 7.716, de 1989, cujo rol não é taxativo”¹⁹⁴¹.

Em decisão monocrática, datada de 16 de março de 2017, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, negou seguimento ao recurso extraordinário impetrado pelo réu, sob o fundamento de que, para chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em sede de recurso extraordinário¹⁹⁴². Na oportunidade, salientou que a própria questão referente à

¹⁹⁴¹ “EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE CERTIDÃO EMITIDA POR SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA ABRINDO PRAZO PARA A RESPOSTA AO REFERIDO RECURSO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO AFERIDA EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.448 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DECISÃO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA, *IN CASU*. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, porquanto consta dos autos documento assinado por serventuário da justiça certificando que, em 22.1.2015, as partes foram intimadas para responderem, no prazo de 5 (cinco) dias, o recurso de agravo em recurso especial. 2. O agravo é tempestivo, pois consoante a Súmula n. 448 do Supremo Tribunal Federal: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.” *In casu*, sequer consta nos autos a informação de que o Ministério Público tenha sido intimado pessoalmente da decisão que inadmitiu o recurso especial. 3. O recurso da parte adversa traz tópico específico acerca da prescrição, não havendo que se falar em decisão *extra petita*, no ponto. 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. 5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensiva foi postada e permaneceu disponível na *internet* por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência). O ônus de provar o contrário é do ofensor. 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido.” (grifos na decisão). (STJ. Agravo em Recurso Especial nº 686.965-DF. Publicação: 18/06/2015. Relator: Ministro Ericson Marinho).

¹⁹⁴² “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AMPLAMENTE ANALISADA NA ORIGEM. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Os fatos foram detida e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias. 2. Impossibilidade de se rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Por outro lado, a questão referente à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso que se mostra inadmissível, na medida em que, para se chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário. Precedentes: ARE 1.003.873, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 717.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 768.779, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 792.585, Rel. Min. Ayres Britto. 5. Negativa de seguimento com base no art. 21, §1º, do RI/STF.” (STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 983.531. Julgamento: 16/03/2017. Relator: Roberto Barroso).

imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação, por se tratar de matéria infraconstitucional. Nada obstante, asseverou que

“Por outro lado, como salientado pelo bem lançado Parecer da Procuradoria-Geral da República (evento 38), cumpre prestigiar o que decidido pelo Tribunal *a quo*, notadamente considerada a alentada análise da legislação infraconstitucional realizada naquela Alta Corte que reconheceu não ser taxativo o rol dos crimes previstos na Lei nº 7.716/89, encontrando-se presentes o preconceito e a intolerância da conduta tipificada como injúria racial”. (STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 983.531. Julgamento: 16/03/2017. Relator: Roberto Barroso).

Em 4 de junho de 2018, a decisão monocrática do ministro Roberto Barroso foi confirmada em sede de Embargos de Declaração, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que, por unanimidade, rejeitou os embargos, pronunciando o imediato trânsito em julgado, nos termos do voto do relator.

Ponto de ruptura do paradigma jurisprudencial sobre a imprescritibilidade do crime de injúria racial foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus nº 154.248*, do Distrito Federal, ao reconhecer o crime de injúria racial como espécie do gênero racismo. O HC foi impetrado pela defesa de Luíza Maria da Silva, uma mulher idosa, condenada por injúria racial no processo criminal nº 0020402-16.2012.8.07.0001, que tramitou perante 1ª Vara Criminal de Brasília/DF, a um ano de reclusão e dez dias-multa por ter proferido contra Priscila de Oliveira Alves de Sousa, uma mulher negra, frentista de um posto de combustíveis, as seguintes ofensas racistas: “*negrinha nojenta, ignorante e atrevida*”.

A condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), tendo a ré recorrido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como ao Supremo Tribunal Federal (STF), interpondo, respectivamente, Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, ambos indeferidos pelo presidente do TJDF. Manejando os recursos cabíveis para tentar sua absolvição, a ré interpôs, perante o STJ, Agravo Regimental para obter o processamento de seu Recurso Especial (AgRg no ARESP 734.236/DF), e, perante o STF, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg no ARE 1.121.993/DF), além de Embargos de Declaração (ED AgRg ARE 1121993), todos negados.

Assim, restou à parte ré apenas a impetração de um *Habeas Corpus*, com pedido liminar, o HC nº 154248/DF, contra o acórdão proferido pela 6ª Turma do STJ que negou provimento ao AgRg no ARESP 734.236/DF, com a alegação de ilegalidade do ato do juízo

coator, tendo em vista o “*gravíssimo equívoco ao asseverar que o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, é ‘imprescritível’ e ‘inafiançável’*”, pois, segundo a defesa da condenada, nos termos do art. 115, do Código Penal¹⁹⁴³, estava extinta a punibilidade da ré, que, à época da condenação (18/11/2013), contava com 72 anos de idade. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação, considerando o delito imprescritível, conforme sua jurisprudência que assentou entendimento no sentido de que, desde a Lei nº 9.459/97, que introduziu a injúria racial no ordenamento penal brasileiro, foi criado “*mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão*”.

Na condição de *amicus curiae*, diversas organizações e movimentos sociais participaram do processo, por meio de sustentação oral e apresentação de memoriais, como o MNU (Movimento Negro Unificado), o IDAFRO (Instituto de Defesa das Religiões Afro-brasileiras), a ABGLT (Associação Nacional e Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos), a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), a ABRAFH (Associação Brasileira de Famílias HomoTransAfetivas), o GADVs (Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero) e a INDÔMITAS COLETIVA FEMINISTA.

Em 26 de novembro de 2020, o relator do caso, Ministro Edson Fachin, votou pela equiparação da injúria racial (artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal) ao crime de racismo (previsto pela Lei 7.716/1989), destacando que:

“[...] a prática do crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em outras palavras, a conduta do agente pressupõe que a alusão a determinadas diferenças se presta ao ataque à honra ou à imagem alheia, à violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

A injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.

¹⁹⁴³ Código Penal, art. 115: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

(...)

Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.

Tal agir significa, portanto, a exteriorização de uma concepção odiosa e antagônica a um dos mais fundamentais compromissos civilizatórios assumidos em diversos níveis normativos e institucionais por este país: a de que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia. Trata-se de componente indissociável da conduta criminosa em exame, o que permite enquadrá-la tanto no conceito de discriminação racial previsto no diploma internacional quanto na definição de racismo já empregada pelo Supremo Tribunal Federal no voto condutor do julgamento do HC 82.424.

A atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural. Também ampliam o fardo desse manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto.

Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sóciopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. (STF. Habeas Corpus nº 154248/DF. Julgamento: 28/10/2021. Relator: Edson Fachin).

Após seu pedido de vista que suspendeu o julgamento até 28/10/2021, o Ministro Alexandre de Moraes votou com o relator, questionando: “*como dizer que isso não é uma prática de racismo?*”. Salientando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV), o repúdio ao racismo (art. 4º, VIII) e a criminalização do racismo (art. 5º, XLII), para apontar que a inafiançabilidade e a imprescritibilidade não são exclusivas ao tipo penal nomeado “racismo”, se projetando, assim, sobre a injúria racial. Em suas palavras: “referir-se a alguém com expressões preconceituosas, como 'negrinha nojenta, ignorante e atrevida', foi uma manifestação ilícita e preconceituosa em razão da condição de negra da vítima. Então houve um ato de racismo”. Para o Ministro, somente defendendo a interpretação plena da lei de combate ao racismo é que produziremos os resultados declarados pela democracia brasileira, ou seja, “extirpar essa prática secular no Brasil”.

O entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso – que asseverou: “*se você conversar por 15 minutos com uma pessoa negra, ela lhe dirá quantas vezes, cotidianamente, a cor da pele é que fez a diferença no tratamento [...] estamos todos precisando passar por um processo de reeducação nessa matéria*” –, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, bem como pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia – que defendeu: “*mesmo no caso de injúria racial, a vítima não é apenas a pessoa ofendida, mas toda a humanidade*”.

O único voto contrário foi do ministro Nunes Marques – recentemente indicado ao STF pelo presidente Jair Bolsonaro – e que proferiu seu voto ainda em novembro de 2020, após o voto do relator, defendendo o posicionamento histórico e dogmático (conservador) de que as condutas dos crimes são diferentes e que a imprescritibilidade da injúria racial só pode ser implementada pelo Poder Legislativo, alegando que: “no crime de injúria, o bem jurídico protegido é a honra subjetiva, e a conduta ofensiva se dirige à dela. Já no crime de racismo, o bem jurídico tutelado é a dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida independente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

O recente posicionamento da jurisprudência brasileira pela imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria racial, na condição de prática racista, opera significativa evolução no que se refere à tutela penal da não discriminação racial. Com efeito, não há na Constituição nenhuma norma que restrinja a definição de práticas racistas a apenas um diploma legal (Lei nº 7.716, de 1989), não havendo óbice à criação pelo legislador infraconstitucional de novos tipos penais para definição de práticas racistas, ainda que estejam previstos em outra legislação extravagante ou mesmo no Código Penal, como é o caso da injúria qualificada pelo fator raça. Sob essa ótica, fazer uso de elementos raciais para humilhar, constranger, inferiorizar outra pessoa, afetando sua autoestima, é, de fato, uma forma de praticar racismo. Dessa maneira, assim como os demais tipos penais elencados na legislação especial, a injúria racial é mais um tipo penal que permite a tutela criminal do direito à não discriminação racial.

Ademais, pode-se afirmar que, em termos práticos, a injúria racial pode ser tão ou mais grave do que os crimes previstos na própria Lei nº 7.716, de 1989, haja vista seu caráter explícito, que, não raro, traduz-se em manifestação verbal de discurso de ódio racial, submetendo, muitas vezes, a vítima a constrangimento e dano moral e psicológico. Note-se que, sob a perspectiva da gravidade da conduta típica, a pena prevista para o crime de injúria racial é o mesmo estabelecido para o crime tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716.

Apesar de concluir pela imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria racial, nos moldes do mandamento constitucional pertinente, o Supremo Tribunal Federal

deixou de apreciar questão importante relacionada ao tema: a natureza da ação penal. Isso porque, como já visto, há dispositivo legal explícito (artigo 145, parágrafo único do Código Penal) que estabelece que a ação penal, nos crimes de injúria racial, é pública condicionada à representação, enfrentando, portanto, o prazo decadencial de seis meses, após o qual fica extinta a punibilidade.

Apesar da omissão da jurisprudência firmada, defende-se, neste trabalho, o entendimento de que também o tipo de ação penal deve se adequar à natureza imprescritível do crime. Dito de outro modo, com o entendimento esposado pelo STF, a ação penal pública incondicionada passa a ser o tipo de ação penal cabível para o processamento dos crimes de injúria racial, nos mesmos moldes dos demais crimes de racismo. Isso porque é incoerente e até mesmo ineficaz atribuir imprescritibilidade a um crime e mantê-lo sob os efeitos deletérios do tempo, em virtude da natureza de sua ação penal. Se a imprescritibilidade tem por fundamento evitar que a persecução criminal seja prejudicada pelo decurso do tempo, ainda que em decorrência de omissão ou desídia do Estado, como submeter um tipo penal imprescritível a uma ação penal de natureza pública condicionada à representação da vítima, com prazo de seis meses? Desse modo, com o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de injúria racial, na condição de crimes de racismo, também a ação penal passa a ser pública incondicionada.

– CAPÍTULO II –
**DIREITO À DIFERENÇA RACIAL
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

O segundo capítulo desta etapa final será dedicado à revisão do tratamento jurisprudencial conferido à dimensão igualitária que aqui se denominou direito à diferença racial. Ver-se-á que, muito embora as decisões judiciais analisadas não se refiram expressa e autonomamente a esse direito de igualdade racial, os argumentos jurídicos trazidos à baila ajustam-se ao conteúdo da prerrogativa jusfundamental em questão.

O primeiro tópico a ser desenvolvido aplica as premissas do direito à diferença racial na esfera do mercado de trabalho, mais especificamente nos casos de sua violação a partir de práticas inerentes ao que se convencionou chamar de *discriminação estética*.

Na sequência, o direito à diferença racial será cotejado com o fenômeno do racismo religioso. Note-se que na parte precedente o racismo religioso foi abordado em conjunto com outras formas de discriminação racial, quando se explorou a dimensão eminentemente negativa da igualdade racial (direito à não discriminação). No entanto, já se alertou a respeito da comum imbricação entre as dimensões igualitárias, o que confirma a complementaridade dos conteúdos jusfundamentais envolvidos. A explicação se justifica porque o racismo religioso pode, a depender do modo como se manifesta, resultar não apenas na violação da não discriminação racial, mas também e de modo significativo na ofensa ao direito à diferença racial.

1. Direito à diferença racial e *discriminação estética* no mercado de trabalho

Outro assunto que tem ocupado a jurisprudência nacional diz respeito ao que se convencionou denominar de *discriminação estética*, fenômeno que tem sido constatado com mais frequência nas relações de trabalho.

É comum as empresas estabelecerem manuais de procedimentos ou regulamentos internos que instituem regras a serem observadas no âmbito do contrato de trabalho. A obrigatoriedade do uso de crachás, uniformes, cartões de ponto, dentre outros – desde que não

violem direitos legal e constitucionalmente consagrados – em geral e em certos contextos, é inerente à relação laboral e seu regramento decorre do próprio poder diretivo do empregador.

Entretanto, o poder diretivo atribuído ao empregador nas relações de trabalho – salvo exceções pertinentes às peculiaridades ínsitas a determinados tipos de contrato laboral – não envolve a prerrogativa de impor padrões estéticos à aparência do empregado. Tais exigências – que, por óbvio, não costumam fazer parte dos regulamentos empresariais – são capazes de condicionar o acesso e a permanência de grupos étnico-raciais vulnerabilizados no mercado de trabalho.

Na realidade brasileira, a *boa aparência*, até um passado recente, ainda constava, de modo explícito, como requisito para a seleção a postos de trabalho, até mesmo em anúncios de jornal. No âmbito das relações sociorraciais historicamente construídas no Brasil, não é difícil supor quais são as características físicas que *garantem boa aparência* e, doutro lado, aquelas capazes de excluir peremptoriamente ou dificultar as oportunidades de acesso ao mercado de trabalho.

Desse modo, a dita *discriminação estética* está, não raro, associada a fatores fenotípicos da população negra, constituindo, nessas hipóteses, a prática de racismo. Buscando-se transplantar a discussão para as concepções propostas nesta tese, trata-se de violação ao direito à não discriminação racial, mas também – e esse será o ponto abordado neste tópico – de evidente desrespeito ao direito à diferença racial. Impor que o trabalhador negro se adapte aos padrões estéticos tidos como aceitáveis ou hegemônicos para aceder ou se manter num posto de trabalho, importa desconsiderar o seu direito à diferença, consistente em preservar seu marco identitário sem que, com isso, seja alvo de desrespeito e discriminação.

No Brasil, o sistema de justiça vem, aos poucos, ocupando-se dessa questão, podendo-se destacar atuações do Ministério Público do Trabalho (MPT) e decisões judiciais que abordam a matéria – embora quase sempre sob o enfoque da *discriminação estética*.

O Ministério Público do Trabalho, no estado da Bahia, ajuizou, em março de 2008, Ação Civil Pública (ACP) contra o Banco Bradesco S.A., por discriminação estética e racial. Nos termos da Ação Civil Pública, que tramitou na 7ª Vara do Trabalho de Salvador, a empresa proibia o uso de barba pelos empregados, além de impor normas estéticas com relação às bancárias negras, que eram impedidas de usar o cabelo natural. Na petição inicial, ressaltou-se que o uso, ou não, de “barba, cavanhaque, bigode ou costeleta não mostra nenhuma relação com maior ou menor eficiência no tocante à prestação de trabalho”, não estando a vedação, no caso concreto, vinculada à proteção da saúde e segurança do trabalhador. Afirmando que a conduta da instituição bancária se agravava pelo indicativo de racismo, o MPT pleiteou que o

Banco fosse condenado a publicar no primeiro caderno do jornal de maior circulação da Bahia, e em todas as redes de televisão aberta do País, em horário nobre, mensagem reconhecendo a ilicitude da conduta e banindo a discriminação de seu manual de pessoal por entender que “o direito à construção da imagem física é direito fundamental de todo trabalhador brasileiro”. Requereu-se também a condenação do Bradesco ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 100 milhões, referente à discriminação por traço estético, e R\$ 100 milhões, em virtude da prática de racismo.

Em sua defesa, o Banco negou as práticas discriminatórias. Nada obstante, afirmou que, de acordo com pesquisa realizada pelo Grupo Catho, depois da competência, a aparência é um dos traços mais importantes para o sucesso profissional, sendo que 81% dos entrevistados declararam que a barba piora a aparência. Argumentou, ainda, a parte-ré que mesmo que tivesse emitido normas expressas que proibissem o uso de barba, cavanhaque, bigode ou costeleta, essa conduta não poderia ser tida por discriminatória, “porquanto integrante do poder diretivo e discricionário do empregador”. Segundo a instituição bancária, não se poderia negar ao Bradesco, tendo em vista seu poder diretivo, a liberdade de impor determinados padrões de conduta a serem respeitados por seus empregados. Ressaltou que tal proibição, se existente, não seria atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas mera “consequência natural do liberalismo econômico, sempre voltado à ampliação dos meios e da capacidade de produção das empresas”¹⁹⁴⁴.

Datada de 23 de fevereiro de 2010, a decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o Banco a pagar a quantia de 100 mil reais – reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador –, a título de danos morais coletivos causados pela prática de

¹⁹⁴⁴ No que se refere a tais argumentos, a decisão do Juízo de primeiro grau enfatizou: “Quanto à matéria de fato, a contestação parece praticamente confessar a conduta proibitiva, pois flagrantemente contraditória. Isso porque, apesar de apresentar diversos argumentos no sentido de que tal proibição supostamente não afronta ao ordenamento jurídico (fl. 182/190) e de que a utilização da barba pelos empregados supostamente prejudica a imagem da empresa (fl. 181), a Ré também aduz que não a proíbe (fl. 178/179), conduta então que não faz nenhum sentido lógico ou prático em termos de política empresarial. Ora, se realmente fosse lícita a proibição e se lhe fosse prejudicial a utilização da barba, como quer dizer a Ré, não seria razoável entender que, dentro do ambiente de concorrência acirrada em que atua no setor das instituições bancárias, simplesmente tenha se recusado a adotar tal medida proibitiva supostamente necessária a aumentar o seu desempenho. É claro que mesmo o princípio da eventualidade não pode sacrificar, a partir de parâmetros de razoabilidade e das máximas da experiência, a necessidade de alguma mínima coerência lógica em relação ao conjunto das teses de defesa em determinado tema, sob pena de se admitir, por via transversa, alegações em desconformidade com a verdade dos fatos e com a lealdade processual, o que é rigorosamente vedado (CPC, artigo 14, I e II; artigo 17, II). É evidente que, a partir dos próprios argumentos (supostas ausência de ilicitude e existência de prejuízo) que eleger – **com os quais o Órgão Julgador não concorda, como se verá adiante** –, a única conduta que restaria logicamente à Ré seria mesmo proibir a utilização da barba, não sendo razoável entender que assim não o fez”. (grifos na decisão). (7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Ação Civil Pública nº 00732-2008-007-05-00-2. Juiz: Guilherme Ludwing. Data do Julgamento: 23 de fevereiro de 2010).

discriminação estética. Amparado pelos elementos probatórios, o magistrado reconheceu a existência da proibição oral de uso de barba imposto aos funcionários da ré, registrando que, mesmo que, conforme alegado pelo Banco, o não uso de barba fosse resultado de uma tradição, passada de empregado para empregado, não estaria a empresa eximida de idêntica responsabilidade, “na medida em que é seu dever garantir aos seus empregados um meio ambiente de trabalho livre de qualquer forma de discriminação, ainda que horizontal”. Frisou-se, também, que a conduta patronal violava “inequivocamente o direito fundamental à liberdade de dispor de e construir a sua própria imagem em sua vida privada (CF, artigo 5º, X), um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III)”. Nos termos da sentença:

“A aparentemente simples opção de usar ou não barba é algo que diz respeito exclusivamente à intimidade, à vida privada e à própria imagem do indivíduo, consistindo, portanto e em verdade, no exercício de uma liberdade garantida pelo texto constitucional. Considerando a eficácia horizontal de tais direitos fundamentais, é certo que estes são oponíveis também em face dos particulares, como na hipótese, em face do empregador. A conduta patronal proibitiva em questão não se restringe ao ambiente de trabalho, gerando, pelo contrário, reflexos desnecessariamente invasivos na própria esfera privada do indivíduo, na medida em que este fica privado de livremente dispor de sua própria imagem perante a família, a comunidade e a sociedade. (...) Na hipótese discute-se a eventual prevalência do princípio da preservação da unidade produtiva (CF, artigo 1º, IV) e do correspondente direito de propriedade (CF, artigo 5º, XXII) sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III) e dos respectivos direitos à intimidade, à vida privada e à própria imagem (artigo 5º, X). (...) Trata-se de verificar no caso concreto, por intermédio da técnica de ponderação de bens e interesses, qual princípio possui prioridade entre aqueles em disputa, observando-se o princípio da proporcionalidade (...). Dessa forma, a perspectiva da apreciação da questão será realizada considerando se existem ou não condições favoráveis a mitigar o princípio da dignidade da pessoa humana. Feitas essas considerações, tem-se que não há suporte fático (condições) neste autos que sustente a eventual prevalência do princípio da preservação da unidade produtiva sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, não houve demonstração rigorosa e convincente que o uso de barba pelos empregados acarreta realmente algum prejuízo à confiabilidade e à imagem da instituição bancária perante os seus clientes, pois a pesquisa organizada pelo Grupo Catho e trazida aos autos (fl. 616/635) foi realizada apenas entre executivos, público este com um perfil extremamente refinado e específico, que não se confunde com o do brasileiro médio, que, por seu turno, corresponde à grande massa de

consumidores do banco. Como se não bastasse, a pesquisa nem mesmo se encontra direcionada direta ou indiretamente à avaliação da confiabilidade das instituições bancárias a partir da aparência de seus empregados. Trata-se assim de uma discriminação absolutamente injustificada e desprovida de qualquer razoabilidade. Dessa forma, a mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III) e dos respectivos direitos à intimidade, à vida privada e à própria imagem (artigo 5º, X) em favor do princípio da preservação da unidade produtiva (CF, artigo 1º, IV) não é adequada e nem necessária”. (grifos na decisão). (7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Ação Civil Pública nº 00732-2008-007-05-00-2. Juiz: Guilherme Ludwing. Data do Julgamento: 23 de fevereiro de 2010).

Quanto à *prática de racismo contra empregadas de etnia negra*, consistente na proibição da utilização de cabelo crespo ao natural, o magistrado julgou improcedente o pedido formulado pelo MPT, diante das provas produzidas nos autos, que não teriam demonstrado a ocorrência dos fatos. Ressalte-se, no entanto, que, caso demonstrada a prática alegada, além da evidente violação do direito à diferença racial – nos termos esposados na presente tese –, também os argumentos utilizados na decisão de primeiro grau seriam pertinentes, em especial no que tange aos limites do poder diretivo do empregador.

A 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região deu provimento ao recurso do Bradesco, reformando a condenação imposta pela 7ª Vara do Trabalho de Salvador/BA por discriminação estética referente à proibição do uso de barba pelos seus empregados. Entenderam os desembargadores, acatando o voto da relatora, que o MPT não apresentou provas da alegada prática discriminatória. Nos termos do acórdão:

“Não há nos autos, com exceção do depoimento de dois sindicalistas – que pautaram suas assertivas no que ouviram falar, e não em sua vivência no ambiente bancário -, depoimentos esses colhidos unilateralmente pelo MPT fora de Juízo, qualquer prova de que o Bradesco realmente tenha estabelecido proibição a que seus empregados usassem barba no local de trabalho, tampouco se demonstrou que essa suposta conduta seria capaz de causar um dano efetivo aos trabalhadores do Banco”. (TRT5. Recurso Ordinário nº 0073200- 78.2008.5.05.0007. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Graça Boness. Data do Julgamento: 06/07/2011).

O Tribunal argumentou que, ainda que houvesse normas do Bradesco que proibissem o uso de barba, cavanhaque, bigode ou costeleta, não se poderia falar de conduta

discriminatória ou violação aos direitos dos empregados, haja vista o poder diretivo do empregador. Nesse sentido, afirmou-se que

“É assente na doutrina e jurisprudência que o empregador possui o poder diretivo, discricionário e regulamentar sobre a atividade laboral. Inegável que o empregador detém o direito de ditar as normas administrativas de disciplina e organização que irão reger a atividade empresarial, claro, desde que tais normas não impliquem em violação aos direitos dos seus empregados, o que, no caso concreto, não se verifica, pois, ainda que houvesse provas de que o recorrente exigia de seus empregados a barba feita, tal exigência não se mostraria desarrazoada, pois integra o poder diretivo do empregador. (...) Se é verdade que o empregado tem o direito à construção de sua própria imagem, não menos verdadeiro que a empregadora tem o direito de construir a sua imagem empresarial, sendo certo que cabe aos empregados, muito mais do que instalações físicas ou espaço na mídia, passar ao público a imagem que a empresa deseja projetar e que se afigura fundamental para o êxito da atividade empresarial, daí porque é razoável admitir que não fique inteiramente ao talante dos empregados a forma de se vestir, de se portar, de se apresentar, enfim, no seu ambiente de trabalho, sendo lícito à empregadora regular a atividade laboral neste sentido, exigindo de seus empregados determinados padrões. Nesta senda, entendo que uma eventual norma que proibisse o uso de barba, bigode ou costeleta no trabalho, não se afiguraria desarrazoada ou abusiva, pois não desbordaria do poder diretivo do empregador.” (TRT5. Recurso Ordinário nº 0073200-78.2008.5.05.0007. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Graça Boness. Data do Julgamento: 06/07/2011).

Diante do julgamento, o Banco foi desincumbido da obrigação imposta pela decisão de primeiro grau, no sentido de efetuar o pagamento da quantia de 100 mil reais, além de publicar uma nota de retratação.

A partir da análise dos argumentos apresentados no caso em comento – e aplicando-os à temática que ora se aborda – tem-se que o poder diretivo do empregador, por envolver restrições aos direitos fundamentais do trabalhador deve guardar relação direta com as peculiaridades da atividade econômica e serviços prestados. O poder diretivo, discricionário e regulamentar, atribuído ao empregador deve prevalecer na relação contratual de trabalho, uma vez que – estipulando regras necessárias ao bom desempenho das atividades profissionais – não represente restrição desproporcional e desarrazoada dos direitos da personalidade do empregado. As imposições estéticas que visam a padronizar a aparência natural dos trabalhadores, sob o pretexto de adequação ao perfil empresarial e ao desempenho econômico-

financeiro da entidade patronal, não podem violar os imbricados direitos à diferença e à não discriminação racial, que, além de vincularem os poderes públicos, devem ser protegidos também no ambiente de trabalho, sob pena de responsabilidade do próprio empregador.

É certo que algumas atividades empresariais exigem determinados cuidados ou requisitos – até mesmo associados à aparência – para garantir a segurança do empregado e do consumidor, ou ainda o atendimento das finalidades peculiares do serviço desenvolvido. A título de exemplo, empregadas que exerçam suas funções operando máquinas industriais podem ser obrigadas a usar os cabelos presos, para evitar acidentes de trabalho. De modo semelhante, pode uma empresa de produtos alimentícios determinar que as empregadas que manuseiem alimentos utilizem as unhas curtas e sem esmalte, para garantia da segurança alimentar dos consumidores.

Sob outra ótica, não há fundamento fático ou jurídico que autorize o empregador a impor padrões estéticos a seus empregados, com base na liberdade para construção de sua própria imagem (do empregador) perante o público. Isso deve se aplicar de maneira ainda mais contundente nos casos em que tais exigências digam respeito a características identitárias de grupos étnico-raciais vulnerabilizados. A não prevalecer esse entendimento, o racismo institucional persistente na sociedade brasileira permanecerá excluindo deliberadamente a população negra do mercado de trabalho, ou reservando-a a *postos subalternos* e sem contato direto com o público externo.

É certo – como já se disse – que do contrato de trabalho resulta um necessário constrangimento da liberdade do empregado¹⁹⁴⁵, tendo em vista os poderes patronais e as atividades finalísticas da entidade empregadora. Importa questionar os limites desse *natural constrangimento* restritivo dos direitos fundamentais da pessoa trabalhadora. No exemplo apresentado, a exigência de que as funcionárias do Banco utilizassem determinado tipo de penteado, pode ser considerada uma cláusula contratual não escrita que, embora de validade questionável, regia, na prática, a relação laboral.

As hipóteses referidas dizem respeito a características que podem ser denominadas de modificáveis, sendo certo que, sob esse prisma, pode-se admitir, *a priori*, uma maior flexibilização dos resultados, em respeito ao debate de ideias¹⁹⁴⁶. Nada obstante, mesmo nesses casos, não se pode concluir automaticamente pela possibilidade de diferenciação, antes se

¹⁹⁴⁵ Cfr. José João Nunes Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 44.

¹⁹⁴⁶ Para Paulo Mota Pinto, *Autonomia Privada*, p. 393, no campo das características modificáveis há um espaço reservado para o debate de ideias, e a diferenciação, segundo esses elementos, pode ser ainda comportada pela autonomia privada. Tais possibilidades de diferenciação seriam, segundo o autor, permitidas a entidades privadas como “instrumentos legítimos de ‘debate’ ou de afirmação de sua posição”.

impondo a análise dos interesses em voga casuisticamente, em especial aqueles associados aos direitos fundamentais do trabalhador, como o direito à igualdade racial, o direito à imagem e o direito à honra.

Outros elementos podem auxiliar a análise dos limites do poder diretivo e da vinculação do empregador ao direito à igualdade racial, na vertente direito à diferença, notadamente a esfera de atuação dos sujeitos privados na relação de trabalho. No caso concreto, não se trata de atividades desenvolvidas no âmbito estritamente privado das partes. Ao contrário, a força de trabalho do empregado está voltada para o desenvolvimento de atividades financeiras, por meio das quais a entidade empregadora negocia seus produtos com o público. Dessa maneira, a identificação da atividade objeto do contrato no domínio de atuação pública da entidade privada empregadora, pode, *a priori*, justificar uma maior intensidade do grau vinculativo ao princípio igualitário e aos direitos de igualdade.

Sob outro prisma, a relação laboral é marcada por nítida assimetria de poderes entre as partes, indicando relevante desigualdade fática, da qual, de regra, deve resultar mais intensa proteção jurídica do contratante mais débil. A imposição da instituição bancária representa constrangimento aos empregados que, tementes das consequências do não cumprimento da cláusula contratual não escrita, sentem-se impelidos a aquiescer com a restrição aos seus direitos fundamentais. Assim, a existência de desequilíbrio negocial entre as partes contratantes – que, como já evidenciado, não diz respeito apenas à hipossuficiência de cunho econômico – também reforça a vinculabilidade à cláusula igualitária.

A repercussão social da atuação da entidade bancária é outro fator que não pode ser desconsiderado, no caso concreto. Com efeito, trata-se de instituição financeira de projeção nacional que supostamente aplicava o método discriminatório em todas as suas agências situadas no estado da Bahia. Sendo a população em idade ativa de Salvador (capital baiana) e Região Metropolitana formada por 85,4% de pessoas negras¹⁹⁴⁷, não se pode defender a irrelevância de conduta discriminatória que, além de qualitativamente relevante, distingue-se pela reiteração. Se além da diminuta representatividade¹⁹⁴⁸ dos negros nos mais importantes

¹⁹⁴⁷ Conforme dados da Pesquisa Mensal de Emprego, no ano de 2013, a população em idade ativa segundo a cor raça de Salvador e Região Metropolitana era formada por 85,4% de pessoas negras (pretas e pardas) e 14,1% de pessoas brancas. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2013.pdf>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

¹⁹⁴⁸ Nesse contexto, a utilização do critério da disparidade estatística é de fundamental importância. Trata-se de análise comparativa entre o percentual de representatividade de determinado grupo na sociedade e sua representatividade em certas esferas de atuação, com o objetivo de aferir eventual desproporcionalidade. Por meio desse método, é possível demonstrar a sub-representação das minorias, gerando, em certos casos, uma presunção de discriminação.

setores da vida em sociedade – com especial ênfase para o mercado de trabalho, e mais ainda, como será visto, para o setor bancário –, ainda se admitir a imposição de condições contratuais discriminatórias (mesmo que não escritas), estar-se-á, nessas circunstâncias, esvaziando o direito à igualdade racial.

Decisão mais recente abordou a questão de imposição estética racialmente discriminatória, considerando a exigência violadora dos direitos fundamentais do empregado.

Em março de 2016, a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro) confirmou a condenação da rede de lojas Botswana (BSW Comercial Modas Ltda.) ao pagamento de indenização por danos morais a uma vendedora que foi constrangida a alisar os cabelos durante a relação laboral. A reclamante foi contratada para trabalhar como vendedora de uma das lojas da Botswana, situada em Duque de Caxias, Rio de Janeiro, sendo que, logo na admissão, foi obrigada a alisar os cabelos para se adequar aos padrões impostos pela empresa. As provas colhidas nos autos revelaram que, de fato, a supervisora do estabelecimento não aceitava vendedoras de cabelos crespos. A reclamada negou coação, argumentado que o alisamento dos cabelos foi apenas uma sugestão à empregada recém-contratada, embora a testemunha de defesa tenha confirmado que a loja não possuía nenhuma vendedora de cabelos crespos. O Juízo *a quo* salientou que a conduta da reclamada foi ofensiva à intimidade e à honra subjetiva da reclamante, pontuando que “o poder diretivo do empregador, embora reconhecido pelo ordenamento jurídico, encontra limites na dignidade da pessoa humana”.

Condenada, em primeira instância, ao pagamento de indenização no valor de 2 mil reais, pelos danos morais causados à trabalhadora, a empresa recorreu da decisão. A 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro) manteve a condenação, bem como o *quantum* da indenização, destacando que se tratou de uma exigência de padronização da aparência pessoal da reclamante, ainda mais tendo em vista que o fato ocorreu em momento de especial vulnerabilidade para a trabalhadora, que, para manter o novo emprego, sujeitou-se ao arbítrio da empresa. Ponderou-se na decisão ser “aceitável que uma empresa de moda apresente sugestões de como o trabalhador deve se apresentar ao serviço, como se vestir de certa maneira para seguir uma ‘tendência’, pois a aparência, nesse caso, é diretamente ligada à atividade econômica”, mas não para “determinar ou mesmo sugerir que o trabalhador altere uma característica natural de seu corpo”. Para a Corte, tal conduta extrapola o poder diretivo

do empregador, “atingindo diretamente a dignidade, a auto-estima e a intimidade do empregado”¹⁹⁴⁹.

Em síntese, e apenas para reforçar os argumentos já apresentados, a imposição de padronização estética como critério para admissão ou permanência em um emprego, quando não relacionada à capacidade laborativa, competência, grau de escolarização ou outro elemento que qualifique o trabalho desenvolvido, configura discriminação injustificável. No caso mais específico de exigência de modificação de características identitárias negras, trata-se de evidente violação do direito à diferença racial, com sérios reflexos na liberdade, no direito à imagem e à honra do trabalhador.

A Constituição Federal brasileira aponta indubitavelmente o paradigma de sociedade política que adota: democrática, inclusiva, pluralista, com respeito à diversidade e às minorias religiosas, raciais e culturais. O modelo de Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais constitucionalmente eleito conduz à conclusão de que as diferenças raciais devem ser valorizadas e respeitadas também nas relações de trabalho, cuja função social e potencialidade para emancipação do sujeito não devem ser olvidadas.

2. Direito à diferença e racismo religioso

Na segunda parte do trabalho – mais especificamente no item que aborda o direito à não discriminação racial –, apresentou-se a concepção de racismo religioso que, no contexto brasileiro, atinge de modo mais intenso as religiões de matriz africana. Embora abordado no âmbito do direito à não discriminação racial, o racismo religioso traz reflexos significativos na esfera do direito à diferença, o que demonstra, mais uma vez, a imbricada relação entre as dimensões constitutivas do direito à igualdade racial.

Com efeito, a resistência no reconhecimento das religiões de matriz africana pela sociedade e pelo próprio sistema de justiça – fenômeno decorrente do racismo e marginalização

¹⁹⁴⁹ “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DANO MORAL CONFIGURADO. AUTORA CONSTRANGIDA A ALISAR SEUS CABELOS E A ALTERAR SUA APARÊNCIA NATURAL PARA SEGUIR TENDÊNCIAS DA MODA POR IMPOSIÇÃO PATRONAL. CONDUTA ABUSIVA DA RÉ. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. O dever de indenizar surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Conforme vaticina a teoria do dano direto e imediato, tal expressão, constante do artigo 403 do CC, deve ser interpretada em conjunto com a subteoria da necessidade da causa. No caso concreto, restou evidenciado o nexo causal, pois o dano moral sofrido pela reclamante foi efeito direto e imediato da conduta abusiva da ré, que extrapolou seu poder diretivo ao impor a alteração de uma característica física natural de sua empregada, atingindo diretamente sua dignidade, auto-estima e intimidade. Assim, é devida a indenização pelo abalo sofrido. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no particular.” (TRT-1 – RO nº 0010110-54.2015.5.01.0204. Relator: Desembargador Enoque Ribeiro dos Santos. 5ª Turma. Data do julgamento: 8/3/2016).

historicamente impostos à população negra – resulta na reprodução de mecanismos de seletividade também em termos religiosos. Nessa perspectiva, adeptos de religiões de matriz africana ou afro-brasileiras têm seu direito à liberdade religiosa obstaculizado em diversos aspectos, o que viola o direito à diferença, aqui traduzido no direito de professar religiões não majoritárias e hegemônicas, sem deixar de ser tratado com igual respeito e consideração.

Embora se trate de tema ainda incipiente em meio à jurisprudência¹⁹⁵⁰, outros órgãos do sistema de justiça já começam a atuar no combate ao racismo religioso, para garantia do direito à diferença – no sentido apresentado nesta tese – dos adeptos de religiões de matriz africana.

Após receber informações de que o Centro Ecumênico da Vila Olímpica das Olimpíadas de 2016 (Rio de Janeiro) contemplava apenas cinco crenças, o Ministério Público Federal (MPF) instaurou inquérito civil (nº 1.30.001.002953/2016-83), no âmbito do qual expediu recomendação ao Comitê Olímpico para que as religiões afro-brasileiras também fossem contempladas no local. No documento, o Ministério Público ressaltou que, de acordo com o artigo 215 da Constituição Federal, o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Fez-se menção, ainda, ao Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010), o qual determina que o poder público adote medidas para o combate à intolerância contra religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores.

Em resposta, o Comitê informou que, com base em dados estatísticos, o Centro Ecumênico contemplava as cinco crenças mais seguidas pelos atletas olímpicos – cristianismo, islamismo, judaísmo, hinduísmo e budismo –, mas que o espaço estaria aberto para os adeptos de todas as religiões.

Após o envio de uma segunda recomendação por parte da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão (PRDC), do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro (MPF/RJ), o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos decidiu criar um espaço neutro –

¹⁹⁵⁰ As decisões sobre a temática não a abordam nessa perspectiva. Ainda assim, vale menção ao seguinte precedente: “EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. A liberdade de crença, ou liberdade religiosa, é protegida pelo artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal. É direito da personalidade cujo âmbito de proteção envolve, de modo abrangente, o sentido do mundo e da vida humana a partir da perspectiva de quem professa determinada religião. O Estado deve manter-se neutro diante da opção religiosa; ao empregador impõe-se a mesma obrigação, diante da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A liberdade religiosa abarca o exercício de cultos ou celebrações, mas também determinados usos, dentre os quais a adoção de determinada indumentária das entidades espirituais de determinada religião. Daí porque o deboche em razão da ciência de que o empregado guardava consigo tecidos voltados a essa finalidade é expressão de discriminação religiosa. Recurso do reclamante a que se dá provimento”. (TRT-4 – RO: 00213244220155040403. 6ª Turma. Relator: José Felipe Ledur. Data de Julgamento: 17/2/2017).

sem distinção de religiões – para as celebrações religiosas na Vila Olímpica. Também se assegurou que o uso do espaço seria organizado conforme agenda previamente estabelecida mediante requisição dos membros das delegações hospedadas. Ademais, definiu-se que a requisição, o cadastramento e a presença dos membros de religiões estariam garantidos de forma isonômica.

Em atuação voltada para a proteção das *minorias religiosas*, em novembro de 2016, o Ministério Público do Estado da Bahia – diante de representações de sacerdotes de religiões de matriz africana – expediu recomendação à Secretaria Municipal de Saúde do Município de Salvador, bem como à Secretaria Estadual de Saúde da Bahia, para que cumprissem a legislação pertinente, assegurando o direito à assistência religiosa aos pacientes internados de todas as crenças. A orientação tem por fundamento o igual direito à assistência religiosa, que deve ser garantido aos pacientes, com fulcro no artigo 5º, inciso VII, da Constituição Federal¹⁹⁵¹ e na Lei Federal nº Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000. O documento se baseou também na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde, que garante ao paciente o respeito “aos seus valores éticos, culturais e religiosos” (artigo 4º, inciso III, “d”), bem como o “recebimento de visita de religiosos de qualquer credo, sem que isso acarrete mudança da rotina de tratamento e do estabelecimento e ameaça à segurança ou perturbações a si ou aos outros” (artigo 4º, inciso XIV).

Em 5 de junho de 2017, o Ministério dos Direitos Humanos solicitou formalmente ao Ministério da Defesa a revisão do edital do concurso público para ingresso nos quadros de capelães navais do Corpo Auxiliar da Marinha¹⁹⁵² (CP-CapNav). O edital oferecia um total de seis vagas, sendo quatro para sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, uma para pastor da Assembleia de Deus e uma para pastor da Igreja Batista. A então ministra Luislinda Valois considerou o edital discriminatório por não contemplar as religiões de matriz africana.

Questão interessante que tem sido colocada ao Poder Judiciário e que guarda estreita relação com o direito à diferença e com o racismo religioso diz respeito à proibição de *sacrifício de animais* para fins religiosos.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2232470-13.2016.8.26.0000, na qual declarou, por maioria

¹⁹⁵¹ (...) VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.”

¹⁹⁵² O Quadro de Capelães navais se destina “ao preenchimento de cargos técnicos que visam às atividades de apoio técnico e às atividades gerenciais e administrativas em geral, além de atividades inerentes à carreira militar”. Dentre os requisitos para a assunção do cargo, o candidato deve ter concluído o curso de Teologia de nível universitário e ser reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião.

de votos, a inconstitucionalidade da Lei nº 1.960, de 2016, do Município de Cotia, que fixou multa para quem utilizasse, mutilasse ou sacrificasse animais, em locais fechados ou logradouros públicos, com finalidade “mística, iniciática, esotérica ou religiosa”. A Lei imputava, ainda, às pessoas jurídicas o pagamento da multa, por animal submetido aos rituais, bem como cassação do alvará de funcionamento¹⁹⁵³.

A ação foi movida pelo Partido Socialismo e Liberdade, que requereu a declaração de inconstitucionalidade, aduzindo que nenhuma lei poderia presumir genericamente que todo sacrifício religioso envolve maus-tratos. Alegou-se, ainda, que, “ao contrário do abate comercial, o abate religioso praticado por judeus, muçulmanos ou fiéis das religiões afro-brasileiras, utiliza um método que acarreta morte instantânea e com o mínimo de dor – a degola”.

Em sede de liminar, o Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu a validade da lei, em novembro de 2016, até o julgamento do mérito. Para a Corte paulista, a proibição é desproporcional, devendo prevalecer o livre exercício do culto religioso, mesmo porque, já havendo legislação que pune os maus-tratos contra animais, o conteúdo da lei municipal representa uma restrição à prática religiosa¹⁹⁵⁴.

O tema também foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 494.601-7/210, referente ao controle concentrado de constitucionalidade da

¹⁹⁵³ “Artigo 1º - Fica proibida a utilização, mutilação e/ou sacrifício de animais em rituais ou cultos, realizados em estabelecimentos fechados e/ou logradouros públicos, tenham aqueles finalidade: mística, iniciática, esotérica ou religiosa, assim como em práticas de seitas, religiões ou de congregações de qualquer natureza, no Município de Cotia.

Artigo 2º - O descumprimento do disposto no artigo 1º da presente Lei acarretará as seguintes penalidades:
I - multa de 30 UFESPs (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo);

Parágrafo único. Havendo reincidência:

I - Sendo o infrator pessoa física, o valor da multa terá seu valor duplicado;

II - Sendo o infrator pessoa jurídica, o valor da multa será aplicado por animal submetido aos rituais, procedendo-se à cassação do alvará de funcionamento; (...).”

¹⁹⁵⁴ “EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei n. 1.960, de 21/09/2016, do Município de Cotia, a qual proíbe a utilização, mutilação e/ou sacrifício de animais em rituais ou cultos religiosos Ausência dos vícios formais alegados Matéria que não se insere dentro da competência legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Competência comum da União, Estados e Municípios para proteger o meio ambiente e a fauna (artigo 23, VI e VII, CF) - Atribuição do Poder Público, de modo geral (União, Estados e Municípios), de adotar diversas medidas visando a proteção do direito ao meio ambiente Colisão de normas constitucionais - Liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, em oposição ao direito de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado - Princípio da proporcionalidade Técnica da ponderação Prevalência da proteção ao livre exercício dos cultos religiosos, uma vez que a utilização de animais nessas circunstâncias não teria proporção suficiente para colocar em risco a existência equilibrada do meio ambiente Ausência de indicação precisa ou prova de que no Município de Cotia estaria havendo a prática acentuada de cultos que impusessem a utilização com evento morte de um número significativo de animais, de forma desproporcional, que justificasse a atuação do Poder Público para inibir a conduta Inconstitucionalidade configurada por ofensa ao artigo 144 da Carta Estadual em reflexo do artigo 5º, inc. VI, da Constituição Federal - Ação procedente.” (TJ-SP – ADI nº 2232470-13.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Salles Rossi. Data do julgamento: 17 de maio de 2017).

Lei Estadual nº 12.341, de 2004, realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A Lei, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado, com apenas dois votos contrários, alterou o Código Estadual de Proteção aos Animais (Lei nº 11.915, de 2003), para acrescentar o parágrafo único ao artigo 2º¹⁹⁵⁵, excepcionando a vedação de maus-tratos de animais para o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana¹⁹⁵⁶.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS) ajuizou ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, para exclusão da exceção legal, sob o argumento de que somente a União tem competência para excluir a punição criminal, pontuando que a própria lei federal que penaliza os maus-tratos a animais não cria exceção para os rituais religiosos. O MP afirmou reconhecer a importância do sacrifício de animais nos cultos religiosos, defendendo, todavia, que cabe ao Judiciário avaliar, caso a caso, se o ritual ultrapassou os limites. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) rejeitou o pedido formulado¹⁹⁵⁷, entendendo, em linhas gerais, que, *in casu*, o valor cultural e a liberdade religiosa devem prevalecer sobre a proteção ao meio ambiente. Os magistrados consideraram que a lei, mesmo autorizando o sacrifício de animais, não viola o artigo 225 da Constituição Federal – o qual descreve o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e estabelece a obrigação de sua preservação –, que deve ser interpretado em consonância com a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, estabelecida no artigo 5º, inciso VI, da Constituição.

Diante do não acolhimento do pedido no Tribunal de Justiça, o Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal Federal, em 2006, aduzindo que a lei estadual concede privilégios inconstitucionais às religiões de matriz africana e viola o princípio da laicidade do Estado, o qual impõe o respeito igualitário a todas as religiões. Argumentou, ainda, o Ministério Público que o legislador estadual usurpou a competência da União.

¹⁹⁵⁵ “Artigo 2º - É vedado:

I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência;

II - manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;

III - obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força;

IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo;

V - exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal;

VI - enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem;

VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS -, nos programas de profilaxia da raiva.”

¹⁹⁵⁶ “Parágrafo único - Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana.”

¹⁹⁵⁷ TJ-RS. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690. Constitucional. Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre, 28 de outubro de 2004.

Instada a se manifestar nos autos do recurso extraordinário, a Procuradoria Geral da República apresentou posição contrária à do Ministério Público do Rio Grande do Sul, pontuando, no entanto, que a lei contestada deve ser interpretada de forma a abarcar todas as religiões, e não apenas os credos de matriz africana¹⁹⁵⁸.

No dia 9 de agosto de 2018, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, iniciou-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601-7/210. O relator, ministro Marco Aurélio, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição à lei estadual questionada. Em seu voto, o relator entendeu não haver inconstitucionalidade formal da norma, por invasão de competência, já que a lei não dispõe sobre matéria penal – de competência exclusiva da União –, e sim sobre proteção ao meio ambiente – cuja competência da União é para edição de normas gerais, sem prejuízo de complementação por lei estadual. No aspecto material, o ministro asseverou que “a laicidade do Estado não permite o menosprezo ou a supressão de rituais religiosos, especialmente no tocante a religiões minoritárias ou revestidas

¹⁹⁵⁸ “I - CONTROLE CONCENTRADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL EM CONTRASTE SIMULTÂNEO COM PRECEITOS E PRINCÍPIOS DA CARTA LOCAL E DA CARTA DA REPÚBLICA, QUANDO HOUVER ABSORÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE NORMAS DE REPRODUÇÃO COMPULSÓRIA CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

II - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SACRIFÍCIOS RITUAIS. LIBERDADE DE CULTO RELIGIOSO. DIREITO AMBIENTAL NA PROTEÇÃO DE ANIMAIS. PONDERAÇÃO ENTRE OS BENS TUTELADOS PELO ARTIGO 5º, VI, E PELO ARTIGO 225, VII, DA CF. LEI Nº 11.915/03 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Lei (Código Estadual de Proteção aos Animais), ao excepcionar da infração administrativa que tipifica o sacrifício ritual nas religiões de matriz africana, não cria causa de exclusão de ilicitude em matéria criminal, não invadindo competência legislativa privativa da União. São autônomas as instâncias administrativa e penal. Ausência de violação ao artigo 22, I, da CF.

2. O fato de o parágrafo único do artigo 2º da Lei gaúcha haver excluído da infração administrativa, de forma expressa, somente o sacrifício ritual nos cultos de matriz africana, sem referência a outros credos, não chega a criar discriminação negativa em relação às demais religiões. Tratando-se a liberdade do exercício de culto religioso de direito fundamental, há de prevalecer a exegese do dispositivo que proporcione seu maior alcance, uma vez que seria um contra-senso atribuir-lhe aplicação que restrinja o próprio objeto da tutela jurídica.

A mera supressão total do dispositivo questionado como pretendido terá o efeito perverso de deixar sob suspeita o exercício de culto de natureza sacrificial, independentemente de sua matriz, relegando-se à boa ou escassa vontade da autoridade administrativa o exame, caso a caso, de tratar-se, ou não, de violência crônica ou de abuso avulso, de morte indulgente ou cruel. Liberdade de culto racionada, liberdade de culto censurada. Inexistência de ofensa ao princípio isonômico (artigo 5º da CF).

3. Comporta certo exagero enxergar na norma questionada uma tendência, ainda que remota, do Estado do Rio Grande do Sul de estabelecer, com foros de oficialidade, o culto do candomblé, com ele identificando-se. Inexiste violação à cláusula da secularização do Estado (artigo 19, I, da CF).

4. Sopesando-se a restrição ao exercício do direito à liberdade de culto com a prevalência do interesse ambiental confrontado inexistirá razoabilidade na mútua relação meio-fim: à anulação do primeiro não corresponderá nenhum ganho qualitativo do segundo. A par das imolações rituais, seguirão os abates de forma extensiva dos mesmos animais, já agora como fonte de proteína na cadeia alimentar humana. Não há como pressupor tenha o sacrifício religioso requintes de crueldade e que seja obsequiosa a extensiva matança comercial.

5. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso ou pelo provimento parcial deste para expungir da norma questionada a expressão “de matriz africana”, permanecendo o dispositivo com a seguinte redação: Não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões.” (STF - Recurso Extraordinário nº 494.601 RG/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Data: 28 de março de 2019).

de profundo sentido histórico e social, como ocorre com as de matriz africana”. Pontuou, contudo, que a liberdade religiosa deve ser linear, sem conferir tratamento privilegiado às religiões afro-brasileiras, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Ao fim do voto, o relator opinou pelo provimento parcial do recurso extraordinário, para conferir à lei estadual do Rio Grande do Sul interpretação conforme a Constituição Federal, fixando-se a constitucionalidade do sacrifício de animais em ritos religiosos de qualquer natureza, vedada a prática de maus-tratos no ritual e condicionado o abate ritualístico ao consumo da carne. O ministro Edson Fachin votou no sentido de negar provimento ao recurso, com manutenção do texto original da lei, considerando que a menção especial às religiões afro-brasileiras não é inconstitucional, haja vista a necessidade de proteção especial a essas confissões religiosas, historicamente estigmatizadas.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes. Retomado o julgamento no dia 28 de março de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade do sacrifício de animais em cultos religiosos. Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes afirmou que a questão foi colocada de maneira *preconceituosa* pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, autor da ação, e pelas instituições que participaram das discussões na condição de *amici curiae*, tendo havido até mesmo confusão de rituais religiosos de sacrifício com práticas de magia negra, nos quais os animais seriam maltratados. Para o ministro, o ritual religioso de *sacrifício de animais* não envolve crueldade ou maus tratos, sendo que essa *interpretação preconceituosa* da prática estava levando à interdição de terreiros de Candomblé por autoridades administrativas e sanitárias. Moraes asseverou, ainda, que impedir a prática de “oferenda dos alimentos, inclusive com sacralização dos animais” – parte indispensável da ritualística das religiões de matriz africana – seria clara interferência na liberdade religiosa. O ministro também votou pela ampliação da permissão a rituais de todas as religiões, e não condicionou a prática ao consumo da carne do animal.

Os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e o presidente Dias Toffoli também votaram para autorizar a prática, com o reconhecimento do direito de todas as religiões em sacrificar animais em cultos, prática constituinte da liberdade de culto e liturgia, constitucionalmente assegurada. O julgado foi proferido no âmbito de um recurso com repercussão geral e deverá ser aplicado por todos os tribunais e juízes do País em casos semelhantes.

De acordo com as concepções proposta na presente tese, tratar-se-á de garantir, ou não, o direito à diferença e à efetiva liberdade de culto dos grupos vulnerabilizados que professam religiões de matriz africana, no Brasil.

Num modelo estatal Democrático e Social de Direitos Fundamentais, a laicidade do Estado é pedra angular para o igual respeito a todas as religiões e a sua efetiva observância deslegitima a intolerância religiosa, garantindo a igualdade na diferença.

– CAPÍTULO III –
**DIREITO À PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

O regime jurisprudencial do direito à promoção da igualdade racial será o objeto deste capítulo da tese. Certamente o mais polêmico dos direitos de igualdade racial estudados, por exigir uma postura estatal que, reconhecendo as desigualdades fáticas fundadas na raça, promove medidas positivas desestabilizadoras do *status quo*.

É preciso vislumbrar os conteúdos substancial e procedimental do princípio da igualdade para que o sistema de justiça, nas realidades sociorraciais que assim exijam, evolua para consolidar ações afirmativas de caráter racial. Conforme já se explicitou, trata-se de vertente igualitária que, uma vez identificadas as condições pertinentes, pode figurar como prerrogativa componente do conteúdo essencial do direito à igualdade racial.

Ver-se-á que o sistema de justiça brasileiro tem evoluído para considerar a compatibilidade entre o direito à promoção da igualdade racial e o sistema constitucional, tanto no que se refere às cotas raciais para acesso ao ensino superior, quanto no que tange às cotas raciais nos concursos públicos. Nada obstante, essa mesma dimensão da igualdade racial ainda não ganhou espaço em meio às relações entre particulares, embora o racismo institucional – também em meio às instituições privadas – produza em larga escala efeitos discriminatórios estruturantes que obstaculizam o incipiente processo de construção de uma democracia racial no Brasil.

1. A promoção da igualdade racial e as cotas raciais nas universidades brasileiras

A sub-representação da população negra nos mais altos níveis de ensino ainda é um fator persistente na realidade brasileira, embora as cotas raciais adotadas pelas universidades públicas tenham assumido papel fundamental na incipiente democratização racial do ensino

superior no Brasil¹⁹⁵⁹. O meio acadêmico constitui um espaço de poder capaz de instrumentalizar o acesso do indivíduo ao conhecimento e ao mercado de trabalho – elementos indispensáveis para a expansão autonômica dos sujeitos e, conseqüentemente, para o efetivo gozo de outros direitos fundamentais.

A filtragem racial – identificada em tantas outras searas por meio de pesquisas e indicadores sociais com recorte raça/cor – repete-se, em menor ou maior grau, nas instituições de ensino superior do País, notadamente nos cursos de graduação tidos como de maior prestígio – como Medicina, Direito e Engenharia – e nos cursos de Pós-Graduação, nos quais a sub-representação da população negra se revela de maneira ainda mais evidente.

O posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades começa a se consolidar a partir das inúmeras ações ajuizadas por candidatos brancos contra o sistema de cotas, logo nos primeiros anos de aplicação de tais medidas, sob a alegação, em síntese, de violação dos princípios da igualdade e não discriminação em função da raça. Sidney Madrugá aponta que, na Bahia, até maio de 2004, 41 ações judiciais haviam sido intentadas, em primeiro grau de jurisdição, contra a Universidade do Estado da Bahia – primeira universidade brasileira a adotar o sistema de cotas, a partir de ato administrativo interno, a Resolução nº 196, de 2002, com efetiva implementação no processo seletivo (vestibular) 2003. Essas ações proporcionaram a concessão de 29 medidas liminares, que autorizaram a matrícula dos autores na universidade, embora posteriormente, 17 destas tenham tido seus efeitos suspensos por decisão do presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia¹⁹⁶⁰.

Em meio às inúmeras ações perpetradas perante o Poder Judiciário, a jurisprudência brasileira oscilou entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das cotas raciais nas universidades, com certa preponderância para o primeiro entendimento, até o advento da decisão da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186-2, do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁵⁹ Referindo-se ao contexto temporal imediatamente anterior à instituição das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras, Wilson Roberto de Mattos, *2003 – O Ano do Começo: Características e Aspectos Iniciais da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade do Estado da Bahia (UNEB)*, p. 123, apontava a sub-representação dos negros nas instituições de ensino superior no Brasil, revelando que, “em 2002, dentre seis grandes universidades públicas, a saber, UFRJ, UFPR, UFMA, UFBA, UnB e USP, o contingente de estudantes pretos e pardos entre o total de estudantes era de apenas 17,21%, proporção esta quase três vezes inferior em relação à representação desse contingente populacional no cômputo geral da população brasileira que, segundo os dados do Censo IBGE-2000, era de 45%”.

¹⁹⁶⁰ Cfr. Sidney Madrugá, *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, p. 258.

A apresentação de algumas decisões e de seus fundamentos permitirá a compreensão dos principais argumentos postos em jogo pela jurisprudência pátria antes da uniformização decorrente do histórico julgamento da Suprema Corte brasileira.

Em 17 de maio de 2005, na decisão do Agravo de Instrumento nº 6.358 PR 2005.04.01.006358-2, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região se debruçou sobre a questão das cotas sociais e raciais para ingresso nas universidades públicas, assentando, por unanimidade, entendimento pela constitucionalidade destas. Para a Corte,

“é simplismo alegar que a Constituição proíbe *discrímen* fundado em raça ou em cor; o que se buscou proibir – em consonância com as declarações de direitos humanos – foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias” (TRF-4 – AG: 6358 PR 2005.04.01.006358-2, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Data de Julgamento: 17/05/2005. 3ª Turma. Data de Publicação: DJ 01/06/2005).

Nessa linha de intelecção, considerou o Tribunal que, no contexto brasileiro, o negro não desfruta de igualdade para desenvolver suas potencialidades e para preencher os espaços de poder. Tratando da parcial imbricação entre as desigualdades racial e social, a decisão ressaltou que o argumento de que a discriminação se resume aos estamentos sociais é simplista, por desconsiderar que à figura do negro se associou uma conotação de pobreza que encontra dupla motivação de disparidade: “por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre”. Salientou-se, ainda – em consonância com o que se defendeu neste trabalho acerca das condições para adoção de ações afirmativas –, que não se trata de reparar injustiças passadas, ou de compensar as agruras da escravidão, mas de enfrentar uma injustiça do presente, que revela gritante disparidade na presença de negros e brancos nas universidades, formadoras das elites brasileiras. Nesse sentido, as cotas raciais contribuiriam para a formação de “uma elite nova, equilibrada em diversificação racial”, favorecendo a construção da sociedade pluralista e democrática constitucionalmente almejada. Firmou-se, então, o entendimento de que o interesse particular não deve prevalecer sobre a política pública – ainda mais quando não se vislumbra lesão a direito individual, pois o candidato conhecia as limitações e condições predeterminadas, quando concorreu pelo sistema de cotas –; não sendo justificável o sacrifício de um modelo de justiça para evitar suposto prejuízo particular.

Colacionando outros importantes argumentos para fundamentar a constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior, merece referência a decisão no Agravo de Instrumento nº 3.536 SC 2009.04.00.003536-4, proferida em 10 de março de 2009, também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Abordando o princípio igualitário, a Corte pontuou seu conteúdo de mandamento de *antidiferenciação* e *antissubordinação*, o que não afasta, antes impõe a promoção da igualdade fática fundada nos princípios da solidariedade, do pluralismo e da diversidade. Nos termos do *decisum*, a compreensão do princípio constitucional da igualdade reclama respostas jurídicas – por meio da doutrina e da jurisprudência – em face das discriminações direta (intencional) e indireta (não intencional), sem prejuízo das medidas positivas voltadas para a superação dos efeitos do fenômeno discriminatório como um todo. Acrescentou-se, ainda, que os valores consagrados na Constituição, de 1988, “repelem a perpetuação de privilégios raciais e sociais no acesso aos benefícios propiciados pelas políticas públicas”, estes sim atentatórios de princípios básicos de justiça, “como a não-discriminação, a liberdade positiva, a dignidade humana, o direito ao trabalho e à educação e à ética das instituições no regime democrático”. Para o Tribunal, a inexistência de ações afirmativas resultaria em omissão violadora do mandamento da igualdade como *antissubordinação*, com manutenção de privilégios indevidos decorrentes das vantagens propiciadas àqueles que não experimentam discriminação. Concluiu-se, desse modo, que as cotas raciais dizem respeito a “proteger e promover o direito de igualdade de indivíduos e grupos a concorrerem aos benefícios sociais de modo equânime, livres na maior medida do possível da injustiça estrutural”¹⁹⁶¹.

Em 13 de julho de 2010, na decisão da apelação do Reexame Necessário nº 2008.72.00.001645-1/SC, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acolhendo, por maioria, o voto do relator, manifestou-se contrariamente às cotas raciais no ensino superior, afirmando não ser possível, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, “firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, notadamente a educação, baseando-se em critérios genéticos, como em razão da cor, raça ou etnia”¹⁹⁶². De acordo com

¹⁹⁶¹ TRF-4 – AG: 3536 SC 2009.04.00.003536-4. Relator: Relator. Data de Julgamento: 10/03/2009. 3ª TURMA.

¹⁹⁶² Em sentido semelhante, decisões da 3ª Turma do TRF4: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. AÇÕES AFIRMATIVAS. SISTEMA DE COTAS. ADEQUAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS PARA ALUNOS EGRESSOS DE ESCOLA PÚBLICA. INADEQUAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS. 1. A política de ações afirmativas implementada pelas Universidades por meio de suas resoluções tem amparo na Constituição e na legislação infraconstitucional, encontrando-se dentro da autonomia didático-científica e administrativa o estabelecimento de regras na seleção de candidatos. 2. Sendo o critério de acesso ao ensino superior previsto na Carta Política (artigo 208), o tratamento desigual dado em favor de alguns candidatos deve ter por fundamento outro valor constitucionalmente eleito, tal como a igualdade fática ou a redução da desigualdade. 3. Para ser válido, o discrimen usado deve atender ao princípio da proporcionalidade,

o mencionado voto, a forma de ampliação da participação de determinados grupos sociais na educação superior é ditada pela própria Constituição e deve se pautar pela eliminação das desigualdades sociais, sem descuidar dos princípios igualitários e da proibição de preceitos baseados na raça. Nessa linha de entendimento, afirmou-se que o ponto de orientação das ações afirmativas deve ser a distinção entre classes sociais, com benefício às classes menos favorecidas, dentre as quais os cidadãos que frequentaram escolas públicas. Nos termos da decisão, é o ensino disponibilizado pelo Estado a todo cidadão, independentemente de classe, cor ou origem, o qual, por sua insuficiência – quando comparado com o ensino das escolas particulares, indisponíveis para a maioria da população –, configura-se como obstáculo no acesso às universidades^{1963 1964}.

Da farta jurisprudência que se formou a partir dos questionamentos judiciais contra o sistema de cotas raciais nas universidades públicas brasileiras, chama a atenção o reconhecimento pelo Judiciário da autonomia universitária (artigo 207 da Constituição Federal) – e, portanto, da constitucionalidade formal das medidas – o que autoriza o estabelecimento de normas próprias por ato administrativo de cada instituição de ensino superior, mesmo diante da inexistência de legislação específica¹⁹⁶⁵. Nessa senda, cada universidade instituiu seu próprio

na extensão dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: é adequada quando o meio escolhido é apto para atingir a finalidade pretendida; é necessária quando a finalidade pretendida não pode ser alcançada por meio menos gravoso; e é proporcional, quando as vantagens decorrentes da adoção da restrição superam as desvantagens delas decorrentes.4. Se o critério eleito para criar a discriminação não guarda qualquer relação com o fim que se procura atingir, há malfeição da adequação, o que impõe o seu afastamento, por absoluta falta de amparo no sistema normativo. 5. Dada a notória inferioridade de qualidade da maior parte do ensino público, é razoável que se crie privilégio de acesso para os alunos egressos do sistema público de ensino. Entretanto, a política pública de cotas sociorraciais não se mostra razoável, ou mesmo proporcional, uma vez que a discriminação estabelecida entre os diferentes candidatos, para o fim de reserva de vagas a determinados grupos de estudantes, não deve guardar a necessária adequação entre os fins visados e os meios utilizados. A cor da pele e a raça não são causas capazes de justificar a diferenciação entre indivíduos iguais, para fins de ingresso no ensino superior. Duas pessoas, egressas de escolas idênticas - públicas ou privadas, não podem ter tratamento diferenciado entre si exclusivamente porque uma tem determinada cor de pele outra tem coloração diversa.” (TRF-4 - APELREEX: 3764 RS 2008.71.00.003764-6. Relator: ROGER RAUPP RIOS. Data de Julgamento: 24/11/2009. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 17/03/2010).

¹⁹⁶³ TRF-4 - APELREEX: 1645 SC 2008.72.00.001645-1. Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Data de Julgamento: 13/07/2010, 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 28/07/2010.

¹⁹⁶⁴ Outras decisões da 3ª Turma do TRF4 foram no mesmo sentido, a exemplo das seguintes: APELREEX 12867 SC 2008.72.00.012867-8, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 22/06/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 17/08/2010; TRF-4 - APELREEX: 432 SC 2009.72.00.000432-5. Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 17/08/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 23/08/2010; TRF-4 - APELREEX: 8830 SC 2009.72.00.008830-2. Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 17/08/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 23/08/2010.

¹⁹⁶⁵ Embora a jurisprudência majoritária tenha se firmado nesse sentido, importa trazer à baila exemplos de decisões contrárias, sob o argumento de que o princípio da autonomia universitária não supera o princípio da legalidade. “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL. SISTEMA DE COTAS RACIAIS INSTITUÍDO POR RESOLUÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. – O princípio da autonomia universitária, consagrado na Constituição Federal, não supera o princípio da legalidade, diante de questão intrinsecamente complexa e controvertida. - O regime de cotas para acesso às Universidades não prescinde da existência de lei em sentido

sistema de cotas, com percentuais e critérios distintos – racial, étnico-racial, social ou sociorracial –, conforme suas deliberações internas.

Veja-se, a propósito, a decisão em Embargos Infringentes proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 4 de novembro de 2011, na qual se ressaltou não apenas a possibilidade de adoção de ações afirmativas – com amparo nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, associados às normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁹⁶⁶ –, mas também a prevalência da autonomia universitária,

estrito.” (TRF-5 – AGTR: 69760 AL 0044186-25.2006.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto). Data de Julgamento: 21/06/2007. 3ª Turma. Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 03/08/2007 - Página: 1136 - Nº: 149 - Ano: 2007). Ver também: “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. UFAL. RESERVA DE QUOTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES. ANTEPROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO NOS ÓRGÃOS LEGIFERANTES. AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NÃO SE SOBREPÕE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A reserva de cotas raciais, no momento, não tem amparo legal, nem constitucional, existindo, tão-somente, projeto de lei em tramitação e ampla discussão social sobre o tema. 2. A aprovação de projeto de lei relativo à reserva de cotas raciais nas universidades brasileiras, se ocorrer, não afastará o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pelo julgador. 3. A implementação prévia, por parte de universidades brasileiras, de medidas relativas à reserva de cotas raciais, constitui procedimento contrário ao princípio da legalidade. 4. Agravo de instrumento provido e agravo regimental prejudicado.” (TRF 5 – Agravo de Instrumento TRF-5 – Agravo de Instrumento AGTR 61893 AL 2005.05.00.012284-1. Rel. Des. Federal Paulo Gadelha. Julg. 24/08/2006). No mesmo sentido, delegando ao Legislativo a instituição de cotas raciais/sociais, porém com foco na prevalência do mérito, ver: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AÇÕES AFIRMATIVAS. COTAS SOCIAIS E RACIAIS. 1. O sistema da UFSC, a exemplo do adotado por outras instituições de ensino superior, quebra princípios básicos e prestigiados pela Constituição Federal de 1988 e não se sustenta em lei. Assim, embora os bons propósitos que as inspiram, as cotas raciais e sociais não podem ser, no caso, prestigiadas, em face do princípio democrático da legalidade. Aduzo que não resta dúvida de que o Brasil é um país socialmente desigual, também está fora de dúvida de que somos uma nação de mestiços. Por outro lado, a classificação racial bipolarizada enfrenta dificuldades. As classes menos favorecidas não podem ser reduzidas aos negros e índios. Afastados emocionalismos, o mais racional parecer ser a cota social aos mais pobres, egressos de escolas públicas, mas sem fundamentalismo, ou radicalismo. Distinções baseadas em raça, etnia, nota extrínseca ou intrínseca do indivíduo já foram afastadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O objetivo da Universidade Pública não é dar ensino a quem não pode pagar, mas aos melhores, daí a ênfase no mérito. Produzir o melhor em conhecimento e pesquisa para retornar o melhor para a sociedade. Ao argumento de favorecer ou antidiscriminar alguns, não se pode prejudicar a todos, isto é, à coletividade que espera seja vertida à sociedade a excelência em conhecimento e pesquisa. A sociedade - a coletividade - é diretamente prejudicada se não forem seriamente selecionados os melhores. 3. As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regeadores da espécie, como aqui, a igualdade de acesso, sem distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. É o Parlamento que legitimamente obriga a todos. É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo.” (TRF-4 - AG: 60971820104040000 SC 0006097-18.2010.404.0000. Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER. Data de Julgamento: 30/06/2010. 4ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 12/07/2010).

¹⁹⁶⁶ Reforçando a autorização de adoção de ações afirmativas raciais pela internalização das normas de direito internacional, ver: “EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÕES AFIRMATIVAS. ‘COTAS’ NAS UNIVERSIDADES. CRITÉRIO RACIAL. DISCRIMINAÇÃO. ISONOMIA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MÉRITO UNIVERSITÁRIO. 1. POLÍTICAS AFIRMATIVAS. Conjunto de políticas públicas e privadas, tanto compulsórias, quanto facultativas ou voluntárias, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas. Técnicas que não se subsumem ao sistema de cotas, ainda que com elas sempre relacionadas. 2. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. Previsão expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação e nas Leis nº 10.558/2002, que criou o programa ‘Diversidade na Universidade’ e Lei nº 10.678/2003, que criou Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Autorização, por via legal, para implementação, pelo Poder Executivo, de políticas afirmativas. Previsão em tratados internacionais. 3. CONSTITUIÇÃO. Previsão expressa no tocante à

apenas excepcionalmente mitigada pelo Poder Judiciário, por inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A decisão conceituou as ações afirmativas como

“medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos” (TRF-4 – EINF: 2224 RS 2008.71.00.002224-2. Relator: Jorge Antonio Maurique. Data de Julgamento: 04/11/2011. 2ª Seção. Data de Publicação: D.E. 23/11/2011).

Ademais, salientou-se a necessidade de conjugação dos valores constitucionais da igualdade e da fraternidade como expressão de uma normatividade no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Apesar do debate doutrinário, jurisprudencial e sociopolítico provocado pela adoção de cotas raciais para ingresso no ensino superior de natureza pública, com o julgamento da ADPF nº 186-2, pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência se assentou pelo reconhecimento da constitucionalidade de tais medidas afirmativas. Pela sua importância e alcance, o referido julgamento merece espaço destacado na jurisprudência referente à promoção da igualdade racial nas universidades públicas brasileiras.

mulher (artigo 7º, XX) e a portadores de necessidades especiais (artigo 37, VIII), a sinalizar baliza fundamental para aplicação do princípio da igualdade jurídica. Legislação infraconstitucional que estabeleceu cotas para candidaturas de mulheres, para portadores de necessidades especiais em concursos públicos e dispensa de licitação. 4. TRATADOS INTERNACIONAIS. Reconhecimento pelo Brasil da competência do Comitê Internacional para eliminação da discriminação racial. Internalização da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. Recepção dos tratados internacionais anteriores à EC 45/2002, com status supralegal ou de materialmente constitucionais, jurisprudência ainda não definida no STF, mas a indicar a possibilidade de constituírem ‘bloco de constitucionalidade’, a ampliar núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade. 5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Revisão dos parâmetros clássicos, de forma a reconhecer sua dupla faceta: a) proibição de diferenciação, em que ‘tratamento como igual significa direito a um tratamento igual’; b) obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa ‘direito a um tratamento especial’. Rompimento com a visão clássica, de forma que a igualação jurídica se faça, constitucionalmente, como conceito positivo de condutas promotoras desta igualação. 6. DISCRIMINAÇÃO. Conceito internalizado pelo Decreto nº 65.810/69, reconhecendo diferenciações legítimas e afastando propósitos e efeitos de anular reconhecimento de direitos em pé de igualdade em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. Quadro cultural brasileiro complexo no que diz respeito ao reconhecimento da existência do próprio racismo, com a ideologia do ‘branqueamento’ e o ‘mito da democracia racial’. Informes internacionais questionando a dificuldade do aparelho estatal em reconhecer e promover atitudes antidiscriminatórias. Reconhecimento, por outro lado, de que a regra aparentemente neutra pode produzir discriminação, que a Constituição proíbe. (...)”. TRF-4 - APELREEX: 2237 RS 2008.71.00.002237-0. Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. Data de Julgamento: 20/01/2009. 3ª TURMA).

Três anos depois do seu ajuizamento, a ação foi julgada no STF, nos dias 25 e 26 de abril de 2012, após intensos debates em meio à imprensa, sociedade civil e movimentos sociais sobre a constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior.

Rememorando o percurso cronológico que culminou no julgamento da ADPF nº 186-2, a Universidade de Brasília (UnB) iniciou a discussão sobre a reserva de vagas, em 1999, o que resultou na paradigmática aprovação do sistema de cotas raciais, em junho de 2003. Desse modo, a UnB figurou como universidade pública federal pioneira na adoção de cotas exclusivamente para negros, a partir de decisão baseada na autonomia do seu Conselho Acadêmico. A partir do segundo semestre de 2004, a universidade efetivou a implementação das cotas raciais no seu vestibular.

Em 2009, o Partido Democratas ajuizou a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁹⁶⁷ nº 186-2, com o objetivo de questionar os atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE/UnB), os quais determinavam a reserva de 20% das vagas oferecidas pela instituição para estudantes negros, além de uma reserva para indígenas. O partido alegou que os atos violavam os artigos 1º, *caput*, inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLI e LIV; 37, *caput*; 205; 206, *caput*, inciso I; 207, *caput*; e 208, inciso V, todos da Constituição Federal.

O autor da arguição afirmou não ter a pretensão de questionar a constitucionalidade das ações afirmativas enquanto políticas necessárias para a inclusão de minorias; a adoção do modelo de Estado Social pelo constituinte brasileiro; ou mesmo a existência de racismo no Brasil. Entretanto, impugnou especificamente as *políticas afirmativas racialistas* – como as adotadas pela UnB –, uma vez que a raça não poderia, isoladamente, figurar como “critério válido, legítimo, razoável e constitucional de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos”.

Argumentou-se que o sistema de cotas raciais poderia agravar o preconceito racial, ao instituir a *consciência estatal da raça*, ofendendo arbitrariamente o princípio da igualdade e gerando *discriminação reversa em relação aos brancos pobres*, além de favorecer a classe média negra. Para o Democratas, no contexto brasileiro, o problema econômico estaria atrelado à questão racial, sendo que a restrição de acesso aos direitos fundamentais se daria, não em

¹⁹⁶⁷ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um tipo de ação ajuizada exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Pode assumir natureza equivalente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, hipótese em que se questiona a constitucionalidade de normas municipais ou anteriores à constituição vigente, perante a Constituição Federal, de 1988. Regida pela Lei Federal nº 9.882, de 1999, a ADPF possui o mesmo rol de legitimados ativos – incluindo partidos políticos com representação no Congresso Nacional, para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade –, elencados nos incisos de I a IX do artigo 103 da Constituição Federal.

função da raça, mas em razão da pobreza. Nesse sentido, sugeriu-se que um modelo que levasse em consideração apenas a renda dos candidatos, em vez da raça, atingiria o objetivo de integrar os negros, ao tempo em que seria menos lesivo aos direitos fundamentais.

O arguente alegou que a *teoria compensatória* voltada para a reparação do dano causado pela escravidão não poderia ter aplicação num País miscigenado como o Brasil, no qual o fenótipo diz muito pouco sobre a ancestralidade de uma pessoa. Afirmou-se que, por meio dessa teoria, “o objetivo seria o de promover o resgate da dívida histórica que os homens brancos possuem com relação aos negros”, não sendo factível a responsabilização das gerações presentes por erros cometidos no passado.

Sustentou, ainda, o autor que os indicadores sociais produzidos a partir de dados estatísticos são manipulados e não refletem a realidade de que, no Brasil, a pobreza tem *todas as cores* e de que ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro. Nessa linha de entendimento, afirmou-se que o sistema de classificação racial adotado pela UnB tinha caráter maniqueísta e contrário à existência de valores nacionais comuns a todas as raças.

Após o recebimento da petição inicial, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, requisitou informações ao reitor da UnB, ao diretor do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESP-UnB) e ao presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE-UnB), após o que foram juntadas as manifestações do advogado geral da União e do procurador geral da República, com vista a subsidiar o julgamento do pedido liminar contido na ADPF nº 186-2.

Os representantes da UnB informaram, em síntese, que o sistema de cotas raciais era importante para a democratização do ensino superior, e que só deveria ser abandonado quando fossem eliminadas todas as restrições ao acesso de certas categorias sociais à universidade, salientando que, no recorte temporal considerado, os negros correspondiam a apenas 2% do contingente de universitários no País, apesar de representarem – naquela época – 45% da população brasileira. Afirmaram também que o combate à discriminação, por si só, é medida insuficiente à implementação da igualdade, sendo fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional, a partir da combinação da proibição de discriminação com políticas promotoras da igualdade.

Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República opinou pela improcedência da ação e rejeição do pedido de liminar, destacando que “a Constituição de 1988 insere-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para a observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias”, devendo adotar iniciativas concretas, por meio de ações ou políticas públicas, em benefício dos grupos

desfavorecidos. Pontuou-se, ainda, que o principal argumento em favor da ação afirmativa racial para acesso às universidades não é a justiça compensatória e, sim, a justiça distributiva, associada à promoção do pluralismo nas instituições de ensino e à superação de estereótipos negativos.

Também a Advocacia Geral da União entendeu pela improcedência da ADPF e do seu pedido liminar, e, ressaltando a existência de discriminação racial na sociedade brasileira como fato notório, manifestou-se pela integral constitucionalidade das distinções jurídicas baseadas em critérios étnico-raciais para ingresso no ensino superior. Asseverou, ademais, que “a reserva de vagas não é medida excludente de outras com semelhantes finalidades, que podem com ela conviver”, sendo que a “mera existência de outros meios mais brandos de possível adoção não é argumento apto a qualificar o sistema de cotas como desnecessário ou desmedido”.

Acompanhando a interpretação da Advocacia Geral da União, da Procuradoria Geral da República e dos gestores da UnB, o ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, indeferiu o pedido de liminar, por não vislumbrar urgência que justificasse sua concessão. Na oportunidade, analisando a simbiose existente entre liberdade e igualdade no Estado Democrático de Direito, ressaltou que,

“No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. (...) Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.” (Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2 Distrito Federal, pp. 7-8).

Sobre a constitucionalidade das cotas raciais, Gilmar Mendes discorreu brevemente acerca do histórico de adoção das ações afirmativas no Brasil, trazendo importantes questionamentos relativos aos fundamentos e efeitos de tais medidas:

“A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades. (...) Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira?” (Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2 Distrito Federal, p. 26).

No curso do processo, diversas instituições pleitearam intervenção, na qualidade de *amicus curiae*¹⁹⁶⁸, sendo que doze delas¹⁹⁶⁹ tiveram seus pedidos deferidos, denotando a importância da concepção de igualdade procedimental esposada linhas atrás.

Nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, foi realizada audiência pública para discutir as questões atinentes à ADPF nº 186-2, com contribuições e debates – a partir de argumentos

¹⁹⁶⁸ Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros que tem por objetivo fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa. Atualmente encontra regulamentação no artigo 138 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Artigo 138 – O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

¹⁹⁶⁹ Dentre as quais a Defensoria Pública da União (DPU); o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sociocultural (AFROBRAS); o Instituto Casa da Cultura Afro-Brasileira (ICAB); o Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH); o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB); a Fundação Nacional do Índio (FUNAI); a Fundação Cultural Palmares; o Movimento Negro Unificado (MNU); a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO); o Conectas Direitos Humanos; e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

favoráveis¹⁹⁷⁰ e desfavoráveis¹⁹⁷¹ às cotas raciais —, envolvendo os *amici curiae*, representantes da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, de centros de pesquisa e de movimentos sociais, além de representantes de candidatos a vagas em universidades, supostamente prejudicados pelo sistema de cotas.

Após a audiência pública, os arguidos apresentaram sua manifestação quanto ao mérito da ação, asseverando que o meio acadêmico brasileiro constituía espaço de formação de profissionais de *maioria esmagadoramente branca* e, ainda, que

“(...) a ausência, no serviço público, de negros e índios em profissões tais como médicos, juízes, procuradores, psicólogos, diplomatas, para citar exemplos, enfraquece a capacidade de o Estado lidar não apenas com a sua própria diversidade étnica interna, mas com a mundial diferença das populações. A discriminação no Brasil e a necessidade de ações afirmativas para a população negra no âmbito da educação são reconhecidas inclusive pelo próprio Estado, como se vê no documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o racismo.” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, Relatório, p. 34).

Em seu voto, o relator da ação, ministro Ricardo Lewandowski, inicialmente assentou o cabimento da ação, para, na questão de fundo, explorar temáticas essenciais como igualdade formal e igualdade material, justiça distributiva, políticas de ação afirmativa, critérios para ingresso no ensino superior, papel integrador da universidade, auto e heteroatribuição e princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, o ministro registrou que a questão fundamental a ser examinada pela Corte consistia em estabelecer se os programas de ação

¹⁹⁷⁰ Referindo-se aos argumentos favoráveis às cotas raciais apresentados no curso da ADPF nº 186-2, Evandro Piza Duarte e Guilherme Scotti, *História e memória nacional do discurso jurídico: o julgamento da ADPF nº 186*, p. 35, sintetizam: “Inicialmente, os integrantes do manifesto contra as cotas restringiam a interpretação da igualdade à igualdade formal, afirmando a impossibilidade de qualquer critério além da nota obtida em exames de acesso. (...) Desse modo, o manifesto faz menção a existência da desigualdade social como sinônimo de desigualdade econômica, muito embora não faça referência às suas causas, e aponta para a necessidade de políticas públicas generalistas. (...) O reconhecimento de desigualdades raciais e a constituição de mecanismos estatais para sua apreensão são denunciados como ameaça contra a identidade nacional, promovida por instituições estrangeiras”.

¹⁹⁷¹ Sobre os argumentos desfavoráveis à constitucionalidade das cotas raciais, Evandro Piza Duarte e Guilherme Scotti, *História e memória nacional do discurso jurídico: o julgamento da ADPF nº 186*, p. 36, afirmam: “Por sua vez, os signatários do Manifesto em Favor das Cotas Raciais reconhecem a existência de uma desigualdade de fato (desigualdade racial) que teria sua origem nas ações estatais. (...) Essa desigualdade poderia ser apreendida pelos dados estatísticos oficiais disponíveis nas últimas décadas. Logo, as cotas raciais são concebidas como instrumentos para atacar essa desigualdade real, não natural porque fruto das políticas públicas do período pós-abolição”.

afirmativa que instituem sistema de reserva de vagas para acesso ao ensino superior, com base em critério étnico-racial, eram, ou não, constitucionais.

Sobre o princípio da isonomia, salientou que as políticas afirmativas representam a superação de uma concepção meramente formal de igualdade, integrando o próprio cerne da democracia. Nesse sentido, assentou que o desiderato de transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades apenas pode ser alcançado com a aplicação da *justiça distributiva*, que permite a correção das desigualdades verificadas na realidade fática, a partir da realocação, pelo Estado, dos bens e oportunidades existentes na sociedade, em benefício da coletividade como um todo.

Em seguida, o voto se dedicou à conceituação e à origem das ações afirmativas, frisando a transitoriedade como um de seus elementos, conforme estabelecido pela Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No que se refere aos critérios para ingresso no ensino superior, destacou-se – com fulcro nos artigos 206, incisos I, III e IV; e 208, inciso V, da Constituição Federal – que o sistema constitucional estabelece, de um lado, a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática enquanto princípios norteadores, e, doutro, a meritocracia como parâmetro de acesso. Para o relator, a interpretação desses dispositivos revela a intenção de o legislador constituinte equilibrar o rigor da aferição do mérito com o princípio da igualdade material.

Sob essa perspectiva, e considerando que os critérios de seleção devem guardar estreita correspondência com os objetivos sociais almejados, o ministro concluiu que,

“De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, Voto do Relator, p. 15).

Nessa linha de intelecção, entendeu-se que as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de modo a conjugar seu conhecimento técnico e sua atividade intelectual ou artística com sua capacidade potencial de intervenção nos problemas sociais; metodologia de seleção que *pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos*.

Nos termos do voto, a partir dessa metodologia, o princípio da igualdade se volta à concretização da justiça social, com distribuição mais equitativa dos recursos públicos.

Sobre a constitucionalidade da adoção do critério étnico-racial, o ministro fez referência ao *Caso Ellwanger* para asseverar o caráter histórico-social, e não biológico, do conceito de raça, que, empregado pelo legislador constituinte para impedir a *discriminação negativa*, pode ser, no mesmo sentido, utilizado pelo Estado para estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos, por meio de medidas de *discriminação positiva*.

Lançando mão de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a decisão demonstrou as desigualdades raciais que acometem a população negra, notadamente na esfera da educação e nos espaços de poder, para pontuar a importância das ações afirmativas na criação de lideranças entre os grupos discriminados que, além de lutar pela defesa dos seus direitos, servem de paradigma de integração e ascensão social. Sob essa perspectiva, o voto vislumbra nessas medidas a aceleração de mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, com elevação da autoestima e preparação do terreno para sua *progressiva e plena integração social*.

Ademais, considerando que a concepção de justiça social, para além de políticas meramente redistributivas, envolve, atualmente, políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais, concluiu-se que a utilização exclusiva do critério social é insuficiente para promover a integração social de grupos excluídos, e que as ações afirmativas devem incorporar considerações de ordem étnica e racial. Reforçou-se, ainda, na decisão, o papel integrador da universidade – como espaço que tem a diversidade como componente essencial –, com destaque para a vantagem propiciada pelas ações afirmativas a todo o meio acadêmico, ao oportunizar a convivência com as diferenças.

Sobre o sistema de cotas nas universidades brasileiras, firmou-se o entendimento de que, diferentemente do quanto estabelecido na ordem jurídica dos Estados Unidos, no Brasil, o sistema de reserva de vagas está em consonância com a Constituição Federal, nos seguintes termos, em síntese:

“Admitida, pois, a constitucionalidade: (i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, passo, então, a examinar a necessária modulação desse entendimento, acentuando, em especial, a sua natureza transitória e a necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem

alcançados.” (grifos na decisão). (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, Voto do Relator, pp. 43-44).

Após evidenciar a necessidade de transitoriedade das ações afirmativas – sob pena de conversão destas em benesses permanentes para determinados grupos sociais, em detrimento de toda a coletividade –, registrou-se a imposição de que tais medidas respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados. A partir dessas premissas, concluiu-se que a política de ação afirmativa empregada pela UnB não se mostra desproporcional ou desarrazoada, sendo, portanto, também nesse aspecto, compatível com os valores e princípios constitucionais.

Ao fim do voto, o relator manifestou-se pela improcedência da ADPF, com a seguinte conclusão:

“Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF.” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, Voto do Relator, p. 92).

A partir do caminho explicativo empreendido na relatoria do caso, todos os demais ministros seguiram o voto do relator, sendo relevante pontuar alguns excertos indispensáveis para a compreensão da decisão unânime da Corte pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas brasileiras.

Ao proferir seu voto, o ministro Luiz Fux fez as seguintes considerações:

“Numa visão pueril e descompromissada, a utilização de critérios étnicos ou raciais para beneficiar certos grupos não soaria compatível com a garantia da igualdade, nem com a vedação ao racismo e à discriminação, insculpidas na Constituição da República. Ocorre que uma análise mais profunda revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feição racial. Essa conclusão pressupõe, de início, o reconhecimento da dimensão substantiva ou material da igualdade, a mitigar a sua tradicional concepção puramente formal. Esta última, tributária das conquistas liberais do iluminismo oitocentista, satisfaz-se com a abolição dos privilégios de classe e a consagração de idêntico tratamento a todos os

indivíduos. Traduz-se, historicamente, na vedação da discriminação. Nos albores do Estado de Direito, representou conquista civilizatória de importância incontestável. Ainda hoje é indispensável ao bom funcionamento das democracias constitucionais. Com o advento do Estado Social, porém, viu-se confrontar com a nova noção de igualdade: a material. A mera proclamação normativa da igualdade não tem qualquer valor sem a sua implementação fática. Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas inconsequentes, sendo imperiosa a sua efetividade social. A transformação da igualdade formal, de cunho liberal clássico, em uma igualdade material, partiu de uma necessidade ética (...).” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, p. 109).

Votando também pelo não cabimento da ADPF nº 186-2, a ministra Rosa Weber ressaltou que

“(...) o Supremo Tribunal Federal tem contribuído, e muito, a meu juízo, para o aperfeiçoamento da percepção da pluralidade, em nosso país, e a criação de espaços democráticos de debate, em que diferentes perspectivas se sustentam, a evidenciar a abertura não apenas dos textos normativos – e somos todos nós, cidadãos brasileiros, intérpretes da Constituição –, mas também do sistema como um todo. E nesse quadro avulta o crescente comparecimento de grupos sociais que não tinham visibilidade antes da quebra de paradigma resultante da Lei Maior de 1988, verdadeira celebração, em suas normas e princípios informadores, da diversidade e da pluralidade constitutivas de nosso país, em detrimento de uma inexistente homogeneidade pressuposta até então, como bem observa o Ministério Público Federal em suas manifestações.” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, pp. 123-124).

Por fim, a ementa da decisão da ADPF nº 186-2, proferida em 26 de abril de 2012, sintetizou a consolidação do entendimento de constitucionalidade das ações afirmativas raciais no acesso ao ensino superior, do seguinte modo:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do artigo 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o artigo 1º, V, da Constituição.

VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, pp. 2-3).

Não se pode negar o impacto positivo da decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de uniformização da jurisprudência a respeito do tema, haja vista que a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras vinha sendo objeto

de decisões contraditórias por parte da magistratura de primeira e segunda instâncias, nos âmbitos estadual e federal. Com efeito, o entendimento sobre a constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior, firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 186-2, foi se consolidando em diversas decisões judiciais posteriores¹⁹⁷².

Ademais, também o Legislativo, antes reticente em relação às cotas raciais – que, recorde-se, foram excluídas do projeto originário do Estatuto da Igualdade Racial – passou a abordar a questão. Meses depois de concluída a votação da ADPF nº 186-2, em 29 de agosto de 2012, foi sancionada a Lei nº 12.711, que – ao dispor sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio – estabeleceu prazo até agosto de 2016 para que todas as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação cumprissem as seguintes determinações: a) reservar, no mínimo, 50% das vagas para estudantes que cursaram o ensino médio/fundamental integralmente em escolas públicas; b) dessas vagas, reservar metade, ou 25% do total, para estudantes oriundos de famílias com renda *per capita* igual ou inferior a um salário mínimo e meio; c) reservar, dentro do percentual de 50%, um número de vagas para autodeclarados negros, pardos e indígenas¹⁹⁷³, no mínimo, igual à proporção desses grupos na população da unidade da federação em que estão instaladas as instituições, segundo o último censo do IBGE. Em síntese, metade das vagas de tais instituições de ensino deve ser reservada aos estudantes oriundos de escolas públicas, pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência, devendo a outra metade ser destinada à ampla concorrência.

¹⁹⁷² Apenas a título de exemplo, veja-se a ementa da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO (VESTIBULAR). UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA (UNEB). ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. RESERVA DE VAGAS ÉTNICO-RACIAIS. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS. SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE FREQUÊNCIA E GRADUAÇÃO. SUSPENSÃO DA SEGURANÇA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO REFORMADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A matéria debatida nos Autos já fora objeto de discussão de constitucionalidade em esfera federal, perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 3197/RJ e da ADPF nº 186/DF, esta, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, donde se concluiu pela improcedência do pedido elaborado na ação de descumprimento de preceito fundamental, com vista a não se entender violado o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal. Inaplicável, na espécie, a teoria do fato consumado, diante da suspensão da segurança deferida pela Presidência deste Tribunal de Justiça (fls. 232-234), cuja decisão fora mantida em sede de reconsideração formulada pelo apelado. Nesse contexto, para além da inexistência de direito líquido e certo do impetrante no mérito da questão envolvendo reserva de vagas em universidade pública, não se obteve a comprovação de que a tutela deferida liminarmente pelo Juízo de 1º grau logrou efeito, para fins de matrícula e futura graduação. Recurso conhecido e provido.” (TJ-BA – APL nº 0032612-71.2003.8.05.0001. 5ª Turma. Data: 06/05/2013. Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano).

¹⁹⁷³ Posteriormente, a Lei nº 13.409, de 2016, incluiu, ainda, pessoas com deficiência.

Nesse ponto, importa abrir espaço para analisar alguns argumentos formulados contra as cotas raciais na dissertação de mestrado de João Alberto Mendes Bezerra Júnior, intitulada “*A (in)constitucionalidade do modelo de cotas para negros: quem somos nós, os brasileiros? Horizonte da questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF*”. Ao analisar as ações afirmativas no Brasil – inauguradas com sua adoção pela Universidade de Brasília (UnB), em 2009 – João Alberto Mendes Bezerra Júnior, em dissertação de mestrado”, tece críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186.

Para o autor, ao reconhecer a necessidade da “discriminação positiva” aos negros, identificados fenotipicamente, o país discrimina a população pobre (porém, branca), já que, segundo afirma: “há certo consenso sobre o fato de o pobre (hipossuficiente econômico) ser discriminado; o negro, também, mas não tanto quanto o primeiro.”¹⁹⁷⁴

Quanto à suposição – completamente desprovida de argumentos que a sustentem – de que brancos pobres são mais discriminados do que negros, dois pontos merecem ser destacados.

Primeiramente, no que tange à política de cotas para ingresso no ensino superior, o autor parece desconhecer o formato determinado pela Lei nº 12.711/2012 que estabelece, na realidade, uma espécie de subcota racial. Dito de outro modo, as cotas raciais são apenas um percentual inserido nas cotas de caráter social^{1975 1976}, não havendo razão para se argumentar que brancos pobres são preteridos, conforme afirma o autor.

Ainda que assim não fosse, as ações afirmativas destinadas especificamente à população negra estão de acordo com os compromissos internacionalmente firmados pelo Estado Brasileiro, além de, atualmente, – após a ratificação da Convenção Interamericana

¹⁹⁷⁴ João Alberto Mendes Bezerra Júnior. *A (in)constitucionalidade do modelo de cotas para negros: quem somos nós, os brasileiros?* Horizonte da questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, p. 11.

¹⁹⁷⁵ O texto da lei é elucidativo a respeito dessa questão:

“Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.”

¹⁹⁷⁶ Apenas um percentual das vagas reservadas pelo artigo 1º da Lei (cota social) serão destinadas a pessoas negras, nos termos do artigo 3º. Senão vejamos: Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

contra o Racismo a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância com status de emenda constitucional – serem estabelecidas como verdadeiro mandamento constitucional de concretização do princípio da igualdade material. Ademais, conforme já exaustivamente argumentado no item 4, Capítulo IV da Parte I desta tese, as ações afirmativas são medidas especiais de fomento da igualdade de oportunidades e – tendo em vista as situações de desvantagem resultantes das relações étnico-raciais – objetivam ampliar a representação de grupos vulnerabilizados em espaços restritos (em certos casos, quase que exclusivo) ao grupo étnico-racial hegemônico.

Dessa maneira, não se trata de um objetivo fundado exclusivamente nos indivíduos que buscam acessar o bem jurídico em questão, mas principalmente nos impactos para a coletividade, tanto para o grupo em desvantagem – que terá um incremento de sua inclusão social –, quanto de toda a sociedade, que terá ganhos significativos, seja pela convivência com a diversidade, seja pela concretização de valores democráticos. Não se pode olvidar, ainda, que a persistência da concentração de privilégios nas mãos de determinados grupos étnico-raciais – como decorrência dos empreendimentos racistas de colonização – termina por minar a própria autonomia das pessoas pertencentes aos grupos étnico-raciais subalternizados, resultando na transmissão da pobreza racializada de geração a geração e impedindo-os de acessar livremente os bens, *status* e direitos com igualdade de oportunidades.

Voltando ao argumento de que, no Brasil, brancos pobres sofrem mais discriminação do que negros, é importante revisitar os inúmeros dados oficiais e de centros de pesquisa sérios que dão conta da concentração de todos os tipos de violência – letais, reais e simbólicas – que afetam com prioridade e mais intensidade a população negra brasileira.

Acrescente-se que a visão apresentada na dissertação de mestrado sob análise é carente de uma necessária perspectiva interseccional. A interseccionalidade é uma categoria análise que possibilita a compreensão da realidade em sua complexidade, ao invés de focar-se em fatores tidos como responsáveis isolada e exclusivamente pelas desigualdades fáticas. Em síntese, raça informa classe, que informa gênero. É dizer: os fatores de opressão se interseccionam, provocando vulnerações mais intensas e peculiares a depender do entrecruzamento de determinadas características.

Nesse sentido, é *data venia*, extremamente limitada a análise do autor, que apresenta como principal problema a questão sobre se o critério exclusivamente étnico-racial é lícito em face da exclusão estrutural supostamente sofrida pela população pobre. Dito de outro modo, tem-se velha e ainda requentada discussão sobre adotar raça ou classe – de maneira excludente – como critério para ações afirmativas efetivas, sem que tal medida jurídica se

transforme em suposto instrumento discriminatório, (re)produzindo desigualdades sob a alegação de combate e redução da desigualdade material.

Estribando-se no confronto entre critérios objetivos para aferição da pobreza e subjetivos no processo de identificação racial (que inclui a auto e a heteroidentificação), a dissertação, no ponto que guarda relevância para a tese apresentada, defende o princípio da igualdade através da premissa liberal da não intervenção estatal nas relações privadas. Entretanto, considera legal a adoção de “discriminações positivas”, como cotas para mulheres e deficientes físicos, cujo limite é a proibição do Estado de perseguir ou privilegiar qualquer pessoa, devendo assegurar a dimensão formal do princípio da igualdade, seguindo ao máximo o dogma “todos são iguais perante a lei”. Não é possível analisar com profundidade e seriedade as ações afirmativas sem recorrer à história, já que estão são, em grande medida, instrumentos de reparação de injustiças históricas. Não há qualquer privilégio na garantia de inclusão de grupos historicamente subalternizados, cuja subjugação histórica, na verdade, sustentou os privilégios dos grupos que sempre se mantiveram no poder.

Com efeito, para fundamentar sua posição contrária às cotas raciais brasileiras, o autor traz à baila uma manipulação discursiva que desconsidera todo o contexto histórico, político e jurídico que envolve o racismo no Brasil, usando o holocausto judeu como exemplo de discriminação legalizada, resultante da afronta ao princípio da igualdade em sua dimensão formal, ressaltando que o Estado Alemão Nazista obrigou o povo judeu a se identificar com a estrela de Davi.¹⁹⁷⁷

Confundindo o exercício do poder racista de um Estado eugênico com a obrigação do Estado em reparar, minimamente, a desigualdade que ele próprio produziu durante o processo de sua constituição e desenvolvimento através de séculos de escravização e infindáveis violências desumanizantes, o mestre João Alberto ignora as violências radicais e estruturais imbrincadas no colonialismo, sobretudo na margem brasileira, apoiando, de certa forma, a manutenção de tais violências sob a defesa do *princípio da proibição do arbítrio*, pensado pelo jurista alemão Gerhard Leibholz, afirmando que é através da finalidade (*ratio*) de uma norma que verificamos sua isonomia ou não.

Assim, para o autor, as ações estatais para promoção da igualdade material instalariam um conflito em termos segregacionistas por meio de políticas estatais identitárias que nem mesmo o princípio da proibição do arbítrio seria capaz de impedir. Por isso, ressalta a

¹⁹⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 95.

necessidade de critérios materiais objetivos para valoração e alcance do objetivo final, resguardando o fundamento isonômico das normas produzidas.

Na dissertação ora em análise, a defesa da tutela do princípio da igualdade liberal é sustentada a partir de um viés eurocêntrico e colonizado, alheio às perspectivas críticas anticoloniais. Alia-se, nesse sentido, ao que Maria Aparecida Silva Bento nomeia de *pacto narcísico da branquitude*, que mantém o silêncio a respeito do racismo e seus efeitos para manter os privilégios decorrentes da herança escravagista branca no Brasil. Ela observa que as desigualdades raciais no Brasil ainda têm sido vistas como uma espécie de “herança negra do período escravocrata”, ou seja, um problema atribuído ao negro. Nada obstante, há um silêncio sobre a “herança branca da escravidão”, mantendo-se a branquitude como *guardiã silenciosa* de seus privilégios.¹⁹⁷⁸

Essas são as bases da oposição feita pelo autor à decisão do STF, na ADPF nº 186, por autorizar o critério exclusivamente racial na instituição da política brasileira de cotas, mesmo considerando legítima sua finalidade (redução da desigualdade no meio acadêmico, criação de lideranças negras e de exemplos de ascensão social a partir da representatividade), em consonância com a Constituição da República. O fundamento básico da posição contrária às cotas raciais expressa no trabalho é a fórmula que prevê o tratamento desigual dos desiguais, por meio da qual a consequência inarredável seria a discriminação negativa das outras raças. Em outras palavras, a decisão do STF, que para o autor foi motivada por uma intenção nobre, “*não justifica a restrição sofrida pelos brancos (nem o desfavorecimento dos negros pobres) no seu direito de participar do certame em igualdade de condições.*”¹⁹⁷⁹ Para ele, as ações afirmativas nos termos adotados fındam por favorecer negros abastados e egressos do ensino médio privado, dissolvendo a igualdade e a meritocracia, já que estes candidatos estão em igualdade de condições aos brancos que também estudaram em escolas particulares. O autor, portanto, manipula a exceção da exceção ao desconsiderar, com esse argumento, que a imensa parcela da população negra é também pobre, não tendo acesso ao dito ensino de qualidade e ignorando, por completo, as dinâmicas e funcionamento do racismo antinegro brasileiro. Some-se a isso a desconsideração da natureza das ações afirmativas como medidas especiais que, como já dito, não têm foco na questão individual, mas no ganho coletivo. Ainda que “negros abastados” também acessem o sistema de cotas – o que pesquisas têm demonstrado não ser o caso, mesmo porque cotistas que tenham desempenho suficiente para acessar a ampla

¹⁹⁷⁸ Maria Aparecida Silva Bento, *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*, p. 46

¹⁹⁷⁹ *Idem, Ibidem*, p. 112.

concorrência não são computados pelas cotas raciais –, a medida estará, em termos coletivos, alcançando uma de suas principais finalidades: a inclusão social dos grupos étnico-racial historicamente preterido. Além disso, já se argumentou que a meritocracia pura e descontextualizada, na verdade, presta-se não à garantia da igualdade, mas à manutenção de privilégios historicamente acumulados. Ainda mais quando se constata que os critérios meritocráticos sempre foram estabelecidos pelos mesmos grupos que se mantêm ao longo do tempo no poder.¹⁹⁸⁰

Voltando-se ao problema de saber se o “tratamento desigualador” adotado pelo Brasil para a instituição das ações afirmativas, baseado em critério exclusivamente étnico-racial (cotas raciais), guarda consonância com o sistema de valores da Constituição Federal de 1988, o autor discorre sobre a formação da população brasileira, pautando sua análise na mestiçagem, desconsiderando o estupro, sobretudo da mulher negra, como pilar estruturante do projeto genocida de nação, alinhado ao projeto político de branqueamento.

Pautando o problema de identificar, em uma população mestiça, quem é negro, o autor recorre ao caso dos gêmeos idênticos, Alex e Alan Teixeira da Cunha, os quais foram considerados “de cores diferentes” pela comissão de heteroidentificação da UnB, que se caracterizaria, assim, como “tribunal racial”. Decerto que o sistema de cotas, como qualquer política pública, é passível de equívocos pontuais, que devem ser analisados e corrigidos caso a caso. Entretanto, pautar-se em um caso isolado para atacar uma política pública tão arduamente conquistadas pelos movimentos negros – inclusive com participação na Constituinte brasileira de 1987/1988 –, taxando-a de “tribunal racial” equivale a manipular e distorcer os objetivos e valores inerentes a tais medidas democratizantes.

Ignorando, mais uma vez, a política de negação do racismo no Brasil, cultivada cuidadosamente sob a falsa “democracia racial” que tem em Roberto Freyre um dos principais ideólogos com a premissa do “bom escravizador português” – amistosidade que é defendida na referida dissertação¹⁹⁸¹ –, o autor manipula a ideia de que “somos todos mestiços” para tentar demonstrar que a própria população brasileira “não vê (nem tem) raça”. A miscigenação, que já pode ser observada no pós abolição como política de branqueamento, é mobilizada, pelo

¹⁹⁸⁰ Sobre o tem, ver Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *Desmistificando a meritocracia*. Disponível em «<https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/351550/desmistificando-a-meritocracia>». Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

¹⁹⁸¹ João Alberto Mendes Bezerra Júnior. *A (in)constitucionalidade do modelo de cotas para negros: quem somos nós, os brasileiros?* Horizonte da questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, p. 143, afirma que “[...] o relacionamento entre os colonizadores brancos e os índios nativos, no começo, foi amistoso, baseando-se no costume do cunhadio e no escambo, sendo certo que a extração do pau-brasil era obtida principalmente mediante troca com os índios, o que favoreceu sobremaneira a miscigenação entre essas duas matrizes”.

autor, para apontar as “injustiças” na identificação de quem é negro no Brasil. O autor desconsidera que essa miscigenação – defendida pelo representante brasileiro no I Congresso das Raças, em Londres, como a única solução para o desaparecimento do elemento negro da sociedade brasileira – é indissociável do objetivo de despolitização da população negra através da não nomeação do racismo. Garantiu-se, desse modo, controle e domínio sobre a população negra, impedindo ou retardando a conscientização racial, condição fundamental para a constituição da negritude brasileira e de projetos emancipatórios fundados na igualdade racial.

Nesse ponto, é importante lembrar que – como já demonstrado ao longo desta tese – o racismo à brasileira é “de marca”. Baseia-se nos elementos fenotípicos para se perpetuar e subalternizar pessoas negras que – é preciso reforçar – não estão protegidas do racismo, ainda que tenham conseguido, como exceção à regra, ascender socialmente. Se fosse tão difícil – ou impossível, como quer fazer crer o autor – identificar quem são as pessoas negras no Brasil, não teríamos tantas pesquisas e dados pertinentes a demonstrar que as desigualdades na sociedade brasileira têm o fator racial como determinando e entrecruzado com outras formas de opressão, inclusive classe. Não é difícil perceber a (muitas vezes, completa) ausência de pessoas negras em espaços de poder como o Congresso Nacional e o sistema de justiça, histórica e hereditariamente *reservados* para pessoas brancas.¹⁹⁸²

Citando Darcy Ribeiro em sua obra “O povo brasileiro”, João Alberto reafirma que “somos um povo único”, formado a partir da descaracterização do branco já no início da colonização portuguesa, com sua miscigenação com povos indígenas, o que teria originado os protobrasileiros, ou mamelucos. Recorre-se, assim, a uma classificação racial idealizada pela elite branca brasileira – cuja branquitude sempre foi tutelada por meio das recorrentes tentativas de caracterizar o povo brasileiro como miscigenado, formado a partir do cruzamento entre brancos portugueses e indígenas tupis, durante os dois primeiros séculos de colonização.¹⁹⁸³

Firme no propósito de defender a cordialidade dos processos de escravização e miscigenação no Brasil, o autor afirma que a escravização negra-africana escureceu “[...] a tez

¹⁹⁸² Sobre o tema, ver também Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *Desmistificando a meritocracia*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/351550/desmistificando-a-meritocracia>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

¹⁹⁸³ Segundo o autor, p. 132-133: “A despeito desse traumático processo de deculturação e desindianização que perdurou por mais de 250 anos, os mamelucos – que constituíram, como visto, a base de formação do povo brasileiro – assimilaram eficazmente a cultura de seus dominadores europeus, prosperando em várias frentes, muitos tendo passado de capatazes a comerciantes e fazendeiros. Pelo menos nos dois primeiros séculos de colonização do Brasil, tirante os negros escravizados, pode-se dizer que o povo é uma mescla dos colonizadores europeus (mormente portugueses) com os indígenas tupis, considerando-se “brancos” todos eles, embora não mais fossem nem brancos nem índios. Hoje, embora fortemente aculturados, os cerca de um milhão de indígenas que aparecem nas estatísticas como ocupando menos de 0,5% da população brasileira, segundo o IBGE (e os únicos que deveriam beneficiar-se de qualquer ação promocional decorrente de cotas).

de bronze da gente brasileira impressa pelos mamelucos nos primeiros cem anos de colonização do país.”¹⁹⁸⁴ Nesse sentido, os fenômenos da colonização, alienação racial e branqueamento são tratados como simples processos naturais de miscigenação e seu resultado – a manutenção da supremacia branca – é descrito de maneira quase romântica pelo autor¹⁹⁸⁵.

A miscigenação seria, então, o resultado natural da convergência entre os mundos mameluco e mulato, sendo que “a enxurrada branco-europeia dos séculos XIX e XX é que vem de dar no brasileiro atual”.¹⁹⁸⁶ Se o ideário das três raças é importante para a fundação do Brasil, o fundamental para o autor são seus resultados. Em uma clara manipulação para tentar provar que o povo brasileiro é radicalmente mestiço e sua brasilidade decorre principalmente do branco e do índio, chega-se a sugerir – com o objetivo de reforçar a inconstitucionalidade e desproporcionalidade das políticas reparatórias ao povo negro – a pequena participação do povo negro na constituição da identidade brasileira¹⁹⁸⁷. A partir dessa perspectiva, é difícil explicar a proporção de 56% de pessoas negras na população brasileira, atualmente.

Enfim, feitas essas considerações, é importante – a partir da análise da evolução das ações afirmativas na ordem jurídica brasileira e a sua consolidação em meio à jurisprudência pátria – resgatar algumas das concepções e proposições já debatidas na presente tese.

Interessante notar que, no decurso do processo da ADPF nº 186-2, diversas foram as entidades do movimento negro admitidas na condição de *amicus curiae*, procedimento que se mostra inteiramente condizente com os próprios objetivos das ações afirmativas, notadamente a inserção dos grupos subalternizados nos procedimentos de justificação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, como verdadeiros intérpretes das normas constitucionais. Trata-se de uma forma de concretização da chamada *igualdade procedimental*.

O histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema demarcou a superação – ao menos em termos de hermenêutica jurídico-constitucional – de um modelo formalista de igualdade, mantenedor do *status quo* de hierarquização racial da sociedade

¹⁹⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 134.

¹⁹⁸⁵ “Trazidos principalmente da costa ocidental africana, o comércio de escravos negros intensifica-se no século XVII, ao ponto de igualar e até mesmo ultrapassar a matriz índia. Mesmo assim, a protocélula da civilização e da etnia brasileira foi o elemento luso-tupi: o mameluco. No século XVIII, o Brasil já era um “país moreno”, mas que passa a se “embranquecer” nos séculos seguintes (XIX e XX), em virtude de intensa imigração europeia, até redundar em sua atual composição, onde (segundo dados estatísticos do IBGE já referidos) mais de 50% dos brasileiros se declaram negros (pretos e pardos); aproximadamente 48%, brancos, e o restante, amarelos e indígenas.” *Idem, Ibidem*, p. 131.

¹⁹⁸⁶ *Idem, Ibidem*, 136.

¹⁹⁸⁷ “É sabido quanto foi insignificante a proporção de mulheres brancas vindas para o Brasil. Nessas condições, recaiu sobre a mulher indígena a função de matriz fundamental, geralmente fecundada pelo branco. Assim se explica, em parte, a branquização dos brasileiros, já que os mestiços de europeu com índio configuram um tipo moreno claro que, aos olhos e à sensibilidade racial de qualquer brasileiro, são puros brancos.” *Idem, Ibidem*, p. 141.

brasileira também no ensino superior, para um paradigma de composição entre igualdade, liberdade e fraternidade, capaz de possibilitar a dignificação de todas as raças e a expansão autonômica dos grupos raciais vulnerabilizados.

Sob essa mesma perspectiva, é possível extrair como fundamento de diversas decisões favoráveis à constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas a *promoção de igual liberdade* para a população negra. Conforme já se defendeu neste estudo, as ações afirmativas constituem não apenas mecanismos de concretização da igualdade material, mas, sob outra perspectiva, operam como medidas capazes de expansão autonômica dos grupos historicamente vulnerabilizados. Não há dúvida de que o rompimento de obstáculos no acesso à educação superior possibilita a ampliação da autonomia das pessoas que, com igualdade de oportunidades para desenvolver suas potencialidades, tornam-se sujeitos ativos capazes não apenas de efetiva coparticipação nas decisões políticas da comunidade, mas também de autorrealização dos seus próprios projetos de vida. Desse modo, as ações afirmativas raciais se fixam como instrumento de equalização de oportunidades alicerçadas no estímulo à diversidade e na promoção da igual participação de todos no processo de democratização racial da sociedade, mas, sobretudo, na consecução de *igual liberdade de escolha*.

Com o reconhecimento da constitucionalidade das cotas raciais começa a se delinear a necessidade de postura ativa dos poderes públicos na garantia do acesso racialmente equitativo aos bens, direitos e posições sociais. Para além dessa percepção, é possível vislumbrar – especialmente a partir dos recentes posicionamentos acerca da constitucionalidade das cotas raciais também nos concursos públicos – o entendimento de que a Constituição Federal não apenas autoriza, mas torna imperativa para os poderes constituídos a adoção de medidas positivas de promoção da igualdade racial, no contexto brasileiro. Dito de outro modo, aponta-se para o reconhecimento de um efetivo direito da população negra à promoção da igualdade racial, gerando para os poderes públicos o *dever de promover a igualdade racial*.

Em termos de teoria dos direitos fundamentais, pode-se mesmo afirmar que se caminha, na ordem jurídica brasileira e no regime jurisprudencial do direito à igualdade racial, para a admissão da promoção da igualdade racial como dimensão integrante do conteúdo essencial da prerrogativa jusfundamental estudada. De fato, verificando-se a pertinência do fator histórico, o regime jurídico-político instituído e a realidade fática constatada no presente – enquanto elementos referenciais para o delineamento do conteúdo essencial de um direito fundamental –, não há dúvidas de que na atual conjuntura social brasileira – que ainda revela condicionantes persistentes de acesso a bens, recursos, *status* e direitos, por motivos de ordem

racial – o direito à (e, portanto, dever de) promoção da igualdade racial compõe o núcleo essencial do direito fundamental à igualdade racial.

2. Cotas raciais nos concursos públicos

Além da previsão legal de cotas raciais para ingresso no ensino superior, estas se consolidaram também nos concursos públicos, a partir da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva para os negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Tendo em vista que a referida Lei se aplica apenas na esfera federal, alguns Estados e Municípios da Federação estabeleceram regime próprio de cotas para seus concursos públicos, a exemplo do estado da Bahia, que, com a Lei nº 13.182, de 6 de junho de 2014, instituiu a reserva de, no mínimo, 30% das vagas a serem providas nos concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual, para a população negra.

A respeito das cotas raciais em concursos públicos, a jurisprudência também se mostrou oscilante, até o julgamento da ADC nº 41 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em controle difuso de constitucionalidade¹⁹⁸⁸, a 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar nº 32, de 2004, do Município de Criciúma, que previa cotas raciais em concurso público, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 12.990, de 2014.

Perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, nos Autos do Processo nº 119328-36.2015.4.02.5001, o Ministério Público Federal (MPF), mediante ação civil pública com pedido de antecipação da tutela, requereu a anulação parcial do edital do concurso público para provimento de vagas para o cargo de agente de Polícia Federal (Edital nº 55, de 2014 – DPG/2014), notadamente no que tange à instituição de vagas reservadas para negros, com fundamento na inconstitucionalidade ou inaplicabilidade da Lei nº 12.990, de 2014. Sustentou-se que as cotas raciais, ainda que constitucionais quando aplicadas ao ingresso

¹⁹⁸⁸ TJ-SC – Apelação Cível em Mandado de Segurança, de Criciúma. MS 216457 SC 2005.021645-7. Relator: Luiz César Medeiros. Data de Julgamento: 09/06/2009. 3ª Câmara de Direito Público.

de alunos ao ensino superior, são formais e materialmente inconstitucionais quando inseridas em concurso público. Subsidiariamente, pleiteou-se a exclusão do procedimento de verificação da autodeclaração racial, para adoção da autodeclaração como único requisito para concorrer às vagas reservadas para negros. Os pedidos cautelares e de antecipação dos efeitos da tutela foram indeferidos pelo Juízo de primeiro grau. Diante da decisão desfavorável, o MPF interpôs agravo de instrumento perante a Turma Especial III, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deferiu parcialmente a tutela antecipada pleiteada, nos seguintes termos:

“(...) concedo liminarmente a antecipação parcial de tutela recursal, tão somente para que seja anulado o Edital nº 8/2015-DGP/DPF (na parte que estabeleceu o envio de foto para verificação da condição de negro), procedendo-se à nova verificação, desta feita fundada em procedimento devido, de acordo com a Lei nº 9.784/99 e o próprio artigo 2º, parágrafo único da Lei 12.990/2014, com avaliação presencial e decisão motivada, assegurando-se a possibilidade de desistência das cotas aos que assim desejarem, e que os reprovados na verificação figurem na listagem da ampla concorrência, caso tenham obtido nota suficiente, devendo ser eliminados do concurso tão somente os candidatos que prestarem declaração falsa, também com a devida motivação.” (Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000. TRF 2ª Região Decisão Monocrática de 21.08.2015. Relator: Desembargador Marcus Abraham. Turma Especial III).

No que concerne à temática ora em discussão, o relator – mencionando a decisão do STF na ADPF nº 186-2, embora admitindo que as cotas raciais nos concursos públicos coloquem novos problemas e questionamentos acerca da extensão das ações afirmativas – considerou que a análise de efeito suspensivo, anterior à oitiva da parte contrária, não era o *locus* adequado para desconstituir a presunção de constitucionalidade da lei.

Mais recentemente, repercutiu em âmbito nacional a decisão do magistrado da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 12.990, de 2014, em ação ajuizada por candidato que alegou violação de seus direitos em certame do Banco do Brasil, por ter sido preterido por candidatos que se inscreveram como negros. O juiz entendeu que a lei de cotas nos concursos públicos infringia os artigos 3º, inciso IV; 5º, *caput*; e 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal, além de ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁹⁸⁹. Para o magistrado, as cotas raciais nos concursos públicos envolvem valores e aspectos não debatidos pelo STF na ADPF nº 186-2, a qual

¹⁹⁸⁹ RTOrd nº 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. TRT da 13ª Região. 18 de Janeiro de 2016.

abordou apenas a constitucionalidade da política de acesso às universidades, pautada no princípio da diversidade, com o objetivo de enriquecimento do processo de formação e disseminação do conhecimento. A decisão ressalta que o provimento de cargos e empregos públicos, mediante a realização de concurso, “não representa política pública para promoção da igualdade, inclusão social ou mesmo distribuição de renda”, não havendo justificativa plausível para a adoção de critérios de discriminação positiva nesse caso. Sendo a origem da desigualdade racial, nesse particular, a educação – questão para a qual já havia sido instituída política pública de cotas pela Lei nº 12.711, de 2012, e ADPF nº 186-2 –, a imposição de cotas nos concursos públicos proposta pela Lei nº 12.990, de 2014, seria, para o magistrado, evidentemente inconstitucional, por estabelecer tratamento discriminatório, violador da regra da isonomia, e que “não suprirá o déficit de formação imputado aos negros”.

Em 2017, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública (Processo nº 11.786-65.2017.4.01.3400) contra a União, com pedido de tutela de urgência, para que fosse reservada a candidatos negros 20% das vagas disponibilizadas no 29º Concurso Público de Procurador da República, cujo Edital PGR/MPF nº 14, de 2016, foi omissivo a respeito das cotas raciais. Alegou-se na inicial que o referido Edital e a Resolução do Conselho Superior do MPF que o regulamentou desconsideraram o disposto na Lei nº 12.990, de 2014, bem como as recomendações expedidas pelo próprio MPF quanto à efetivação de reserva de vagas para ingresso de negros no certame. Em sede de liminar, pleiteou-se a abertura de prazo para que os candidatos já inscritos pudessem fazer a autodeclaração prevista no artigo 2º da Lei nº 12.990, requerendo, ao fim, a condenação da União em obrigação de fazer, consistente na obrigatoriedade de inclusão, em todos os editais de concursos públicos para o cargo de procurador da República, da reserva de 20% das vagas para candidatos negros. Por meio de emenda à inicial, o MPF requereu, em caráter subsidiário, a anulação do certame e dos atos praticados, com reabertura de prazo de inscrição para todos os interessados se inscreverem pelas cotas raciais.

Em 29 de março de 2017, o Juízo da 14ª Vara do Distrito Federal deferiu, em sede de liminar, o pedido subsidiário do MPF, determinando a suspensão do 29º Concurso Público para procurador da República, por inobservância do disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei nº 12.990, de 2014. A decisão considerou que a Lei é aplicável a todos os concursos públicos federais, e estabelece importante ação afirmativa com vista à inserção de pessoas vítimas de discriminação histórica no mercado de trabalho, concretizando, desse modo, dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar as desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III, da

Constituição Federal) e promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal).

A parte ré interpôs agravo de instrumento (Processo nº 0022515-68.2017.4.01.0000), distribuído, em 10 de maio de 2017, para a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Nos autos da ação civil pública, em curso na 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a União apresentou peça contestatória, na qual sustentou a autonomia do Ministério Público Federal e a não aplicabilidade da Lei nº 12.990, de 2014, ao caso concreto.

Em decisão de 18 de maio de 2017, o 29º Concurso Público para procurador da República foi anulado por inobservância ao disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei nº 12.990, de 2014, com determinação de que, durante a vigência da referida Lei, a União incluía em todos os editais de concursos para o referido cargo a previsão legal de reserva de 20% das vagas para candidatos negros. De acordo com a decisão, o artigo 39 do Estatuto da Igualdade Racial¹⁹⁹⁰ – que veio a ser regulamentado pela lei de cotas – não confere discricionariedade ao Ministério Público Federal quanto às medidas a serem adotadas com vista à redução das desigualdades raciais. Reconhecendo a natureza impositiva da norma – a partir da interpretação gramatical ou sintática, com foco no emprego do vocábulo *assegurar* –, afirmou-se que “não há margem para a Administração Pública adotar determinadas metas, em detrimento de outras, conforme o seu juízo de conveniência”. Fazendo referência aos dados estatísticos juntados aos autos pelo Ministério Público Federal¹⁹⁹¹, argumentou-se não ser possível tratar a questão racial como uma dívida apenas do passado se políticas de inclusão ainda necessitam ser implantadas para amenizar a desigualdade existente entre cidadãos brancos e negros. Tal realidade, nos termos da decisão, não deve ser ignorada pelo MPF, que tem por missão constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis; cuja atuação deve estar em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e os princípios regentes da Administração Pública. Contra a tese

¹⁹⁹⁰ “Artigo 39 - O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º – A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º – “As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos. (...)”

¹⁹⁹¹ “Os relatórios juntados pelo Ministério Público Federal apontam de forma concreta para uma realidade que ainda subsiste nos dias atuais: ausência de mulheres negras investidas nos cargos de Procuradores da República e o quantitativo de homens negros investidos nos cargos de Procuradores da República, cujo percentual totaliza menos de 5% do quantitativo de homens brancos. E melhor cenário não há quando se observa a realidade dos cargos de Subprocuradores-Gerais da República, cujo número de homens e mulheres pretos investidos é igual a zero. (fls. 82-102).”

da União de que a Lei nº 12.990 é aplicável apenas à Administração Pública Federal, com exclusão do Ministério Público enquanto órgão independente, o julgado asseverou que este, apesar de desvinculado dos poderes da República, pertence à estrutura da administração direta e compõe o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que exercem a função administrativa do Estado, estando, portanto, sujeito aos mesmos limites de atuação.

Por fim, a decisão – que, em diversas passagens, lança mão de trechos do julgamento da ADPF nº 186-2 –, pontuou a necessidade de transitoriedade das ações afirmativas para acolher parcialmente o pleito, determinando: a) a anulação do concurso – com reabertura de novo prazo de inscrições, dessa feita atendendo às cotas previstas na Lei nº 12.990; b) a inclusão pela União em todos os editais – não de modo atemporal, como requerido, mas apenas naqueles publicados na vigência da lei – de concursos públicos para o cargo de procurador da República.

Em 26 de janeiro de 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41, perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de suprimir divergência acerca da aplicação da Lei nº 12.990, de 2014. Na petição, defende-se que a referida Lei está em consonância com o princípio da igualdade material e com os preceitos fundamentais da Constituição Federal e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, bem como do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010). A OAB argumenta que a Lei foi promulgada com o objetivo de proporcionar maior representatividade dos negros no serviço público federal, tendo em vista que a discriminação racial não opera apenas no campo da educação, mas também na esfera do trabalho. Em caráter liminar – e sob o fundamento de afastamento da insegurança jurídica – foi requerida a suspensão das decisões judiciais que consideraram a lei de cotas inconstitucional, até o julgamento definitivo da ADC nº 41 pelo STF. No mérito, intentou-se a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 2010, bem como a prevalência do procedimento da autodeclaração para os fins estabelecidos no referido diploma legal.

Reconhecendo a inequívoca relevância da matéria submetida à apreciação da Corte, bem como a existência de significativa controvérsia judicial sobre a aplicação da Lei nº 12.990, de 2014, o relator da ação, ministro Roberto Barroso, concedeu prazo de dez dias para informações por parte da Presidência da República e da Presidência do Congresso Nacional, com posterior remessa dos autos ao advogado-geral da União, para manifestação, em cinco dias, e, sucessivamente, pelo mesmo período, para coleta do parecer do procurador-geral da República.

Requereram ingresso na ação, na qualidade de *amicus curiae*, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO). O IARA pugnou pela procedência do pedido formulado na ADC, ao tempo em que a Educafro pleiteou a concessão parcial da medida cautelar, para suspender ações em que se discutissem a inconstitucionalidade da lei de cotas, com exceção dos casos que envolvam alegações de fraude na autodeclaração de candidatos.

Em sua manifestação, o Congresso Nacional colacionou aos autos informações sobre o processo legislativo da lei, defendendo a compatibilidade desta com a Constituição Federal. A Presidência da República, por seu turno, posicionou-se pela procedência do pedido, apresentou estudos sobre a constitucionalidade da política de cotas e informou que a autodeclaração é o critério de classificação racial mais utilizado no Brasil. A AGU também se pronunciou pela constitucionalidade da norma.

O Ministério Público, em 1º de junho de 2016, opinou pela compatibilidade da reserva de vagas para negros em concursos públicos com os princípios e valores esposados na Constituição, de 1988, sobretudo com a garantia constitucional da isonomia material e com os objetivos gerais do estado democrático de direito e os fundamentais da República Federativa do Brasil, voltados à construção de sociedade solidária, fraterna e pluralista, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação. De acordo com o parecer, no Brasil, a persistência da forte desigualdade associada ao gênero e à cor da pele, demonstra a necessidade de “políticas que auxiliem a promoção da igualdade material entre pessoas de pele negra e branca”.

No dia 11 de maio de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. No princípio do julgamento, representantes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – autor da ação –, da União, das entidades admitidas como *amicus curiae* e da Procuradoria-Geral da República apresentaram seus argumentos na tribuna do Plenário do STF.

Na sequência da sessão, votaram pela procedência da ação o relator, ministro Luís Roberto Barroso, além dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux. Em seu voto, Luís Roberto Barroso pontuou que a lei de cotas cria uma vantagem competitiva para um grupo de pessoas sem, no entanto, violar o princípio constitucional da igualdade, uma vez que a diferenciação instituída é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e do racismo estrutural existente na sociedade brasileira. O relator argumentou, ainda, que a Lei não viola a regra do concurso público, pois para serem investidos nos cargos públicos os candidatos precisam ser aprovados, com o desempenho

mínimo exigido. Para o ministro, o que as cotas raciais estabelecem é a criação de dois critérios distintos para preenchimento de vagas – com previsão de *duas filias diversas* –, sem abrir mão do critério mínimo de suficiência. O voto ponderou também que o princípio da eficiência será estimulado pelo pluralismo e pela diversidade que passará a existir no concurso público a partir das cotas raciais. O relator também considerou compatível com a Constituição o modelo de controle da autodeclaração, afirmando, ainda, que o sistema não representa duplo benefício para os cotistas das universidades públicas, já que a maioria dos cargos disputados pelos favorecidos é de nível técnico e não exige curso superior.

Desse modo, o ministro Barroso formulou proposta de tese de julgamento no sentido da constitucionalidade da reserva de vagas estipulada pela lei e da legitimidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação de candidatos cotistas, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

O ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, salientou que a questão deve ser abordada com base no princípio da igualdade material, cuja concretização torna aceitáveis tratamentos diferenciados, “desde que o elemento discriminador tenha uma finalidade específica, compatível com a Constituição Federal, de aproximar as diferenças”. Para Moraes, o tratamento diferenciado instituído pelo sistema de cotas apenas é constitucional para o provimento inicial no serviço público, e não para a progressão durante a carreira, cujos critérios constitucionais são específicos, como os de antiguidade e merecimento.

O ministro Edson Fachin – que também se pronunciou pela procedência da ADC, nos termos do voto do relator – defendeu que a política de cotas raciais se aplica direta e imediatamente a todos os órgãos e instituições da administração pública, sendo que o artigo 4º da Lei nº 12.990, que estabelece os critérios de nomeação dos candidatos cotistas aprovados, deve se projetar não apenas na nomeação, “mas em todos os momentos da vida funcional dos servidores públicos cotistas”.

A ministra Rosa Weber seguiu integralmente o voto do relator, ressaltando que, diante do atual contexto – no qual, ainda nos dias de hoje, o salário da população negra é inferior à metade da média salarial das pessoas de cor branca –, as ações afirmativas raciais nos concursos públicos promovem a redução das desigualdades.

O ministro Luiz Fux, último a proferir voto na sessão de julgamento, também entendeu pela procedência da ADC nº 41, salientando que “as estatísticas são produtos de ações pretéritas e revelam, com objetividade, as cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra”. Fux argumentou que a lei deve ser aplicada nos concursos públicos, não apenas no que tange ao provimento inicial de cargo efetivo, mas também em relação a

promoções e remoções. O ministro propôs maior extensão à decisão para que a regra alcançasse todos os poderes da República e todas as unidades federadas.

Após o quinto voto favorável à constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 2014, o julgamento foi suspenso, para continuação em data posterior. Na sessão do dia 08 de junho de 2017, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da ADC nº 41 e reconheceu, à unanimidade, a constitucionalidade da lei de cotas raciais em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos três Poderes.

Na sequência dos votos, o ministro Dias Toffoli afirmou que, mais do que compatíveis com a Constituição Federal, as cotas raciais são uma exigência constitucional. Observou, contudo, que os efeitos da decisão devem se restringir aos órgãos dos três Poderes da União, não alcançando os Estados, Distrito Federal e Municípios, em respeito à autonomia dos entes federados.

Também opinaram pela constitucionalidade, nos termos do voto do relator, os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Melo, assim como a ministra Carmen Lúcia.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente o pedido da ADC nº 41, para declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 2014, afirmando, ainda, a legitimidade de critérios subsidiários de heteroidentificação racial dos candidatos cotistas, com a seguinte ementa de acórdão:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em *segundo lugar*, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o

beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (*e.g.*, a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: ‘*É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.*’ (Inteiro Teor do Acórdão ADC nº 41, STF, 2017, pp. 1-3).

Algumas questões atinentes à decisão do Supremo Tribunal Federal merecem breves comentários.

Primeiramente, quanto à extensão das cotas raciais em concursos públicos instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, a Corte definiu a sua vinculabilidade limitada à esfera federal, de modo a fixar autonomia dos demais entes federados em torno da questão. A decisão, portanto, permite que cada Estado, Município e o Distrito Federal disponham autonomamente sobre a adoção de reserva de vagas para negros nos seus concursos públicos. O entendimento do STF é positivo ao autorizar que os demais entes federados adaptem as cotas raciais no serviço público à sua própria realidade, até mesmo no que se refere à proporcionalidade entre o percentual de vagas reservadas e a representatividade do grupo étnico-racial na população local. Entretanto, a não extensão da lei aos demais entes da Federação – deixando ao arbítrio destes a implementação do direito à promoção da igualdade racial da população negra – pode gerar distorções, aprofundando as desigualdades regionais no País. Efetivamente, estados que possuam população negra majoritária – que, no contexto brasileiro, situam-se na região nordeste do País, onde as desigualdades sociorraciais são mais significativas – podem decidir pela não adoção de cotas raciais nos seus concursos públicos, acentuando as desigualdades regionais, em descompasso com o que preconiza a própria Constituição Federal, no seu artigo 3º, inciso III.

Deve-se registrar a importância do reconhecimento pela mais alta Corte jurisdicional do País da persistência do racismo estrutural e institucional na sociedade brasileira, enquanto fundamento para a adoção de meios mais equitativos de distribuição de bens sociais, para concretização da igualdade material. No entanto, o mesmo argumento poderia ter sido utilizado para afirmar não apenas a compatibilidade das ações afirmativas raciais com a Constituição, mas também a sua decorrência lógica, na condição mesmo de mandamento constitucional.

O julgamento revelou também não haver incompatibilidade entre medidas afirmativas e o princípio do mérito que, embora mitigado, não é afastado pelas cotas raciais. Com efeito, afirma-se na decisão que a lei não viola os princípios do concurso público e da eficiência, uma vez que o candidato beneficiário do sistema de cotas deve também atingir pontuação mínima para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo para o qual concorreu. Para o Tribunal, a inclusão das cotas raciais nos concursos públicos ao invés de minar o princípio da eficiência, reforça-o, ao garantir que o serviço público e as tomadas de decisões estatais reflitam os pontos de vista e interesses de toda a população.

A Corte avaliou, ainda, a medida legal à luz do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, afirmando que as cotas raciais para acesso ao ensino superior não resultam na desnecessidade e desproporcionalidade das cotas no serviço público. Isso porque a exigência de curso superior não se aplica a todos os concursos públicos, e, mesmo naqueles que impõem essa condição, os beneficiários das cotas no serviço público podem não ter gozado do mesmo benefício para ingresso na educação superior. Por fim, assevera-se que, ainda que se trate de candidato que tenha se beneficiado das cotas raciais nas duas esferas – educação superior e serviço público –, há outros fatores que afetam a igualdade racial nos concursos públicos em desfavor dos negros. A conclusão do STF reforça o reconhecimento do caráter estrutural do racismo brasileiro que, disseminado nas mais diversas esferas da vida em sociedade, traz obstáculos ao gozo dos direitos fundamentais por parte da população negra.

Quanto à adoção de mecanismos de fiscalização das cotas raciais, a partir da utilização de mecanismos subsidiários de heteroidentificação, a decisão será comentada linhas adiante.

Ainda sobre as cotas raciais nos concursos públicos, porém no âmbito administrativo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015, estabeleceu reserva aos negros de, no mínimo, 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, incluindo o cargo de magistrado. O documento considerou as disposições da Lei nº 12.990, de 2014, e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010), além da decisão do STF na ADPF nº 186-2 e do já mencionado resultado do Primeiro Censo do Poder Judiciário, realizado, em 2012, pelo CNJ. A Resolução estabelece, no seu artigo 3º, que, além da reserva de vagas, os órgãos indicados poderão instituir outros mecanismos de ação afirmativa, “com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como o preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio”.

No Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tramitou o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 543/2013-50, que versava sobre a possibilidade de implementação de política de cotas para minorias étnico-raciais em concursos para ingresso na carreira de membros e servidores do Ministério Público Brasileiro. O PCA foi instaurado a partir de petição do procurador-geral do Trabalho, diante do indeferimento pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho do pleito de normatização de políticas de cotas étnico-raciais em concursos públicos do MPT, ocasião em que se determinou remessa dos autos ao CNMP para adoção das providências cabíveis. No curso do procedimento, os Ministérios

Públicos¹⁹⁹² foram instados a se manifestarem e a apresentarem informações sobre a adoção de políticas de cotas étnico-raciais em seus concursos¹⁹⁹³. Em 27 de novembro de 2013, o PCA foi remetido para a Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP para realização de estudos e providências cabíveis, no âmbito de suas atribuições. Em sessão extraordinária, realizada em 5 de abril de 2016, o Conselho julgou o procedimento prejudicado, entendendo que a edição de Resolução resultaria em interferência na autonomia administrativa das unidades do Ministério Público. Desse modo, decidiu-se pela distribuição das proposições apresentadas pelo relator, conselheiro Marcelo Ferra de Carvalho, e pelo conselheiro Sérgio Ricardo de Souza, de modo a possibilitar a continuidade da discussão da matéria a partir da autuação das duas propostas de resolução sobre o tema (nº 1.00207/2016-21 e nº 1.00208/2016-85).

Após sucessivos adiamentos, no dia 13 de junho de 2017 – e em data posterior à do julgamento da ADC nº 41 pelo Supremo Tribunal Federal –, o plenário do Conselho Nacional do Ministério Público aprovou, por maioria de votos, as propostas de resolução, instituindo reserva para negros de, no mínimo, 20% das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como para ingresso na carreira de membros do Ministério Público da União – que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – e dos Ministérios Públicos dos Estados¹⁹⁹⁴. Na ocasião, o Conselho deliberou, ainda, sobre as comissões de verificação da autodeclaração, estabelecendo que estas deverão ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade. Definiu, também, que as decisões das comissões poderão ser tomadas por maioria de seus membros, não havendo exigência de unanimidade.

A partir do entendimento aqui esposado de que o direito à promoção da igualdade racial faz parte do núcleo essencial do direito fundamental à igualdade racial, as ações afirmativas raciais constituem verdadeiro mandamento constitucional, vinculativo de todos os poderes públicos. Trata-se de verdadeiro dever-poder que não está submetido à conveniência e oportunidade dos poderes constituídos, uma vez que não há discricionariedade, mas imposição

¹⁹⁹² Recorde-se a composição do Ministério Público, nos termos do artigo 128 da Constituição Federal: “O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados”.

¹⁹⁹³ Dezessete Ministérios Públicos estaduais, os quatro ramos do Ministério Público da União e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho responderam ao pedido de informações. Na ocasião, apenas os Ministérios Públicos do Paraná, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro afirmaram adotar o sistema de cotas, sendo que os dois últimos informaram aplicar a reserva de vagas apenas nos concursos para servidores.

¹⁹⁹⁴ A aprovação das propostas pelo plenário do Conselho Nacional do Ministério Público resultou na edição da Resolução nº 170, de 13 de junho de 2017.

constitucional de atuação, mormente quando os princípios e valores insertos na Constituição já foram legislativamente conformados, como é o caso das cotas raciais nos concursos públicos. Embora já se pudesse – antes mesmo do advento das leis de cotas raciais – vislumbrar a imposição constitucional de promoção da igualdade racial, o modo de consecução desse direito jusfundamental não estava previamente delineado na ordem jurídico-legislativa.

A partir da conformação legislativa regulamentadora do dever das entidades públicas de promover a igualdade racial, não há razão para considerar que apenas alguns dos poderes públicos estão vinculados ao mandamento constitucional decodificado pelo legislador, ao qual cabem originariamente as escolhas políticas essenciais da coletividade. Dito de outro modo, se do sistema constitucional já se pode extrair a destinação de deveres de concretização da igualdade racial aos poderes constituídos, tal compromisso vinculante resulta ainda mais evidente após a transposição densificadora da vontade do legislador constituinte para a ordem jurídica infraconstitucional. Dessa maneira, e se considerando especialmente a realidade fática e o regime jurídico-político constitucionalmente estabelecido no Brasil, todos os poderes públicos são destinatários das normas impositivas de promoção da igualdade racial.

3. A promoção da igualdade racial pelas entidades privadas: a atuação do Ministério Público do Trabalho no enfrentamento do racismo institucional no setor bancário brasileiro

Em setembro de 2005, o Ministério Público do Trabalho (MPT) ajuizou cinco ações civis públicas¹⁹⁹⁵, após negativa de acordo por parte das seguintes instituições bancárias de natureza privada: HSBC, Itaú, Unibanco, ABN Amro Real e Bradesco.

A iniciativa do Ministério Público do Trabalho – decorrente do seu Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos – pretendia o reconhecimento pelo Poder Judiciário da existência de discriminação racial indireta nas relações de trabalho no setor bancário brasileiro¹⁹⁹⁶, bem como a adoção das medidas judiciais pertinentes, tanto no que se

¹⁹⁹⁵ Para uma síntese do resultado das ações civis públicas, em primeiro e segundo grau de jurisdição, ver Santiago Falluh Varella, *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*, p. 292.

¹⁹⁹⁶ Segundo Santiago Falluh Varella, *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*, p. 280, trata-se da primeira tentativa de reconhecimento jurídico dessas manifestações indiretas da discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro.

refere à adoção de ações positivas, quando no que diz respeito à condenação das instituições por danos morais coletivos.

O referido programa havia sido planejado para operar nacionalmente em várias esferas da economia, tendo início no Distrito Federal e, *a priori*, com foco no setor bancário privado. No curso dos procedimentos investigatórios instaurados no âmbito do MPT, foram requisitadas aos bancos informações – com recorte de raça, gênero e idade – sobre seus empregados. Constatada a discriminação – notadamente a racial e de gênero – a partir da disparidade estatística que evidenciava a sub-representação e a persistência de desvantagens para determinados grupos – foram propostos Termos de Ajustamento de Conduta, com o estabelecimento de metas (modalidade de ações afirmativas) a serem alcançadas pelas instituições. Apesar das tentativas de negociação com as instituições bancárias, estas não aderiram aos termos do ajuste, o que resultou no ajuizamento das ações civis públicas pertinentes.

Nas ações, o MPT afirmou que houve proposição tão somente de metas, consideradas “um padrão desejado, dentro de um cronograma pré-estabelecido, pelo qual se mede o progresso da desconstrução do quadro de discriminação construído pela própria empresa e verificado, não se confundindo com cotas”. Desse modo, propôs-se como meta às instituições bancárias “que as proporções de empregados brancos (homens brancos e amarelos), empregados negros (homens pretos e pardos), empregadas brancas (mulheres brancas e amarelas) e empregadas negras (mulheres pretas e pardas) nas agências/filiais do Banco-réu (...) se aproximassem da respectiva proporção” da população economicamente ativa (PEA) maior de 16 anos na unidade federativa correspondente, “considerando-se o nível de escolaridade mínima porventura requerido para ingresso na empresa”. As propostas do MPT levaram em consideração o fluxo de empregados admitidos e dispensados periodicamente – ou seja, a rotatividade da mão de obra – em cada instituição bancária, para definição do prazo possível e do percentual anual para cumprimento da meta, sem forçar práticas onerosas para a empresa, como a demissão injustificada de homens/brancos.

Relativamente à ascensão no emprego, intentava o MPT que as proporções de empregados brancos/negros e empregadas brancas/negras se aproximassem da respectiva proporção da PEA maior de 16 anos na unidade da federação, considerando-se o nível de escolaridade mínimo porventura requerido para ingresso nos cargos da empresa. A proposta elucidava que as mudanças na esfera da ascensão seriam implementadas paulatinamente, com metas anuais pré-fixadas e previsão de projetos de qualificação profissional dos trabalhadores pertencentes aos grupos excluídos ou prejudicados.

No que tange à política remuneratória, a proposta de acordo estabelecia que as remunerações médias de empregados brancos/negros e empregadas brancas/negras se aproximassem ou, alternativamente, que os percentuais do conjunto de remunerações desses quatro grupos na folha total de pagamento fossem próximas ou equivalentes (25% da folha de pagamento da empresa destinada a cada grupo).

Ainda que todas as ações tenham sido julgadas improcedentes – em linhas gerais, por insuficiência de provas –, os argumentos apresentados nas petições foram avaliados pelos magistrados, consistindo em importante material de análise da postura do sistema de justiça ante o denominado racismo institucional.

Nas ações civis públicas, argumentou-se que a discriminação racial e de gênero atinge diversos aspectos da vida social, com reflexos evidentes nas relações de trabalho, gerando “desigualdades entre trabalhadores brancos e negros, bem como entre homens e mulheres, na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, tanto nos âmbitos da admissão, quanto nas oportunidades de ascensão funcional, como, por consequência, no âmbito da remuneração”. Foram citados diversos dados estatísticos – produzidos por órgãos de reconhecida credibilidade, como OIT, IBGE, Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e IPEA –, no sentido de demonstrar a existência do contexto de desigualdade apontado.

Na sequência dos argumentos, as ações abordaram o reconhecimento pelo Estado brasileiro da existência de discriminação fundada em gênero e raça, notadamente no mercado de trabalho. Segundo se afirmou, a partir de 1992¹⁹⁹⁷, em diversas e reiteradas oportunidades, reconheceu-se, no País, oficial e institucionalmente, a discriminação fundada em gênero e raça, razão pela qual o Brasil passou a adotar providências voltadas para o combate destas, sem que, no entanto, os resultados esperados tivessem sido alcançados.

O Ministério Público do Trabalho apresentou elementos com o intuito de responder a duas perguntas fundamentais: a) se as desigualdades verificadas no mercado de trabalho

¹⁹⁹⁷ Afirma-se nas ações que “esse reconhecimento formal deu-se perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o Sindicato dos Empregados de Estabelecimentos Bancários de Florianópolis e Região, em 1992, com base nos estudos e dados estatísticos organizados pelo Centro de Estudos e Estatísticas das Relações de Trabalho (CEERT), encaminhou à OIT informações que relatavam o descumprimento da Convenção nº 111 da OIT pelo Brasil. Tal relatório constituiu denúncia formal encaminhada à Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações (*Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*), em 1992, pelo descumprimento da Convenção nº 111, obrigando o Estado brasileiro, por intermédio do seu representante governamental na 81ª Conferência Internacional do Trabalho, de 1993, a reconhecer oficialmente, pela primeira vez naquele fórum, a existência de discriminações graves nas relações de trabalho, comprometendo-se, consequentemente, a uma mudança de postura diante desse problema social, que anteriormente beirava à plena omissão”. Esse reconhecimento foi reiterado na 83ª Conferência Internacional do Trabalho, de 1995, quando o Governo Brasileiro, por meio de sua delegação, solicitou cooperação técnica da OIT para implementação dos compromissos assumidos a partir da ratificação da Convenção nº 111.

decorrem da escolha pessoal dos indivíduos por determinada ocupação (segmentação do mercado de trabalho); b) se essas desigualdades têm como origem fatores educacionais. Quanto à primeira questão, para discernir as *desigualdades injustas* das *desigualdades justas*, apresentaram-se estudos com observância das diferenças salariais entre negros, brancos, mulheres e homens, cuja ocupação principal era da mesma natureza. Concluiu-se que, nos mesmos grupamentos ocupacionais, as desigualdades eram maiores em prejuízo das mulheres negras, dos homens negros e das mulheres brancas. No que tange ao fator educacional, foram utilizadas as conclusões do Panorama Laboral Brasileiro, elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2003, segundo o qual as desigualdades salariais entre homens e mulheres, negros e brancos permaneciam muito altas, mesmo se comparando somente pessoas de mesmo nível educacional.

Diante da situação apresentada, o MPT afirmou ter lançado, no dia 11 de abril de 2005, o *Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos*, considerando a discriminação existente em três âmbitos distintos do mercado de trabalho: a admissão, a ascensão e a remuneração. A proposta de desenvolvimento do programa envolvia quatro etapas: a) mapeamento dos segmentos econômicos que apresentavam recorrente desigualdade de gênero e raça; b) notificação de empresas desses segmentos para apresentarem informações acerca do quadro de pessoal, no Distrito Federal; c) construção de um perfil das desigualdades verificadas em cada empresa, no Distrito Federal; d) assinatura de termos de ajustamento de conduta, com proposta de metas a serem cumpridas, ou ajuizamento de ações civis públicas para desconstrução do quadro de desigualdades porventura constatado e comprovado a partir dos dados fornecidos.

As petições seguiram abordando as desigualdades raciais e de gênero no conjunto da economia, para, em seguida, focar no setor terciário, no segmento bancário e, enfim, na realidade de cada instituição bancária ré. Nessa senda, elementos específicos da atividade bancária, que permitiam sua configuração como principal foco de discriminação e desigualdade no mercado de trabalho, justificaram sua escolha para inaugurar o programa do MPT.

Mencionando a pesquisa *O rosto dos bancários*, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), destacou-se que, embora figurasse como segmento de maior lucratividade do País, o quadro de desigualdades de gênero e raça no setor permanecia gritante. Após a demonstração, a partir de dados estatísticos, das desvantagens – não decorrentes de motivos educacionais – remuneratórias, admissionais e ocupacionais a que eram submetidos negros e mulheres no setor bancário brasileiro, as ações civis públicas

revelaram a reprodução das discriminações de gênero e raça nas agências e filiais, situadas no Distrito Federal, de cada banco-réu, nos três âmbitos (admissão, ascensão e remuneração).

No que tange mais especificamente ao aspecto racial, pode-se exemplificar a partir da ação ajuizada contra o Bradesco, unidade do Distrito Federal, na qual foram citados os dados apresentados pela própria instituição financeira, segundo os quais, em seus quadros havia, em 2004, 84,9% de trabalhadores brancos, contra 15,1% de trabalhadores negros. Adotando-se um parâmetro para verificar se a desproporção indicada era justificável pela escassez de negros no mercado de trabalho, observou-se que a população negra ocupada ou procurando ocupação no Distrito Federal era de 54%, percentual muito distante dos 15% empregados pelo banco.

Nos fundamentos jurídicos, o MPT abordou a tutela constitucional contra a discriminação, com base nos artigos 1º, 3º, 5º, *caput* e inciso I; e 7º, inciso XXX, enfatizando, ainda, que o artigo 192, ao dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional (SFN), contempla os princípios da *promoção do desenvolvimento equilibrado*, do *atendimento aos interesses da coletividade*, da *função social do SFN* e, destacadamente, o *princípio da responsabilidade social*. Considerando que a discriminação no trabalho atenta contra os direitos humanos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica, o princípio da responsabilidade social e o regime democrático, argumentou-se nas petições que os bancos-réus vinham negando aos negros e mulheres do Distrito Federal um tratamento digno e isonômico, *desafiando exemplar reparação*.

No que tange à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, as ações argumentaram que a igualdade, além de princípio informador do sistema jurídico, opera como autêntico direito subjetivo, incidindo horizontalmente para vincular os particulares, em especial no contrato de trabalho. Nessa linha de entendimento, defendeu-se que os bancos-réus devem respeito e são obrigados ao cumprimento dos direitos fundamentais, cabendo rigorosa resposta do Poder Judiciário para efetiva proteção do direito à não discriminação racial.

Conceituou-se a discriminação na esfera das relações de trabalho como a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que resulta na inibição do acesso ao emprego, alteração da igualdade de oportunidade dos trabalhadores ou estabelecimento de discrepâncias negativas de tratamento no emprego, a exemplo de diferenças salariais a menor ou estagnação em cargos hierarquicamente inferiores. Sob a perspectiva temporal, afirmou-se que a discriminação se dá na admissão – normalmente, de forma dissimulada, a partir da exclusão de determinados grupos de pessoas –, na execução do contrato de trabalho – por meio de distinções na remuneração e na ascensão profissional – ou ao seu término – com preferência por certos grupos para fins de

demissão. Distinguiu-se a discriminação direta da indireta¹⁹⁹⁸, com a ressalva de que, nas relações trabalhistas incide com mais frequência a forma indireta, cuja demonstração não se contenta com a produção de prova do tratamento discriminatório no plano individual. Argumentou-se, no entanto, que, ao se afastar da abordagem individualizada, com análise do mercado de trabalho de determinado país, estado ou município, ou dos quadros de pessoal de uma grande empresa, é possível comprovar a existência de grupos excluídos, preferidos ou com tratamento diferenciado. Ressaltou-se, nessa linha de entendimento, que a modalidade indireta de discriminação – que deve ser combatida por representar afronta ao princípio constitucional da igualdade material – tem o uso da estatística como critério demonstrativo ou probatório.

Desse modo, afirmou-se, com base nos dados apresentados pelos próprios réus, ser possível constatar, de maneira inequívoca, de um lado, a preferência das instituições bancárias acionadas pelo grupo de homens brancos, de outro, a exclusão ou distinção a que eram submetidos negros e mulheres, nos âmbitos da admissão, ascensão e remuneração.

Nota-se que, nas ações civis públicas, o MPT procurou evidenciar o mérito individual dos negros como uma das bases para a demonstração do fenômeno discriminatório identificado, eliminando os argumentos em defesa das origens meramente econômicas ou educacionais das desigualdades verificadas. Com efeito, foram colacionados aos autos dados e análises de especialistas que deram conta de que as desigualdades apontadas não decorriam exclusivamente da diferença no nível de escolaridade dos grupos raciais. Isso porque, para ingresso nas carreiras iniciais das instituições bancárias – segundo informações apresentadas por estas –, era exigido apenas o nível médio, havendo, segundo dados oficiais, elevado percentual de indivíduos negros com a escolaridade exigida na população do Distrito Federal. Ademais, confirmou-se a existência de desigualdades salariais entre funcionários negros e brancos, com o mesmo nível de escolaridade e ocupantes de cargos equivalentes.

Procurou-se, então, utilizar também o mérito individual como argumento favorável aos pedidos formulados, considerando-se que os réus não conseguiram demonstrar que os critérios meritocráticos individualmente considerados para a admissão e progressão na carreira eram predominantes em homens brancos. Dito de outro modo, não era possível inferir

¹⁹⁹⁸ Tomou-se por base o artigo 1º, item 1, da Convenção nº 111 da OIT, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, nos seguintes termos: “1. Para os fins da presente Convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão, fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social *que tenha por efeito* destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. Note-se que, conforme já explorado na parte II do presente trabalho, para fins de reconhecimento da discriminação indireta não importa a demonstração da intenção de discriminar, mas dos efeitos discriminatórios causados por determinadas práticas.

objetivamente que negros e mulheres possuíam em menor monta as características subjetivas – iniciativa, espírito de liderança, potencial, capacidade de comunicação etc. – desejadas pelos bancos, de modo a justificar as desigualdades raciais e de gênero detectadas em seus quadros funcionais.

Frisou-se, ainda, o cabimento, no caso concreto, de dano moral coletivo, pontuando-se a necessidade de consideração da magnitude da lesão – retratada na exclusão, marginalização ou subestimação de negros, mulheres e maiores de 40 anos, nos âmbitos da admissão, ascensão profissional e remuneração nos quadros das instituições financeiras réis – e da condição econômica do ofensor para o estabelecimento do *quantum* da indenização pleiteada.

Por fim, o MPT requereu, liminarmente, e *inaudita altera parte*, a determinação de imediata cessação pelo réu da discriminação baseada no sexo – quanto ao Banco Bradesco, especificamente em relação à ascensão funcional e remuneração das mulheres –, na cor/raça – no tocante à admissão, ascensão profissional e remuneração das pessoas negras –, e na idade dos trabalhadores maiores de 40 anos – quanto à admissão no emprego –, sob pena de multa diária de 100 mil reais. Em caráter definitivo, pleiteou-se a procedência da ação, com condenação do réu à obrigação de não fazer – consistente na abstenção da prática das discriminações pontuadas –, além da condenação ao pagamento do valor de 30 milhões de reais a título de indenização por danos morais causados a interesses coletivos “consistentes na violação do dever constitucional e legal de não criar e/ou manter em seu quadro de pessoal diferenças de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade ou cor”.

Das cinco ações civis públicas¹⁹⁹⁹ distribuídas para as Varas do Trabalho do Tribunal Regional da 10ª Região, todas foram julgadas improcedentes por suposta insuficiência de provas, sendo que, em segundo grau de jurisdição, também não obtiveram êxito.

A partir da análise das decisões exaradas, é possível extrair algumas importantes conclusões sobre o regime jurisprudencial acerca da promoção da igualdade racial da época, em comparação com o atual. Nesse sentido, as ementas de alguns dos julgamentos dos recursos ordinários intentados podem ser bastante elucidativas.

No Processo nº 00943-2005-015-10-00-0, por exemplo, o Juízo *a quo* entendeu que afirmar a existência de discriminação fundada apenas na falta de correspondência do corpo de

¹⁹⁹⁹ Processos nº 00943-2005-015-10-00-0 (15ª Vara do Trabalho); nº 00930-2005-016-10-00-7 (16ª Vara do Trabalho); nº 00928-2005-014-10-00-5 (14ª Vara do Trabalho); nº 00936-2005-012-10-00-9 (12ª Vara do Trabalho); nº 00952-2005-013-10-00-8 (13ª Vara do Trabalho).

empregados, com reflexo na composição da população economicamente ativa, seria admitir as mesmas práticas discriminatórias na Administração Pública Direta, na indústria, no magistério etc. Dessa maneira, os dados apresentados teriam relevância apenas em termos de compreensão sociológica e econômica da realidade e para condutas afirmativas, mas não poderiam servir de suporte jurídico para a caracterização de práticas discriminatórias. O magistrado pontuou também que não se pode pretender que o Poder Judiciário substitua a inércia e insuficiência das ações governamentais, sob pena de inverter a sua missão constitucional consubstanciada na apreciação de lesões a direitos. Mais se afirmou ao asseverar a inexistência de lei que obrigasse as empresas privadas a adotarem regime de cotas em favor de negros, mulheres e idosos.

No recurso ordinário referente ao mesmo processo²⁰⁰⁰, julgado em 13 de fevereiro de 2008, verifica-se a resistência do Poder Judiciário na utilização de dados estatísticos como elementos probatórios de práticas discriminatórias. Para o Tribunal, as estatísticas não revelam efetividades, e sim meras possibilidades, não podendo servir como *prova de fato existente ou havido*. Aduziu-se, na decisão, que não há vedação à adoção pelo empregador de “meios seletivos segundo o merecimento e a adequação das capacidades de cada um às funções exigidas, se não se indica nenhuma vedação, explícita ou implícita, a grupos de sujeitos que pudesse, assim, evidenciar prática discriminatória”. Argumentou-se, pelo contrário, que o respeito ao mérito é enaltecido pela própria Constituição Federal, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como pela Convenção nº 111 da OIT, e que procedimentos seletivos por mérito – desde que “não se efetivem separações por grupos de indivíduos segundo raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social” – não constituem prática discriminatória. Ainda com enfoque na questão meritocrática, afirmou-se que não se pode pressupor desigualdade onde possa não estar ocorrendo, uma vez que premissas gerais são capazes de atingir aqueles que, supostamente discriminados, já não o são, por terem logrado alcançar seus postos, por mérito próprio, e não apenas por serem negros, mulheres ou idosos. Concluiu-se que a verdadeira desconstrução dos preconceitos está na possibilidade de todos lograrem seus sucessos, “sem que nenhuma condição tenha sido descrita que não o mérito e as qualidades de cada indivíduo”. Sob essa ótica, diante da inexistência de efetiva prática

²⁰⁰⁰ “EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PEDIDO DE ORDEM INIBITÓRIA DE PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA PELA EMPRESA EM RELAÇÃO A ADMISSÃO, PROMOÇÃO E REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS POR RAZÃO DE SEXO, RAÇA, COR OU IDADE: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: POSSIBILIDADE JURÍDICA: ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA: ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES: AÇÃO AFIRMATIVA: NECESSIDADE DE PROVA DO ATO ILÍCITO: ANÁLISES ESTATÍSTICAS: MERA PRESUNÇÃO POR POSSIBILIDADE MATEMÁTICA: MARGEM DE ERRO ADMISSÍVEL: FALTA DE PROVAS: IMPROCEDÊNCIA”. (TRT-10 - RECURSO ORDINARIO nº 943200501510000 DF 00943-2005-015-10-00-0. Julgado em 13/02/2008. Publicado em 14/03/2008).

discriminatória demonstrada no âmbito da coletividade tutelada, não haveria razão para imposição de comando inibitório à empresa ré.

Interessa registrar também alguns dos argumentos apresentados no voto da juíza-relatora no julgamento do recurso ordinário da ação civil pública sob o nº 00930-2005-016-10-00-7²⁰⁰¹. Considerando que a questão das ações afirmativas é, sobretudo, política e, portanto, mais concernente aos Poderes Legislativo e Executivo, a relatora salientou, no entanto, que o Poder Judiciário tem idêntica responsabilidade que os demais, não podendo renunciar ao seu papel político de propiciar à sociedade brasileira uma ordem jurídica justa, tarefa que encontra terreno fértil nas ações coletivas. Sem se eximir de longa narrativa dos acontecimentos históricos que resultaram na realidade discriminatória vivenciada no contexto brasileiro, o voto invoca o princípio da igualdade material para afirmar que, embora o Judiciário só aja quando provocado, tem o dever de dar à norma constitucional a interpretação que lhe transforme numa Constituição real. Fixou-se, ainda, que a *vontade da Constituição* brasileira se dirige não apenas à tríade de poderes, mas a toda a comunidade, pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas. Desse modo, constatadas condutas contrárias a essa vontade, caberia a todos, espontaneamente, unir esforços para a correção dos rumos, devendo o Judiciário “impor coativamente a ordenação, tanto das funções estatais próprias, quanto das funções sob responsabilidade das entidades privadas”. Preocupando-se com a conceituação das ações afirmativas enquanto instrumentos temporários de concretização da igualdade de oportunidades, o voto assentou que “havendo desigualdade estrutural, geradora de situações de discriminação, há espaço para as ações afirmativas, inclusive ações afirmativas de caráter jurídico, sem que isto represente afronta aos direitos assegurados na Constituição Federal”. Para a relatora, as ações afirmativas não implicam a exigência de que as empresas adotem cotas – que são medidas positivas diversas das metas –, mas sim de que demonstrem engajamento “na criação de formas de acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas dos grupos não identificados com aqueles tradicionalmente hegemônicos em cargos hierarquicamente superiores e em

²⁰⁰¹ “AÇÃO AFIRMATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ATOS DISCRIMINATÓRIOS CONCRETOS. DANO MORAL COLETIVO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Não evidenciada qualquer situação concreta de preterição, exclusão ou preferência de empregados, fundada em gênero, idade ou raça, levadas a efeito pela instituição acionada, inviável se torna a imposição de condenação pecuniária a título de dano moral coletivo. A mera ausência de correspondência entre a composição dos empregados do demandado e a taxa de composição da População Economicamente Ativa do DF não se revela suficiente a evidenciar qualquer conduta discriminatória, ainda que inconsciente, por parte da demandada. Ainda que se pudesse vislumbrar a ocorrência de discriminação indireta, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro instrumento legal que determine a observância de regime de cotas ou metas na admissão de empregados, seja por órgãos da administração pública, seja por empresas de natureza privada (artigo 5º, II da CF).” (TRT-10 - RECURSO ORDINARIO nº DF 00943-2005-015-10-00-0. Julgado em 13/02/2008. Publicado em 14/03/2008).

determinadas funções geralmente mais qualificadas e melhor remuneradas, porquanto não são estes detentores de competência exclusiva”. Criticando a utilização de dispositivos legais próprios para a resolução de dissídios individuais no caso concreto – que trata de direitos da coletividade –, a relatora afirmou que a prática discriminatória, por ser sutil e não deixar rastros evidentes, deve permitir a consideração de presunções e indícios, não se lhe podendo exigir provas cabais. Sob essa ótica, defendeu-se o uso da estatística nos processos coletivos como elemento válido de prova. Finalizou-se o voto, concluindo que o reclamado praticava discriminação, ainda que de forma inconsciente, nas suas relações de trabalho, conduta que merecia ser reparada a partir de políticas internas para mitigação do quadro discriminatório. Apesar dos argumentos favoráveis aos fundamentos do pleito do MPT, a relatora asseverou que, no caso concreto, não era cabível deferimento do pedido de cessação imediata da discriminação e da obrigação de se abster de discriminar seus trabalhadores com base no sexo, raça e idade, sendo possível apenas a fixação de prazo razoável para adequação da política de pessoal do reclamado. O voto fixou a condenação pelo dano moral coletivo em 3 milhões de reais.

Em posicionamento contraposto, o voto da revisora – que foi acompanhado pelos demais magistrados – afirmou que o Ministério Público do Trabalho “não logrou apontar qualquer situação concreta que evidenciasse a preterição, exclusão ou preferência de empregados, fundada em gênero, idade ou raça”, levadas a efeito pelo banco-demandado. O voto vencedor, embora tenha admitido a importância do papel do Poder Judiciário na resolução dos problemas que assolam a sociedade, defendeu a limitação da atuação jurisdicional no âmbito das ações afirmativas, que deveriam ser condicionadas à existência e comprovação de casos concretos de discriminação. Considerou-se que – enquanto fenômeno recente – as ações afirmativas reclamavam a atuação conjunta e cautelosa de todos os setores sociais, sobretudo dos poderes públicos, com vista à promoção da necessária inclusão social. Com esses argumentos, o Tribunal manteve a sentença de improcedência em todos os seus termos.

A partir das decisões analisadas, apontam-se como principais fatores que operaram na resistência do Poder Judiciário às *ações afirmativas jurídicas* pretendidas pelo Ministério Público do Trabalho: a) o ineditismo do conceito de discriminação racial indireta apresentado ao Judiciário; b) o caráter inovador dos instrumentos processuais utilizados, a exemplo das provas estatísticas; c) a ausência de previsão legal explícita para o que foi pretendido pelas ações judiciais, exigindo *posturas normativas* por parte dos juízes no tocante à promoção da igualdade; e d) a formulação de pedidos judiciais requerendo a adoção de ações afirmativas em

entidades privadas e o reconhecimento de um efeito coletivo de atos ou omissões de entes particulares (dano moral coletivo)²⁰⁰².

Já se evidenciou neste estudo que as ações afirmativas – em consonância com seus objetivos característicos – adotam parâmetros coletivos para orientação das medidas positivas implementadas, transcendendo o universo estritamente individual²⁰⁰³. De fato, a discriminação de natureza indireta é detectável a partir dos efeitos coletivos que dela advêm, sendo difícil ou mesmo improvável a demonstração de sua existência a partir do dano causado a indivíduos, isoladamente. Nessa senda, as ações afirmativas – como principal mecanismo de correção da discriminação indireta – operam de modo a mitigar os efeitos coletivos causados por essa modalidade discriminatória, verificável especialmente por meio de dados estatísticos na perspectiva da teoria do impacto desproporcional.

Pode-se afirmar que, ainda nos dias de hoje, a concepção de discriminação racial indireta, mormente quando associada ao racismo institucional de caráter privado, não se encontra consolidada na jurisprudência brasileira. Isso porque – até mesmo nas hipóteses de atos concretos individuais – tem-se estabelecido, em meio ao Judiciário, a imprescindibilidade da intenção discriminatória, elemento que, em se tratando de discriminação de natureza indireta, além de desnecessário – de acordo com seu próprio conceito – se presente, é de ainda mais difícil comprovação.

Portanto, os discursos jurídicos ainda conferem acentuada relevância à demonstração da intenção racista como condição para o reconhecimento, punição e reparação de atos de discriminação racial, notadamente no âmbito das relações entre sujeitos privados. Esse apego a uma relação comprovada entre causa e efeito, para fins de identificação da discriminação racial, resulta na crença de insuficiência dos elementos probatórios estatísticos os quais, embora não sejam aptos a revelar a intenção racista como mote das desigualdades, demonstram os efeitos persistentes do racismo a partir do impacto desproporcional que práticas supostamente neutras impõem às pessoas negras.

Entretanto, nos últimos anos, verifica-se significativa evolução do regime jurisprudencial brasileiro nessa seara. Com efeito, no que concerne à vinculação das entidades públicas ao direito à promoção da igualdade racial, nota-se que a necessidade de demonstração da intenção discriminatória foi, gradativamente, sendo mitigada, a partir do reconhecimento

²⁰⁰² Cfr. Santiago Falluh Varella, *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*, p. 291-292.

²⁰⁰³ Cfr. Santiago Falluh Varella, *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*, p. 283.

pelo Estado da existência do racismo institucional, cujos efeitos são evidentes no contexto social brasileiro, independentemente da intencionalidade da sua reprodução sistemática. Ao se admitir que o racismo institucional opera reproduzindo a estruturação racialmente hierarquizada das relações sociais, nas mais diversas esferas da vida em sociedade, os poderes públicos, todos igualmente vinculados aos mandamentos constitucionais, não podem permanecer omissos.

Dessa maneira, as ações afirmativas vêm sendo recepcionadas pelos órgãos judiciais como mecanismo de promoção da igualdade racial, verdadeiros mandamentos constitucionais capazes de atuar na desconstrução da hierarquização racial da sociedade brasileira. Nessa linha evolutiva, como visto, a concepção de discriminação de natureza indireta vem ganhando espaço na hermenêutica jurídica, assim como a aceitação dos recursos estatísticos como meios para sua demonstração, a exemplo dos julgamentos da ADPF nº 186-2 e da ADC nº 41, pelo Supremo Tribunal Federal.

É de se notar, sob essa ótica, que a discriminação indireta tem sido aceita como parâmetro de orientação de políticas públicas de promoção da igualdade racial, havendo resistência, no entanto, na sua consideração para fins de condenação ou imposição de obrigações a entidades privadas. Nos julgamentos das ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público do Trabalho, as desigualdades raciais no mercado de trabalho são imputadas a causas sócio-históricas e estruturantes, incapazes de gerar a (co)responsabilidade do setor privado pela reprodução – ainda que sem intenção – de mecanismos organizacionais discriminatórios.

Nada obstante, a justa (re)distribuição de direitos, bens e posições sociais – enquanto objetivo precípua do Estado Democrático e Social de Direitos Fundamentais instituído pela Constituição Brasileira, de 1988, – somente poderá se concretizar a partir de uma visão comprometida das entidades públicas e privadas com a igualdade racial. Não como dívida histórica a ser paga, mas como compromisso de realização da justiça no presente, sob a perspectiva dos interesses de toda a coletividade – e não apenas da população negra – em construir uma sociedade mais justa e solidária, o que passa necessariamente pela inclusão racial. Assim, a autoisenção de responsabilidades das entidades privadas – não pelas causas estruturantes do racismo, mas pela persistência de seus efeitos nas relações sociais –, em parte referendada pelos órgãos jurisdicionais, representa significativo entrave para o desenvolvimento de uma democracia racial no Brasil.

Em que pesem tais constatações, no atual estágio de evolução e consolidação das ações afirmativas raciais na jurisprudência e na ordem jurídica, é possível que se encontre solo

fértil para iniciativas administrativas, legislativas e até mesmo judiciais, no sentido de maior vinculação também das entidades privadas – em especial as grandes empresas que dominam o mercado de trabalho privado – ao direito à promoção da igualdade racial.

– CAPÍTULO IV –
**DIREITO À PROTEÇÃO DA IGUALDADE RACIAL
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

No que concerne ao direito à proteção da igualdade racial, tendo em vista seu caráter mais instrumental, seria possível pesquisar seu regime jurisprudencial a partir de sua imbricação com cada uma das demais dimensões estudadas – proteção do direito à não discriminação racial (ou proteção contra a discriminação racial), proteção do direito à diferença racial e proteção do direito à promoção da igualdade racial. Desse modo, se considerado o direito à proteção da igualdade racial autonomamente, para cada uma das demais dimensões igualitárias propostas, seria preciso extensa e minuciosa revisão da jurisprudência pertinente, o que ultrapassaria os objetivos e o espaço proposto para o desenvolvimento desta parte do trabalho.

Além disso, é preciso registrar que a pesquisa jurisprudencial levada a efeito não identificou o tratamento autonômico da dimensão protetiva da igualdade, muito embora todas as decisões judiciais reverberem, ainda que mediatamente e mesmo sem menção expressa, o intento de proteção da prerrogativa jusfundamental sob análise. Nessa senda, este quarto e último capítulo da terceira parte da tese tem como propósito trazer à baila o comportamento da jurisprudência brasileira especificamente quanto ao dever – decorrente do direito – de proteção da igualdade racial por parte dos poderes públicos. Para tanto, não basta a análise de decisões que embora protejam genericamente qualquer das dimensões estudadas, não aborde tal dever protetivo – seja pelas vicissitudes do caso concreto, seja pelos efeitos do *decisum* – de maneira a evidenciar sua importância para a consecução da igualdade racial, ao menos numa de suas vertentes.

Dito isso, e considerando a existência de relevante debate jurisprudencial a respeito do tema, ainda que não se mencione expressamente o caráter protetivo em questão, optou-se por focar, no primeiro item, na temática da fiscalização das cotas raciais, enquanto mecanismo de proteção do direito à promoção da igualdade racial.

Em seguida, serão exploradas algumas decisões voltadas para a proteção do direito à não discriminação racial na esfera do trabalho, enquanto dever imputável, no âmbito da relação laboral, ao empregador.

1. Fiscalização do sistema de cotas raciais e direito à (dever de) proteção da promoção da igualdade racial

Viu-se que a abordagem da questão racial, na ordem jurídica brasileira, atravessou diversas etapas, até se iniciar um processo de consolidação do direito à promoção da igualdade racial. As cotas raciais para acesso ao ensino superior e, mais recentemente, nos concursos públicos, têm se revelado como política pública indispensável para a inclusão social da população negra no Brasil.

No entanto, bastaram poucos anos da implementação de tais medidas para se verificar, na prática, a reiteração de fraudes às cotas raciais, a causar verdadeiro desvio de finalidade das políticas de ação afirmativa. Em outras palavras, candidatos *socialmente brancos* passaram a se autodeclarar negros para usufruírem do benefício das cotas raciais, o que resulta no preenchimento de parte das vagas por pessoas que não pertencem ao grupo vulnerabilizado alvo da política de ação afirmativa.

O que se defende aqui é que a fiscalização das cotas raciais figura como verdadeiro direito à (dever de) proteção da promoção da igualdade racial, sem o qual tais ações afirmativas são esvaziadas e perdem seus fundamentos, por não serem capazes de alcançar os fins a que se destinam, quais sejam: a efetiva inserção social da população negra e o aumento da representatividade negra nos espaços de poder e decisão.

É certo que a Lei nº 12.990, de 2014, estabelece, no seu artigo 2º, *caput*, que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor/raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Portanto, à primeira vista, a autodeclaração seria condição suficiente para a inserção do candidato na lista dos cotistas, o que não permite concluir pela desnecessidade de métodos de verificação da autodeclaração, até mesmo como forma de atender à disciplina do parágrafo único do mesmo artigo. O referido dispositivo institui que “na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Diante disso, questiona-se: como deve ser aferida a falsidade da autodeclaração, se não por meios heterônomos de atribuição? A regra estatuída evidencia que, embora fundamental para a concessão do benefício das cotas raciais, a autodeclaração racial não é absoluta, vez que pode estar eivada de falsidade, como qualquer outra forma de declaração. Dito isso, quais as condições que devem ser observadas para a aferição ou validação da pertença racial do candidato, no contexto sociorracial brasileiro?

Em poucas palavras, devem ser estabelecidos alguns parâmetros para a fiscalização do sistema de cotas raciais, com vista a definir os critérios, o método e o momento adequados, sem prejuízo das consequências, caso constatada a fraude. O estudo da jurisprudência nacional é elucidativo nesse sentido e permite a identificação de alguns elementos fundamentais para a proteção da igualdade racial e consequente garantia de efetividade da política pública em questão.

Mesmo antes da edição da Lei nº 12.990, de 2014 – em decorrência especialmente das cotas raciais para acesso ao ensino superior –, já era possível observar a adoção, embora em menor escala, de mecanismos de controle da autodeclaração racial. A Universidade Federal do Paraná, como uma das pioneiras na adoção de sistema heterônimo de validação da autodeclaração racial, teve suas normas judicialmente questionadas inúmeras vezes. Desse modo, o Judiciário, muito antes da lei de cotas nos concursos públicos, já havia sido instado a se manifestar sobre a constitucionalidade/legalidade de tais medidas fiscalizatórias, podendo-se observar algumas importantes tendências para a definição de paradigmas orientadores.

Em 2005, um candidato ajuizou ação ordinária na qual pleiteava a anulação do ato que, por não considerá-lo pardo, não homologou o seu registro acadêmico, na Universidade Federal do Paraná. Afirmou o autor que, embora tenha obtido classificação dentro do número de vagas oferecidas para afrodescendentes, a comissão de verificação não o considerou pardo, o que impossibilitou o seu registro na referida instituição de ensino. O candidato argumentou que a autodeclaração seria condição suficiente para que os candidatos concorressem às vagas reservadas a afrodescendentes e que não houve demonstração da formação científica dos componentes da comissão. Ademais, sustentou que não foi divulgado pela universidade o critério adotado para considerar o candidato branco, em evidente violação ao artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal. Tendo seu pedido indeferido pelo Juízo de primeiro grau, o candidato recorreu da decisão, reiterando a necessidade de prova pericial para determinação do grupo racial em que se encaixava, além de defender que tal definição deveria se dar pelo genótipo e não pelo fenótipo do indivíduo. Afirmando que o edital é a lei do concurso e que não afrontava a legislação, em julgado datado de 19 de dezembro de 2007, o Tribunal entendeu

que, no caso concreto, além de adotar o critério do IBGE, as normas editalícias estabeleciam que o candidato deveria declarar ser reconhecido na sociedade como integrante do grupo indicado e possuir traços fenotípicos que o identificassem com o grupo negro. Nos termos da decisão, tal procedimento se mostrava razoável, pois visava a evitar o uso indevido da autodeclaração, garantindo o princípio da isonomia. Concluiu-se, ainda, que o autor não foi capaz de demonstrar insuficiência técnica de nenhum dos membros da comissão – formada por representantes de diversos institutos afrodescendentes, dos quais se presume domínio sobre o assunto. Desse modo, entendeu-se que o ato impugnado revestia-se de legalidade, inexistindo vícios capazes de gerar sua nulidade²⁰⁰⁴.

Em caso semelhante, um candidato, que se autodeclarou pardo para concorrer a uma vaga na Universidade Federal do Paraná na condição de cotista, teve sua matrícula negada, após a invalidação da sua autodeclaração racial pela Banca de Validação. Aduziu que teve o seu direito à educação cerceado, mesmo diante do preenchimento dos pressupostos para usufruir das cotas raciais, por ter pele parda e ser descendente direto de família afrodescendente. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão de 19 de outubro de 2009, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo candidato, considerando que o objetivo das cotas raciais é a inclusão de indivíduos que são excluídos em virtude de suas características físicas e, que, portanto, sofrem efetiva discriminação por sua pertença ao grupo negro. Fazendo menção às normas do edital da universidade²⁰⁰⁵, a decisão fixou que “o parâmetro adotado para a aferição do direito, ou não, à inclusão social objetivada pelas cotas raciais reporta-se precipuamente às características fenotípicas do candidato, e não genotípicas”²⁰⁰⁶.

²⁰⁰⁴ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS. AUTO-DECLARAÇÃO DE GRUPO RACIAL. POSTERIOR ANÁLISE POR COMISSÃO. PREVISÃO DO EDITAL. LEGALIDADE. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERICIAL. - Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Segundo o artigo 131 do CPC, não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, prova s, jurisprudência e aspectos pertinentes ao tema, bem como da legislação que entender aplicável ao caso. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determina as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, artigo 130). O Edital que rege o processo seletivo é claro ao adotar o fenótipo - e não o genótipo - para a análise do grupo racial. Portanto, inexistente arbitrariedade na decisão da Comissão designada para a análise de auto-declaração de grupo racial”. (TRF-4 - AC: 7180 PR 2005.70.00.007180-8. Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA. Data de Julgamento: 21/11/2007. 4ª TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/12/2007).

²⁰⁰⁵ “O artigo 10 estabelecia que: "O candidato que desejar concorrer às vagas de inclusão racial previstas no § 1º do artigo 3º deste edital, deverá assinalar essa opção no ato de inscrição, estando ciente de que, se aprovado, deverá fazer a auto-declaração de que é de cor preta ou parda e possui os traços fenotípicos que o caracterizam na sociedade como pertencente ao grupo racial negro, e ser entrevistado pela Banca de Validação e Orientação da Auto-Declaração designada pelo Reitor da UFPR, a qual decidirá se o candidato atende aos requisitos do § 1º do artigo 3º”.

²⁰⁰⁶ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. RESERVA DE VAGA. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. O intento do sistema de cotas raciais consiste na inclusão social e benefício direto dos indivíduos que, como consequência por suas características físicas

Em outra ação ajuizada para invalidar ato administrativo da Universidade Federal do Paraná, uma candidata cotista, aprovada no vestibular de 2005 para o curso de Biologia, teve sua matrícula negada por não ter sido considerada preta ou parda, nos termos do respectivo edital. Arguiu a autora pertencer ao grupo destinatário da ação afirmativa, o que pretendeu demonstrar juntando aos autos declaração de dermatologista e fotografia de sua avó materna. O pleito foi indeferido pelo Juízo *a quo*, que entendeu correta a conclusão da comissão de verificação. Além da apelação, já haviam sido interpostos agravos retidos da decisão de indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela, bem como da decisão que indeferiu o pedido de produção de prova pericial. Nos autos da apelação cível, o voto do relator pontuou que o sistema de cotas adotado pela universidade utiliza como critério de *discrímen* não fatores genéticos detectáveis por meio de exame de DNA – capaz de comprovar descendência africana –, mas sim a “conformação ao fenótipo identificador da condição de negro, o que implica presença acentuada de melanina na epiderme”. Evidenciou-se, ainda, que o pressuposto fático que deu origem à norma é a cor da pele, circunstância que, *a bem da razoabilidade*, deve ser considerada casuisticamente para além da autodefinição como negro. Ademais, afirmou-se que a razão de existir das cotas raciais é beneficiar aqueles que se encontram sujeitos a desvantagens oriundas da discriminação racial. Foi proferido voto-vista divergente pelo juiz federal Roger Raupp Rios que, inicialmente, registrou que o litígio estava circunscrito à legitimidade do ato administrativo e não alcançava a discussão sobre a constitucionalidade das cotas raciais. No voto divergente, delimitou-se, dentre as questões a serem abordadas na decisão as seguintes: “(i) é legítima a consideração da identidade racial na formulação de políticas públicas no combate ao racismo e seus efeitos? (ii) qual o critério jurídico para a atribuição de identidade racial? Autodeclaração ou heterodesignação? (iii) no caso de autodeclaração, é legítima a revisão administrativa?”. Em resposta, sustentou-se que há, no direito brasileiro, um rol explícito, de caráter exemplificativo, de identidades protegidas contra a discriminação, salientando-se a relevância constitucional do critério racial. Nessa linha de intelecção, concluiu-se ser razoável a introdução de instância revisional da autodeclaração, com o objetivo de manter a integridade e evitar o desvirtuamento da política pública. Desse modo, “a adoção da autodeclaração como regra para a atribuição de identidade racial não obsta que, na presença de razões suficientes, a Administração syndique a honestidade e a correção da declaração”. Nada obstante, fixou-se o entendimento de que a

marcantes como integrantes do grupo negro, sejam socialmente desfavorecidos, sofrendo efetiva discriminação.” (TRF-4 - AG: 26766 PR 2009.04.00.026766-4. Relator: VALDEMAR CAPELETTI. Data de Julgamento: 07/10/2009. 4ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 19/10/2009).

autodeclaração apenas pode ser afastada mediante manifestação fundamentada e racional, parâmetros que não teriam sido observados pela revisão administrativa no caso concreto²⁰⁰⁷.

Por esse motivo, o voto-vista foi proferido no sentido de negar provimento aos agravos retidos e dar provimento ao apelo da candidata. A Corte decidiu, por maioria, seguir o voto-vista²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁷ Quanto a essa questão, argumentou-se que “não se pode afastar a autodeclaração quanto à identidade racial com fundamento único em traços fenotípicos, ainda mais quando estes, por si só, não se apresentam tão unívocos quanto a Comissão administrativa os considera. De fato, a autora, além de ser filha e neta de 'mulatos' (para usar sua expressão), traz aos autos declaração de dermatologista atestando a cor parda de sua pele, narra experiências de discriminação e noticia a heteroatribuição de cor parda por colegas, bem como declara o preenchimento do censo como pessoa de cor parda. Estes elementos, pelo menos, deveriam ser objeto de consideração pelo ato administrativo”.

²⁰⁰⁸ “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. AÇÕES AFIRMATIVAS. PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO DE IDENTIDADES E DE ESCOLHAS FUNDAMENTAIS. COTAS ÉTNICO-RACIAIS. RESERVA DE VAGAS. AUTODECLARAÇÃO DE IDENTIDADE RACIAL. COMPREENSÃO E RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DE RAÇA. CONVENÇÃO PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. REVISÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Direito da Antidiscriminação provê proteção jurídica contra a discriminação em favor de identidades e de escolhas fundamentais, conforme a enumeração exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. 2. A proteção identitária diz respeito a traços imutáveis (ou somente alteráveis de modo extremamente difícil e inexigível), distintivos de indivíduos e de grupos na vida social e jurídica; a proteção de escolhas fundamentais volta-se em favor de opções e condutas vinculadas ao exercício de direitos fundamentais. 3. Relevância das questões raciais no direito constitucional brasileiro, dada a proibição de discriminação por motivo de raça e a instituição de ações afirmativas. 4. Associação persistente, na história do direito brasileiro, antes e depois da abolição da escravidão, entre origem africana, raça, condição servil e inferioridade social na hierarquia instituída no âmbito das relações sociais. 5. Afastada a alegação de que a diversidade cromática presente na autodescrição dos brasileiros torne impossível a utilização de ações afirmativas vinculadas à identificação racial, uma vez que a utilização de tantas tonalidades e metáforas cromáticas aponta, ao contrário da alegada indiferença racial, para a relevância deste dado na configuração das relações sociais no país. 6. Em matéria de definição da pertença de indivíduos a grupos juridicamente protegidos contra discriminação, o direito da antidiscriminação registra dois métodos: (a) subjetivo e (b) objetivo. Pelo primeiro, a definição da pertença de certo indivíduo a determinado grupo protegido contra discriminação decorre da percepção subjetiva do envolvido, conforme, portanto, sua declaração; pelo segundo, é o atendimento a uma série de requisitos, caracterizadores do grupo de modo objetivo, que confere ao indivíduo a qualidade de membro do grupo protegido, merecedor, portanto, das conseqüências jurídicas da norma antidiscriminatória. 7. O direito brasileiro adota a autodeclaração como técnica de identificação racial. Compreensão da Convenção para a Eliminação de Discriminação Racial, instrumento internacional de direitos humanos explicitamente internalizado no direito nacional, com força de direito supralegal ou mesmo de direito fundamental. 8. Prestígio da perspectiva subjetiva, recomendada pelo Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial, órgão das Nações Unidas encarregado da interpretação e da aplicação da Convenção: "O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, considerando relatórios dos Estados partes acerca dos modos pelos quais indivíduos são identificados como sendo membros de um grupo ou grupos étnico-raciais em particular, é da opinião de que tal identificação deve, se não existir justificção em contrário, ser baseada em auto-identificação pelo respectivo indivíduo". 9. Em favor da autodeclaração também milita a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o racismo e a raça como construções sociais, produzidas no seio das relações sociais e culturais experimentadas por cada indivíduo e grupo. 10. Além do regime jurídico próprio da proibição de discriminação racial, a fazer prevalecer a técnica da autodeclaração, a manifestação individual é a regra no exercício de outros direitos fundamentais abarcados pelo direito da antidiscriminação, como ocorre com a condição indígena e a opção por confissão religiosa, escolha fundamental juridicamente protegida contra discriminação. 11. O risco de fraude não invalida a autodeclaração, requerendo atenção sobre a possibilidade de desonestidade, a ser corrigida por outros meios que não a impossibilidade da prática do ato. 12. A adoção da autodeclaração como regra para a atribuição de identidade racial não obsta que, na presença de razões suficientes, a Administração sindicalize a honestidade e a correção da declaração, hipótese explicitamente ressalvada na Recomendação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas. 13. Do ponto de vista normativo, o procedimento revisional deve não só assegurar a manifestação da parte contrária, conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa, como também partir da presunção

A Universidade Federal do Paraná interpôs embargos infringentes com vista à predominância do voto vencido do juiz federal Alcides Vettorazzi, segundo o qual deveria prevalecer a decisão da comissão que excluiu a candidata do processo seletivo de 2005, ao considerar que esta, por não apresentar traços fenotípicos do tipo negro, não preenchia os requisitos exigidos para acesso às vagas reservadas pelas cotas raciais. No entanto, seguindo o mesmo entendimento da decisão contestada, o Tribunal julgou improcedente o recurso, em 13 de maio de 2010²⁰⁰⁹.

Em outra situação, uma aluna da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) ajuizou mandado de segurança, com pedido de liminar de reestabelecimento da matrícula cancelada, para que pudesse cursar o 2º semestre letivo do curso de Medicina Veterinária. Alegou ter realizado o vestibular UFMS/2009, pelo Sistema Cidadão Presente A, que reservava vagas a candidatos afro-brasileiros, tendo sido aprovada e matriculada. Afirmou que, no entanto, sua matrícula fora cancelada após parecer da Comissão de Implantação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social da UFSM, o que estaria em desacordo com as normas do Edital nº 009/2008, que previam apenas a entrega de autodeclaração da condição de afro-brasileiro por parte do candidato aprovado, no momento da confirmação da vaga. Aduziu, ainda, não ser razoável pretender a instituição de ensino superior comprovar a descendência racial por meio de uma entrevista. O juízo de primeiro grau concedeu a segurança e determinou o restabelecimento da matrícula cancelada, bem como a realização da matrícula da aluna para o segundo semestre do curso de Medicina Veterinária da UFSM. A universidade apelou da decisão, sustentando a legalidade do ato administrativo que cancelou a matrícula da impetrante, que não preenchia os requisitos

juris tantum de boa-fé em favor da declaração. Deve também valer-se da compreensão constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal acerca das identidades raciais, resultantes de um processo social, político-cultural. 14. Do ponto de vista fático, o procedimento revisional, quando necessário e justificado, deve valer de elementos fáticos, tais como declarações prestadas em documentos públicos ou privados e a manifestação de terceiros, sendo relativa a comprovação ou não de a declarante ter sofrido discriminação direta e intencional anteriormente, até mesmo em virtude do caráter difuso e não-intencional da discriminação institucional. Também fica relativizada e imprestável, como elemento exclusivo, qualquer consideração biológica que reduza a classificação racial a um dado biomédico ou antropomórfico. 15. No caso concreto, a análise da contestação e dos elementos constantes dos autos revela que a revisão administrativa não observou estes parâmetros, mormente a diretriz fixada pelo Supremo Tribunal Federal, deixando de apresentar justificativa hábil a afastar a declaração da parte autora. 16. Desprovimento dos agravos retidos e provimento do recurso de apelação.” (TRF-4 – Apelação Cível nº 2005.70.00.004708-9/PR. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Data do julgamento: 04/08/2009).

²⁰⁰⁹ “EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. ACESSO À UNIVERSIDADE PÚBLICA. COTAS ÉTNICO-RACIAIS. REVISÃO ADMINISTRATIVA DA AUTODECLARAÇÃO. A revisão administrativa da autodeclaração feita pela candidata no momento da inscrição no vestibular, só poderá ser afastada mediante manifestação fundamentada e racional, e não apenas com base apenas nos traços fenotípicos do indivíduo.” (TRF-4 – EINF: 4708 PR 2005.70.00.004708-9. Relator: Maria Lúcia Luz Leiria. Data de Julgamento: 08/07/2010. Data de Publicação: 16/07/2010).

previstos para concorrer pelo Sistema Cidadão Presente A. Frisou-se, ainda, na apelação, que a Comissão de Implementação e Acompanhamento era constituída por professores e representantes de entidades de defesa dos direitos dos afrodescendentes. No julgamento da apelação interposta pela UFSM, a Corte fixou o entendimento de que a Constituição Federal não permite o estabelecimento de distinções entre os cidadãos – firmadas em critérios genéticos, como cor, raça ou etnia – para acesso aos serviços públicos, notadamente a educação. Aduziu-se que a necessidade de ampliação da participação de determinados grupos sociais na educação superior – com vista à eliminação das desigualdades sociais – justifica a implementação de ações afirmativas que, no entanto, não devem se basear em critérios raciais. Afirmou-se que as ações afirmativas devem ser dirigidas às classes desfavorecidas – aí compreendidos, com razoabilidade, os candidatos que frequentaram escolas públicas –, salientando-se que “nem todo cidadão de determinada cor ou origem é hipossuficiente, ou precisa de proteção”. A despeito de tal argumento – fundado em precedente da Corte –, o Tribunal tomou por base o edital do concurso do vestibular para concluir que, para concorrer pelo sistema de cotas da UFSM, não era suficiente a autodeclaração racial, fazendo-se necessária a comprovação desta, procedimento considerado razoável, por evitar o uso indevido do benefício e garantir a efetividade do princípio da isonomia. Sob essa ótica, o acórdão considerou inexistir arbitrariedade na decisão da Comissão que procedeu à “verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afro-descendentes, reputando-os não preenchidos”. A Corte ainda pontuou ser visível, no caso concreto – a partir das conclusões extraídas do exame dos registros fotográficos existentes nos autos –, a ausência de traços fenotípicos que identificassem a impetrante com o grupo negro. Por fim, ressaltou-se que sequer poderia ser invocada a desqualificação técnica ou interesse pessoal dos membros da Comissão, formada por professores e representantes de entidades de defesa dos direitos dos afrodescendentes, que lutaram pela implementação das cotas raciais e dos quais se presume o domínio da temática. Assim, o Tribunal decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação da universidade²⁰¹⁰.

²⁰¹⁰ “EMENTA: ADMINSTRATIVO. VESTIBULAR. AÇÕES AFIRMATIVAS. COTAS RACIAIS. AUTO-DECLARAÇÃO. CANCELAMENTO DE MATRÍCULA PELA UNIVERSIDADE. LEGALIDADE. 1. Não é possível firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, como a educação, baseando-se em critérios genéticos de cor, raça ou etnia, nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição Federal. É cabível apenas a distinção que vise a privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que frequentaram escolas públicas. Precedentes desta Corte. 2. Não há arbitrariedade na decisão da Comissão Universitária que, é constituída por professores e representantes de entidades de defesa dos direitos dos afro-descendentes, que lutaram pela implementação do Programa de Ações Afirmativas, reputando o não enquadramento na condição de negro ou pardo apenas a autodeclaração da candidata, a fim de que seja evitado o uso indevido da autodeclaração, bem como garantida a efetividade do princípio da isonomia.” (TRF-4 -

Sobre a temática, também se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 186-2, ocasião em que se definiu não ser a autodeclaração absoluta, podendo ser validada por mecanismos heterônomos de verificação de autenticidade das informações declaradas. Veja-se a propósito, o seguinte trecho do voto do Relator, ministro Ricardo Lewandowski:

“Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros). Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos: “A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”. Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto

de vista constitucional”. (grifos no voto). (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, Voto do Relator, p. 38).

Também evidenciando a importância das comissões de verificação para evitar fraudes e abusos no sistema de cotas raciais, o opinativo do ministro Luiz Fux, no seguinte excerto:

“A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil. Nesse cenário, o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes. Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um “Tribunal Racial”. O tom pejorativo e ofensivo empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pela UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior. Aliás, devo ressaltar que compreendo como louvável a iniciativa da Universidade de Brasília ao zelar pela supervisão e fiscalização das declarações dos candidatos postulantes a vagas reservadas. A medida é indispensável para que as políticas de ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. De qualquer modo, a atuação das universidades públicas no controle a verossimilhança das declarações não dispensa o acompanhamento da questão pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela defesa da ordem jurídica (CRFB, artigo 127, *caput*).” (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, p. 17).

Centrando-se mais nas características fenotípicas como marcos de identificação racial no contexto brasileiro, importa transcrever trecho do voto da Ministra Rosa Weber:

“Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, deve-se considerar que a discriminação, no Brasil, é visual. Expressivo, a propósito, na obra Um enigma chamado Brasil – 29 intérpretes de um país, artigo de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante, sob o título Estigma e Relações Raciais na obra pioneira de Oracy Nogueira – paulista de Cunha, falecido em 1996, filho de professores brancos e católicos e com doutorado na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Fez, Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos, ainda ontem lembrados da tribuna, de preconceito de origem e preconceito de marca. Segundo o seu magistério, enquanto nos Estados Unidos prevalece o preconceito de origem, que elege como critério de discriminação a ascendência, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômicos. Nessa linha, explicita a articulista, a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação -, mediante a preterição. Assim, complementa ela, ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa ‘escura’ será sempre preterida por uma pessoa mais ‘clara’, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais ‘escura’, de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra ‘uma exceção’. A cor, finaliza, como metonímia racial, emerge, pois, como categoria duplamente cultural”. (grifos no voto). (Inteiro teor Acórdão ADPF 186-2, 2012, p. 9).

Mesmo após o julgamento da ADPF nº 186-2 – na qual o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade também dos mecanismos de aferição da veracidade da autodeclaração racial, desde que não violassem a dignidade dos candidatos –, a doutrina, a jurisprudência e os próprios movimentos sociais vinham divergindo quanto à forma de reconhecimento das condições étnico-raciais para o acesso às cotas raciais. De um lado, defendia-se a suficiência da autodeclaração racial – enquanto mecanismo associado à identidade e pertença racial do indivíduo –, de outro, argumentava-se que a autodeclaração não era absoluta, devendo ser validada por métodos de heteroatribuição. Algumas decisões posteriores ao julgado da ADPF nº 186-2 demonstram tal oscilação.

Em mandado de segurança, julgado em 17 de maio de 2012, a impetrante requereu a validação/reconhecimento da sua autodeclaração racial e consequente realização de sua

matrícula no curso de Engenharia Civil, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pelo sistema de cotas. A candidata alegou que foi aprovada em 5º lugar dentre os cotistas, no vestibular 2012, tendo optado pelo sistema de cotas e prestado a devida autodeclaração racial, nos termos da respectiva Resolução Normativa (nº 008/CUN/2007). Afirmou que, no entanto, a Comissão de Validação de Autodeclaração da UFSC indeferiu sua autodeclaração – e, por conseguinte, sua matrícula no curso –, sob o argumento de que “não houve demonstração do fenótipo ou histórico de que tenha sofrido discriminação por pertencer ao grupo racial negro”. Aduziu a impetrante que a única exigência era a pertença ao grupo racial negro, e não a vivência anterior de discriminação racial, e que para a conclusão sobre a validação da autodeclaração era indispensável a análise de documentos ou prova pericial para definição da ancestralidade do candidato. Por fim, alegou, ainda, que a mesma comissão validou a autodeclaração de sua irmã por parte de pai (branco) e mãe (negra) para ingresso no curso de Odontologia da mesma instituição, pelo sistema de cotas. Em sua sentença, o Juízo *a quo* reiterou posicionamentos anteriores acerca da inconstitucionalidade das ações afirmativas da UFSC, por desrespeito à meritocracia e “pela desproporcionalidade e irrazoabilidade do fator de *discrimen* baseado na raça, conceito fluido, impreciso e sem nenhum rigor científico”. Nada obstante, mencionando a decisão do STF na ADPF nº 186-2, o magistrado afirmou estar ultrapassada a questão da constitucionalidade das ações afirmativas baseadas em critérios étnico-raciais, sejam estes aferidos mediante autoidentificação ou heteroidentificação. Reconhecendo que a impetrante se situa no “limiar da classificação de negro, suficiente para suscitar dúvida”, argumentou-se na sentença que a decisão da comissão não pode ser considerada soberana e, portanto, imune ao controle jurisdicional, já que não se trata de exercício de competência discricionária. Na sequência, pontuou o magistrado ser indispensável, no caso concreto, a dilação probatória, para colheita de dados que permitissem a adoção de critérios medianamente seguros de aferição de traços fenotípicos característicos da raça negra, até mesmo pelo método de exclusão, segundo o qual apenas poderia ser dito não negro o indivíduo sem nenhum traço característico. Diante da inexistência de prova pré-constituída dos fatos que viabilizassem a configuração de direito líquido e certo, o mandado de segurança foi extinto sem julgamento do mérito. A impetrante apelou da decisão de primeiro grau, postulando sua reforma, sob o argumento de que a comissão de verificação não fundamentou o indeferimento da autodeclaração racial da candidata. A 4ª Turma do TRF da 4ª Região entendeu que a decisão administrativa proferida pela comissão de verificação carecia de fundamentação, pois se limitou a afirmar a não validação da autodeclaração por não ter verificado, com base nos documentos apresentados, o atendimento ao edital, no que se refere ao programa de ações afirmativas. Concluiu o Tribunal que, embora

não se conteste a existência da comissão, os critérios utilizados pela mesma devem constar no edital e, de modo expresso, na fundamentação de sua decisão, o que, não tendo ocorrido no caso concreto, dá margem a suspeita de discriminação. Afirmou-se, ainda, que “a negação do reconhecimento da discriminação a grupos mestiços atenta contra a sua própria identidade enquanto grupo”, pelo que os pardos, ainda que tenham menos traços associados ao grupo racial negro, também são vítimas de potenciais discriminações. Dessa maneira, foi dado provimento ao apelo da candidata²⁰¹¹.

Em outra demanda judicial, desclassificado pela Subcomissão de Verificação da Afrodescendência, no concurso da Polícia Militar do Paraná (Edital nº 061/2009), um candidato impetrou mandado de segurança em face do Estado do Paraná, tendo o Juízo *a quo* indeferido o pleito, sob o fundamento de ausência de demonstração razoável de ilegalidade perpetrada pela comissão. Afirmou o magistrado que ser afrodescendente, à míngua de definições legais, não se resume a mero exame médico, devendo a questão se sustentar também em outras premissas de caráter cultural, social e biológico, dentre outras. O candidato, então, apelou ao Tribunal de Justiça, perante o qual sustentou, em síntese, a legalidade da prova consistente em laudo médico de dermatologista como comprovação da sua condição de afrodescendente. A Corte manteve a decisão de primeiro grau, estabelecendo, conforme precedentes, que não cabe ao Poder Judiciário questionar o mérito da decisão administrativa, mas apenas verificar a sua legalidade. A decisão considerou que o edital e a legislação pertinente (Lei nº 14.274/2003) estabelecem como critério as características fenotípicas, e não as origens familiares, para a confirmação da afrodescendência dos candidatos cotistas. Firmou-se que o atestado médico prescrito por dermatologista – cujo conteúdo consigna ser o paciente classificado como tipo IV (cor parda) – e unilateralmente apresentado pelo apelante não é idôneo para afastar a decisão da comissão. Desse modo, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto²⁰¹².

²⁰¹¹ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. COTAS RACIAIS. ALUNO AUTODECLARADO AFRO-BRASILEIRO. IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA UNIVERSIDADE. A avaliação do candidato por uma comissão, mesmo que prevista no edital, merece fundamentação, eis que referido Edital adota a autodeclaração como técnica de identificação racial, exigindo-se do candidato tão-somente a condição de afrodescendente.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003881-59.2012.404.7200/SC. TRF4 – 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do julgamento: 08/10/2013).

²⁰¹² “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ. EDITAL Nº 061/2009. COTA RACIAL. CANDIDATO SUBMETIDO A SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA. PREVISÃO NO ITEM 4.5 DO EDITAL. CANDIDATO DESCLASSIFICADO, POR NÃO APRESENTAR AS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 4º DA LEI Nº 14.273/2003. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO IMISCUIR-SE NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ATESTADO APRESENTADO POR MÉDICO DERMATOLOGISTA. PROVA INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.” (TJ-PR 9179826 PR 9179826 PR (Acórdão). Relator: Guido Döbeli. Data de Julgamento 27/11/2012. 4ª Câmara Cível).

Em outra situação envolvendo a Universidade Federal de Santa Maria, o Tribunal Regional da 4ª Região se pronunciou, em agosto de 2013, pela prevalência da autodeclaração racial, nos termos do artigo 1º, inciso IV, do Estatuto da Igualdade Racial, que considera população negra “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”. De acordo com a decisão do Tribunal, não é lícito a uma comissão universitária excluir candidato do concurso vestibular ou cancelar sua matrícula por não o considerar como pertencente ao grupo racial negro²⁰¹³.

Em decisão sobre remessa oficial em mandado de segurança, datada de 07 de julho de 2014, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região firmou o entendimento de que a exclusão de candidato negro do sistema de cotas deve se basear objetivamente nas suas características fenotípicas, independentemente das declarações prestadas por este na entrevista perante a comissão de verificação²⁰¹⁴.

Argumentos semelhantes fundamentaram a decisão da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferida em 28 de julho de 2014, que considerou ilegal a conclusão da comissão de verificação quando pautada em critérios subjetivos e não no fenótipo do candidato. Para a Corte, não há ilegalidade na realização de entrevista para aferição da veracidade da autodeclaração, desde que a Comissão se baseie objetivamente nas características fenotípicas do candidato, na sua condição de afrodescendente, e não na vivência anterior de

²⁰¹³ TRF4 - AC 5002419-41.2010.404.7102. 4ª Turma. Relatora p/ Acórdão: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do julgamento: 14/08/2013.

²⁰¹⁴ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. COTAS RACIAIS. EXCLUSÃO DE CANDIDATO COM APOIO EM FUNDAMENTO DIVERSO DO FENÓTIPO. IMPOSSIBILIDADE. APROVAÇÃO NOUTRA IES PELO PROUNI. NÃO OBSTACULARIZAÇÃO DA MATRÍCULA NA UFMA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. I - A exclusão de aluno do sistema de cotas para negros deve se basear objetivamente em caracteres de seu fenótipo. Nesse contexto, é desarrazoado o afastamento do Impetrante da política de inclusão ao argumento de que o candidato em entrevista declarou que o fator étnico-social não obstacularia o seu crescimento na esfera social, acadêmica ou de outra natureza. Nas palavras do parquet de primeira instância "o sentimento de autoconfiança, obviamente não constitui um elemento científico válido para a apuração das características raciais individuais." (fls. 59/60). II - Outrossim, a mera aprovação em processo seletivo vestibular para ingresso em outra instituição não implica a negativa de matrícula na categoria Escola Pública/Negro, o que somente ocorreria na hipótese de o candidato já ter concluído ou estar frequentando outro curso universitário (item 22, b). III - "Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, há muito já sedimentaram o entendimento de que não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o Colegiado estadual, ao fundamentar o decisor, reporta-se à sentença condenatória, ou mesmo ao parecer do Ministério Público, valendo-se da denominada fundamentação *per relationem*." (STJ, HC 242.995/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014). IV - Noutra parte, deferida a medida liminar em 02 de março de 2010 (fl. 41), confirmada por sentença, constata-se que, presumivelmente, o Impetrante já cursou mais da metade da graduação, conjectura cuja desconstituição não se recomenda, aplicável ao caso a teoria do fato consumado, por conseguinte. V - Remessa oficial não provida.” (TRF-1 - REOMS: 75100820104013700. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN. Data de Julgamento: 07/07/2014. 6ª TURMA. Data de Publicação: 22/07/2014).

situações que possam caracterizar racismo. Desse modo, o Tribunal decidiu pelo provimento parcial da apelação para determinar a realização de nova entrevista para aferição da raça, a partir de critérios objetivos²⁰¹⁵.

Em relação à motivação das decisões e aos critérios a serem observados quando da heteroatribuição racial, mencione-se, ainda, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que evidenciou a necessidade de indicação pela comissão de verificação das características físicas que afastariam o autor da condição de negro²⁰¹⁶.

Em julgamento de apelação, datado de 26 de novembro de 2014, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reafirmou a necessidade de fundamentação do ato administrativo emanado da Comissão de Verificação da Autodeclaração Racial da Fundação

²⁰¹⁵ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INGRESSO NA UNIVERSIDADE. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. ENTREVISTA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FENÓTIPO NEGRO OU PARDO. NÃO COMPROVAÇÃO. I - A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo. (...) Considero que o fato de alguém 'se sentir' ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa. (STF - ARE: 729611 RS, Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 02/09/2013. Data de Publicação: DJe-176; divulgação 06/09/2013; publicação 09/09/2013). II - O presente caso é ainda mais gritante porquanto do ato administrativo colacionado como manifestação da banca acerca da exclusão da candidata do sistema de cotas raciais não se extrai qualquer fundamentação. Há apenas a reprodução das perguntas e das respostas da autora, e uma marcação da banca atestando o indeferimento do pleito. Na mesma linha, a resposta ao recurso administrativo foi, deveras, generalista. III - Por outro lado, nada obstante se reconheça a ausência de fundamentação para a exclusão da candidata no ato de entrevista, a apelante não se desincumbiu, nesta demanda judicial, da comprovação de seu fenótipo negro ou pardo, fator que a impede, por ora, de concorrer pelo sistema de cotas raciais. IV - Apelação Parcialmente provida. Determinação de realização de nova entrevista para aferição da raça negra ou parda a partir de critérios objetivos. Sucumbência recíproca. Suspensão da exigibilidade da cobrança para a autora, já que beneficiária da gratuidade de justiça.” (TRF-1 - AC: 122238720094013400, Relator: JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH, Data de Julgamento: 28/07/2014. 6ª TURMA. Data de Publicação: 08/08/2014). No mesmo sentido: TRF-1 - AC: 00041040820124013700 e 00041040820124013700. Relator Desembargador Federal Néviton Guedes. Data de Julgamento: 22/06/2016. 5ª Turma. Data de Publicação: 30/08/2016 e-DJF1.

²⁰¹⁶ “EMENTA: AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. UFSC. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. DEFINIÇÃO DE AFRODESCENDENTE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PREFIXADOS. Do mesmo modo, o parecer da Comissão é omissivo quanto às características físicas que estariam a afastar o Autor da condição de afro-brasileiro; circunstância, aliás, que deveria ter sido investigada de uma forma mais técnica e não apenas através de uma entrevista.” O recurso busca fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 2º, 5º, XXXV, LIV e LV; 37 e 207, todos da Constituição. A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob os seguintes fundamentos: (i) incide, na espécie, a Súmula 279/STF; e (ii) eventual ofensa à Constituição seria meramente reflexa. O recurso extraordinário não deve ser provido, tendo em conta que as disposições do acórdão recorrido estão alinhadas com a jurisprudência desta Corte no sentido de que não viola o princípio da separação dos Poderes o exame, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Nesse sentido, veja-se trecho da ementa do RE 629.574-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski: “[...] III - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido.” (TRT4 - Agravo de Instrumento Nº 5005796-15.2012.4.04.0000. 3ª Turma. Relatora: Maria Inge Barth Tessler. Data do julgamento: 23/05/2012).

Universidade de Brasília. Para a Corte, independentemente dos critérios de identificação racial adotados pela universidade, com fulcro no artigo 50 da Lei nº 9.784, de 1999, “o ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve ser motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que conduzem ao indeferimento do pleito”.

Em mandado de segurança, com pedido de liminar, uma candidata que concorreu pelo sistema de cotas pleiteou sua matrícula no curso de Medicina da Universidade Federal de Santa Maria, para o qual havia sido aprovada no concurso vestibular 2015. A impetrante alegou que, embora tenha se autodeclarado parda, teve sua matrícula indeferida pela Comissão de Implementação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas, sob o fundamento de não possuir características condizentes com a condição autodeclarada. Sustentando a prevalência da autodeclaração racial, aduziu o magistrado que, como parte do núcleo duro da dignidade da pessoa humana, é proibido ao Estado “selecionar, dividir ou classificar os cidadãos em raça, cor ou etnia para o gozo ou a vedação de direitos públicos ou privados”. Sob essa ótica, foi deferido o pedido de liminar para determinar que as autoridades coatoras acolhessem a autodeclaração da candidata e efetuassem sua matrícula. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se posicionou no sentido de que, embora legítimo o critério da autoidentificação racial, pode a Administração Pública lançar mão de mecanismos de controle, necessários para assegurar o rigoroso atendimento dos objetivos da ação afirmativa. Desse modo, o acórdão estabeleceu que a superação da presunção de legitimidade do ato administrativo depende de prova em contrário. Não tendo as provas juntadas pela impetrante capacidade de demonstrar a identidade racial desta, e diante da impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, o processo foi julgado extinto sem exame do mérito²⁰¹⁷.

O mesmo Tribunal reiterou esse posicionamento em outros julgados estabelecendo a prevalência das decisões das comissões de verificação da autodeclaração racial²⁰¹⁸.

²⁰¹⁷ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS. FORMA DE AVERIGUAÇÃO. As decisões da Comissão de Autodeclaração Étnico-Racial da Universidade, no exercício de sua legítima função regimental, possuem presunção de legitimidade, o que somente pode ser atingida com prova em contrário. As provas juntadas no mandado de segurança - as mesmas constantes do processo administrativo - de fato não são suficientes para demonstrar a identidade racial da impetrante.” (TRF-4 - AC: 50009239820154047102 RS 5000923-98.2015.404.7102. Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE. Data de Julgamento: 08/07/2015. 4ª TURMA).

²⁰¹⁸ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AÇÃO AFIRMATIVA. COTA RACIAL. UFPR. AUTODECLARAÇÃO. PREVALÊNCIA DA CONCLUSÃO DA COMISSÃO PRÓPRIA. O edital, lei do concurso, previu que o enquadramento nas cotas raciais dependeria da verificação das características fenotípicas do candidato. Tal análise é pautada por entrevista e observação de fenótipo do candidato. O método adotado pela Universidade para distinção dos cotistas não delega ao aluno a prerrogativa inquebrantável para, juiz de si mesmo,

No bojo do processo nº 0008535-95.2015.4.02.0000 (Tribunal Regional Federal da 2ª Região), foi proferida decisão monocrática, datada de 21 de agosto de 2015, referente ao concurso para provimento de cargos de Agente da Polícia Federal (Edital nº 08/2015 DPG/DPF). O referido certame adotou análise fotográfica das características fenotípicas dos cotistas, além de questionário de perfil do candidato. Foi ajuizada ação coletiva pelo Ministério Público Federal, requerendo convocação de todos os candidatos cotistas para verificação fenotípica presencial, bem como a anulação do questionário, o que foi deferido pelo Juízo²⁰¹⁹.

Nessa mesma linha, o Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, no curso de processo seletivo para preenchimento de vagas em seus próprios quadros, atendendo à recomendação formulada pelo Ministério Público Federal, anulou o procedimento de verificação mediante fotografia e entrevista, e determinou que se fizesse nova verificação, mediante entrevista pessoal dos candidatos autodeclarados negros. Assim, foi publicado o Edital nº 12, de 29 de abril de 2016, que anulou a homologação do resultado final e convocou os candidatos cotistas para verificação presencial de suas características fenotípicas.

O concurso público 02/2015 da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) foi alvo de questionamento judicial, por parte de uma candidata que pretendia concorrer pelo sistema de cotas raciais. O Juízo *a quo* entendeu que a fundamentação do indeferimento era precária e não declinava de forma clara e minuciosa fatores objetivos para afastar a autodeclaração racial, que goza de presunção de legitimidade. Da decisão que julgou

decidir, com foros de definitividade e sem qualquer juízo posterior, sobre o seu próprio enquadramento na reserva de cotas - e nem poderia fazê-lo - sob pena de, aí sim, ser necessária intervenção judicial para corrigir a violação dos princípios norteadores do sistema de inclusão. Não há motivos para que sejam desconsideradas as conclusões da comissão própria, que está diante do conjunto de candidatos incluídos na cota e pode, comparativamente, aquilatar quem compõe o universo de preteridos sociais que necessitam da ação afirmativa. Apelação a que se dá provimento, para julgar improcedente a ação, com a inversão da sucumbência.” (TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 50027950820114047000 PR 5002795-08.2011.404.7000. Data do Julgamento: 18/08/2015). No mesmo sentido: TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 50058724420154047110 RS 5005872-44.2015.404.7110. Data do julgamento: 06/07/2016.

²⁰¹⁹“(…) É de meridiana clareza que, dependendo de uma série de condições, como o tipo de máquina fotográfica, a iluminação, o uso de flashes etc., o resultado da fotografia pode ser bastante diferente. Além disso, as fotografias a serem analisadas não foram obtidas a partir de máquina fotográfica e ambiente da própria Administração Pública, o que poderia garantir uma maior uniformidade no resultado fotográfico. Entretanto, o Edital nº 8/2015–DGP/DPF, inadequadamente, deixou a cargo de cada candidato a obtenção e envio da foto. Ademais, a leitura do Edital nº 8/2015–DGP/DPF demonstra que não foram apresentados os critérios utilizados pela banca para verificação da condição de negro. Não se sabe se o critério utilizado pela banca foi a cor da pele e sua tonalidade, a ancestralidade, os traços faciais etc., o que dificulta o conhecimento das condições efetivamente consideradas para eliminação de candidatos às vagas reservadas. No mínimo, diante da novidade instaurada no curso do processo seletivo sem previsão de critérios em lei ou mesmo no edital de abertura do certame, dever-se-ia garantir aos candidatos o direito à entrevista pessoal (e não mera análise de fotografia tirada pelo candidato), bem como ao contraditório e ampla defesa, com decisão final motivada em que se estabeleçam os critérios que foram usados para a eliminação ou aceitação de cada candidato, promovendo-se o devido processo legal administrativo, como o exige a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) e o próprio artigo 2º, parágrafo único da Lei 12.990/2014 (...).” (TRF1 – Agravo de Instrumento nº 2015.00.00.008535-8, Des. Fed. Marcus Abraham, decisão monocrática proferida em 21.08.2015, p. 5).

parcialmente procedente o pedido, houve recurso por parte da EBSERH, no qual se alegou que a análise realizada pela comissão de verificação da autodeclaração racial baseava-se em características fenotípicas de indivíduos e grupos sociais “cujos traços ensejam práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil”. Nessa linha de entendimento, as vagas, segundo a recorrente, seriam reservadas aos candidatos negros, cujo fenótipo é motivo de marginalização, devendo a comissão observar a existência de caracteres físicos e visíveis próprios dos afrodescendentes. Argumentou-se, ainda, que o procedimento de heteroidentificação adotado pela banca examinadora estaria de acordo com a legislação de referência e com o posicionamento do STF na ADPF nº 186-2, vez que o julgamento pela comissão se baseia no fenótipo e não na ascendência. No entanto, por ocasião do julgamento, entendeu o Tribunal que a exigência de fundamentação por parte da comissão não foi devidamente atendida. Ademais, salientou-se que o controle para evitar fraudes ao sistema de cotas não torna legítima “a simples avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo ou aparência do candidato, sendo imprescindível uma análise de seu histórico familiar e pessoal”. Nesse sentido, foi confirmada a sentença de primeiro grau pelo Tribunal, que negou provimento ao apelo²⁰²⁰.

²⁰²⁰ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IRREGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PRECÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Não há ilegalidade na adoção de critério misto ou complexo para aferição da condição de 'candidato afro-brasileiro negro', já que o método encontrado pela Universidade para distinção dos cotistas não delega ao aluno a prerrogativa inquebrantável de, juiz de si mesmo, decidir, com foros de definitividade e sem qualquer juízo posterior, sobre o seu próprio enquadramento na reserva de cotas (AI n.º 5013014-94.2012.404.0000. 4ª Turma. Julgado em 05/12/2012; AC n.º 0002572-96.2009.404.7102. 3ª Turma. D.E. 22/09/2011; AG n.º 5010581-15.2015.404.0000. 3ª Turma. Julgado em 25/03/2015). 2. Em contrapartida, nada impede que se questione a avaliação procedida pela comissão avaliadora, quando equivocada ou ausente fundamentação razoável. Daí a exigência de fundamentação no parecer da comissão, com lastro em elementos de prova consistentes. Conforme já atentado pela Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, a necessidade de a entidade realizar algum tipo de controle para coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais não torna, por si só, legítima a simples avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo ou aparência do candidato, sendo imprescindível uma análise de seu histórico familiar e pessoal e também cultural e ancestral. Caso contrário, a decisão da comissão pode beirar a arbitrariedade. 3. As fotos que instruem a inicial (evento 1 - INIC1, OUT18, FOTO9, evento 11 - FOTO4 e FOTO5 da ação originária) indicam, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que ela pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que é corroborado pelos traços aparentes de sua mãe (evento 1 - OUT17). Como observou o juiz, a autora, embora parda, comprovou que a mãe (Ambosina Duarte Balhego é negra conforme as fotos juntadas no evento 1, INIC1 e evento 1, OUT7 e evento 1, RG5, de modo que milita em seu favor o critério de ancestralidade”. (TRF-4 - AC: 50046833120154047110 RS 5004683-31.2015.404.7110. Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER. Data de Julgamento: 17/02/2016. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 19/02/2016). No mesmo sentido: TRF-4 - AC: 50062413820154047110 RS 5006241-38.2015.404.7110. Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER. Data de Julgamento: 17/05/2016. 3ª TURMA; TRF-4 - AC: 50054039520154047110 RS 5005403-95.2015.404.7110. Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE. Data de Julgamento: 05/10/2016. 4ª TURMA e TRF-4 - AC: 50049162820154047110 RS 5004916-28.2015.404.7110. Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE. Data de Julgamento: 16/11/2016. 4ª TURMA.

A partir da análise das decisões apresentadas, vê-se que, com raras exceções, paulatinamente, a jurisprudência foi se firmando no sentido de reconhecer a legitimidade das

²⁰²¹ “EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO (EDITAL Nº 55/2014-DGP/DPF). AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. AUTODECLARAÇÃO. NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDIÇÃO AUTODECLARADA "PARDA". PERMANÊNCIA DA CANDIDATA NAS VAGAS DE LIVRE CONCORRÊNCIA. ARTIGO 3º DA LEI Nº 12.990/14. 1. Agravo de Instrumento manejado em face da decisão interlocutória que, nos autos da Ação ordinária nº 0804990-20.2015.4.05.8400, deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela, para determinar que os demandados mantenham a autora no concurso para Agente da Polícia Federal, concorrendo às vagas reservadas aos candidatos autodeclarados negros, garantindo-lhe em consequência, a participação nas fases subsequentes do processo seletivo. 2. Extrai-se do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 12.990/2014 que às vagas do sistema de cotas raciais serão destinadas aqueles candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso. Na constatação de declaração falsa, contudo, o candidato poderá ser eliminado antes ou depois de sua nomeação, o que demonstra possível e legítima a etapa do procedimento administrativo para verificação da condição autodeclarada pelo candidato. 3. Na hipótese, a agravada se inscreveu para concorrer ao cargo de Agente de Polícia Federal (Edital nº 55/2014-DGP/DPF), na vaga de cotas destinadas a candidatos negros/pardos, de que trata a Lei nº 12.990/2014, tendo-se autodeclarada "parda". Classificada na primeira etapa do concurso, a candidata foi convocada para o procedimento administrativo para comprovar a condição autodeclarada. Tendo a Banca Examinadora a excluído do sistema de cotas raciais, sob a seguinte fundamentação: "As características fenotípicas não atendem às exigências do edital". 4. Não obstante a legislação tenha conferido à Administração o direito de apuração das autodeclarações, de maneira a evitar possíveis pretensões indevidas, estabeleceu como parâmetro, para aferição da cor ou raça dos candidatos o conceito utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o qual possui a seguinte orientação quanto a este tema: Cor ou Raça - característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena. 5. A decisão da Banca examinadora não se mostra, *a priori*, manifestamente ilegal, considerando o conjunto dos elementos fenotípicos (tom de pele, textura dos cabelos e traços fisionômicos) observados na fotografia da candidata, juntada aos autos, mas considerando a iminência de convocação dos candidatos aprovados para o Curso de Formação, fase seguinte do Concurso, é o caso de manter a decisão agravada garantindo a participação da agravada nas fases seguintes do processo seletivo, porém sem assegurá-la a nomeação, pelo menos até o julgamento final da Ação Ordinária. 6. Agravo de instrumento e agravo inominado parcialmente providos.” (TRF-5 – AG: 08048471120154050000. Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto. Data de Julgamento: 31/03/2016. 4ª Turma).

²⁰²² “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO. COTAS RACIAIS. AUTODECLARAÇÃO. FORMA DE AVERIGUAÇÃO. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. 1) As decisões da Comissão Avaliadora do concurso, no exercício de avaliação da autora por meio de fotos, concluiu que a candidata não se enquadra nas condições de pessoa preta ou parda, nos termos da Lei nº 12.990/2014, por não apresentar fenótipos característicos, tais como: cor da pele e formato dos lábios. 2) A autodeclaração não é, em toda e qualquer hipótese, bastante para provar a identidade racial para fins de acesso às cotas raciais, nem absolutamente insuscetível de questionamento pela Administração. 3) Há precedente do STF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF) que concluiu ser legítima a instituição de comissão de controle, responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato e avaliar a presença das características fenotípicas exigidas pelo edital, atribuição exercida pela comissão no caso dos autos, não havendo, portanto, razão para alterar o entendimento adotado pela comissão.” (TRF-4 - AG: 5027579-58.2015.404.0000, Relator: CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR. Data de Julgamento: 27/04/2016. 4ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 28/04/2016).

²⁰²³ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. VAGAS DESTINADAS QUOTAS RACIAS. LEI 12.990/14. Considerando o precedente do STF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF) que conclui ser legítima a instituição de uma comissão de controle que, opondo-se a autodeclaração do candidato, negue seu enquadramento na condição de negro (preto ou pardo), toda vez que concluir pela ausência das características fenotípicas exigidas para tanto, mantém-se a decisão agravada.” (TRF4. AG 5027153-46.2015.404.0000. 4ª Turma. Relator p/ Acórdão: Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Juntado aos autos em 21/10/2015).

²⁰²⁴ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. COTA RACIAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTIDOS NO EDITAL DO CONCURSO. LEGITIMIDADE DA DECISÃO DA COMISSÃO DE VALIDAÇÃO DE AUTODECLARAÇÃO. AUTODECLARAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. 1. O Edital é claro ao adotar o fenótipo - e não o genótipo - para a análise do grupo racial. Portanto, não se pode falar em arbitrariedade na decisão da Comissão de Validação de Autodeclaração, que, seguindo os termos estritos dos dispositivos mencionados, procedeu à verificação dos aspectos de identificação

Em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado e com a atuação fiscalizatória do Ministério Público, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão expediu a Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016²⁰²⁸, determinando que, para fins

com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos. 2. A autodeclaração não é critério absoluto, sob pena de se subverterem os objetivos da lei de privilegiar a inclusão das pessoas menos favorecidas sejam por questões sociais ou econômicas ou por outro fator de discriminação.” (TRF4, AG 5038152-58.2015.404.0000. 3ª Turma. Relator p/ Acórdão: Fernando Quadros da Silva. Juntado aos autos em 29/01/2016).

²⁰²⁵ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO AFIRMATIVA. COTA RACIAL. AUTODECLARAÇÃO. PREVALÊNCIA DA CONCLUSÃO DA COMISSÃO PRÓPRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. O edital - lei do concurso - previu que o enquadramento nas cotas raciais dependeria da verificação das características fenotípicas do candidato. Tal análise é pautada por entrevista e observação de fenótipo. Não há motivo para desconsiderar as conclusões da comissão própria, que está diante do conjunto de candidatos incluídos na cota e pode, comparativamente, aquilatar quem compõe o universo de preteridos sociais que necessitam da ação afirmativa. Apelação a que se nega provimento.” (TRF-4 – AC: 5005257-84.2015.404.7003 PR. Data do julgamento: 22/06/2016). No mesmo sentido: TRF-4 – AC: 5005872-44.2015.404.7110 RS. Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Data de Julgamento: 06/07/2016. 4ª Turma).

²⁰²⁶ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. REGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. 1. O Edital é claro ao adotar o fenótipo - e não o genótipo - para a análise do grupo racial. Portanto, não se pode falar em arbitrariedade na decisão da Comissão de Validação de Autodeclaração, que, seguindo os termos estritos dos dispositivos mencionados, procede à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos. 2. A autodeclaração não é critério absoluto, sob pena de se subverterem os objetivos da lei de privilegiar a inclusão das pessoas menos favorecidas sejam por questões sociais ou econômicas ou por outro fator de discriminação.” (TRF-4 - AC: 50046564820154047110 RS 5004656-48.2015.404.7110, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 27/09/2016. 3ª TURMA).

²⁰²⁷ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. 1. A autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, evitando, assim, que se transforme em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger. 2. A autodeclaração pode ser avaliada por comissão designada pelo Poder Público para tal fim. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial. 3. Tendo a Comissão Avaliadora, no exercício de sua legítima função regimental, afastado o conteúdo da autodeclaração, o acolhimento da pretensão da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode se elidida mediante prova em contrário, que, no caso, não se fez presente na sede mandamental.” (TRF-4 - AC: 50094007320164047200 SC 5009400-73.2016.404.7200, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 08/03/2017, 4ª TURMA). No mesmo sentido: (TRF-4 - AC: 50047604020154047110 RS 5004760-40.2015.404.7110, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 05/04/2017, 4ª TURMA).

²⁰²⁸ “Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DE PESSOAS E RELAÇÕES DO TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 25 do Decreto nº 8.818, de 21 de julho de 2016, tendo em vista o disposto na Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, e considerando a necessidade de orientação aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, resolve:

Artigo 1º - Estabelecer orientação para aferição da veracidade da informação prestada por candidatos negros, que se declararem pretos ou pardos, para fins do disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.990, de 2014.

de verificação da autodeclaração racial, devem ser observadas exclusivamente as características fenotípicas dos candidatos autodeclarados negros, com a presença obrigatória destes perante comissões. A mesma Orientação Normativa estabeleceu que os concursos públicos federais em curso que não previssessem tais medidas deveriam ter seus editais retificados. A partir do referido documento, todos os concursos públicos federais passaram a instituir comissões de verificação da autodeclaração racial. Em 6 de abril de 2018, foi publicada a Portaria Normativa nº 4²⁰²⁹ do mesmo Ministério, que regulamentou o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 2014 e revogou taxativamente a Orientação Normativa SEGRT/MT nº 3, de 1º de agosto de 2016.

A problemática da fiscalização do sistema de cotas raciais – na perspectiva do direito à proteção da promoção da igualdade racial – tem sido colocada também a partir da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e da atuação do Ministério Público, a exemplo do Estado da Bahia.

A Lei nº 13.182, de 06 de junho de 2014, que institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia, estabelece no seu artigo 49 “a reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual, correspondente, no mínimo, a 30% (trinta por cento) das vagas a serem providas”.

Artigo 2º - Nos editais de concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União deverão ser abordados os seguintes aspectos:

I - especificar que as informações prestadas no momento da inscrição são de inteira responsabilidade do candidato;

II - prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim, com competência deliberativa;

III - informar em que momento, obrigatoriamente antes da homologação do resultado final do concurso público, se dará a verificação da veracidade da autodeclaração; e

IV - prever a possibilidade de recurso para candidatos não considerados pretos ou pardos após decisão da comissão.

§ 1º - As formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato.

§ 2º - A comissão designada para a verificação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

§ 3º - Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Artigo 3º - Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa.

Artigo 4º - Esta Orientação Normativa entra em vigor a partir da data de sua publicação.

AUGUSTO AKIRA CHIBA.”

²⁰²⁹ Para uma análise da referida Portaria, ver Livia Maria Santana e Sant’Anna Vaz, *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*.

O referido dispositivo foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 15.353, de 07 de agosto de 2014, que, no seu artigo 3º, reza que “poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, sendo vedada qualquer solicitação por parte do candidato após a conclusão da inscrição”.

No âmbito municipal, em consonância com o Estatuto da Igualdade Racial estadual, o Decreto Legislativo nº 24.846, de 2014, do Município do Salvador, no seu artigo 1º, estabelece que “fica assegurado aos afrodescendentes 30% (trinta por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Município do Salvador”.

No que concerne mais especificamente à atuação do Ministério Público do Estado da Bahia, foi expedida e amplamente difundida pelo Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação (GEDHDIS/MP-BA), a Recomendação nº 02, de 14 de março de 2016²⁰³⁰, trazendo parâmetros para a verificação da autodeclaração racial nos editais de concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual e Municipal.

Com base nesse arcabouço normativo, caso emblemático se configurou a partir do Edital nº 01 PMS, de 18 de agosto de 2015, que publicizou a realização de concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro reserva no cargo de Procurador do Município (2ª classe) de Salvador, prevendo, em consonância com a legislação estadual e municipal pertinentes, a reserva de 30% das vagas para candidatos afrodescendentes²⁰³¹. Embora tenha o edital previsto explicitamente o critério fenotípico como fator de identificação racial e estabelecido sistema de verificação da autenticidade da autodeclaração²⁰³², optou-se pela validação a partir da análise de fotografias apresentadas pelos candidatos cotistas, além da

²⁰³⁰ A recomendação foi apresentada aos membros do Grupo de Enfrentamento ao Racismo, da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos, do Conselho Nacional do Ministério Público, e replicada em outros Ministérios Públicos estaduais. Destaca-se o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que replicou o documento para recomendar que o Tribunal de Justiça do DFT, no concurso para provimento de cargos de servidores, revogasse a homologação do resultado final, instituindo comissão de verificação da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado.

²⁰³¹ “5.2 Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá, no ato da inscrição, optar por concorrer às vagas reservadas aos afrodescendentes, preenchendo a autodeclaração de que é preto ou pardo, consoante definição estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).”

²⁰³² “5.5 Os candidatos que se autodeclararem afrodescendentes (pretos ou pardos), se não eliminados no concurso, serão convocados, por edital específico, após o resultado final na avaliação de títulos, para verificação da veracidade de sua declaração, que poderá ser realizada por meio de envio de foto ou de outros meios”.

aplicação de questionário²⁰³³. O questionário previsto na alínea “a” do item 5.3 do edital continha questões que, além de não contribuírem para a verificação das características fenotípicas dos candidatos autodeclarados negros, apresentavam caráter discriminatório, notadamente no que tange às relações sociais dos candidatos²⁰³⁴.

A partir do recebimento de representação de um dos candidatos, foi instaurado, no âmbito do GEDHDIS/MP-BA, procedimento preparatório para apurar irregularidades na fiscalização do sistema de cotas do concurso para o cargo de Procurador do Município de Salvador²⁰³⁵. No curso do procedimento, foi expedida a Recomendação nº 04/2016, indicando que fosse instituída uma comissão de verificação presencial da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado pela Procuradoria Geral do Município de Salvador. Após a realização das entrevistas presenciais, candidatos excluídos do certame pela Comissão de Verificação ajuizaram mandados de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia²⁰³⁶.

Após diversos adiamentos de sessões de julgamento – nas quais o movimento negro se fez presente na defesa da fiscalização das autodeclarações pelas comissões de verificação –, no dia 27 de abril de 2017, o primeiro caso foi julgado pela Corte. No referido *mandamus*, a impetrante suscitou a ilegalidade do ato administrativo que a excluiu do certame, asseverando que, além de ter se autodeclarado como parda, possui documento oficial que atesta tal condição. No voto do relator, pontuou-se que o escopo da verificação da autodeclaração é “evitar que qualquer pessoa utilize-se do sistema de cotas raciais, indistintamente, desvirtuando, desse modo, o espírito do Estatuto da Igualdade Racial”, notadamente o disposto no seu artigo 4º. Citando a ADPF nº 186-2 e precedentes de outros tribunais brasileiros, afirmou-se que a decisão da comissão de verificação mostrou-se evidentemente acertada, ao excluir a candidata do rol de cotistas. Entendeu o Tribunal, no entanto, ser desarrazoado o alijamento da impetrante do certame, tendo em vista que não se demonstrou sua má-fé em se autodeclarar parda, não se

²⁰³³ Nos termos do item 5.3 do Edital Convocatório nº 12/2016 PMS, de 15 de abril de 2016, “a avaliação da banca competente, designada para constatar a condição de candidato afrodescendente (preto ou pardo) considerará os seguintes aspectos: a) questionário completamente respondido, assinado e enviado pelo candidato; b) declaração completamente preenchida, assinada e enviada pelo candidato; c) fenótipo apresentado pelo candidato a partir da análise da fotografia enviada; d) informações existentes fornecidas ou não pelo próprio candidato, que auxiliem na análise da condição do candidato como pessoa afrodescendente (preto ou pardo)”.

²⁰³⁴ “Questionário sobre o perfil do candidato – Verificação da condição de candidato negro (preto ou pardo). (...) II – Informações Étnico-Raciais - 1 – Responda as perguntas a seguir (...) C – A maioria de seus amigos é de cor preta ou parda?; D – Você namora ou já namorou uma pessoa da cor preta ou parda; E – a maioria de seus ídolos é de cor preta ou parda? (...) III – Informações Parentais (...) 2 – Qual a religião de seus pais/responsáveis? (...)”

²⁰³⁵ O procedimento foi instaurado e presidido pela autora desta tese, que expediu a Recomendação nº 04, de 2016, à Procuradoria Geral do Município de Salvador.

²⁰³⁶ Mandados de segurança nº 0011106-85.2016.8.05.0000; nº 0012615-51.2016.8.05.0001; nº 0012646-71.2016.8.05.0000; nº 0013029-49.2016.8.05.0000; nº 0013018-20.2016.8.05.0000; nº 0015114-08.2016.8.05.0000; nº 0014750-36.2016.8.05.0000.

podendo presumir a conduta maliciosa. Nesse sentido, a Corte, por maioria de votos, concedeu parcialmente a segurança para garantir a manutenção da candidata no certame, figurando, entretanto, na lista da ampla concorrência, “à míngua de dolo na autodeclaração firmada no ato da inscrição”²⁰³⁷.

²⁰³⁷ “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL, NECESSIDADE DE FORMAÇÃO LITISCONSORCIAL EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CANDIDATOS E A ENTIDADE EXECUTORA DO TORNEIO, AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADAS. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. IMPETRANTE AUTODECLARADA PARDA. AFIRMAÇÃO ELIDIDA PELA BANCA EXAMINADORA. CONDIÇÃO DE AFRODESCENDENTE (PRETO OU PARDO) NÃO AFERIDA. EXCLUSÃO DA IMPETRANTE DO ROL DE COTISTAS DO CERTAME. SUBSISTÊNCIA GARANTIDA, TODAVIA, A MANUTENÇÃO DO SEU NOME NA LISTA GERAL. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Inconsistente a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Prefeito, considerando que o pedido mediato formulado no *writ* é de nomeação da impetrante no cargo de Procuradora do Município 2ª classe, e esta atribuição é do Chefe do Poder Executivo, revela-se inquestionável sua competência para figurar na lide, a teor do disposto no artigo 7º da Lei Complementar Municipal nº 1/1991. 2. A preambular de ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários não pode prosperar, visto que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que inexistente comunhão de interesses entre os candidatos aprovados em concurso público, de forma que é desnecessária a presença de todos eles no polo passivo do mandado de segurança. Outrossim, se mostra descabida a indicação no polo passivo da demanda do CEBRASPE Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos, mero executor do torneio, sendo certo que esta entidade não pratica atos decisórios que impliquem a manutenção ou exclusão de candidatos participantes do concurso público. 3. Também não merece guarida a proemial de ausência de interesse de agir, por suposta perda do objeto, dado que o ajuizamento do *mandamus*, após a impetrante já ter sido previamente convocada para a fase de verificação presencial do fenótipo dos candidatos autodeclarados afrodescendentes, não esvazia o objeto do mandado de segurança, cujo teor questiona a dita inexistência de critérios objetivos na verificação da cor dos aspirantes. 4. Da mesma forma, impõe-se o afastamento da preliminar de descabimento do *writ* por ausência de prova pré-constituída, pois os documentos que escoltam a peça de ingresso, assim como aqueles outros adunados pelas autoridades impetradas, se mostram suficientes para analisar a *vexata quaestio* trazida à baila, sendo desnecessária a realização de perícia no caso concreto, bastando, para dirimir a controvérsia vertida, a fiel interpretação da regra editalícia em cotejo com o ordenamento jurídico pátrio. 5. No caso em apreço, o ato impugnado consistiu na exclusão da impetrante do concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Procurador do Município 2ª classe, conforme edital nº 1/2015, de 18 de agosto de 2015, amparado na conclusão firmada pela banca examinadora de que não atende ao fenótipo, de acordo com o subitem 5.3, alínea "c", do edital convocatório nº 12/2016. 6. O escopo deste regramento é constatar, em fase posterior, se a assertiva lançada pelo candidato autodeclarando-se afrodescendente, no momento da inscrição, condiz com a verdade, justamente a fim de evitar que qualquer pessoa utilize-se do sistema de cotas raciais, indistintamente, desvirtuando, desse modo, o espírito do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010). 7. Cumpre frisar que o Ministério Público Estadual, por conduto da Recomendação nº 04/2016, aconselhou no tocante ao concurso em tela, dentre outras sugestões, que fosse instituída Comissão Especial de Verificação da Autodeclaração, que - a partir das características fenotípicas dos candidatos cotistas - decidisse, por maioria de seus membros, sobre a convalidação da autodeclaração étnico-racial, o que deveria ser feito por intermédio de entrevistas presenciais, abertas ao público, possibilitando, inclusive, o comparecimento dos demais concorrentes, cotistas ou não, o que foi de pronto atendido pela municipalidade, consoante se infere do Decreto publicado no Diário Oficial do Município do dia 03/06/2016. 8. Por esse motivo, foi publicado o edital convocatório complementar nº 19/2016 para averiguação presencial da autodeclaração, entrevista e entrega de documentos dos aprovados nas vagas reservadas aos que se declarassem afrodescendentes. 9. Bem por isso, a impetrante não pode figurar no rol de cotista, se mostrando acertada a sua exclusão deste elenco. Todavia, em que pese o disposto no item 5.5 do edital convocatório nº 12/2016, que, por sua vez, faz remissão ao subitem 5.2.3 do Edital nº 1/2015, ressaí desarrazoado seu alijamento do certame *sub oculis*, tendo em vista que não restou demonstrada má-fé da candidata quando autodeclarou-se parda, por ocasião da inscrição no torneio, não se presumindo a conduta maliciosa.” (TJ-BA – Mando de Segurança nº 0011106-85.2016.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano. Data do julgamento: 27/04/2017. Data da publicação: 17/05/2017). No mesmo sentido, TJ-BA – Mandado de Segurança nº 0013029-49.2016.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Mauricio Kertzman Szporer. Data do julgamento: 06/06/2017).

O Edital nº 01, de 2016, para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva para classe inicial da carreira de Defensor Público do Estado da Bahia também foi objeto de representação perante o GEDHDIS/MP-BA. O referido edital instituiu comissão de verificação presencial para aferição da autenticidade das autodeclarações dos candidatos cotistas. No entanto, no seu item 11.3 (Capítulo V), estabeleceu como critério de verificação a fenotipia do candidato(a) ou do(s) seu(s) ascendente(s) de primeiro grau, o que, dito de outro modo, resultava na aceitação, ainda que limitada, do critério da ascendência. Após expedição de recomendação – cujo principal objetivo era a adoção do critério exclusivamente fenotípico na verificação da veracidade das autodeclarações dos candidatos cotistas – foi ajuizada ação civil pública, no curso da qual foi firmado acordo judicialmente homologado. Após a homologação do acordo, foi publicada nota pela Defensoria Pública, ajustando os termos do edital para contemplar exclusivamente o critério fenotípico na verificação da autodeclaração.

O Supremo Tribunal Federal, no recente e já mencionado julgamento da ADC nº 41, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgou procedente o pedido, para declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 2014, oportunidade em que se fixou a legitimidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, além da autodeclaração, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

A partir da revisão jurisprudencial realizada neste estudo, verifica-se que a jurisprudência brasileira solidificou, gradativamente, entendimento segundo o qual é legítima a instituição de comissões de verificação da autenticidade das autodeclarações raciais, como mecanismo heterônimo de identificação racial dos candidatos cotistas para acesso às vagas reservadas para candidatos negros nas universidades e nos concursos públicos. Nada obstante – e apesar da uniformização de tal procedimento em âmbito federal –, a instituição de comissões de verificação ainda é medida pendente de regulamentação em diversos Estados e Municípios da Federação, o que tem propiciado distorções e encorajado fraudes ao sistema de cotas raciais.

Colocados os principais posicionamentos do sistema de justiça acerca da fiscalização das cotas raciais, impende, por oportuno, definir – a partir do estudo do regime jurisprudencial, mas também das premissas estabelecidas no presente trabalho – alguns parâmetros referentes à heteroatribuição para fins de definição dos beneficiários das cotas raciais no Brasil, dentre os quais: a) obrigação da Administração Pública de fiscalizar o sistema de cotas, para sua correta implementação; b) autodeclaração como critério *a priori* e de presunção relativa da condição de negro; c) características fenotípicas – e não a ascendência negra – como critério para definição da pertença racial; d) necessidade de instituição de

comissão de verificação da autodeclaração racial como mecanismo de aferição da autenticidade das autodeclarações; e) importância de se observarem a diversidade e a participação do movimento social negro na composição das comissões; f) necessidade de verificação presencial das características fenotípicas dos candidatos para fins de validação da autodeclaração racial; g) inidoneidade da aplicação de questionários ou de entrevistas sobre experiência de discriminação racial pretérita para fins de definição da pertença racial do candidato; h) desnecessidade de prova pericial para constatação da condição de negro; i) imprescindibilidade de motivação das decisões da comissão para afastar a presunção relativa de veracidade da autodeclaração racial; j) importância da tempestividade da verificação; k) importância da participação de membros locais na composição da comissão de verificação, haja vista a relevância do contexto sociorracial local.

Primeiramente, há que se salientar que a obrigação de fiscalização do sistema de cotas cabe à Administração Pública, mais especificamente ao ente público responsável pelo certame. Com efeito, se é a Administração Pública que institui as normas editalícias que estabelecem as condições a serem demonstradas pelos candidatos, a esta cabe a verificação do efetivo atendimento dessas exigências. Nessa linha de intelecção, quando acolhe as autodeclarações raciais – dotadas de relativa presunção de veracidade – sem qualquer mecanismo de fiscalização, a Administração Pública convalida, por ato administrativo, as informações prestadas, tornando-se também, ao menos mediatamente, responsável por seu conteúdo e seus efeitos. Assim, o ente público possui o dever/poder de fiscalização do sistema de cotas nos seus concursos públicos, impondo-se-lhe o estabelecimento nos editais de critérios objetivos para verificação da pertença étnico-racial declarada pelos candidatos cotistas. A omissão dos agentes públicos nessa seara, além de configurar até mesmo ato de improbidade administrativa por violação de princípio, caracteriza explícito desvio de finalidade, que ocorre nas hipóteses em que o ato administrativo – no caso, nomeação de servidores públicos – é praticado em descompasso com os objetivos estabelecidos pelo legislador, constituindo, assim, violação ideológica da lei. Nessa senda, não pode a Administração Pública condicionar sua atuação fiscalizatória à provocação de candidatos interessados ou de outros órgãos, mesmo porque, para fins de impugnação da autodeclaração racial é necessário o acesso à imagem dos candidatos inscritos pelas cotas, dados inicialmente acessíveis apenas ao ente público gestor do certame. Ademais, a *verificação condicionada* certamente causaria desigualdade entre candidatos, na medida em que – por ausência de informações públicas sobre as características fenotípicas de todos os inscritos pela lista de cotas –, aqueles que não tivessem suas autodeclarações impugnadas, ainda que falsas, ficariam imunes à fiscalização de autenticidade.

Dessa maneira, embora deva ser oportunizado aos demais candidatos, bem como aos órgãos de fiscalização, acesso a documentos que permitam a identificação física dos candidatos concorrentes pelo sistema de cotas, a verificação da autenticidade das autodeclarações deve se aplicar a todos os cotistas, independentemente de eventual impugnação por terceiros. Nada obstante, na ausência da devida fiscalização por parte da Administração Pública, caberá aos órgãos de controle das omissões administrativas a adoção das providências cabíveis. A partir desse primeiro parâmetro indicado, nota-se que, embora a jurisprudência brasileira tenha evoluído no sentido de considerar *legítima* a instituição de comissões de verificação da autodeclaração racial, não considerou a fiscalização do sistema de cotas raciais como uma obrigação da Administração Pública. Com efeito, tanto a ADPF nº 186-2 quanto a ADC nº 41 firmaram entendimento segundo o qual mecanismos subsidiários de heteroidentificação racial são *autorizados* no âmbito do sistema de cotas. Entretanto, defende-se neste estudo, e com base nos argumentos apresentados – não apenas a possibilidade, mas o dever, de fiscalização das autodeclarações raciais, tanto para o acesso às universidades públicas quanto para os concursos públicos. Nesse sentido foi o voto-vogal do ministro Edson Fachin que, na ADC em comento, acompanhou o voto do relator para julgar procedente o pedido e para “dar interpretação conforme a Constituição do artigo 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei 12.990, de 2014, para assentar a *necessidade* de estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais”. Em âmbito federal – diante da existência da já citada Orientação Normativa Federal nº 03, revogada pela Portaria nº 04, de 2018 –, a diferença entre a mera autorização e a afirmação da necessidade de mecanismos de fiscalização da autodeclaração racial pode não assumir tanta relevância. No entanto, ainda que a Lei nº 12.990, de 2014, não alcance os demais entes da federação, a afirmação, pela Corte Suprema, da necessidade de adoção de mecanismos de controle das fraudes certamente surtiria efeitos nos Estados e Municípios que, por legislação própria, adotem cotas raciais nos seus concursos públicos. Decerto que se a interpretação do STF não tivesse se limitado a evidenciar a mera possibilidade, mas reconhecido a efetiva obrigatoriedade de a Administração Pública fiscalizar o sistema de cotas raciais nos seus certames, os demais entes federativos seriam impelidos a fazê-lo, garantindo a efetividade e reais objetivos das ações afirmativas raciais.

Na sequência dos parâmetros indicados, a autodeclaração figura como critério, *a priori*, de identificação racial de um indivíduo, o que quer dizer que sem aquela, não há de se falar – para fins de benefício pelas cotas raciais – em mecanismos de heteroatribuição. Dito de outro modo, a autodeclaração é *conditio sine qua non* para a configuração da expectativa de direito de concorrência às vagas reservadas e, ao mesmo tempo, para a submissão do candidato

à verificação da condição racial autodeclarada. Apesar de sua importância histórica na construção identitária da população negra no Brasil, na atual conjuntura – em que é prestada, não mais num contexto desinteressado, mas para fins de aquisição de benefício legalmente reconhecido no acesso a direitos/bens escassos –, a autodeclaração racial goza de presunção relativa de veracidade. Nessa senda, deve ser considerada como o primeiro passo num sistema misto de atribuição de pertença racial, com posterior verificação de sua autenticidade. Impende salientar que, sendo a raça uma construção social, a identidade racial do indivíduo diz mais respeito à forma como ele é visto socialmente do que ao modo como ele se autodeclara. Por conseguinte, uma pessoa negra que se autodeclare branca não deixa de sofrer os efeitos da discriminação racial fincada em suas características físicas associadas ao grupo étnico-racial negro. Lado outro, do mesmo modo, uma pessoa branca que falsamente se autodeclare negra, não passa a ser vítima do racismo que obstaculiza o acesso aos direitos fundamentais. Nesse sentido, se o objetivo da política pública em comento é a inserção de pessoas negras a partir do incremento de sua representatividade em determinados espaços de poder, a autodeclaração deve ser complementada por mecanismos heterônomos de verificação, de modo a garantir o alcance dos fins almejados.

Já se evidenciou que, no Brasil, predomina o *preconceito racial de marca*, no qual os indivíduos são preteridos ou excluídos não em virtude de sua origem ou ascendência, mas por portarem os traços ou marcas fenotípicas do grupo étnico-racial a que pertencem. Sob essa perspectiva, a discriminação racial é praticada por meio de construções sociais que promovem a exclusão de pessoas, em razão de suas características fenotípicas associadas ao grupo étnico-racial negro, como a cor da pele, os traços faciais e a textura dos cabelos. Conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a grupo negros é formada por indivíduos de cor preta e parda, elemento que se refere à aparência dos indivíduos e não à sua configuração genética. Desse modo, as cotas raciais – como medidas de justiça distributiva voltadas para a neutralização de iniquidades ráticas persistentes na sociedade brasileira – devem ter aplicabilidade restrita às potenciais vítimas diretas do racismo e da discriminação racial, que são as pessoas que portam caracteres físicos associados ao grupo étnico-racial negro.

A instituição de comissões de verificação se consolidou, até mesmo em meio à jurisprudência, como mecanismo mais apropriado de verificação da autenticidade das autodeclarações raciais. De fato, um órgão colegiado – mormente se observados determinados elementos em sua formação – possui mais legitimidade do que um único julgador para validar a autoatribuição racial prestada por um indivíduo. Daí porque diversas decisões judiciais têm

estabelecido que o Poder Judiciário – mesmo em julgamentos colegiados – não deve se substituir ao mérito do ato administrativo emanado das comissões de verificação, instituídas especificamente com o objetivo de fiscalização das cotas raciais. A legitimidade das decisões das comissões de verificação será menos questionada quanto maior for a observância da diversidade dos seus membros – diversidade racial, principalmente, mas também de gênero –, e quanto mais garantido for o controle social de suas decisões, por meio da participação de integrantes do movimento negro, cujo conhecimento da matéria se supõe. Sob essa ótica, não se vislumbra argumento plausível para a determinação da presença de profissional de Medicina nos quadros da comissão, como previsto na Resolução nº 769, de 15 de março de 2017 – que alterou a Resolução nº 719, de 18 de dezembro de 2015 –, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰³⁸. Em se tratando de uma análise de caráter social e não científico, a participação de médicos na banca de verificação denota uma concepção *patologizante* da raça, que em nada contribui para os fins almejados pelas ações afirmativas.

Ademais, é de se reforçar que a validação da autodeclaração racial pela comissão de verificação deve ocorrer com a presença do candidato, e não por meio da apresentação de fotografias, dada a facilidade com que estas podem ser manipuladas para fins de fraude ao sistema de cotas. Uma vez que a verificação da autenticidade da autodeclaração racial deve ter por base critérios objetivos – quais sejam, as características fenotípicas dos candidatos –, o comparecimento perante a comissão é o bastante para a confirmação da pertença racial afirmada. Por ocasião da *entrevista pessoal*, os integrantes da banca devem observar a aparência física dos cotistas, associando-a ou não ao grupo étnico-racial negro, independentemente das supostas experiências discriminatórias pretéritas dos candidatos. Isso porque a percepção da vivência de discriminação racial é fator demasiadamente subjetivo, além de contingente. Ou seja, uma pessoa negra pode nunca ter sofrido – ou até mesmo acreditar nunca ter sofrido – discriminação racial anteriormente, o que não desconfigura suas características fenotípicas, que são o verdadeiro critério para definição de sua pertença racial e, portanto, da sua condição de beneficiária das cotas raciais. A ausência de experiência pretérita de racismo tampouco desvirtua o objetivo de incremento da representatividade de negros no serviço público e nas universidades, nem mesmo garante a inócorência futura de discriminação racial contra o

²⁰³⁸ “Artigo 6º - A Comissão prevista no artigo anterior será constituída a cada certame. § 1º - A Comissão de Avaliação será composta por um Juiz de Direito, um Médico e um Assistente Social Judiciário, estes dois últimos do quadro do Tribunal de Justiça, que serão designados pelo Presidente da Comissão do Concurso.

§ 2º - Não havendo médico do Quadro do Tribunal de Justiça na Região Administrativa Judiciária do concurso a Comissão de Avaliação será composta por um Juiz de Direito e dois Assistentes Sociais Judiciários, estes dois últimos do Quadro do Tribunal de Justiça”.

candidato. Portanto, repita-se, as cotas raciais se destinam às pessoas potencialmente vítimas de racismo/discriminação racial no contexto brasileiro, em razão de sua pertença à população negra. Do mesmo modo, questionários sobre fatores que não digam respeito diretamente à identidade racial do candidato são inidôneos para aferição da veracidade da autodeclaração racial. Com efeito, perguntas relacionadas à religião, ao relacionamento pessoal com pessoas negras, ou mesmo à participação em movimentos sociais negros não guardam nenhuma relação com o critério objetivo a ser observado pelas comissões de verificação, qual seja: a aparência do candidato. Por exemplo, um indivíduo negro que não professa religião de matriz africana não deixa de portar traços fenotípicos que marcam sua identificação racial e que, desse modo, o tornam sujeito à discriminação racial no Brasil. Daí porque questionários desse tipo são impertinentes e podem até mesmo apresentar caráter discriminatório.

Tendo em vista que a raça e conseqüentemente o racismo e a discriminação racial são construções sociais, não há razão para exigência de prova pericial para constatação da condição de negro. Acaso o critério fosse a ascendência ou a formação genética do candidato, a prova pericial poderia ser defensável. Também a prova documental para fins de verificação das características fenotípicas não se mostra suficiente. É comum, no Brasil, que pessoas socialmente brancas sejam registradas como pardas quando do seu nascimento, ainda que, na vida adulta não venham a apresentar traços físicos que permitam identificá-las como negras. Ademais, há documentos que indicam a raça do indivíduo a partir de sua autodeclaração, o que recai nas mesmas questões já aventadas acerca da percepção social – e não apenas individual – geradora da discriminação racial.

A partir do histórico evolutivo da jurisprudência relacionada ao tema, viu-se que, para afastar a presunção relativa de veracidade da autodeclaração racial, a decisão da comissão de verificação deve apresentar fundamentação baseada em critérios objetivos capazes de justificar a exclusão do candidato cotista. Se o fenótipo é o critério a ser apreciado na verificação da autenticidade da autodeclaração racial, o ato administrativo que ratifica ou refuta a condição declarada pelo candidato deve apresentar motivação nesse sentido, estabelecendo que o conjunto de características fenotípicas do candidato corresponde – ou não, conforme o caso – às características fenotípicas de uma pessoa socialmente considerada negra. Isso não significa dizer que os integrantes das bancas devem proceder a uma análise *antropométrica*, de cunho *lombrosiano*, das características físicas dos candidatos, o que estaria mesmo em desacordo com

os fatores determinantes da discriminação racial no contexto brasileiro²⁰³⁹. Não são os dados antropométricos de um indivíduo que o tornam potencial alvo de racismo institucional e de práticas racialmente discriminatórias, mas sim o conjunto de sua fenotipia – em especial a cor da pele –, associado ao grupo étnico-racial negro. Desse modo, devem ser observados para fins de motivação do ato administrativo três elementos essenciais: a cor da pele, a textura dos cabelos e os traços faciais. Assim, a fundamentação da decisão da comissão de verificação não pode ser genérica a ponto de obstaculizar eventual defesa por parte do interessado – a exemplo de algumas decisões mencionadas pela jurisprudência que se limitavam a afirmar, genericamente, o não atendimento dos requisitos. Doutro lado, a análise e fundamentação antropométrica – como a que se pretendeu realizar no certame do Instituto Federal de Educação do Pará – também não deve ser aplicada, mesmo porque vexatória e violadora da dignidade dos candidatos, requisito considerado indispensável pelo STF na adoção de mecanismos de heteroatribuição.

Outro fator relevante para a correta e eficaz implementação do sistema de cotas raciais é a tempestividade da verificação da autodeclaração. A realização intempestiva da verificação pode obstaculizar direito líquido e certo dos candidatos negros de não concorrerem com candidatos brancos na disputa pelas vagas reservadas, regra cuja inobservância se reflete no resultado final do certame, em prejuízo dos beneficiários das cotas raciais. Com efeito, não se pode negar que a verificação da autenticidade da autodeclaração se configura como etapa seletiva que pode gerar a eliminação de candidatos no curso do certame. Nessa senda, candidatos efetivamente negros podem ser prejudicados – sendo inclusive excluídos injusta e previamente das fases subsequentes do concurso, ou mesmo de eventual cadastro reserva –, por concorrerem com candidatos que falsamente se autodeclarem negros e, que, portanto, não teriam direito às vagas reservadas à minoria étnico-racial beneficiária da ação afirmativa. Dessa

²⁰³⁹ Recorde-se o Edital 2016 do concurso público para provimento de cargos técnico-administrativos do Instituto Federal de Educação do Pará (IFPA), que, em seu anexo IV estabelecia, em uma tabela, os padrões avaliativos a serem observados quando da entrevista pela comissão: “1. Pele: 1.1. Melanoderma – cor preta; 1.2. Feoderma – cor parda; 1.3. Leucoderma – cor branca; 2. Nariz: 2.1. Curto/largo/chato (platirrinos); 3. Boca/dentes: 3.1. Lábios grossos; 3.2. Dentes muito alvos e oblíquos; 3.3. Mucosas roxas; 4. Maxilar (Prognatismo): 4.1. Prognatismo saliente acentuado; 5. Crânio: 5.1 Crânio dolicocélio < 74,9 (largo 4/5 do comp.); 6. Face: 6.1. Testa estreita e comprida nas fontes; 7. Cabelo: 7.1. Crespos ou encarapinhados; 8. Barba: 8.1. Barba pouco abundante; 9. Arcos Zigomáticos: 9.1. Proeminentes ou salientes”. O formulário trazia, ainda, as seguintes explicações: “1. No quesito cor de pele serão válidos os seguintes procedimentos: a) Caso a compatibilidade de cor PRETA ou PARDA ocorra na avaliação dos 3 membros, todos os outros critérios são desconsiderados acatando a autodeclaração do candidato; b) Caso a compatibilidade de cor BRANCA ocorra na avaliação dos 3 membros, passa-se a avaliar os demais critérios constantes nos itens 2 a 9. A autodeclaração será acatada se atender o mínimo de 62,5% dos demais critérios de compatibilidade. 2. Cada item compatível de 2 a 9 equivale a 12,5% da pontuação na tabela”. O Instituto justificou a adoção de tais critérios, sob o argumento de que visava a atender à já citada Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016, expedida pelo Ministério do Planejamento. Diante do repúdio de especialistas e da comunidade acadêmica, o documento foi invalidado pelo IFPA.

maneira, a verificação da pertença étnico-racial deve ocorrer em fase anterior à homologação do certame, mais precisamente entre as provas objetiva e subjetiva, em caso de concursos que contenham essas duas fases de avaliação, evitando-se, desse modo, a exclusão preliminar de candidatos negros do grupo de candidatos a terem as provas discursivas corrigidas e, conseqüentemente, do cadastro reserva a ser formado. Nos processos seletivos de apenas uma fase, a verificação das características étnico-raciais deve ser realizada antes de qualquer avaliação ou após a divulgação do resultado da prova objetiva e antes da homologação do resultado final.

Por último, importa afirmar, ainda, a relevância do contexto sociorracial local para fins de determinação da pertença racial dos indivíduos. Isso porque a formação étnico-racial da população brasileira se deu conforme a história de cada região e/ou Estado, impactando de modo significativo na diversidade fenotípica das pessoas. Sob essa perspectiva, um indivíduo considerado negro no extremo sul do País – região em que a população negra é reduzida e não apresenta a mesma variabilidade fenotípica que em outros Estados da Federação – pode não o ser no contexto sociorracial nordestino, por exemplo. Em observância a tais peculiaridades, é recomendável que os componentes das comissões de verificação – em especial aqueles que não sejam representantes do poder público – sejam oriundos de movimentos sociais com notória representatividade local.

2. O direito à proteção contra a discriminação racial nas relações de trabalho

Já se afirmou, em algumas passagens deste trabalho, que os direitos fundamentais – e, portanto, o direito à igualdade racial – vinculam tanto as entidades públicas quanto as entidades privadas, embora com intensidades diversas. A vinculação menos intensa dos particulares aos direitos fundamentais resulta, em geral, da paridade existente entre as partes nas relações jurídico-privadas, ambas titulares de prerrogativas jusfundamentais.

Nesse panorama, em especial os direitos de caráter eminentemente prestacionais possuem força vinculativa mais branda entre os particulares, já que compete, via de regra, aos poderes públicos a concretização dos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, também os deveres de proteção são, regularmente, atribuídos ao Estado que, por meios de suas funções precípua, emana atos protetivos capazes de prevenir e/ou reprimir a violação de direitos fundamentais por parte de terceiros.

Nessa linha de intelecção, o direito à proteção da igualdade racial gera deveres correlatos às entidades públicas que se vinculam à sua materialização. Assim, ao direito à

proteção contra a discriminação racial corresponde um correlato dever de proteção²⁰⁴⁰, dirigido, primordialmente, ao Estado, que deve cumpri-lo de forma proporcional, no patamar entre a proibição de déficit e a proibição de excesso. Desse modo, não há dúvidas acerca da subordinação dos poderes públicos à proteção da igualdade racial, em especial à proteção contra a discriminação racial, conteúdo mínimo do direito fundamental à igualdade racial.

Nada obstante, questão interessante diz respeito à vinculação das entidades privadas a tal prerrogativa. Seriam as entidades privadas imunes ao dever de proteção da igualdade racial? A questão que se coloca, mais especificamente, diz respeito à força vinculativa do direito à proteção contra a discriminação racial na esfera das relações jurídico-privadas. Em determinadas searas – como direito de família ou direito do trabalho –, poderiam os particulares assumir, em certa medida, a condição de protetores do direito à não discriminação racial?

Por exemplo, uma instituição de ensino – além dos particulares que praticaram o ato, ou seus responsáveis legais, conforme o caso – poderia ser responsabilizada por comportamentos discriminatórios de um grupo de estudantes contra um colega negro, demonstrando-se que houve omissão na proteção contra a discriminação racial? Caberia, nessa hipótese, indenização em favor da vítima dos atos discriminatórios?

De modo semelhante, caberia indagar se, numa relação trabalhista, o empregador que possui poder diretivo e disciplinar – e, de certo modo, assume a posição de garante no que diz respeito ao ambiente de trabalho –, poderia ser responsabilizado por *omissão do dever protetivo* no que tange ao direito dos empregados à não discriminação racial²⁰⁴¹.

Sem adentrar nos argumentos desenvolvidos pelas teorias que defendem, de um lado, os efeitos diretos e, de outro, os efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações privadas – e, portanto, sem perquirir acerca da necessidade de interposição legislativa criadora de tais obrigações –, entende-se que a atribuição do dever de proteção aos particulares é cabível quando se encontrem em situação de garante, em virtude de sua especial posição de poder na relação jurídica. Sem respostas conclusivas, afirme-se que, a depender da teoria adotada – bem como da densidade normativa das normas constitucionais correspondentes e dos valores insertos na Constituição – pode-se defender que esse dever depende de prévia proteção normativa ou, ao contrário, decorre diretamente das normas constitucionais.

²⁰⁴⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 254-255, defende que a igualdade, no seu sentido negativo, não se resume à proibição de discriminação, abrangendo também a proteção contra discriminações.

²⁰⁴¹ A respeito do tema, merece menção o artigo 31º da Lei nº 35, de 2004 – lei regulamentadora do Código do Trabalho português –, que estabelece o dever de informação do empregador, determinando que este afixe, em local apropriado, informações relativas aos direitos e deveres do trabalhador em matéria de igualdade e não discriminação.

De todo modo, os atos protetivos praticados pelo garante podem constituir-se em providências que visem impedir a reiteração da situação discriminatória ou, ainda, reprimir atos já praticados, por exemplo, recorrendo aos órgãos públicos competentes, sem prejuízo das sanções pertinentes à relação contratual específica.

Traçadas essas premissas, aqui será brevemente analisada a jurisprudência brasileira no que diz respeito ao dever de proteção contra a discriminação racial imputado ao empregador, nas relações juslaborais. Serão apresentados casos em que se discute a responsabilização do empregador pela prática de racismo no ambiente de trabalho e, conseqüentemente, seu dever de indenizar os trabalhadores ofendidos.

Em 2004, um empregado da empresa Tractabel (antiga Eletrosul) ajuizou ação de indenização por danos morais perante a Justiça Estadual por ter sido vítima de atos de discriminação racial no âmbito da relação trabalhista. Argumentou o autor que, depois de 17 anos de trabalho na Eletrosul, foi demitido sem justa causa, em 1992, tendo sido realizada reunião para explicação sobre os motivos de seu desligamento. Na ocasião, o empregado foi alvo de comentários racistas feitos por outros funcionários da empresa. Informou, ainda, ter sido reintegrado ao emprego, como resultado de decisão judicial exarada pela 2ª Vara do Trabalho de São José, processo no qual ficou comprovada a despedida injustificada por discriminação racial. Depoimentos prestados por outros funcionários confirmaram que, antes da demissão, um superior hierárquico do autor se referiu a este com expressões racistas, em frases como: “desta vez acho que o negão vai”; “o que este crioulo quer mais, já havia clareado o departamento”; “esse negão tem mais é que ir para a rua, porque aqui dentro ele nunca fez nada”. Remetido o processo para a Justiça do Trabalho – em virtude da competência adquirida com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004²⁰⁴² –, o Juízo de primeiro grau decidiu pela prescrição do direito de ação, tendo sido a sentença confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Nada obstante, o Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão e determinou o retorno dos autos ao Juízo de origem para o julgamento da ação. Dessa feita, o juiz da 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis condenou a empresa ré a pagar a quantia de 50 mil reais, a título de indenização por danos morais, e determinou a entrega ao empregado de uma carta de retratação pelas ofensas sofridas. As provas dos autos demonstraram que o racismo era praticado por colegas de trabalho do reclamante e que a empresa tinha pleno conhecimento dos fatos, devidamente apurados em sindicância própria, que concluiu pela sua ocorrência. Para o

²⁰⁴² Dentre as diversas alterações efetuadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou-se a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. (artigo 114, inciso VI, da CF).

magistrado, “o comportamento adotado pela empregadora desrespeitou as regras básicas implícitas ao contrato de trabalho, no sentido de que a relação entre as partes que o integram deve ser fundada no respeito mútuo”.

Importante decisão proferida, em recurso de revista, pelo Tribunal Superior do Trabalho, envolvendo a Indústria de Alimentos Parmalat Brasil S.A., tornou-se precedente para os casos de racismo praticados no ambiente de trabalho. Tratava-se de empregado negro que era, habitualmente, submetido a ofensas raciais por parte de seu superior imediato, na presença dos demais funcionários, com a utilização de apelidos como “chipan”, “chimpanzé” e “negrão”, além de outros comentários racistas, confirmados pelas testemunhas. Em grau de recurso perante o Tribunal Regional da 4ª Região (Rio Grande do Sul), a reclamada argumentou que a aceitação pelo autor do tratamento que lhe era dispensado afastava a existência do dano moral alegado. Ademais, aduziu que o reclamante não levou os fatos ao conhecimento dos superiores hierárquicos do seu chefe imediato, razão pela qual não se poderia atribuir responsabilidade à reclamada pelas ofensas proferidas. Para o Tribunal, no entanto, a prova testemunhal contradisse as alegações de consentimento do ofendido, uma vez que se confirmou o evidente constrangimento imposto ao reclamante, que se sujeitava às ofensas racistas por temor de perder o emprego. Nos termos do acórdão, tendo em vista a estrutura da recorrente – empresa de grande porte – é irrelevante o fato de o autor não ter levado ao conhecimento dos superiores do seu chefe imediato a prática dos atos discriminatórios, já que cabe ao empregador zelar pelo bem-estar de seus empregados, especialmente no que se refere ao tratamento dispensado pelos detentores de cargo de chefia – representantes da empresa – aos seus subordinados²⁰⁴³. Irresignada, a reclamada interpôs recurso de revista, sustentando que a empregadora só responde pelos atos praticados por seus prepostos, no exercício de suas funções e em nome da empresa. Insistiu, ainda, a recorrente que não houve culpa ou dolo por parte da reclamada pela prática dos atos discriminatórios, tendo em vista que os fatos não lhe foram reportados pelo empregado. Dessa maneira, tendo agido o preposto em nome próprio, não poderia a empregadora ser responsabilizada objetivamente. Afirmou, ainda, que tão logo tomou conhecimento dos fatos, adotou providências para que as ofensas cessassem.

²⁰⁴³ “Não constitui óbice ao direito vindicado, assim, o fato de o autor não ter levado ao conhecimento dos superiores hierárquicos de seu “algoz” as atitudes por ele praticadas. Exigir-se tal procedimento implicaria em tornar irreparável o dano praticado, dada a condição de subordinação a que se submete o empregado frente à sua própria chefia.”

Analisando os argumentos apresentados, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu negar provimento ao recurso quanto à questão do dano moral²⁰⁴⁴, enfatizando que

“(…) a atividade fiscalizadora, decorrente do poder diretivo do empregador, caracteriza-se como um *poder-dever*, de modo que a mera omissão configura o seu inadimplemento. Tal como ocorre com a higiene e a segurança do local de trabalho, ao empregador incumbe zelar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego. No caso em foco, conforme registrou a Eg. Corte Regional, era o próprio chefe do Reclamante quem o ofendia e o expunha diante dos colegas. Evidencia-se, desta forma, a conduta omissa da Reclamada em face do ato praticado por seu preposto e, via de conseqüência, a responsabilidade nas modalidades de culpa *in eligendo* e de culpa *in vigilando*, com fundamento no artigo 186 do CC/2002 (artigo 159 do Código Civil de 1916). Ademais, nos termos do artigo 931 do CC/2002, de aplicação subsidiária (artigo 1521 do Código Civil de 1916) ao direito do trabalho, o empregador responde (artigo 8º da CLT) pelos atos de seus empregados e prepostos no exercício do trabalho”. TST-RR - 101100-94.2001.5.04.0561 Julgamento: 10/08/2005, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Publicação: DJ 26/8/2005).

Em sede de recurso ordinário, envolvendo outro caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás) entendeu que manifestações racialmente discriminatórias no ambiente de trabalho, ainda que supostamente emitidas em tom de brincadeira, configuram racismo e ensejam obrigação de a empregadora indenizar o trabalhador pelo dano moral sofrido²⁰⁴⁵.

²⁰⁴⁴ “EMENTA: DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RACISMO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSAS VERBAIS. 1. O ordenamento jurídico brasileiro e normas internacionais proíbem ao empregador e a qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e artigo 5º - *caput*. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 62150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivos de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados-membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nesse sentido também a Lei nº 9.020, de 13.04.95. 2. A emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constringe e humilha o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo. 3. Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933). 4. Recurso de revista de que não se conhece, no particular.” (TST- RR - 101100-94.2001.5.04.0561 Julgamento: 10/08/2005, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Publicação: DJ 26/08/2005).

²⁰⁴⁵ “EMENTA: DANOS MORAIS. PRÁTICA DE ATO DISCRIMINATÓRIO POR RACISMO. A prova testemunhal confirmou que o preposto da reclamada disse, perante outros colegas de trabalho do reclamante,

Em outra reclamação trabalhista, um operador, empregado da empresa Santa Rita Indústria de Autopeças Ltda., de Blumenau, Santa Catarina, pleiteou indenização por danos morais, afirmando ter sofrido, durante oito anos (de março de 2001 a abril de 2008), humilhações e práticas discriminatórias de caráter racial no ambiente de trabalho. Alegou o reclamante que, durante a relação laboral, sempre foi alvo de piadas e brincadeiras racistas, “com o conhecimento dos superiores, que nada faziam para suprimir esses atos”. Além das provas apresentadas pelo trabalhador, foi realizada inspeção fiscal na empresa, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que comprovou a existência de inscrições depreciativas, ofensivas e discriminatórias contra negros nas portas dos banheiros da unidade de Blumenau. O Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Blumenau julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, por entender não ter havido prática de racismo ou discriminação racial, já que “apelidos, mormente em um ambiente de operários, é perfeitamente aceitável e corriqueiro”. Em sede de recurso, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina) reformou a decisão de primeiro grau, para condenar a empresa ao pagamento de 20 mil reais a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo reclamante. Para a Corte, as provas colacionadas aos autos foram capazes de demonstrar, de forma irrefutável, a prática discriminatória acintosa a que foi submetido o *empregado afrodescendente*, durante oito anos, até a sua demissão, por justa causa, em retaliação ao ajuizamento da reclamação trabalhista. No acórdão, o Tribunal reforçou que mesmo a discriminação de caráter velado ou generalizado não pode ser tolerada e que a decisão do Juízo *a quo* estava na contramão da história, por considerar normal “o que não pode ser admitido em nenhuma hipótese”. Em relação às obrigações do empregador, diante do caso concreto, afirmou-se que este deve, “no uso de seus poderes diretivo, hierárquico e disciplinador, impedir que a dignidade humana dos trabalhadores seja arranhada”. Interposto recurso de revista pela empresa ré, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região denegou o seguimento do recurso, confirmando a condenação. Na decisão denegatória, salientou-se que o poder diretivo agrega uma atividade fiscalizatória que se configura como dever do empregador e cuja omissão é, por si só, um inadimplemento. Dentre as responsabilidades do empregador elencou-se o zelo pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como

que o salário dele era menor em razão da sua cor. Tal fato constitui ato de racismo, que não obstante sejam comuns em nosso País, não mais podem ser tolerados, pelo contrário, o Judiciário deve agir de forma a erradicar "brincadeiras" desse jaez, que constituem verdadeiros atos ilícitos, nos termos do artigo 5º, inciso XXII da CF. E, quanto mais no ambiente de trabalho, no qual deve prevalecer o respeito ao trabalhador.” (TRT-18 – RO: 0003500-44.2010.5.18.0181 GO. Relator: Aldon do Vale Alves Taglialegna. 1ª Turma. Data de Julgamento: 8/07/2011).

obrigações conexas do contrato de emprego, cujo *objeto maior é a dignidade humana*²⁰⁴⁶. A condenação foi mantida pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela empresa, sob o argumento de inexistência de violação de dispositivo de lei ou ocorrência válida de divergência jurisprudencial capaz de autorizar a apreciação do recurso de revista.

Em 3 de dezembro de 2015, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região condenou, por unanimidade de votos, a Votorantim Cimentos S.A., de Criciúma, a pagar uma indenização de 200 mil reais a título de danos morais, pela dispensa discriminatória de um funcionário, em razão de sua raça. O autor da ação sofreu ofensas racistas por ter, em virtude de uma enchente ocorrida na cidade, chegado atrasado ao trabalho. Um dos colegas ofensores afirmou que o empregado “deveria ter se pendurado nos galhos pelo rabo” para conseguir chegar no horário, comparando a vítima com um macaco, alusão racista usualmente utilizada para inferiorizar pessoas de pele negra. Logo após a ofensa, o autor se reportou ao seu chefe imediato e narrou o episódio, mas, ao invés de cumprir seu dever de proteção *in casu*, o preposto demitiu a vítima, sob a justificativa de falta de produtividade e atrasos constantes. Entretanto, as provas colhidas no curso do processo revelaram que o empregado cumpria devidamente as jornadas, até mesmo com horas extras registradas em ponto. Diante desse contexto, a Justiça do Trabalho considerou a empresa Votorantim responsável pela discriminação racial sofrida pelo reclamante – uma vez que se omitiu na adoção das medidas necessárias para coibi-la –, bem como pela demissão arbitrária do trabalhador, que foi cobrar providências do ocorrido e acabou sendo punido pelo empregador, em evidente desrespeito aos princípios básicos previstos na Constituição Federal, notadamente os valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana e o repúdio a todas as formas de discriminação. Além da indenização por danos morais,

²⁰⁴⁶ “EMENTA: RACISMO E DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O poder diretivo traz implícita uma atividade fiscalizadora, caracterizada como um poder, que é, ao mesmo tempo, um dever e cuja omissão é, por si só, um inadimplemento, tal como ocorre com a higiene e a segurança do local de trabalho, ao empregador incumbe zelar pela respeitabilidade, civilidade e decore nesse local, como obrigações conexas do contrato de emprego, como fruto que encontra raízes em sua boa-fé objetiva, que cria expectativas do contratado, mas também da própria sociedade, na medida em que o contrato possui uma função social inafastável. Não pode o empregador admitir o nascimento ou a proliferação do preconceito étnico, de cor ou mesmo de opção sexual 'intra muros', mesmo que, para tal, seja necessário punir, de forma rigorosa, os trabalhadores que não aceitem as meras admoestações. O empregado não vende a sua dignidade, mas apenas a sua força de trabalho. A subordinação não traz implícita qualquer autorização para o desrespeito. São intoleráveis pelo direito e pela moral, o racismo e a discriminação, impondo-se a indenização das vítimas e a punição dos algozes, para preservação da dignidade humana, que é o objeto maior do contrato de trabalho. (...) Não se trata de eleger a empresa como um 'bode expiatório', mas fazê-la pagar por seus graves erros e desacertos na condução do contrato de trabalho mantido com o autor e com os demais empregados (principalmente o encarregado), ao permitir a diuturna, reincidente e irritante repetição de atos de discriminação, preconceito, ofensas e ameaças.” (grifos na decisão). (TST - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR 166300-10.2008.5.12.0002. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Data do julgamento: 14 de março de 2012).

a decisão estipulou o pagamento de valor equivalente aos salários em dobro e demais vantagens que o trabalhador teria direito, como se estivesse trabalhando, desde a demissão, em 14 de fevereiro de 2014, até o momento em que a decisão se tornaria irrecorrível, sendo a empresa responsabilizada também pelo recolhimento de todas as contribuições previdenciárias do reclamante. Importa mencionar, ainda, que a decisão acolheu pedido do Ministério Público do Trabalho em Santa Catarina (MPT-SC), que pleiteou a majoração do dano moral, levando em conta a gravidade da situação, o poder econômico da Votorantin e o caráter didático-pedagógico-punitivo da medida. Para o MPT, o ilícito ultrapassou a esfera jurídica do autor da ação e atingiu a coletividade de trabalhadores que poderiam ter a falsa noção de que essa seria a postura correta a ser adotada em casos semelhantes, bem como a própria sociedade, que repudia esse tipo de conduta.

Em situação semelhante, a Warner Bros (South) Inc. foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral pela prática de racismo contra um empregado, a partir de decisão da 86ª Vara do Trabalho de São Paulo. Alegou o reclamante ter laborado para a reclamada por cerca de treze anos e que, na vigência do pacto laboral, sofria, reiteradamente, discriminações e constrangimentos, em razão de ser afrodescendente. De acordo com a prova testemunhal produzida, um colega de trabalho do reclamante, em inúmeras oportunidades, referia-se ao trabalho deste como “serviço de preto”, com o intuito de criticá-lo. Embora a gerente do estabelecimento tenha, por mais de uma vez, presenciado os fatos, jamais adotou qualquer providência para repreender o ofensor e fazer cessar a prática discriminatória. Tendo as partes recorrido ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, este negou provimento ao apelo da reclamada, enfatizando que o procedimento patronal gerou o dever de indenizar, a título de danos morais, pois “patente o abalo psicológico sofrido pelo trabalhador que viu conspurcada a sua dignidade humana e os direitos da personalidade”²⁰⁴⁷.

²⁰⁴⁷ “EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. PRÁTICA DE RACISMO. OFENSA A PRINCÍPIO E OBJETIVO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA. ATO ILÍCITO PRATICADO PELO PREPOSTO. DEVER DE INDENIZAR. A primeira testemunha da ré é o próprio agressor, acusado de crime de racismo pelo autor, prática delituosa que restou confirmada pelo depoimento de sua primeira testemunha. Assim, nos termos da lei, embora compromissado, não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Portanto, com fulcro na prova testemunhal produzida, conclui-se que a conduta patronal, por meio de seu preposto, afrontou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inserto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal; bem como o objetivo fundamental da República, consignado no inciso IV do artigo 3º da Carta, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor e quaisquer outras formas de discriminação, não se conformando muito menos aos postulados éticos e à presunção da boa-fé que devem presidir a execução do contrato de trabalho (artigo 422 do CC/02 c/c o artigo 8º da CLT), além do que esbarra no direito pessoal indisponível de seus empregados de manterem sua intimidade inviolada, direito este estabelecido no artigo 5º, inciso III e X da Constituição Federal. Caracteriza-se *ipso facto* como ato ilícito, pois o racismo é tipificado, com previsão penal consignada na próprio Diploma Maior; o procedimento patronal gerou o dever de indenizar, a título de danos morais (artigo 927 do CC/02 c/c o artigo 8º da CLT), patente o abalo psicológico sofrido pelo trabalhador que viu conspurcada a sua dignidade humana e os direitos da personalidade. Nego provimento ao apelo.” (TRT-2

Em 20 de maio de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou a condenação da rede de Lojas Renner S.A. ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de 40 mil reais, a uma assistente de vendas vítima de injúria racial por parte de uma colega e de uma gerente, ao longo do contrato de trabalho. Na reclamação trabalhista, a vendedora alegou ter sido submetida a processo seletivo, ao fim do qual foi selecionada para trabalhar na loja da rede Renner do Shopping Santana Park, no Município de São Paulo. Alegou a reclamante que a costureira da loja se referia, constantemente, a ela como “lixo” e “filhote de macaco”, eventos presenciados por outros colegas de trabalho. Do mesmo modo, a vítima era alvo de ofensas por parte da gerente da loja que afirmava não saber por que ela trabalhava na Renner e não continuava trabalhando com “vassouras e baldes”. As testemunhas inquiridas confirmaram que as práticas discriminatórias eram reiteradas e que a reclamante reportou os fatos à psicóloga da empresa e à supervisora do setor, que, no entanto, apenas orientaram a costureira a cessar as ofensas e a pedir desculpas à vítima. Nada obstante, afirmou a autora não ter havido nenhuma alteração no tratamento racista que lhe era dispensado. Após a condenação no Juízo de origem, mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), a Renner recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio de agravo de instrumento, no qual argumentou não haver prova cabal da existência do dano sofrido pela reclamante nas dependências da loja. Nos termos do acórdão da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – que negou provimento ao agravo da reclamada –, ficou constatada a conduta desrespeitosa, humilhante e discriminatória em razão da raça da trabalhadora. Negando provimento ao recurso da empresa, à unanimidade, a Corte Trabalhista afirmou ser incontestável a ocorrência do dano moral e pontuou que “o empregado, ao firmar o contrato de trabalho com o seu empregador, não se despoja dos direitos inerentes à sua condição de ser humano, que devem ser respeitados pelo tomador dos serviços, em face dos postulados da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva”. Tratando sobre o valor da indenização, o Tribunal salientou que se deve ter por norte, além da constatação do dano sofrido, a gravidade da lesão à honra e à integridade psicológica da vítima, a estatura econômico-financeira da empresa e o caráter pedagógico inerente ao ressarcimento do dano moral²⁰⁴⁸.

– RO 3988003720065020 SP 03988003720065020086 A20. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. Data de Julgamento: 13/08/2013. 4ª Turma. Data de Publicação: 23/08/2013).

²⁰⁴⁸ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO - REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessária violação de algum dos valores imateriais do cidadão, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade, que englobam os chamados direitos da personalidade. A referida indenização justifica-se nos casos em que há patente ofensa a direitos personalíssimos do trabalhador no curso da relação empregatícia ou dela decorrente. No caso, o 2º Tribunal Regional do Trabalho, com amparo na prova testemunhal,

Em sede de recurso ordinário, julgado em 24 de março de 2015, a 4ª Turma do Tribunal Regional da 2ª Região assentou entendimento segundo o qual, para configurar a responsabilidade do empregador pelo dano moral, não é preciso demonstração de que a vítima se sentiu ofendida, mas apenas a comprovação da ocorrência da prática dos atos discriminatórios²⁰⁴⁹.

O Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Resende julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista de uma empregada da Comercial Zaragoza Importação e Exportação Ltda., para condenar a empresa ré ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais). A trabalhadora alegou sempre ter sido chamada pelo seu superior de “negra safada”, na presença de clientes e de colegas de trabalho, situação que perdurou até a efetiva demissão da reclamante. Os fatos foram devidamente comprovados na instrução processual, a partir da prova testemunhal produzida. A reclamada interpôs recurso ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), sob o argumento de não caracterização de dano moral no caso concreto. Nos autos do recurso ordinário, a Corte salientou que a convivência da recorrida com a conduta reprovável de seu superior hierárquico não descaracteriza o dano moral, antes o agrava, pois demonstra que a necessidade de manutenção do emprego era maior do que a humilhação diariamente sofrida pela vítima. Segundo a decisão, o empregador que ofende, ou permite que seus subordinados sofram ofensas raciais “revela evidente intenção de depreciar seu empregado por motivo racial”, de modo a violar preceitos constitucionais. Ressaltou-se, ainda, no acórdão, que – observados os parâmetros para modulação de condenações pecuniárias, em sede de indenização por dano

concluiu que restou comprovado nos autos a conduta desrespeitosa, humilhante e discriminatória (em razão da raça e origem) contra a autora. Recurso de natureza extraordinária, como o recurso de revista, não se presta a reexaminar o conjunto fático-probatório produzido nos autos, porquanto, nesse aspecto, os Tribunais Regionais do Trabalho revelam-se soberanos. Inadmissível, assim, recurso de revista em que, para se chegar à conclusão acerca da caracterização, ou não, de dano moral, imprescindível o revolvimento de fatos e provas, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido.” (TST - Agravo de Instrumento nº TST-AIRR-2688-86.2012.5.02.0048. 7ª Turma. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Data do Julgamento: 20/05/2015).

²⁰⁴⁹ “EMENTA: DANOS MORAIS. TRATAMENTO PATRONAL HUMILHANTE E VEXATÓRIO. PRECONCEITO RACIAL. É mister que haja um esforço infatigável de todos para que a chaga do racismo, ainda presente no nosso país, seja curada, e para que nossa sociedade, que conviveu durante três séculos com a escravidão, com a discriminação e o sofrimento dos negros, caminhe definitivamente rumo à civilização e ao convívio respeitoso e democrático, sem distinção de qualquer espécie. E foi em combate ao racismo e também como reconhecimento de sua existência, que vigorou a Lei Afonso Arinos e posteriormente à Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tornou o racismo um crime inafiançável. Desse modo, não bastasse a atitude patronal configurar violação aos preceitos constitucionais, revela também uma conduta grave e lesiva, que vilipendia a honra, imagem e dignidade do empregado, estigmatizando-o, além de marcar de forma indelével sua vida pessoal e social. Pelo exposto, a atitude empresarial exorbitou sobejamente do seu poder diretivo e disciplinar, acarretando danos irremediáveis à dignidade, caracterizando-se, portanto, como ato ilícito (artigo 186 do CC), gerador do dever de indenizar (artigo 927 do CC c/c o artigo 8º da CLT). Assim sendo, nega-se provimento ao apelo.” (TRT-2 – RO: 00020542820105020059 SP A 28. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. Data de Julgamento: 24/03/2015. 4ª Turma. Data da Publicação: 10/04/2015).

moral – o valor arbitrado pelo Juízo *a quo* foi relativamente baixo, tendo em vista a gravidade e duração do dano. Nada obstante, diante da inexistência de recurso da reclamante com vista à majoração do *quantum* indenizatório, foi mantida *in totum* a sentença recorrida, negando-se provimento ao pleito da reclamada²⁰⁵⁰.

Em acórdão datado de 15 de setembro de 2015, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul) decidiu pelo provimento parcial de recurso ordinário interposto pela reclamada para reduzir o valor da indenização por danos morais, em caso concreto de assédio moral e racismo. A demanda teve início com o ajuizamento de reclamação trabalhista perante a 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves, que condenou a reclamada – uma empresa de componentes automotivos – ao pagamento de indenização pelos danos morais causados ao empregado. No que concerne mais especificamente às práticas racistas, foram produzidas provas que demonstravam ser o autor vítima de injúrias raciais e assédio moral (horizontal) por parte de colegas de trabalho, o que trouxe sérias repercussões para sua estabilidade emocional, com diagnóstico de depressão grave, associado a sentimento suicida, perda de peso e insônia. Na sentença, o Juízo de primeiro grau salientou que a empresa se omitiu no seu dever de proteção do empregado, em desobediência à obrigação de oferecer ambiente de trabalho saudável, o que causou no trabalhador sofrimento de ordem psíquica e física²⁰⁵¹. Dessa forma,

²⁰⁵⁰ “EMENTA: ACÓRDÃO EM RECURSO ORDINÁRIO DANO MORAL. OFENSA VERBAL. RACISMO. A conduta do empregador que ofende, ou permite que seus subordinados sofram injúrias raciais, revela evidente intenção de depreciar seu empregado por motivo racial, de modo a violar os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição da República. A manifestação depreciativa, inclusive, ofende a dignidade e a honra subjetiva do trabalhador, circunstância bastante para configurar o dano moral.” (TRT1 – RO: 00005669220145010522 RJ. Relator: Ângelo Galvão Zamorano. Data de julgamento: 01/06/2015. 3ª Turma. Data de Publicação: 9/6/2015).

²⁰⁵¹ “O fato de o assédio ter sido praticado por colegas de trabalho do reclamante não isenta a reclamada de responsabilidade, na medida em que esta é responsável objetivamente pelas condutas de seus empregados (a teor do artigo 932, inciso III, do CPC). Ademais, tanto a CRFB quanto a CLT preveem expressamente que a empregadora é responsável por manter um ambiente de trabalho seguro, confortável e incólume, não somente contra acidentes com repercussões físicas, mas também em relação ao estado emocional e psíquico de seus empregados. A situação exposta nos autos revela que a reclamada falhou na proteção de seu empregado, deixando com que o ambiente de trabalho causasse no trabalhador sofrimento de ordem psíquica, isto é, moral/extrapatrimonial, quanto física. A conduta da reclamada traduz desobediência à obrigação do empregador de oferecer ambiente de trabalho saudável, com o cumprimento de normas atinentes à saúde, segurança, higiene e medicina do trabalho (arts. 154 e 157 da CLT). Trata-se de direito fundamental dos trabalhadores, garantido pelo artigo 7º, XXII, da Constituição Federal, repisado no Enunciado 39 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada no TST, in verbis: Enunciado 39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também no ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização. As condutas inadequadas e até mesmo ofensivas foram devidamente comprovadas, presumindo-se a verificação do dano moral, ínsito ao ato danoso. Por consequência, inarredável a constatação do nexo de causalidade entre a conduta e o abalo moral sofrido. (...) A reclamada foi omissa frente a fatos tão graves, envolvendo o cometimento de lesões físicas e de condutas racistas, o que, sob qualquer ângulo, deve ser coibido pelo Poder Judiciário. Numa sociedade democrática e igualitária, não deve haver espaço para a discriminação, seja ela de origem étnica, em gênero, opção religiosa, ou qualquer outra. Assim, nos termos do artigo 186 do CC, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

o pedido foi julgado procedente para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, no importe de 50 mil reais. Tendo a empresa recorrido da sentença requerendo sua absolvição e, subsidiariamente, a redução do valor da condenação, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – mesmo considerando a gravidade da lesão e a reiteração da prática discriminatória – evidenciou o tempo de trabalho do reclamante (aproximadamente um ano) e a condição dos agressores (colegas e não chefes da vítima) para reduzir o valor da indenização para a quantia de 20 mil reais²⁰⁵².

Em apertada síntese, tem-se entendido na jurisprudência trabalhista brasileira que o empregador deve reparar o dano sofrido pelo trabalhador em virtude de discriminação racial praticada no ambiente de trabalho, seja diretamente²⁰⁵³, seja por omissão do seu dever protetivo²⁰⁵⁴.

O Direito do Trabalho configura-se como um dos ramos da ciência jurídica de mais intensa feição protecionista, caráter esse motivado pelo reconhecimento da *hipossuficiência da pessoa trabalhadora*²⁰⁵⁵. Dessa maneira, no campo juslaboral diluiu-se mais rapidamente a

ilícito e, assim o agindo e causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (artigo 927 do CC).” (TRT4 – Recurso Ordinário nº 0000992-27.2012.5.04.0511. 3ª Turma. Relator: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Data do julgamento: 15 de setembro de 2015).

²⁰⁵² “EMENTA: ASSÉDIO MORAL. DANOS MORAIS. RACISMO. Comprovadas as ofensas verbais e físicas de cunho racista sofridas pelo reclamante, no ambiente de trabalho, deve a reclamada arcar com o pagamento de indenização por danos morais.” (TRT4 – Recurso Ordinário nº 0000992-27.2012.5.04.0511. 3ª Turma. Relator: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Data do julgamento: 15 de setembro de 2015).

²⁰⁵³ “EMENTA: DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO. RACISMO. Nosso ordenamento jurídico e normas internacionais proíbem a qualquer pessoa a adoção de prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. A prova dos autos revelou o direcionamento à reclamante, por sócio e superior, de expressões de conteúdo racista e discriminatório (‘poxa...’, ‘macaco...’, ou ‘só podia ser’), além de outras atitudes de claro desrespeito. A palavra ‘macaco’, como explica Joel Rufino dos Santos, “é um dos xingamentos preferidos de brancos contra negros”. A alusão ao tom de pele e a associação dos afrodescendentes a ocorrências negativas, seja na vida social ou no ambiente de trabalho, tem raízes históricas. Uma história de sangue, opressão e humilhação que impregnou as relações laborais em nosso país, um dos últimos do mundo a abolir a escravidão. Todo o sofrimento imposto ao povo negro ainda não foi suficiente. Passado mais de século da Lei Áurea e mesmo diante do aparato legal vigente e das ações afirmativas postas em prática, ainda persiste o calvário físico e moral dos ‘não-brancos’, sujeitos a um apartheid não declarado, mas cujos vestígios são facilmente identificáveis. A anotação da CTPS com o cargo de faxineira, inferior àquele efetivamente exercido pela empregada, e a prática de ofensas por parte do sócio ou superior, de conteúdo racista e depreciativo, configuram atentado à dignidade da trabalhadora, de que resulta a obrigação de reparar. Recurso parcialmente provido para majorar o valor da indenização por dano moral.” (TRT-2 - RO 194200707502000 SP 00194-2007-075-02-00-0. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data do Julgamento: 12/02/2008. 4ª Turma. Data da publicação: 22/02/2008).

²⁰⁵⁴ “EMENTA: DANO MORAL. OFENSA VERBAL. RACISMO. A conduta do empregador que permitiu fosse a reclamante alvo de apelidos com conteúdo racista (‘negona’ e ‘macaca’) revelam evidente intenção de depreciar a empregada por motivo racial, de modo a violar os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição da República. A manifestação depreciativa, inclusive, ofende a dignidade e a honra subjetiva da trabalhadora, circunstância bastante para configurar o dano moral. O C. TST já se manifestou sobre o tema, reconhecendo o dano moral em caso semelhante ao apreciar o processo RR 10110094.2001.5.04.0561. Julgamento: 10/08/2005, Relator: Ministro João Oreste Dalazen. 1ª Turma, Publicação: DJ 26/08/2005.” (TRT-3 RO 00775201014503008. Relatora: Alice Monteiro de Barros. 7ª Turma. Data de Publicação: 24/05/2011).

²⁰⁵⁵ Cfr. Aldacy Rachid Coutinho, *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 167; José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 36 e ss.

ideia de contratualidade clássica, alicerçada numa abstrata autonomia da vontade, gerando-se intervenção mais vigorosa dos poderes públicos – até mesmo do Poder Judiciário –, nessa esfera.

Sob essa ótica, no tráfico jurídico das relações trabalhistas – que, embora regidas pelo direito privado, são marcadas pela preeminência do interesse público – nota-se maior influência do princípio igualitário²⁰⁵⁶.

Nesse contexto, a adoção de um modelo de Estado Social de Direitos Fundamentais requer esforços no sentido de efetivar a funcionalização social dos contratos de trabalho, no âmbito dos quais o fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana não pode ser desconsiderado²⁰⁵⁷. A alienação da força de trabalho, associada ao poder de direção do empregador e ao correlativo dever de obediência do trabalhador fazem emergir do contrato de trabalho uma *relação de dependência*²⁰⁵⁸, que evidencia a desigualdade fática entre as partes, com potencial tendência minimizadora da dignificação do contraente mais débil.

Assim, embora a celebração do contrato de trabalho dê origem a um complexo de direitos e deveres recíprocos, tal não implica a privação ou renúncia automática dos direitos fundamentais do trabalhador²⁰⁵⁹. Apesar de a configuração peculiar das relações contratuais laborais enfatizar a problematização em torno da renunciabilidade dos direitos fundamentais

²⁰⁵⁶ O Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo, afirmou em diversos julgamentos a incompatibilidade com o princípio da igualdade de convênios coletivos que estabelecem diferenças de tratamento arbitrárias. Merecem menção a STC nº 177, de 1988, a STC nº 171, de 1989 e a STC nº 177, de 1993. Na primeira das sentenças mencionadas, a Corte reconheceu a aplicação, embora matizada, da não discriminação nas relações entre particulares, nos seguintes termos: “Las relaciones entre particulares, si bien conciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. En el ámbito de las relaciones privadas en el que, en principio, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica”.

²⁰⁵⁷ Nas palavras de Aldacy Rachid Coutinho, *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 182, “de modo inafastável nas relações de emprego sempre estará uma ‘pessoa humana’, impregnada e carregada de direitos fundamentais que desvelam e afloram sua dignidade; daí porquanto a objetivação do trabalho, em parte, oculta o sujeito titular de direitos que dever ser (re)focado”. Relativamente à vinculabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, numa perspectiva comparativa das tendências dos ordenamentos jurídicos, cfr. Fernando Valdés Dal-Ré, *La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho Comparado*, p. 507 e ss.

²⁰⁵⁸ Cfr. José Joao Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 45.

²⁰⁵⁹ Nesse sentido, a STC nº 88, de 1985, do Tribunal Constitucional espanhol, que estabeleceu que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”, enfatizando que “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 de la C.E., legitima el que quienes prestan servicios e naquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”.

dos trabalhadores, revelando maior intensidade de conflitos entre estes e o exercício da liberdade econômica dos empregadores, faz-se necessário encontrar um equilíbrio entre o gozo dessas prerrogativas e as exigências que derivam do vínculo empregatício.

Naquilo que tange à temática principal deste estudo, pode-se afirmar, em termos gerais, que a vinculação dos particulares à igualdade racial, no domínio do Direito do Trabalho, costuma ser mais intensa, uma vez que – como já se explicitou – relações desenvolvidas sob o seu manto envolvem, corriqueiramente, situações de desequilíbrio entre os sujeitos pactuantes, reduzindo a livre autonomia de uma das partes. No contexto da relação juslaboral, o poder diretivo do empregador envolve, entre outros fatores, o poder punitivo, normativo, de comando e de fiscalização, configurando-se como elemento de determinabilidade unilateral dos termos pactuados, restando à outra parte a possibilidade de aderir, ou não, às cláusulas estipuladas, a despeito de sua liberdade contratual. E é justamente esse desequilíbrio que exige a imputação de deveres decorrentes do poder diretivo do empregador, de modo que esteja vinculado ao direito de proteção contra a discriminação racial praticada no ambiente de trabalho, sob pena de responsabilização, até mesmo por danos morais.

Desse modo, levando em consideração o regime jurisprudencial trabalhista, bem como as concepções esposadas no presente trabalho, podem-se estabelecer alguns parâmetros referentes ao dever de proteção contra a discriminação racial nas relações trabalhistas, quais sejam: a) a imputação de responsabilidade ao empregador pelos atos discriminatórios praticados pelos seus prepostos; b) a omissão do dever de proteção contra a discriminação racial por parte do empregador – caracterizado como um dever-poder inerente ao seu poder diretivo – gera danos morais ao trabalhador, imputáveis ao empregador; c) a suposta aceitação ou aquiescência do empregado quanto ao tratamento discriminatório que lhe é dispensado não afasta a ocorrência do dano moral, tampouco a responsabilização do empregador; d) para fins de responsabilização da empresa por racismo, não é preciso comprovar o dano moral – elemento subjetivo e imensurável –, mas sim a ocorrência dos atos discriminatórios; e) como obrigação conexa ao contrato de trabalho, cabe ao empregador zelar pelo bem-estar dos seus empregados, em especial no que diz respeito à manutenção do respeito mútuo e à proteção contra a discriminação racial no ambiente de trabalho; f) ainda que supostamente emitidas em tom jocoso, com o intuito de gracejar, ofensas racistas provocam dano moral ao empregado; g) ao assinar o contrato de trabalho, o empregado não se despoja de sua dignidade humana, não se podendo associar à assinatura do contrato uma automática renúncia a direitos fundamentais.

– CONCLUSÕES –

“La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para que sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar.”

Eduardo Galeano

1. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, enquanto valor inerente a cada ser humano, por si só, não impede sua violação, sendo possível, na atualidade, constatar-se, de um lado, a insistente *coisificação* do homem, de outro, a luta deste pela sua *dignificação*, aspiração que requer a promoção da sua dignidade na esfera deontológica.

2. A atribuição de força jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de minimizar os atentados contra ela praticados, sendo o delineamento do seu conteúdo jurídico etapa importante para a sua materialização, enquanto fundamento do valor igualitário e, nomeadamente, do direito fundamental à igualdade racial.

3. Não há um fator único que justifique a dignidade humana. O que confere dignidade ao homem é uma miríade de qualidades intrínsecas humanas, que, ao mesmo tempo em que diferenciam a espécie humana das demais, estabelecem, nesse aspecto, a igualdade entre os seres humanos, conferindo-lhes dignidade, enquanto atributo imanente e incondicional, que, no entanto, não revela incompatibilidade com uma noção dinâmica de dignidade humana.

4. Gradativamente transposta para a ciência jurídica, a partir de sua concepção político-filosófica, a dignidade da pessoa humana constitui-se num princípio jurídico-constitucional que estabelece o respeito, a proteção e a promoção da especial dignificação do indivíduo singularmente considerado e socialmente situado.

5. A partir de seu conteúdo jurídico plúrimo, o princípio dignitário assume relevantes funções na ordem jurídica, dentre as quais podem ser identificadas: a função unificadora, função fundante, função legitimadora, função hermenêutica, função restritiva, função promotora, função protetiva, função de abertura, função de preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

6. O conteúdo jusfundamental da dignidade da pessoa humana pode ser revelado em dimensões, distinguindo-se uma perspectiva subjetiva ou individual com duas principais dimensões dignitárias – *dignidade como singularidade físico-psíquica* e *dignidade como autonomia* –, e uma perspectiva intersubjetiva ou social – no âmbito da qual se tem a *dignidade como reconhecimento* e a *dignidade como condições materiais e sociais*.

7. A dignidade da pessoa humana pressupõe relações de *reconhecimento recíproco intersubjetivo*, impondo igual respeito e tratamento igualmente digno a cada pessoa, premissa que revela a concepção de *dignidade como igualdade*.

8. Os comandos normativos dignitário e igualitário devem se ocupar, então, não da homogeneização ou igualabilidade de todos os indivíduos, mas da garantia de acesso equitativo aos meios para o desenvolvimento de suas próprias capacidades e otimização de sua dignidade dinâmica.

9. É a partir das dimensões e funções do princípio dignitário que se podem extrair, como consectários do próprio princípio igualitário, o *direito à não discriminação* e o *direito à diferença*, sem prejuízo da necessidade de *promoção da igual dignidade de todos*, e do *direito à proteção* da própria igualdade.

10. O tratamento igualmente digno que a todos deve ser conferido implica não uma aplicação limitada e formalista do princípio da igualdade; antes impõe o reconhecimento de uma acepção igualitária multidimensional, que trate igualmente os iguais e afaste a discriminação arbitrária, ao mesmo tempo em que considere as diferenças e desigualdades fáticas para, enfim, promover a efetiva igualdade, que merece proteção jurídica.

11. A evolução do princípio da igualdade trouxe consigo a compreensão de que todos devem ser considerados iguais em dignidade, embora as pessoas sejam naturalmente diferentes.

12. Da complexidade inerente à atual concepção da igualdade resulta que o mesmo princípio que, de um lado, proíbe a criação de desigualdades pelos poderes públicos, de outro, impulsiona a correção das desigualdades fáticas – mediante a criação de mecanismos legitimamente discriminatórios.

13. O *mínimo dignificante* constitui-se como núcleo essencial dos direitos substancialmente fundamentais, concepção que considera a complementaridade entre as prerrogativas jusfundamentais, estabelecendo um núcleo dignitário estável, embora dinâmico, associado às peculiares necessidades e capacidades do sujeito.

14. O reconhecimento do caráter principiológico da igualdade – que também pode ser compreendida como valor, como justiça e como *jus cogens* – não prejudica a sua aceitação

também enquanto direito fundamental (direitos de igualdade), podendo mesmo, em certos casos, resultar na consagração de direitos subjetivos.

15. Com a transcendência do modelo de Estado Liberal e ascensão do Estado Social de Direito, o princípio igualitário é complementado – e não superado – em seu aspecto genuinamente formal, pelo ideal de igualdade substancial, que, ao revés de uma visão rigorosamente neutra do ser humano, está calcada nas desigualdades concretas existentes entre os homens.

16. Sob o prisma do Estado Democrático de Direitos Fundamentais, ao conteúdo do princípio igualitário somam-se, ainda, novas orientações inclusivas consubstanciadas na noção de *igualdade procedimental* – própria de uma democracia deliberativa e participativa –, que estabelece a garantia de igual condição de participação de todos os cidadãos nas práticas e decisões estatais.

17. Nessa perspectiva, os grupos vulnerabilizados devem ser considerados como parte constitutiva do corpo social, e, por isso, coautores dos rumos desse *organismo vivo*, disso decorrendo que a igualdade não pode ser imposta de cima para baixo ou de fora para dentro, e sim se fundar na participação ativa que decorre do reconhecimento e do autorreconhecimento de cada cidadão como politicamente responsável por uma comunidade de pessoas livres e iguais.

18. O reconhecimento das diferenças, o respeito às identidades diferenciais e a valorização da diversidade são marcos contemporâneos da igualdade e, nessa perspectiva, não admitem mais a simples indiferença estatal diante das especificidades de determinados grupos sociais.

19. A mera tolerância ou tolerância mínima – dissociada da ideia de solidariedade recíproca – não garante que as minorias sejam reconhecidas como iguais participantes na comunidade política, e não constitui campo profícuo para o *engajamento dialógico* destas nas deliberações e construção de políticas inclusivas.

20. O alcance de igual participação e de acesso equitativo aos *meios de capacitação* requer políticas de reconhecimento e de igualdade de oportunidades que, associadas à justa redistribuição dos bens e direitos, promovam uma *paridade participativa autonômica* que decorra de um processo de autodignificação, autodesenvolvimento e auto(co)rresponsabilização dos grupos vulnerabilizados;

21. As ações afirmativas surgem, nesse contexto, como legítimas políticas públicas que buscam a inserção dos grupos excluídos dos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas, tornando-os, conseqüentemente, sujeitos ativos na promoção e

fruição de seus direitos fundamentais, bem como na autorrelização responsável de seus projetos de vida. São políticas de *promoção da igual liberdade de todos* capazes de conciliar e realizar as dimensões formal, material e procedimental da igualdade.

22. No âmbito de atuação de um Estado Democrático de Direitos Fundamentais, a consagração da igual dignidade requer esforços no sentido de compor a contínua tensão e interconexão entre liberdade e igualdade, entre solidariedade e individualismo, entre cidadania individualista e cidadania social, entre interesses majoritários e minoritários.

23. A eliminação do termo raça ou a simples afirmação de que, cientificamente, inexistem raças humanas não tem o condão de destruir o potencial discriminatório que a expressão e as práticas sociais a ela relacionadas adquiriram em meio à sociedade, sendo papel das ciências jurídicas reconhecer e corrigir eventuais condicionamentos que as *raças socialmente construídas* exercem na distribuição dos bens e no acesso aos direitos fundamentais.

24. A persistência da raça em seus sentidos social, histórico e cultural, com efeitos de hierarquização racial das estruturas sociais, torna a abordagem jurídica da questão racial não apenas relevante, mas imprescindível na busca pela igual dignidade de todas as pessoas.

25. A classificação racial – que, ao longo da história, serviu de mecanismo de exclusão –, atualmente pode se mostrar, em termos jurídicos, indispensável para a adoção de políticas públicas de promoção da igualdade racial, em especial nas ordens sociais racialmente hierarquizadas. Sob essa ótica, é preciso que se definam os grupos raciais que se encontram representados na sociedade, analisando as relações de poder entre estes estabelecidas as quais condicionam o igual gozo de liberdades e oportunidades pelos indivíduos.

26. O processo colonialista resultou – com reflexos perpetuados até os dias atuais – na colonialidade do poder, do saber e do próprio ser, fenômenos intrínsecos à modernidade e ao capitalismo e que negam/inferiorizam a humanidade do outro para afirmar a *humanidade hegemônica* como universal.

27. O ideal colonizatório, fortemente influenciado e legitimado pelo racismo científico, permeou os discursos e teorias de grande parte dos filósofos dos séculos XVIII e XIX, os quais, ainda que de modo implícito, eram compatíveis com a defesa do colonialismo e da escravidão como instrumentos imprescindíveis à evolução civilizatória dos povos não europeus.

28. A igualdade dos modernos foi construída sobre as bases da indiferença, como um espelho narcísico pelo qual se enxerga não a diversidade de todas as *diferentes imagens refletidas*, mas apenas aquelas *seletivamente iguais*. Assim, a *universalização* da igualdade –

suposto projeto de justiça da modernidade – é reduzida ao papel de alicerce filosófico-político para a manutenção do conquistado *status quo*, sem pretensão de emancipação igualitária dos sujeitos subalternizados.

29. No atual estágio de evolução do princípio igualitário, a tarefa que se impõe é a de não desconsiderar o legado deixado pela trajetória da igualdade moderna, mas de conferir-lhe sentido emancipatório, a partir do uso e desenvolvimento do seu senso prescritivo, em prol da igual dignidade e expansão autonômica dos grupos vulnerabilizados.

30. O princípio igualitário deve também sobrelevar o princípio da solidariedade, em prol da expansão igualitária da autonomia, fundamentando a redistribuição de status econômico, político, social e racial.

31. A trajetória dinâmica e, portanto, inconclusa, da igualdade deve passar a ser construída e complementada com a *coparticipação solidária de todos e para todos*, o que implica reconhecer os condicionamentos impostos pela colonialidade – ou racialização das relações de poder – para conceber o direito à igualdade racial, enquanto devir pós-colonial igualitário.

32. O estudo da igualdade racial envolve a análise das diversas dimensões que compõem tal cláusula igualitária, de modo a revelar o seu *conteúdo ótimo*, que, no entanto, não deve ser apresentado como um paradigma definitivo e taxativo do direito fundamental à igualdade racial. Trata-se, portanto, de *modelo rebus sic stantibus*, suscetível de complementação extensiva, conforme o dinamismo evolutivo das relações sociorraciais.

33. O direito à igualdade racial envolve diferentes dimensões, todas interligadas e teleologicamente direcionadas, quais sejam: a) o direito à não discriminação racial; b) o direito à diferença racial; c) o direito à promoção da igualdade racial; e d) o direito à proteção da igualdade racial.

34. Aos *direitos de igualdade racial* corresponde um feixe de tarefas estatais e de deveres fundamentais correlatos.

35. O *direito à não discriminação racial* – dimensão eminentemente negativa do direito à igualdade racial – consiste no direito de não ser tratado de forma ilegítima ou arbitrariamente desigual, por motivos de ordem racial.

36. Na sua associação com o princípio dignitário, o direito à não discriminação racial pode ser extraído, essencialmente, da dignidade como autonomia, já que impacta diretamente na capacidade de autodeterminação e na autonomia, enquanto elementos internos de cada indivíduo.

37. O direito à não discriminação racial envolve, então, o acesso e gozo de prerrogativas em termos racialmente equitativos, ou seja, sem interferência discriminatória e violadora da igual liberdade das pessoas em função de sua raça.

38. A mera proibição de discriminação racial, nas sociedades racializadas, não se mostra suficiente para desconstruir o racismo e diluir os seus efeitos desigualitários, exigindo-se, desse modo, medidas concretas e positivas para o alcance da equidade racial.

39. O *racismo institucional* opera a partir de mecanismos seletivos de vantagens e desvantagens racialmente determinadas, com interposição de barreiras aos *grupos raciais inferiorizados*. Retrata a institucionalização sistemática de práticas, estruturas e missões institucionais que reproduzem e retroalimentam a ordem social hierarquicamente racializada, resultando na distribuição desigual de bens, serviços, prerrogativas e oportunidades entre os distintos grupos raciais.

40. A constatação da existência de racismo institucional é elemento indicativo da imposição de medidas de promoção da igualdade racial, especialmente quando se considera que mecanismos de proteção contra a discriminação racial são insuficientes para o seu enfrentamento.

41. O *racismo ambiental* configura-se como forma de discriminação racial que impõe a exposição desproporcional de grupos raciais a riscos e gravames ambientais, intensificada, bem como pelo acesso desigual a recursos e bens ambientais.

42. O preconceito direcionado a religiões tradicionalmente associadas a determinados grupos raciais constitui *racismo religioso*, fortemente marcado pelo ódio religioso. No Brasil, a articulação entre racismo e intolerância religiosa reservou lugar de subalternidade às religiões afro-brasileiras, por serem a expressão religiosa de negros e escravizados.

43. O efeito silenciador opressivo causado pelo discurso de ódio racial, potencializado pela conveniente invisibilização dos discursos contrapostos. As manifestações unilaterais em defesa de grupos hegemônicos e/ou contra grupos raciais vulnerabilizados acabam por abafar a voz das *minorias*, que ficam condenadas ao silêncio no debate público;

44. A atuação do Estado pode ser essencial para garantir que a voz de grupos minoritários seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo do debate público, em prol da democracia;

45. O exercício abusivo ou totalitário do direito à liberdade de expressão para difusão do discurso de ódio racial extrapola os limites constitucionalmente impostos, atingindo

não apenas o direito à igualdade dos grupos afetados, mas também o seu próprio direito à (igual) liberdade, excluindo-os do debate público;

46. O discurso de ódio não deve ser *prima facie* entendido como mero exercício do direito à liberdade de expressão, sendo de fundamental importância, num Estado Democrático de Direito, a reflexão sobre sua regulação. É que se por um lado a democracia exige o respeito à liberdade de expressão, por outro pressupõe a igualdade entre as pessoas, princípio elementar numa sociedade democrática e que o discurso de ódio se destina exatamente a negar, ao propagar a inferioridade/superioridade de determinados grupos

47. O *direito à diferença* – extraído essencialmente da *dignidade como reconhecimento* – opera em duas frentes distintas: na valorização das diferenças formadoras do núcleo identitário da pessoa, protegendo-as de maneira a evitar a descaracterização da pertença do indivíduo ao grupo ao qual se associa; e na exigência de reconhecimento das especificidades de determinados grupos vulnerabilizados, para alteração do *status quo* de desigualdades fundadas nas diferenças.

48. Assim, o direito à diferença racial pode ser definido prerrogativa jusfundamental de valorização das características raciais, como fatores relevantes na configuração identitária dos indivíduos e grupos, com garantia de respeito estatal e busca de validação social.

49. O *direito à promoção da igualdade racial* – de caráter essencialmente positivo – é dirigido aos indivíduos pertencentes a grupos raciais vulnerabilizados, correspondendo ao dever de o Estado adotar medidas concretas tendentes a amenizar as desigualdades raciais persistentes no seio da sociedade.

50. A existência de grupos raciais vulnerabilizados é elemento indispensável para a vinculação estatal a uma atuação promotora da igualdade racial e, conseqüentemente, para a legitimação das políticas e programas correspondentes.

51. A expansão da autonomia individual ou a promoção da igual liberdade de todas as raças é um dos mais importantes objetivos das ações afirmativas raciais, que resultam no aumento da representatividade dos grupos raciais vulnerabilizados, notadamente nos *espaços reservados de poder*.

52. O *direito à proteção da igualdade racial* corresponde ao *dever de proteção* ou *deveres de ações protetivas* de cada uma das prerrogativas jusfundamentais que compõe o direito à igualdade racial. Trata-se de direito a ações positivas a que fica obrigado, primordialmente, ao Estado – que deve cumpri-lo de forma equilibrada, no patamar entre a

proibição de déficit e a proibição de excesso – sem prejuízo da vinculação, em certa medida, também das entidades privadas.

53. A fundamentalidade material da igualdade racial liga-se à concepção de mínimo dignificante como núcleo essencial das prerrogativas jusfundamentais, tendo em vista o bem jurídico que se almeja garantir.

54. Defende-se a existência de um *direito fundamental à igualdade racial*, composto de quatro dimensões jurídico-subjetivas – direito à não discriminação racial, direito à diferença racial, direito à promoção da igualdade racial e direito à proteção da igualdade racial – que se correlacionam de modo a revelar o *conteúdo ótimo* concretizador da igual dignidade racial.

55. O conteúdo do direito fundamental à igualdade racial revela dimensões que mantêm entre si, ao mesmo tempo, uma relação de complementaridade e de relativa autonomia, embora se configurem como elementos constituintes do direito à igualdade racial, não deixam de ser prerrogativas de caráter autônomo, que podem ser pleiteadas autonomamente, sem prejuízo da recíproca interpenetração.

56. Das vertentes identificadas, o direito à proteção da igualdade racial pode ser considerado o mais instrumental, pois serve, de modo mais evidente, à materialização dos demais. Daí porque, sem se amalgamar com as demais prerrogativas da igualdade racial, forma uma espécie de elmo protetor que envolve cada uma das dimensões apontadas.

57. Adota-se, no presente estudo, posicionamento híbrido quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, de acordo com o qual prevalece, de um lado, a teoria absoluta dinâmica quanto ao conteúdo essencial objetivo ou abstrato, e doutro, a teoria relativa do conteúdo essencial subjetivo dos direitos fundamentais.

58. Cada prerrogativa jusfundamental possuiria, então, um conteúdo essencial objetivo – que lhe garantiria um núcleo estável, notadamente no que se refere às intervenções restritivas do legislador conformador e à fixação de *standards* orientadores da atuação do operador do direito – e um conteúdo essencial subjetivo – que, sem olvidar a estabilidade abstratamente construída, submete-a à conflitualidade inerente à casuística, a partir de parâmetros o mais objetivo quanto possível, vislumbrando-se, para tanto a proporcionalidade como critério de relevância ímpar.

59. O direito à não discriminação racial – dimensão de caráter eminentemente defensivo –, haja vista sua primazia histórica, é a prerrogativa que, dentre as que compõem a igualdade racial, consolidou-se em primeiro lugar e, nesse sentido, constituiu o núcleo em torno do qual se desenvolveram os demais sentidos que materializam o bem jurídico em questão.

60. Sob essa ótica, pode-se afirmar que o direito à não discriminação racial integra o conteúdo essencial do direito à igualdade racial, o que equivale a dizer que, nessa condição, não poderá ser submetido a restrições normativas capazes de minar sua eficácia.

61. Ao lado do fator histórico, o regime jurídico-político é outro ponto referencial na definição, *a priori*, do conteúdo nuclear de um direito fundamental. Um *Estado* que se pretenda *Democrático e Social de Direito* não pode escusar-se do dever de proteção das minorias étnico-raciais e de promoção dos seus direitos fundamentais, lançando mão, quando necessário, de medidas de ação afirmativa raciais.

62. Ao fator histórico e ao regime jurídico-político alia-se outro elemento crucial na determinação objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental, qual seja: a realidade fática.

63. As demandas jurídico-políticas inerentes à aplicação da igualdade nos seus sentidos material e procedimental apenas podem ser detectadas a partir da observação da realidade fática. Quando essa conjuntura social revelar condicionantes persistentes de acesso a bens, recursos, status e direitos por motivos raciais, então, as dimensões positivas da igualdade racial – direito à diferença e direito à promoção da igualdade racial – devem ser agregadas ao conteúdo essencial da prerrogativa jusfundamental em questão.

64. Assim, o direito fundamental à igualdade racial possui um núcleo duro – o direito à não discriminação racial –, que não deve ser relativizado por contingências, o que não impede sua dinamização evolutiva para agregar outras prerrogativas jusfundamentais – os direitos à diferença racial e à promoção da igualdade racial – ao seu conteúdo essencial, conforme o contexto jurídico-político e social.

65. Os sistemas de proteção dos direitos humanos – tanto os internacionais quanto os regionais – possuem instrumentos normativos que consagram, em menor ou maior grau todas as dimensões do direito à igualdade racial, reforçando a força vinculativa dessas prerrogativas nas relações interestatais, mais também intraestatais, para os Estados signatários.

66. Pode-se identificar quatro fases de tratamento da questão racial pela ordem jurídica brasileira: o período escravagista; a política de branqueamento e criminalização do negro; evolução da legislação antirracismo; a promoção da igualdade racial pela legislação brasileira.

67. Apesar de constatada significativa evolução, não se pode negar que, em virtude do racismo institucional que ainda é reproduzido, em muitos aspectos, pelo sistema de justiça, as normas jurídicas são cotidianamente aplicadas de maneira racialmente condicionada, com sérios reflexos na igual dignidade e liberdade de todas as raças.

68. É preciso reconhecer que o próprio Direito se estruturou a partir de matrizes epistemológicas e institucionais coloniais e foi historicamente articulado pelos grupos hegemônicos para manutenção do domínio sobre os grupos subalternizados.

69. Enquanto o sistema de justiça se mantiver estruturalmente colonial, o direito seguirá servindo de instrumento de preservação do *status quo* e de visões parciais de igualdade e liberdade, conforme a raça. Daí porque essas estruturas precisam passar por um processo de reorientação democrática que envolva a efetiva participação da população negra num diálogo jurídico-político capaz de fazer emergir a capacidade emancipatória do direito na esfera da igualdade racial.

- **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS** -

- DOUTRINA

AARON, Benjamin *et al.* *International Labour Reports*. Vol. 15. Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

ABEYRATNE, Rehan. *Socioeconomic rights in the Indian Constitution: toward a broader conception of legitimacy*. In *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, number 1, 2014, pp. 1-71.

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

_____. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ABREU, Ivy de Souza. *Biopolítica e racismo: uma análise da realidade ambiental brasileira*. In *Derecho y Cambio Social*, pp. 1-11. Disponível em «<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472805.pdf>». Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental*. In *Estudos Avançados*. V. 24, nº 68. São Paulo, 2010, pp. 103-119. Disponível em «http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100010&lng=en&nrm=iso». Acesso em 18 de fevereiro de 2022.

ADDIS, Adeno. *On human diversity and the limits of toleration*. In SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will (ed.). *Ethnicity and group rights*. Nomo XXXIX. New York: New York University Press, 1997, pp. 112-153.

ADORNO, Sérgio. *Racismo, criminalidade violenta e Justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa*. In *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 18, 1996, pp. 283-300.

AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*. Vol. II (Livro IX-XV). Tradução de J. Dias Pereira. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

_____. *A Cidade de Deus*. Vol. III (Livro XVI-XXII). Tradução de J. Dias Pereira. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

- AGÜERO, Oscar Alfredo. *Sociedades indígenas, racismo y discriminación*. In Revista Horizontes Antropológicos. Ano 8, nº 18. Porto Alegre, dezembro de 2002, pp. 255-264.
- AINIS, M. *Azioni positive e principio di eguaglianza*. In Giurisprudenza costituzionale, v. 1, 1992, pp. 582-593.
- AKOTIRENE, Carla. *O que é interseccionalidade?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.
- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*. Disponível em «<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>». Acesso em 8 de fevereiro de 2022.
- ALENCAR, Francisco *et al.* *História da Sociedade Brasileira*. Ao Livro Técnico, 1985.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Estoril: Príncípa, 2007.
- _____. *Perfil constitucional da dignidade humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*. In Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 481-511.
- _____. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – vol. II (A construção dogmática)*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- _____. *Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Antônio Luís Machado Neto. Nº 18, ano 2009.1, Salvador-BA, pp. 463-482.
- ALIETTI, Alfredo; PADOVAN, Dario. *Religious Racism. Islamophobia and Antisemitism in Italian Society*. Disponível em «<https://www.mdpi.com/2077-1444/4/4/584>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- ALMEIDA, Isabel Maria Banond. *A ideia de liberdade no Mundo Antigo: notas para uma reflexão*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 40. Lisboa: 1999, pp. 325-473.
- ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Os povos na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: o conceito e os direitos à autodeterminação e ao desenvolvimento*. In ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos humanos em África – Estudos sobre o sistema africano de protecção dos direitos humanos. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

- ALMEYRA, Guillermo Almeyra. *Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo*. In Política y Cultura, primavera 2004, núm. 21, pp. 7-19. Disponível em «<http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n21/n21a02.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVES, J. A. Lindgren. *A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos*. In Revista Brasileira de Política Internacional. 45 (2): 2002, p. 198-223.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *O princípio da justiça no Artigo 266º da Constituição*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra, 2001, pp. 685-704.
- AMARAL, Maria Lúcia. *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35-57.
- ANDERSON, Robert B.; SCHNEIDER, Bettina; KAYSEAS, Bob. *Indigenous Peoples' Land and Resource Rights*. National Centre for First Nations Governance. West Vancouver, 2008, 33 p.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- ANDRÉS, José-Román Flecha. *Cristianismo y Tolerancia*. 3ª ed. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2007.
- ANDREWS, Penelope E. *Affirmative Action in South Africa: Transformation or Tokenism?* In Gender, Race and Comparative Advantage – a cross-national assessment of programs of compensatory discrimination. ANDREWS, Penelope E. (ed.). Law in Context Special Issue. Volume 15, number 2. The Federation Press, 1999.
- ANWAR, Shamena; BAYER, Patrick; HJALMARSSON, Randi Hjalmarsson. *The impact of jury race in criminal trials*. In Quarterly Journal of Economics. Vol. 127, Issue 2. Oxford Academic: may 2012, pp. 1.017-1055.
- AQUINO, Santo Tomas. *Suma Teologica*. 3ª ed. Tomo I. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1964.
- _____. *Suma Teologica*. 3ª ed. Tomo II-III. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1959.
- _____. *Suma Teologica*. Tomo III (2). Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1959.

_____. *Suma Teologica. Tomo IV*. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1954.

_____. *Suma Teologica. Tomo VI*. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1955.

_____. *Suma Teologica. Tomo VIII*. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1956.

_____. *Suma Teologica. Tomo IX*. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1955.

_____. *Suma Teologica. Tomo X*. Trad. Presidida por Francisco Barbado Viejo, O. P. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Catolica, S. A., 1955.

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de. *Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra: as religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico - repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural*. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. Brasília, 2007, 120 p. Disponível em «http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7325/3/2007_MauricioAzevedodeAraujo.pdf». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. *Política*. Edição bilingue (português-grego). Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. 1ª ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal Editores, 2004.

_____. *Tratado da Política*. Sintra: Europa-América, 1997.

ARP, Björn. *Las minorias nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ASCENSÃO, José Oliveira. *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103, jan./dez 2008, pp. 277-299.

AUBIN, Emmanuel. *Droit des Étrangers*. Paris: Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2009.

AURÉLIO Diogo Pires. *Um Fio de Nada – Ensaio sobre a Tolerância*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

- AUSTIN, James *et al.* ***Three Strikes and You're Out: The Implementation and Impact of Strike Laws***. Disponível em «<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/181297.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. ***Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana***. In REVISTA USP, n. 53, março/maio 2002. São Paulo: Universidade de São Paulo – Superintendência de Comunicação Social, 2002, pp. 90-101.
- BABU, Shyam. ***Caste and Class among the Dalits***. In RAWAT, Ramnarayan S.; SATYANARAYANA, K. (ed). Durhman: Duke University Press, 2016, pp. 233-247.
- BACOT, Guillaume. ***La situation juridique des non-citoyens d'après J. J. Rousseau***. In Revue du Droit Public. Tome cent seize, janvier-février 2000, n° 1. Paris: LGDJ, 2000, pp. 77-99.
- BADA, José. ***La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia***. Navarra: Editorial Verbo Divino, 1996.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. ***Justiça Ambiental entre redistribuição e reconhecimento – A necessária democratização da proteção da natureza***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BALDWIN, James; MALCOLM X; KING, Martin Luther. ***Nous, les Nègres***. Entretiens avec Kenneth B. Clark. Traduit de l'anglais (États-Unis) par André Chassigneux. La Découverte Poche. Paris: La Découverte, 2008.
- BALLESTRERO, M. V. ***Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale***. In NLCC, 1994, pp. 11-33.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. ***Jus Cogens em Direito Internacional***. Lisboa: Lex, 1997.
- BARAK, Aharon. ***Proportionality – constitutional Rights and their limitations***. Traslated from Hebrew by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARBIEIRI, Diovana. ***A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?*** In MONTEIRO, António Pinto (dir.). Estudos de Direito do Consumidor. N. 8. Centro de Direito do Consumo. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006/2007, pp. 291-345.
- BARCELLOS, Ana Paula de. ***A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. ***Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARNES, Javier. ***El principio de proporcionalidade – Estudios preliminares***. In Cuadernos de Derecho Publico, n° 5, septiembre-diciembre 1998. El principio de proporcionalidade. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, 15-49.

- BARROS, José d'Assunção. *Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções*. In *Análise Social*, vol. XL, nº 175, julho-setembro 2005, trimestral. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 345-366.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto Barroso; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. V. 38, nº 1, jan-jun 2010. Uberlândia: EDUFU, 2010, pp. 235-274.
- BARRY, Brian. *Why social justice matters*. Cambridge: Polity Press, 2005.
- BARTEL, Carlos Eduardo. *Manifestações de Racismo e de Intolerância no Brasil Contemporâneo*. *História Unicap*, v. 1, nº 1, jan./jun. 2014. Disponível em «www.unicap.br/ojs/index.php/historia/article/download/379/348». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BAYLY, Susan. *The New Cambridge History of India – Caste, Society and Politics in India from the Eighteenth Century to the Modern Age*. Cambridge University Press, 2008.
- BECKMANN, Johan; BRAY, Elmene; MAILE, Simeon. *Inclusive Education and Training System*. In GROOF, Jan De; LAUWERS, Gracienne (eds.). *Special Education. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*. Vol. V. New York: Springer-Verlag, LLC, 2003.
- BELL, Mark. *Racism and Equality in the European Union*. New York: Oxford University Press, 2008.
- BENDIX, Sonia. *Industrial relations in South Africa*. 4ª ed. Juta and Company Limited, 2001.
- BENEDETTI, Giuseppe. *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LII, n. 1, marzo 1998. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 17-32.
- BENEDITO, Deise. *Os Deserdados do Destino: A construção da Identidade Negra Criminosa no Brasil*. In *Revista Palmares*. Brasília, 2005, pp. 52-63. Disponível em «www.palmares.gov.br/sites/000/2/download/revista2/revista2-i52.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- BENOIT-ROHMER, F. *La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales*. In *Revue Trimestrielle des Drois de l'Homme*, 13^{ème} année, n. 51, 1^{er} juillet, 2002, pp. 563-586.
- BENSAÏD, Daniel. *Zur Judenfrage, uma crítica da emancipação política* (Apresentação). In MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Coleção Marx-Engels. Trad. Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 9-29.

- BENSON, Michael. *Malcolm X. Just the Facts – Biographies*. Minnesota: Lerner Publications Company, 2005.
- BENTO, Maria Aparecida Silva Bento. Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/pt-br.php>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In Isaiah Berlin. Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BERTH, Joice. *O que é empoderamento?* Belo Horizonte (MG): Letramento/Justificando, 2018.
- BERG, Erik. *Sovereignties, the World Conference against Racism 2001 and the Formation of a Dalit Human Rights Campaign Dag*. Disponível em «<https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr/ceri/files/qdr20.pdf>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger, *Legal Theory Today – Consent in the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BEZERRA JÚNIOR, João Alberto Mendes. *A (in)constitucionalidade do modelo de cotas para negros: quem somos nós, os brasileiros?* Horizonte da questão da desigualdade racial no Brasil, depois do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – STF. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.
- BIANCHI, Andrea. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. In The European Journal of International Law. Vol. 19, nº 3, 2008, pp. 491-508.
- BIKO, Steve. *Escrevo o que eu quero*. Tradução do Grupo Solidário São Domingos. São Paulo: Editora Ática, 1990.
- BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights – The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford University Press, 2008.
- BINDMAN, Geoffrey. *Incitement to racial hatred in the United Kingdom: have we got the law we need?* In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 258-262.
- BLACKBURN, Robin. *A queda do escravismo colonial: 1776-1848*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Editora Record, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *As razões da tolerância*. In BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 206-232.

- _____. *Introdução*. In BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 206-232.
- _____. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 2009.
- _____. *Quale democrazia?* Brescia: Morcelliana, 2009.
- _____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Vol. I. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998.
- BOEREFIJN Ineke; OYEDIRAN, Joanna, *Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 29-32.
- BON, Pierre; MAUS, Didier. *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*. Paris: Éditions Dalloz, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- F. Borgogelli, *La tipologia delle azioni positive*. In GAETA, L.; ZOPPOLI, L. (org.). Il diritto diseguale. Giappichelli: Torino, 1994, pp. 11-27.
- BOVERO, Michelangelo. *Democracia y derechos fundamentales*. In Isonomia, nº 16, abril 2002. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México: D.F., 202, pp. 21-38.
- BOWEN, Deirdre M. *Meeting Across the River: Why Affirmative Action Needs Race & Class Diversity*. In Denver University Law Review. Vol. 88:4, 2011, pp. 751-789.
- BOYER, Yvonne. *Aboriginal Health – A Constitutional Right Analysis*. In Discussion Paper Series in Aboriginal Health: Legal Issues. Nº 1. Ottawa, Ontario: Native Law Center – University of Saskatchewan, june 2003, pp. 1-33.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Limites dogmáticos da intervenção judicial na liberdade contratual com fundamento na função social dos contratos*. In MONTEIRO, António Pinto (dir.). Estudos de Direito do Consumidor. N. 8. Centro de Direito do Consumo. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006/2007, pp. 203-227.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- BRITO, Miguel Nogueira. *Medida de Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*. In RIBEIRO, Gonçalo de Almeida;

- COUTINHO, Luís Pereira (org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 107-131.
- BRITTO, Livaldo Reaiche Raimundo. *A proteção legal dos terreiros de candomblé – da repressão policial ao reconhecimento como patrimônio histórico-cultural*. Salvador: Kawo-Kabiyesile, 2016.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- BRUGGER, Winfried. *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)*. In *German Law Journal*, vol 04, nº 01, 2003, pp. 1-22.
- _____. *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)*. In *German Law Journal*, vol 04, nº 01, 2003, pp. 23-44.
- BUCH, Henri. *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*. In *Égalité*, vol. 1. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l' Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1971, pp. 196-225.
- BUCK-MORSS, Susan. *Hegel e Haiti*. Tradução de Sebastião Nascimento. In *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 2011. Nº 90, julho 2011, pp. 131-171.
- BULLARD, Robert D. *Environment and Morality: confronting Environmental Racism in the United States*. In *Identities, Conflict and Cohesion Programme*. Paper number 8. October 2004. United Nations Research Institute for Social Development. Disponível em <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/543B2B250E64745280256B6D005788F7/\\$file/bullard.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/543B2B250E64745280256B6D005788F7/$file/bullard.pdf)>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- _____. *Enfrentando o racismo ambiental no século XXI*. In ACSELRAD, Henri; HERCULADO, Selene; PÁDUA, José Augusto. *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, pp. 41-68.
- CABECINHAS, Rosa. *Preto e Branco – A naturalização da discriminação racial*. Porto: Campo das Letras, 2007.
- CALAFÀ, Laura. *Nuovi modelli di azioni positive nell'attuazione delle politiche di antidiscriminazione razziale ed étnica*. Studio elaborato per incarico della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali. Roma, gennaio 2007.
- CALDERÓN, Edith Magnolia Bastidas Calderón. *Entidades Territoriales Indígenas: objeciones para su conformación y delimitación*. Monografía para optar el título de *Magistra* en Estudios políticos. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Bogotá D. C., 2009. Disponível em <<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/318/pol90.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- CALVÈS, Gwénaële. *Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités*. In Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. N° 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, pp. 29-40.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225-245.
- CANDAÜ, Vera Maria. *Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença*. In Revista Brasileira de Educação, v. 13, n. 37 jan./abr. 2008, pp. 45-56. Disponível em «http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782008000100005&lng=en&nrm=iso». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- CANO, José Ignácio Cano. *Viés racial no uso da força letal pela polícia no Brasil*. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. In Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: edição de direitos humanos, 2014, pp. 17-25.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- _____. *Omissões normativas e deveres de proteção*. In DIAS, Jorge de Figueiredo et al. Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, vol. 2. Estudos variados – Direito Comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 111-124.
- _____. *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 285-296.
- CARMICHAEL, Stockely; HAMILTON Charles V. *Black Power: the politics of liberation in America*. New York: Vintage Books, 1967.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.
- CASAS, Fray Bartolomé de Las. *Brevíssima Relación de la Destrucción de las Indias*. Colegida por el Obispo Don Fray de Las Casas, de la Orden de Santo Domingo, año 1552. Barcelona: Editorial Juventud, 2008.
- CASAS, Rosa María Ricoy. *El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo*. In Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 2: Conceptos Jurídicos Centrales, caps. 24 a 45. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1.639-1.676.
- CASHMORE, Ellis et al. *Dicionários de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000.

- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”*. In LANDER, Eduardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas. Textos completos. Coléccion Sur-Sur. CLACSO: Buenos Aires, 2005, pp. 80-87.
- CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo Leandro de. *Custo da Juventude Perdida no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)/Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE)/Centro de Pesquisa para o Desenvolvimento Internacional (IDRC)/Centro de Estudios Distributivos Laborales y Sociales (CEDLAS), 2013. Disponível em [«http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/presi/7_cerqueira_moura_pt.pdf»](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/presi/7_cerqueira_moura_pt.pdf). Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- CERQUEIRA Daniel *et al* (org.). *Atlas da Violência 2016*. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em [«http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_d_a_violencia_2016_finalizado.pdf»](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_d_a_violencia_2016_finalizado.pdf) Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- CERRI, Augusto. *L’eguaglianza*. Universale – La democrazia dalla A ala Z. Collana: Editori Laterza, 2005.
- CÉSAIRE, Aimé. *Discours sur le colonialisme*. Suivi du Petit Matin D’Aimé Césaire. Canadá: République des Lettres, 2014.
- CHAMBERLAIN, Houston Stuart. *The Foundations of the Nineteenth Century*. Tradução de John Less. In two volumes: volume II. New York: John Lane Company, MCMXII.
- CHARLESWORTH, Hilary. *Concept of Equality in International Law*. In HUSCROFT, Grant; RISHWORTH, Paul (ed). *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*. Oxford: Hart, 2002, 137-147.
- CHEREDNYCHENKI, Olha. *Fundamental Rights and Contract Law*. In *European Review of Contract Law*. Vol. 2, n. 4. London: Editorial Board, 2006, pp. 489-505.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques; GUCHET, Yves. *As Grandes Obras Políticas – de Maquiavel à actualidade*. Tradução de Luís Cadete. Portugal: Publicações Europa-América, 2004.
- CÍCERO. *Dos Deveres (De Officiis)*. Trad. Carlos Humberto Gomes. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2000.
- _____. *Tratado da República*. Trad. Francisco de Oliveira. Coleção Clássicos da Política. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2008.
- CLARO, João Martins. *O princípio da igualdade*. In MIRANDA, Jorge (org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, pp. 31-38.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. In CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grández (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*.

- Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional (8). Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 115-156.
- COHEN, Carl. *Why race preference is wrong and bad*. In COHEN, Carl; STERBA, James B. *Affirmative Action and Racial Preference: A Debate*. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 3-190.
- COHEN, G. A. *A igualdade como norma e o (quase) obsoleto marxismo*. In Lua Nova – Revista de Cultura e Política. n° 33 – 94. São Paulo: Cedec, 1994, pp. 123-134.
- COHEN, Martin. *Political Philosophy – from Plato do Mao*. London: Pluto Press, 2001.
- COLLINS, Patricia Hill. *Epistemologia feminista negra*. In BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; Ramón GROSFOGUES (org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, pp. 139-170.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CONSIDINE, Craig. *The Racialization of Islam in the United States: Islamophobia, Hate Crimes, and “Flying while Brown”*. Disponível em <<https://www.mdpi.com/2077-1444/8/9/165>>. Acesso em fevereiro de 2022.
- COPE, Edward Drinker. *The origin of the fittest – essays on evolution*. New York: D. Appleton and Company, 1887.
- CORREIA, Catarina Pinto. *La définition des minorités*. In Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIV, tomo 2. Lisboa: Católica Editora, 2000.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- COSTA, Lara Moutinho da Costa. *Territorialidade e racismo ambiental: elementos para se pensar a educação ambiental crítica em unidades de conservação*. In Pesquisa em Educação Ambiental, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 101-122, jul. 2012. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/55936>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- COTLER, Irwin. *Principles on hate speech, freedom of expression and non-discrimination: the Canadian experience as a case-study in striking a balance*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 123-129.
- COTTER, Anne-Marie Mooney. *Race matters: an international legal analysis of race discrimination*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2006.

- COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*. In Revista Internacional de Derechos Humanos. Año 6, número 10. São Paulo, junio de 2009, pp. 52-81. Disponível em «http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/es_a04v6n10.pdf». Acesso em 03 de fevereiro de 2022.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167-185.
- COUTINHO, Luís Pedro Dias Pereira. *Regimes políticos e justiça em Aristóteles: algumas notas*. In Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra, 2012, vol. 1, pp. 83-94.
- CRENSHAW, Kimberlé. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*. In Stanford Law Review. Vol. 43: 1241, July 1991, pp. 1241-1299.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Igualdade, minorias e discriminações*. In Revista O Direito. Ano 131º, 1999, III-IV, julho-dezembro. E.I. - Editora Internacional, 1999, pp. 289-312.
- CUNHA, Estela Maria García de Pinto da; JAKOB, Alberto Augusto Eichman. *Diferenças raciais nos perfis e estimativas de mortalidade para o Brasil*. In Saúde da População Negra no Brasil. Contribuições para a promoção da equidade. FUNASA. Ministério da Saúde. Brasília, 2005, pp. 201-236.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2ª ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- DAGNINO, Evelina. *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania*. In DAGNINO, Evelina. Anos 90 - Política e Sociedade no Brasil. Brasília: Ed. Brasiliense, 1994. p. 103-115.
- DAL-RE, Fernando Valdés. *La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho Comparado*. In Número Monográfico sobre fuentes del derecho em homenaje al Profesor Javier Salas Hernández. Año 11, n. 17, enero-diciembre. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 499-525.
- DAMASCENO, Elena Steinhorst; SANTANA JÚNIOR, Horácio Antunes. *Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RDJA): expressão e forma do movimento social contemporâneo*. In V Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luis, 2011. Disponível em

«<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/vjornada.html>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

DARWIN, Charles. *The descent of man, and the selection in relation to sex*. Vol. 1. New York: D. Appleton and Company, 1871.

DAVIS, Angela. *As mulheres negras na construção de uma nova utopia*. In «<https://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

DAVIS, David Brion. *The Problem of Slavery in the Age of Revolution (1770-1823)*. New York: Oxford University Press, 1999.

DELACAMPAGNE, Christian. *Une histoire du racisme – des origines à nos jours*. Le Livre de Poche. Paris: France Culture, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La giustizia*. 6ª ed. Roma: Studium, 1959.

DESAI, Sonalde; DUBEY, Amaresh. *Caste in 21st Century India: Competin Narratives*. In Econ PolitWkly. 2012. Disponível em «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3379882/>». Acesso em 3 de fevereiro de 2022.

DINIZ, Almachio. *O Super-Homem (O fundamento evolucionista do übermensch de Friedrich Nietzsche)*. In Cad. Nietzsche. Vol. 36, nº 2. Guarulhos/Porto Seguro, 2015, pp. 123-142.

DIOP, Cheikh Anta. *The African origin of civilization: mith or reality*. Translated from the French by Mercer Cook. Chicago: Lawrence Hill Books, 1974.

DIRKS, Nicholas B. *Castes of Mind – Colonialism and the Making of Modern India*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

DOMINGUES, Natalina Graça Grilo de Bastos Silva. *O sonho de Martin Luther King, Jr. na América de George W. Bush*. Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2006.

DRAY, Guilherme Machado. *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Vol. I – Direito Privado e vária. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 77-105.

_____. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. Igualdade e Justiça. n. 2, jul./dez. São Paulo: Editora Método, 2003, pp. 113-137.

DUARTE, David. *Lei-Medida e Democracia Social*. In Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Universidade do Minho, 1992, p. 301-347.

- DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme. *História e memória nacional do discurso jurídico: o julgamento da ADPF nº 186*. In Universitas JUS, v. 24, nº 3, pp. 33-45, 2013. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2611/2118>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- DUBOIS, W. E. B. *The Souls of the Black Folk*. Nova Iorque: Vintage Books, 1970.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. *Manual para defender os direitos dos povos indígenas*. Tradução para o português – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) – Conselho Indigenista Missionário, 2016.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidade e eurocentrismo*. In LANDER, Eduardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas. Textos completos. Coléccion Sur-Sur. CLACSO: Buenos Aires, 2005, pp. 24-32.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Ação afirmativa: funciona?* In DWORKIN, Ronald. A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 543-579.
- _____. *A discriminação inversa*. In Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 435-494.
- _____. *Ação afirmativa: é justa?* In A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 581-607.
- EASTMAN, Kate. *Racial vilification: the Australian experience*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 75-81.
- EGGERKING, Kitty. *Australia: the role of the media in perpetuating racism*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 82-86.
- ERRERA, Roger. *In defense of civility: racial incitement and group libel in French law*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 144-158.
- ESTRADA, Alexei Julio. *Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. In Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos.

Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Editorial Trotta, 2007, pp. 121-157.

ESWARAN, Venkat. *Advocacy of national, racial and religious hatred: the indian experience*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 171-181.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - COUNCIL OF EUROPE. *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

FANON, Frantz. *Peau noir, masques blancs*. In Frantz Fanon – Oeuvres. Paris: La Découverte, 2011, pp. 45-257.

FAVOREU, Louis. *Principio de igualdad y representación política de mujeres – cotas, paridade y Constitución*. In Revista Española de Derecho Constitucional, nº 50, año 17, mayo-agosto 1997, p. 21.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente – a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socio-ambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERES JUNIOR, João. *Aprendendo com o debate público sobre ação afirmativa, ou argumentos ruins podem tornar-se bons tópicos de pesquisa*. In PAIVA, Angela Randolpho (org.). Rio de Janeiro: PUC Rio, Pallas Ed., 2010, pp. 157-181.

FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia*. In Derechos y garantías – la ley del más débil. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*. In *giudicedonna.it*, numero 3/2015. Disponível em «<http://www.giudicedonna.it/numero-tre/Articoli/Ferrajoli.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. In FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales – Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 287-381.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

FERREIRA JR., Amarílio; BITTAR, Marisa. *A pedagogia da escravidão nos Sermões do Padre Antonio Vieira*. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Brasília, v. 84, nº 206/207/208, jan./dez. 2003, pp. 43-53.

FILIBECK, Giorgio. *Direitos do Homem de João XXIII a João Paulo II*. Comissão Nacional de Justiça e Paz. Cascais: Principia, 2000.

FINKELMAN, Paul. *Dred Scott v. Sandford – A Brief History with Documents*. Bedford – St. Martin's, 1997.

- FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- FLETCHER, George P. *God's image and egalitarian politics*. In *Social Philosophy & Policy – Morality and Politics*. V. 21, n. 1 (winter - 2004), Cambridge, pp.310-321.
- FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?* In *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, nº 70, São Paulo, 2007, pp. 101-138.
- _____. *Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça*. In SARMENTO, Daniel *et al.* Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 167-189.
- _____. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In FRASER, Nancy; HONNETH, Alex. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. London, New York: Verso, 2003
- FREEMAN, Marsha. *Temporary special measures: how long is temporary and what is special?* In BOEREFIJN, Ineke *et al.* Temporary special measures – Accelerating *de facto* equality of women under article 4(1) un Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women. Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia NY, 2003.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- FREITAS, Felipe da Silva. *Juventude negra: entre direitos e violências*. Belo Horizonte: MPMG Jurídico, 2014.
- FREITAS, Henrique. *O Arkhé e o Xirê: Das pilhagens epistêmicas à literatura-terreiro*. In FREITAS, Henrique. *O arco e a arkhé: ensaios sobre literatura e cultura*. Salvador: Ogum's Toques Negros, 2016, pp. 37-70.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 13ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.
- FRIEDLANDER, Henry. *The origins of nazi genocide – from euthanasia to the final solution*. London: The University of North Carolina Press, 1995.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil – Alguns Caminhos e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FUENTE, Oscar Pérez de la. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio – una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. In

Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. nº 21 (2010), pp. 67-104. Disponível em «<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/293>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

FUKUYAMA, Francis. *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*. New York: Picador, 2002.

GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustáquio. *La Filosofía Política de Sto. Tomas de Aquino*. Serie K. – Politeia – Estudios Monograficos de Derecho Publico. Vol. IV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

GALEOTTI, Anna Elisabetta. *Toleration as recognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos Galuppo; BASILE, Rafael Faria. *O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito – O problema das cotas*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 43, n. 172, outubro-dezembro/2006. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006, pp. 99-108.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação ou a interminável história de Caim e Abel, dois irmãos marcados pela diferença*. In Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 7-28.

_____. *Princípio da igualdade: fórmula vazia ou “carregada” de sentido?* In Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 29-70.

GARCIA AÑON, José. *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo*. In Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 2-1999. Disponível em «<http://www.uv.es/afd/CEFD/>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El sentido actual de la tolerância*. In GIUSTI, Miguel. Tolerancia: el estado de la cuestión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 2010, pp. 25-36.

_____. *Some Remarks on the Concept of Toleration*. In Ratio Juris. 10 (June 1997), pp. 127-138.

GETTELL, Raymond G. *História das ideias políticas*. Tradução Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito, 1936.

GHURYE, G. S., *Caste and race in India*. Bombay: Popular Prakashan, 2008.

GINER, Salvador. *Historia del pensamiento social*. 9ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

GOBINEAU, Arthur. *Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris: Éditions Pierre Belfond, 1967. Un document produit en version numérique par Mme Marcelle Bergeron, bénévole Professeure à la retraite de l'École Dominique-Racine de Chicoutimi, Québec. Dans le cadre de la collection “Les Classiques des sciences sociales”. Disponível em

«http://classiques.uqac.ca/classiques/gobineau/essai_inegalite_races/essai_inegalite_races_1.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

GOES, Fernanda Lira; SILVA, Tatiana Dias. ***O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial***. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

GOLD, Susan Dudley. ***United States v. Amistad: slave ship mutiny***. Supreme Court milestones. New York: Marshall Cavendish Benchmark, 2006.

GOLDEWIJK, Berma Klein. ***Poverty, dignity and humiliation – On poverty as a violation of human rights and access to justice***. Disponível em «http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/pov_goldewijk.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

GOLDSCHMIDT, V. ***Les renversements du concept d'égalité, des anciens aux modernes***. In L'égalité. Vol. 4. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1976, pp. 299-324.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. ***Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade - o Direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA***. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. ***Ações afirmativas: aspectos jurídicos***. In SEYFERTH, Giralda *et al.* Racismo no Brasil. São Paulo: Petrópolis; ABONG, 2002, pp. 123 e ss.

GOMES, Nilma Lino. ***Intelectuais negros e produção do conhecimento: algumas reflexões sobre a realidade brasileira***. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. CES. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 419-441.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. ***A dignidade da pessoa humana e o direito à vida***. In ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARE, Plínio (Org.). Dignidade da pessoa humana – Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 448-470.

GONZÁLEZ, Gonzalo Bernardo. ***El principio de la igualdad y la excepción de la “discriminación inversa”***. In Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 1, 1996, pp. 627-634.

GONZALEZ, Lélia. ***Mulher negra***. In NASCIMENTO, Elisa Larkin (org.). Guerreiras de natureza: mulher negra, religiosidade e ambiente. Sankofa: matrizes africanas da cultura brasileira, nº 3. São Paulo: Selo Negro, 2008, pp. 29-47.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. ***En torno a la igualdad y a la desigualdad***. In GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (coord.). En torno a la igualdad y la desigualdad. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 15-28.

GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge Alguacil. ***Igualdad, diferencia, proporcionalidad***. In GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (coord.). En torno a la igualdad y la desigualdad. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 57-77.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo animal*. Salvador: Editora Evolução, 2008.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *Darwin e os grandes enigmas da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *A Lei da Anti-Discriminação Racial no novo Direito Português da Igualdade Social: breves reflexões sobre o sentido e a estrutura da Lei n. 134/99, de 28 de Agosto*. In Themis – Revista de Direito. N. III.5, novembro. Coimbra: Almedina, 2002.

GRAY, John. *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*. Tradução Maria Lúcia de Oliveira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

GRIMM, Dieter. *A Função Protetiva do Estado*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 149-165.

_____. *Multiculturalidad y derechos fundamentales*. In GRIMM, Dieter; DENNINGER, Erhard. Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 52-69.

GROBLER, Pieter A. *et al. Human Resource Management in South Africa*. 3ª ed. Thomson Learning, 2006.

GUILLAUMIN, Colette, *“Ya lo sé...pero” o los avatares de la noción de raza*. Revista *Archipiélago*, nº 12. Barcelona, 1993, pp. 52-60.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e Antirracismo no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

GUIOMARD, Frédéric; ROBIN-OLIVER, Sophie. *Discrimination, diversité et race: les mots et les concepts*. In GUIOMARD, Frédéric; ROBIN-OLIVER, Sophie (dir.). Diversité et discriminations raciales – une perspective transatlantique. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2009, pp. 1-22.

GUPTA, Dipankar. *Caste, race, politics*. In UMAKANT, Sukhadeo Thorat (ed.). Caste, race and discrimination. Discourses in international context. New Delhi: Indian Institute of Dalit Studies, 2013, pp. 69-83.

GUTTO, Shadrack B. O. *Equality and non-discrimination in South Africa – the political economy of law and law making*. Claremont: New Africa Books, 2001.

GWYNETH, Williams; HACKLAND, Brian. *The dictionary of contemporary politics of southern Africa*. London: Routledge, 1988.

HAARSCHER, Guy. *La genèse de l'idée d'égalité chez le jeune Marx*. In DEKKERS, R.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). L'égalité. vol. V. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1977, pp. 194-218.

- _____. *L'égalité dans la pensée de maturité de Marx*. In DEKKERS, R.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). *L'égalité*. vol. V. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1977, pp. 219-244.
- _____. *L'égalité dans la philosophie du droit de Hegel*. In DEKKERS, R.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). *L'égalité*. vol. IV. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1975, pp. 326-351.
- HÄBERLE, Peter. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 45-103.
- _____. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I*. Tradução de Flávio Beno Siebe Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HALL, Kermit L. *United States Supreme Court Decisions*. The Oxford Guide. New York: Oxford University Press, 2000.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- HARRISON, Benjamin. *Vida Constitucional de los Estados Unidos*. Bibliobazaar, 2009.
- HARTMAN, Gary *et al.* *Landmark Supreme Court Cases – the Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. New York: Checkmark Books, 2007.
- HARVEY, David. *Justice, nature and the geography of difference*. Malden: Blackwell, 2007.
- HARWOOD, Richard, *Nuremberg and other war crimes trials: a new look*. Historical Fact n° 2. Historical Review Press, 1978.
- HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na História – Uma Introdução Geral à Filosofia da História*. Tradução de Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2001.
- _____. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- _____. *Fenomenologia do espírito*. Parte 1. Tradução de Paulo Meneses. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- _____. *The Philosophy of History*. Translated by J. Sibree. Kitchener: Batoche Books, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. In *Que é isto – A Filosofia? Identidade e diferença*. 2ª ed. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Editora Vozes, São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2009, pp. 33-77.
- HEINTZE, Hans-Joachim. *Collective Rights in the Context of EU Accession*. In WELLER, Marc; BLACKLOCK, Denika; NOBBS, Katherine (ed.). *The Protection of Minorities in the Wider Europe*. Palgrave Studies in European Union Politics. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 42-53.
- HENNIS, Wilhelm. *La «nueva ciencia política» de Tocqueville*. In *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Núm. 22, julio-agosto 1981. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 7-38.
- HENRIQUES, Joana Gorjão. *Racismo em português: O lado esquecido do colonialismo*. Rio de Janeiro: Tinta-da-china Brasil, 2017.
- HERCULANO, Selene. *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*. In INTERFACEHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente. V. 3, nº 1, artigo 2, jan./abril de 2008. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/seleneherculano/images/Oclamor_por_justi%C3%A7a_a_m_biental_e_contra_racismo_ambiental__9-282-1-PB.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- HÉRITIER, Françoise. *El yo, el otro y la intolerância*. In *La intolerancia*. Ensayo. Academia Universal de las Culturas. Barcelona: Ediciones Granica, 2002, pp. 22-25.
- HERRNSTEIN Richard J.; MURRAY, Charles. *The Bell Curve – Intelligence and Class Structure in American Life*. New York: Free Press, 1996.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HITLER, Adolf. *Mein Kampf (Mon combat) – tome I*. Traduction Intégrale par J. Gaude froy-Demombynes et A. Calmettes. Paris: Nouvelles éditions latines, 192?. La Bibliothèque électronique du Québec. Collection *Polémique et propagande*. Volume 1: version 1.2.
- _____. *Mein Kampf (Mon combat) – tome II. Le mouvement national-socialiste*. Traduction Intégrale par J. Gaude froy-Demombynes et A. Calmettes. Paris: Nouvelles éditions latines, 192?. La Bibliothèque électronique du Québec. Collection *Polémique et propagande*. Volume 3: version 1.2.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Estudos Gerais – Série Universitária – Clássicos de Filosofia. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1995.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- HOFBAUER, Andreas, *Racismo na Índia? Cor, raça e casta em contexto*. In Revista Brasileira de Ciência Política (on line), 2015, nº 16, pp. 153-191.
- _____. *Uma história do branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: FAPESB, 2006.
- HOFMANN, Rainer. *Incitement to national and racial hatred: the legal situation in Germany*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 159-170.
- HOLZER, Harold; MEDFORD, Edna Greene; WILLIAMS, Frank J. *The Emancipation Proclamation: three views*. Louisiana: Louisiana State University Press, 2006.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Directiva 2000/43/CE e os princípios do direito privado – esboço de algumas reflexões*. In Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol. II – A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- HUMMEL, Jeffrey Rogers. *Emancipation, Slaves, Enslaving Free Man: a history of the American Civil War*. Open Court, 1996.
- HUNTER, Ian; SAUNDERS David. *Introdução*. In PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- IANNI, Octavio. *Dialética das relações raciais*. In Estudos Avançados. Vol. 18, nº 50, 2004, pp. 21-30.
- IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito dos Povos Indígenas*. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 497-524.
- INGBER, Léon. *De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*. In Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe. Bruxelles: Bruylant, 2000, pp. 905-919.
- INSTITUTO SUMAÚMA e CENTRO DE CULTURA LUIZ FREIRE, *Terras Quilombolas*. Disponível em <http://www.institutosumauma.org.br/imagem/arquivo/Terra_Qulombola.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- JACCOUD, Luciana Jaccoud (org.). *A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos*. Brasília: IPEA, 2009.
- JAMES, C. L. R. *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. Tradução Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo, 2010.
- JASPERS, Karl. *The question of german guilty*. Translated by E. B. Ashton. 2nd edition. Fordham University Press, 2001.
- JOFFE, Joel. *The State vs. Nelson Mandela: the Trial that changed South Africa*. Oneworld Publications, 2009.
- JOGDAND, P.G. *Reservation Policy and the Empowerment of Dalits*. In MICHAEL, S.M. (org.). *Dalits in Modern India – Visions and Values*. New Delhi: Sage Publications, 2007, pp. 315-335.
- JOHANNESSEN, Lene. *Denmark: racist snakes in the Danish paradise*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 140-143.
- JONES, Camara Phyllis. *Confronting Institutionalized Racism*. Disponível em <https://sph.umd.edu/sites/default/files/files/Jones-Confronting-Institutionalized-Racism_Phyllon%202003.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- JONES, Trina Jones, *Shades of Brown: the law of skin color*. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=dlj>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- JULIÃO, José Nicolao, *Nietzsche entre a Pólis Grega e o Terceiro Reich Alemão*. In Cad. Nietzsche. V. 37, n^o 1. Guarulhos/Porto Seguro, 2016, pp. 271-296.
- KALLAWAY, Peter. *The history of education under apartheid: 1948 to 1994 – The doors of learning and culture shall be opened. Vol. I*. Peter Lang Publishing, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KERN, Gisela Hildegard. *As Directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e a sua transposição no Direito Privado português – a aplicação do princípio da igualdade no Direito Privado*. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, pp. 767-796.
- KIJIMA, Yoko. *Caste and Tribe Inequality: Evidence from India, 1983-1999*. In Economic Development and Cultural Change. v. 54, n. 2, 2006, pp. 369-405.
- KILOMBA, Grada. *Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism*. 4^a ed. Unrast, 2016.

- KIRSTE, Stephan, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 175-198.
- KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: University Press, 2012.
- KÖSSILING, Karin Sant'Anna. *As Lutas Anti-racistas de Afro-descendentes sob Vigilância do DEOPS/SP (1964-1983)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de História. Pós-graduação – História Social. São Paulo, 2007.
- KOTZÉ, D. A. *African politics in South Africa: 1964-1974 – Parties and Issues*. London: C. Hurst and Company, 1975.
- KRIEGER, Linda Hamilton. *Un problème de catégories: stéréotypes et luttes contre les discriminations*. Rapport d'études pour la French American Foundation et Sciences-Po, avr. 2008. Disponível em «<http://halde.fr/IMG/alexandrie/3702.PDF>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. In KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective: A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*. New York: New York University Press, pp. 93-137.
- KUHN, Philippe Yves. *Reforming the Approach to Racial and Religious Hate Speech Under Article 10 of the European Convention on Human Rights*, p. 126. In *Human Rights Law Review*, 2019, 19, pp. 119-147. Disponível em «<https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/19/1/119/5318993>». Acesso em 18 de fevereiro de 2022.
- KULCHYSKI, Peter. *Aboriginal rights are not human rights*. In *Prairie Forum – The Journal of the Canadian Plains Research Center*, nº 36 (Fall 2011). Canada: University of Regina, 2011, pp. 33-53.
- LAHALLE, Thibault. *Clonages et dignité humaine*. In *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. A. 14, n. 54 (1er avril 2003). Bruxelles: Editions Nemesis, pp. 441-481.
- LAHON, Didier. *O escravo africano na vida econômica e social portuguesa do Antigo Regime*. In *Revista Africana Studia*, nº 7, 2004. *Revista Internacional de Estudos Africanos*. Edição da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, pp. 73-100.
- LANDER, Eduardo. *Apresentação*. In LANDER, Eduardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas*. Textos completos. Coléccion Sur-Sur. CLACSO: Buenos Aires, 2005, p. 7.
- _____. *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos*. In LANDER, Eduardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas*. Textos completos. Coléccion Sur-Sur. CLACSO: Buenos Aires, 2005, pp. 8-23.

- LARA, Silvia Hunold Lara. *Legislação sobre escravos africanos na América Portuguesa*. (2000). Disponível em «http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000203 ». Acesso em 4 de fevereiro de 2022.
- LAZO FUENTES, Xiomara E. *Las acciones positivas en Latinoamérica: el caso Costarricense*. In Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate. Madrid: Editorial Dykinson, 2005, p. 49-63.
- LEACH, Graham. *South Africa: no easy path to peace*. Arrow Books LTD, 1989.
- LE BON, Gustave. *Les lois psychologiques de l'évolution des peuples*. Deuxième édition revue. Paris: Félix Alcan éditeur, 1895. Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'enseignement de l'Université de Paris XI – Orsay. Disponível em «http://classiques.uqac.ca/classiques/le_bon_gustave/lois_psychol_evolution_peuples/le_bon_lois_psychol.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- LEDERMAN, Eliezer; TABORY, Mala. *Criminalization of racial incitement in Israel*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 182-191.
- LEIBNIZ, G. W. *A Monadologia*. In Os Pensadores. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Abril, 1974, pp.61-73.
- LÉON, José María Baño. *La igualdad como derecho público subjetivo*. In Revista de Administración Pública, nº 114, septiembre-diciembre 1987, pp. 180-195.
- LEVADE, Anne. *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*. In Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. Nº 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, pp. 55-72.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. 9ª ed. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Editorial Presença, 2008.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologie structurale*. II, Paris: Plon, 1973.
- LIMA, A. G. Mesquitela. *O Mito da inferioridade das raças*. In LIMA, A. G. Mesquitela (org.). Racismo e Xenofobia. Ethnologia. Nova Série, n. 3-4, maio/outubro 1995. Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 13-22.
- LIMA, Kellen Josephine Muniz de Lima e Ilzver de Matos Oliveira, *Racismo ambiental e supressão de espaços litúrgicos naturais das religiões de matriz africana: dilemas entre políticas públicas de preservação ambiental e de proteção às manifestações culturais afro-brasileiras*. In Prima Facie International Journal. Vol. 15, número 28. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba - Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, 2016, pp. 1-34. Disponível em «<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/23096/15232>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- LINNAEI, Caroli. *Systema Nature – per regna tria naturae, secundum classes, ordines, genera, species, cum characteribus, differentiis, synonymis, locis*. Tomus I. Editio Decima, Reformata. Holmiae, Impensis Direct Laurentii Salvii, 1768.
- LIPSCHÜTZ, Alejandro. *El problema racial en la conquista de América*. México, 1975. Editado digitalmente el 13feb03 por el Centro Documental Blest. Disponível em «<http://www.blest.eu/biblio/lipschutz/index.html>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- LIPSET, Seymour M. *Two Americas, two value systems: black and whites*. In *La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, vol. XIII, nº 1, 1992, pp. 1-27.
- LLORENS, Jorge Cardona. *La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el «crimen internacional»)*. In *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. VIII. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1985, pp. 265-336.
- LOBO, Cyprian Henry. *Siddis in Karnataka – A report making out a case that they be included in the list of scheduled tribes*. Bangalore: Centre for Non-Formal and Continuing Education Ashirvad, 1984.
- LOCKE, John. *Carta sobre la Tolerancia*. 6ª ed. Traducción Marta Gálvez Parra. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- _____. *Dois Tratados do Governo Civil*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006.
- LOENEN, T. *Adverse Impact. Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*. In LOENEN, T.; RODRIGUES, P. *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer, 1999, pp. 195-211.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras*. In *B. Cient. ESMPU*. Ano I, número 5, outubro/dezembro de 2002. Brasília-DF, pp. 69-88.
- LOPES, Nei. *Enciclopédia Brasileira da Diáspora Africana*. 4ª ed. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- LOPES, Nei. *O racismo explicado a meus filhos*. Rio de Janeiro: Agir Singular, 2007.
- LÓPEZ, Jesús García. *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1979.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978*. In AAVV. *Mujer y Constitución Española*. CEC: Madrid, 2000.
- LOUIS, Prakash. *Casteism is horrendous than racism: Durban and Dalit discourse*. New Delhi: Indian Social Institute, 2001.

- LOWENBERG, Anton D.; KAEMPFER, William H. *The origins and demise of South African Apartheid*. Michigan: University of Michigan Press, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 2002.
- LUNDAHL, Mats; WADENSJÖ, Eskill. *Unequal Treatment – A study in the Neo-Classic Theory of Discrimination*. New York University Press, 1984.
- LURGER, Brigitta. *The future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*. In *European Review of Contract Law*. Vol. 1, n. 4. London: Editorial Board, 2005, pp. 442-468.
- MABOKELA, Reitumetse Obakeng. *Voices of conflict – Desegregating South African Universities*. New York, London: RoutledgeFalmer, 2000.
- MACCARTHY, Dennis Michael Patrick. *International business history - A contextual and case approach*. London: Praeger Paperback, 1994.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 18. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MACWAN, Martin. *(Un)touchable in Durban*. Disponível em «<http://www.india-seminar.com/2001/508/508%20martin%20macwan.htm>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MAIA, Catherine. *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de l'Homme*. In HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène (dir). *Le particularisme interamericain des droits de l'homme*. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention americaine des droits de l'homme. Paris: Editions A. Pedone, 2009, pp. 271-325.
- MAIA, Luciana Figueiredo. *A natureza jurídica dos deveres individuais na Carta Africana*. In ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos humanos em África – Estudos sobre o sistema africano de protecção dos direitos humanos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MALCOLM X. *Le pouvoir noir*. Textes politiques réunis et présentés par George Breitman. Traduit de l'anglais (États-Unis) par Guillaume Carle. La Découverte Poche. Paris: La Découverte, 2008.

- MALDONADO-TORRES, Nelson. *A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade*. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. CES. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 337-382.
- _____. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*. In CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (ed.). *El giro decolonial – Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, pp. 127-167.
- MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social (1824-1881)*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1866.
- MALLICK, Ross. *Affirmative Action and Elite Formation: An Untouchable Family History*. In *Ethnohistory*. v. 44, n. 2, 1997, pp. 345-374.
- MANWARING, John. *Legal regulation of hate propaganda in Canada*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 106-122.
- MANDELA, Nelson. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. Sagebrush Education Resources, 1995.
- MARCUS, Gilbert J. *Racial hostility: the South African experience*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 208-221.
- MARELLA, Maria Rosaria. *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*. In *European Review of Contract Law*. Vol. 2, n. 2. London: Editorial Board, 2006, pp. 257-274.
- MARQUES, João Filipe. *O estilhaçar do espelho. Da raça enquanto princípio de compreensão do social a uma compreensão sociológica do racismo*. In LIMA, A. G. Mesquitela (org.). *Racismo e Xenofobia*. *Ethnologia*. Nova Série, n. 3-4, maio/outubro 1995. Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 39-57.
- _____. *Racismo, etnicidade e nacionalismo – que articulação?* In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 61, dezembro de 2001. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001, p. 103-133.
- _____. *O neo-racismo europeu e as responsabilidades da Antropologia*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 56, fevereiro de 2000. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2000, p. 35-60.
- MARQUES, José Oscar de Almeida. *Hobbes e a medida da desigualdade entre os homens*. In *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, 14, 1/2009, pp. 73-101. Disponível em <<http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp14/marques.pdf>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- MARTIN, Michael. *Emancipation Proclamation: Hope of Freedom for the Slaves*. Capstone Press, 2000.

- MARTÍN VIDA, María Angeles. *Fundamento y limites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas: Madrid, 2002.
- _____. *Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Union Europea*. In Teoría y Realidad Constitucional. N° 12/12, 2003, pp. 321-350.
- MARTÍNEZ, María Salvador. *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales*. In GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (coord.). En torno a la igualdad y la desigualdade. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 29-55.
- MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. In MONTEIRO, António Pinto (dir.). Estudos de Direito do Consumidor. Centro de Direito do Consumo. N. 7. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, pp. 49-109.
- MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Coleção Marx-Engels. Trad. Nélío Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.
- _____. *Crítica do Programa de Gotha*. In MARX; ENGELS; LENINE. Crítica do Programa de Gotha (Marx) – Crítica do Programa de Erfurt (Engels) – Marxismo e Revisionismo (Lenine.). Coleção A.1. Porto: Portucalense Editora, 1971, pp. 5-36.
- _____. *A miséria da filosofia*. São Paulo. Global Editora, 1985.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Lisboa: Padrões Culturais Editora, 2008.
- MASCARENHAS, Constâncio. *As Castas da Índia (esboço de um estudo antropológico-social)*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Medicina do Porto. Porto: Imprensa Nacional, 1924.
- MATTOS, Wilson Roberto de. *2003 – O Ano do Começo: Características e Aspectos Iniciais da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade do Estado da Bahia (UNEB)*. In Plurais – Revista Multidisciplinar da UNEB. Vol. 1, nº 1, Salvador, jan./abr. 2010, pp. 120-142.
- MATTOSO, Katia M. de Queirós. *Ser escravo no Brasil – séculos XVI-XIX*. Tradução de Sonia Fuhmann. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.
- MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 119-143.
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Doctrina Aristotélica de la Justicia – Estudio, selección y traducción de textos*. México: Universidade Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1973.

- MAZZOLARI, Primo. *Sobre a tolerância e outros ensaios*. Tradução de António Ramos Rosa. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1965.
- MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELI, Marisa. *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*. In *European Review of Contract Law*. Vol. 2, n. 2. London: Editorial Board, 2006, pp. 159-166.
- MELKEVIK, Bjarne. *Tolérance et modernité juridique*. Collection Dikè. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDELSON, Oliver. *Compensatory Discrimination for India's Untouchables*. In *Law in Context*, v.15, n.2, 1999, pp. 51-79.
- MERTENS, Pierre. *Égalité et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme situé*. In DEKKERS, R.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). *L'égalité*. vol. 4 des Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1975, pp. 266-302.
- MICHAEL, S. M. *Dalits in modern India: visions and values*. Second edition. New Delhi: Sage Publications, 2007.
- MIGNOLO, Walter. *A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade*. In *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, pp. 35-54.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *La discriminación inversa y el caso Kalanke*. In *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19 (1996), pp. 123-140.
- _____. *Igualdad como diferenciación*. In RIOS, Roger Raupp (org.). *O princípio constitucional da igualdade e o direito da antidiscriminação*. Caderno de Direito Constitucional – módulo V. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, pp. 05-12.
- MILLS, Charles. *The racial contract*. Cornell University Press, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

- _____. *A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro – nº 24. Rio de Janeiro, 2006, pp. 131-140.
- _____. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Estoril: Princípia, 2006.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I* – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MOCO, Marcolino. *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do Sistema Africano*. Coimbra: Almedina, 2010.
- MONTEFIORE, Alan *et al*, *Neutrality and impartiality: the university and political commitment*. London: Cambridge University Press, 1975.
- MONTERO, Paula. *Religion, ethnicity, and the secular world*. In Vibrant, vol. 11, nº 2, pp. 294-326. Disponível em «<http://www.scielo.br/pdf/vb/v11n2/a11v11n2.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois I*. Paris: GF Flammarion, 1979.
- MOORE, Carlos. *O Marxismo e a questão racial – Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*. Coleção Repensando África – 5. Belo Horizonte: Nandyala; Uberlândia: Cenafro, 2010.
- _____. *Racismo & Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Nandyala, 2012.
- MORENO, Beatriz González. *El Estado Social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Editorial Civitas, 2002.
- MOURA, Clóvis. *Dicionário da Escravidão Negra no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- MOURIER, Pierre-François. *Cicéron – L'avocat et la République*. Collection Le bien comum. Paris: Éditions Michalon, 1996.
- MUNANGA, Kabenguele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. In BRANDÃO, André Augusto P. Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2004, pp. 15-34.
- _____. *Racismo – da desigualdade à intolerância*. In São Paulo em Perspectiva, 4(2), abril/junho, 1990, pp. 51-54.
- NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400, Lisboa, 1990.
- _____. *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*. In NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- NASCIMENTO, Abdias. *Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin (org.). Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora. Sankofa 4 – Matrizes Africanas da Cultura Brasileira. São Paulo: Selo Negro, 2009. pp. 197-218.
- NASCIMENTO, Alessandra Santos; FONSECA, Dagoberto José. *Classificações e identidades: mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça*. In PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lúcia (org.). Características étnico-raciais da população, classificações e identidades. Estudos e Análises. Informação Demográfica e Socioeconômica – número 2. Rio de Janeiro: IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013. Disponível em «<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- NEIRINCK, Claire. *La dignité de la personne ou le mauvais usage d'une notion philologique*. In PEDROT, Philippe (Dir.). Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges en honneur de Christian BOLZE. Paris: Economica, 1999, pp. 39-50
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NEUNER, Jörg. *Protection Against Discrimination in European Contract Law*. In European Review of Contract Law. Vol. 2, n. 1. London: Editorial Board, 2006, pp. 35-50.
- NETO, Eurico Bitencourt. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Relatório de doutoramento para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador: Prof. Doutor Paulo Otero, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Assim falava Zarathustra – Um livro para todos e para ninguém*. Título original: Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen. Tradução e notas explicativas da simbólica nietzschiana de Mário Ferreira dos Santos. Coleção Textos Filosóficos. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.
- _____. *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- _____. *Genealogia da moral – Uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Ecce homo*. Tradutor Artur Morão. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em «http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_friedrich_ecce_homo.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- NINA RODRIGUES, Raymundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. Sielo Books. Disponível em «<http://static.scielo.org/scielobooks/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- _____. *Os africanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. Sielo Books. Disponível em «<http://static.scielo.org/scielobooks/mmtct/pdf/rodrigues-9788579820106.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem – sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil*. In *Tempo Social*. Revista de Sociologia da USP, v. 19, nº 1, nov. 2006, São Paulo, pp. 287-308.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *A dignidade da pessoa humana – volume II – Dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016.
- NOVARO, Gabriela. “Indios, “aborígenes” y “pueblos originarios” sobre el cambio de conceptos y la continuidad de las concepciones escolares. In *Educación, Lenguaje y Sociedad*. Vol. 1, nº 1, diciembre 2003, pp. 119-219.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUSSBAUM, Martha C. *Giustizia sociale e dignità umana*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 27-50.
- OBENG, Pashington (2007). *Shaping membership, defining nation*. New York, Lexington Books.
- O’CINNÉIDE, Colm. *Positive action and the limits of existing law*. In *Maastricht Journal and European Comparative Law*, vol. 13, 2006, pp. 351-364.
- O’FLAHERTY, Wendy Doniger. *Textual sources for the study of Hinduism*. Translated by Wendy Doniger O’Flaherty, with Daniel Gold and David Shulman. University of Chicago Press, 1988.
- OLIVEIRA, Ilzver de Matos. *A africanização do direito à liberdade religiosa: reconhecimento judicial das religiões de origem africana e o novo paradigma interpretativo da liberdade de culto e de crença no direito brasileiro*, p. 6. Disponível em «<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c8377ad2a50fb65d>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. *Sociabilidade e Direito no liberalismo nascente*. In *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. Nº 50, 2000. São Paulo: CEDEC, 2000, pp. 159-183.

- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC nº 82.424-2*. In NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira *et al* (org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra Editora, 2008, pp. 257-273.
- OLIVEIRA, Sidney de Paula. *O Estatuto da Igualdade Racial*. São Paulo: Selo Negro, 2013.
- OLLESON, Simon. *The Impact the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Preliminary draft. British Institute of International and Comparative Law. Disponível em «https://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf». Acesso em 19 de fevereiro de 2022.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*, pp. 15 e ss. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.
- OMVEDT, Gail. *The anti-caste movement and the discourse of power*. In Race Class. Carleton University, march 1991, pp. 15-27. Disponível em «<https://journals.sagepub.com/home/rac>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- ORTIGA, Roque Roldán. *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America Biodiversity Series*. Paper nº 99. The World Washington D.C: Bank Environment Department, October 2004, pp. 1-33.
- ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos: um conto de fadas*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- OSORIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Texto para discussão nº 996. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasília: Ipea, 2003. Disponível em «http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais. Vol. I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- _____. *Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Pessoa humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 349-379.
- _____. *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Editora Princípia, 2015.
- OYEDIRAN, Joanna. *Article 13(5) of the American Convention of Human Rights*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 33-34.
- OYĚWŪMÍ, Oyèrónké. *Conceitualizando gênero: a fundação eurocêntrica de conceitos feministas e o desafio das epistemologias africanas*. In BERNARDINO-COSTA, Joaze;

- MALDONADO-TORRES, Nelson; Ramón GROSFOGUES (org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, pp. 171-181.
- PADOIN, Fabiana Fachinetto. *Os direitos fundamentais nas relações contratuais*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.
- PAES, Mariana Armond Dias. *O tratamento jurídico dos escravos nas Ordenações Manuelinas e Filipinas*. In Anais do V Congresso Brasileiro de História do Direito, pp. 523-536. Disponível em «https://www.academia.edu/11655581/O_tratamento_jur%C3%ADdico_dos_escravos_nas_Ordena%C3%A7%C3%B5es_Manuelinas_e_Filipinas». Acesso em 4 de fevereiro de 2022.
- PAIS, Richard. *Scheduled Castes, Employment and Social Mobility*. In MICHAEL, S. M. *Dalits in modern India: visions and values*. Second edition. New Delhi: Sage Publications, 2007, pp. 336-356.
- PALMER, Ellie. *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*. Portland: Hart Publishing, 2007.
- PARTSCH, Karl Josef. *Racial speech and human rights: article 4 of the Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 21-28.
- PAULIAT, Michel. *De la Dignitas à la Dignité*. In Justice, éthique et dignité. Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004. Textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat. Limoges: Pulim, 2006, pp.29-35.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- _____. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 1999.
- PENA, Sérgio D. J. *Humanidade sem Raças?* Série 21. São Paulo: Publifolha, 2008.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Ravi Afonso Pereira, *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*. In Revista Española de Derecho Constitucional, nº 98, mayo-agosto, 2013, pp. 317-370.
- PERELMAN, Chaim. *Égalité et valeurs*. In *Égalité*, vol. 1. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l' Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1971, pp. 319-326.
- _____. *Ética e Direito*. Tradução João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

_____. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007.

_____. *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*. In Anuario de Derechos Humanos, vol. 1, 1981, pp. 257-275.

PERRY, Michael J. *The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination*. In University of Pennsylvania Law Review, vol. 125:540, 1977, pp. 540-589.

PETRUCCELLI, José Luis. *Classificação racial e políticas de ação afirmativa nas universidades*. In PAIVA, Ângela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010, pp. 145-155.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovani. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução Maria de Lourdes Sirgado Ganho. 6ª ed. Textos filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Título original: *Grundrechte: Staatsrecht II*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. In Tempo Social. Rev. Sociol. USP: São Paulo, 2 (2), 2º semestre, 1990, pp. 7-33. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v2n2/0103-2070-ts-02-02-0007.pdf>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

_____. *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*. In Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Desafios e perspectivas dos Direitos Humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*. In RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). Direito Internacional dos Direitos Humanos – Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1, número 1, 1º semestre de 2004, pp. 20-47. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/a03v1n1.pdf>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

_____. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva do constitucionalismo latino-americano à luz dos sistemas global e regional de proteção*. In Direito à diferença:

- aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 1. JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 303-330.
- PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.
- PLAATJE, Solomon Tshekisho. *Native life in South Africa before and since the European War and the Boer Rebellion*. Kessinger Publishing, LLC, 2004.
- PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- POGRUND, Benjamin. *Nelson Mandela – O líder sul-africano preso durante vinte e sete anos pela sua luta contra o «apartheid»*. Lisboa: Editora Replicação, 1991.
- POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. New one-volume edition. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2013.
- PORAT, Iddo; COHEN-ELIYA, Moshe. *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*. Disponível em «https://works.bepress.com/iddo_porat/2/». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade – seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. Tradução de Elcio Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 89, p. 11-67, jan. 1994. Disponível em «<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PRÉLOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Histoire des idées politiques*. 9ème ed. Paris: Dalloz, 1986.
- PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales – El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In *Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLASCO – Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, pp. 117-142.

- _____. *Colonialidade do Poder e Classificação Social*. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. CES. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 73-117.
- _____. *Colonialidad y modernidad/racionalidade*. In *Peru Indígena*. Vol. 13, nº 29. Lima, 1992, pp. 11-20.
- RAO, Neomi. *Three concepts of dignity in constitutional law*. In *Notre Dame Law Review*, vol. 86, nº 1, 2011, pp. 183-271. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.
- RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. *O Poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva*. Coimbra: Almedina, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2ª ed., vol. I. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.
- RECASÉNS-SICHES, Luis. *Dignity, liberty and equality*. In *Equality and Freedom: international and comparative jurisprudence*. Vol. I. Papers of the World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, St. Louis 24-29 august 1975. Leiden: Ocean Publications, 1977, pp. 3-25.
- RECASÉNS-SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 6ª ed. México: Editorial Porrúa, 1978.
- REDDY, Deepa S. *The ethnicity of caste*. *Anthropological Quarterly*. Summer, v. 78, n. 3, 2005, pp. 543-84.
- REMILLARD, Gil. *Les droits des minorités*. In *Conferência Internacional de Direito Constitucional*. Quebec: Atas, nº 2, março 1986.
- RESTA, Giorgio. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/note_a_margine.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- REX, John. *Raça e etnia*. Lisboa: Estampa, 1987.
- RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du Droit*. Paris: LGDJ, 1955.
- ROBLEDO, Antonio Gómez, *El ius cogens internacional – Estudio histórico-crítico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 147. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- ROBLES, Gregorio. *Tolerancia y sociedad multicultural*. In *Persona y Derecho*. In *Persona y Derecho*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos

- Humanos. Inmigración y tolerancia. Nº 49. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2003, pp. pp. 125-139.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. In *Jurisprudência Catarinense*, a. 35, n. 117, 2º trimestre 2009, Florianópolis: TJ/SC, 2009, pp. 71-107.
- RODRIGUES, António. *Raça – Etnicidade – Integração – Assimilação*. In LIMA, A. G. Mesquitela (org.). *Racismo e Xenofobia*. *Ethnologia*. Nova Série, n. 3-4, maio/outubro 1995. Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 59-66.
- RODRIGUES, Eder Bomfim. *A Igualdade Racial no Estado Democrático de Direito*. In SIMÃO NETO, Calil (Coord.). *Igualdade Racial: Comentários Doutrinários*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.
- ROSA, Bastien. *O que é um aborígene? Modos de categorização racial no Sudoeste da Austrália*. Traduzido por Roberta Ceva. In *Mana – Estudos de Antropologia Social*. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 15 (1), 2009, pp. 7-29.
- ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*. In *Cardozo Law School, Working Paper Series nº 41*, april 2001, p. 21. pp.1-63.
- ROSENFELD, Suely; PEPE, Vera Lúcia Edais. *Guia terapêutico ambulatorial*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1993.
- ROTH, Stephen J. *Additional comments on anti-racism laws in the former Soviet Union*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 136-139.
- _____. *Laws against racial and religious hatred in Latin America: focus on Argentina and Uruguai*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 197-200.
- ROTHBERG, Robert I. *Suffer the future: policy choises in the Southern Africa*. Haward University Press, 1980.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Paris: Éditions Gallimard, 1965.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: GF Flammarion, 1966.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- RUBIO, Ana. *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?* In *Derechos y Libertades*. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año nº 2, nº 4, 1995, pp 259-286.

- RUOTOLO, Marco. *Appunti sulla dignità umana*. In Direitos Fundamentais & Justiça, nº 11, abr./jun. 2010. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC, pp. 123-162.
- SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. *O contrato social em Pufendorf*. In Revista de Filosofia, v. 21, nº 28, jan/jun 2009. Curitiba: Aurora, 2009, pp. 143-163.
- _____. *Pufendorf crítico de Spinoza: a limitação do alcance do direito natural*. In Revista Conatus – Filosofia de Spinoza. Vol. 5, nº 10, dez. 2011. Fortaleza: EdUECE (Editora da Universidade Estadual do Ceará, 2011, pp. 65-72.
- SALA-MOLINS, Louis. Louis Sala-Molins. *Le Code noir, ou le calvaire de Canaan*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- SANDEL, Michael J. *A ação afirmativa em questão*. In SANDEL, Michael J. Justiça – o que é fazer a coisa certa? Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- SANT'ANNA, Livia Maria Santana. *Ações afirmativas: aplicação às políticas de saúde para a população negra*. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. *Introdução: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 25-67.
- _____. *A construção intercultural da igualdade e da diferença*. Oficina do CES – Publicação Seriada do Centro de Estudos Social, nº 135, janeiro de 1999.
- _____. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. CES. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 23-71.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul – Introdução*. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. CES. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 9-19.
- SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do “ser negro”: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005.
- SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Série temas de interesse do Legislativo, nº 19. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

SANTOS, Marli Mateus. *O direito quilombola nas encruzilhadas jurídicas: Marinha do Brasil x Quilombo Rio dos Macacos*. In ROCHA, Julio Cesar de Sá (org.). Direito, Sustentabilidade Ambiental e Grupos Vulneráveis. Salvador: EDUNEB, EDUFBA, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pp. 11-49.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 107-163.

_____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 15-43.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro. Discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas*. In ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no ensino superior (org.). Rio de Janeiro: IUPERJ; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 243-274.

_____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In Revista Diálogo Jurídico, nº 16, Salvador, maio/junho/julho/agosto de 2007, pp. 1-39.

_____. *Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord.). Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2006, pp. 69-83.

SARTRE, Jean-Paul. *Réflexions sur la question juive*. Collection Folio Essais. Paris: Gallimard, 1954.

_____. *Orphée Noir*. In Nouvelle Poesie Nègre et Malgache, pp. IX-XLIV. Disponível em «http://percaritatem.com/wp-content/uploads/2011/05/Orphee-Noir_JPSartre_reduced-size.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- SCHACHTER, Oscar. *Human dignity as a normative concept*. In *The American Journal of International Law*. Vol. 77, nº 4 (oct. 1983). American Society of International Law, pp. 848-854.
- SCHMIDT Yuri; SMITH, Tanya. *Sources of inter-ethnic discord throughout the former Soviet Union*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 130-135.
- SCHLOREDT, Valerie; BROWN Pam. *Martin Luther King – o grande líder Americano, defensor da não violência, assassinado na luta pelos direitos dos negros*. Lisboa: Editora Replicação, 1989.
- SCHNEIDER, Ronna Greff. *Hate speech in the United States: recente legal developments*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 269-283.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001.
- _____. *Espetáculo da miscigenação*. In *Estudos Avançados*, vol. 8, nº 20, São Paulo, jan/abr, 1994, pp. 137-152
- SCIACCA, Enzo. *Interpretación de la democracia*. Trad. Constantino Garcia. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas – Editorial de la Universidad Complutense, 1994.
- SFEIR-YOUNIS, Alfredo. *Forewords – Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America*. In ORTIGA, Roque Roldán. Biodiversity Series. Paper nº 99. The World Washington D.C: Bank Environment Department, October 2004, pp. v-vii.
- SEITENFUS, Ricardo. *O buraco negro da consciência ocidental - The black hole of Western consciousness*. In *Letras de Hoje*, Porto Alegre, v. 50, n. esp. (supl.), dez. 2015, pp. s62-s75.
- SELMI, M. *Indirect Discrimination: a Perspective from the United States*. In LOENEN, T.; RODRIGUES, P. *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer, 1999, pp. 213-222.
- SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.
- SÉNECA, Lúcio Aneu. *Cartas a Lucílio*. Trad. J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- SHAKESPEARE, William. *Merchant of Venice*. Wordsworth Classics. Wordworth Editions Limited, 2000.

- SHETH, D. L. *Caste and Class: social reality and political representations*. In SHAH, Ghanshyam (org.). *Caste and Democratic Politics in India*. New Delhi: Permanent Black, 2002. pp. 209-233.
- SHILLINGTON, Kevin. *Encyclopedia of African History. Vol. I*. Taylor & Francis, 2007.
- SHOBEN, Elaine W. *Disparate Impact Theory in Employment Discrimination: What's Griggs Still Good For? What Not?* In Brandeis Law Journal, vol. 42, 2003-2004, pp. 597-622.
- SILVA, Ana Célia da. *A discriminação do negro no livro didático*. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2004.
- _____. *Desconstruindo a discriminação do negro no livro didático*. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2010.
- SILVA, Cristina Nogueira da Silva. *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*. In *Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX*. Revista Africana Studia. Revista Internacional de Estudos Africanos. Nº14, 2010, pp. 1-34.
- SILVA JR., Hédio. *A intolerância religiosa e os meandros da lei*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin (org.). *Guerreiras de Natureza: Mulher negra, religiosidade e ambiente*. Sankofa 3 – Matrizes Africanas da Cultura Brasileira. São Paulo: Selo Negro, 2008. pp. 169-188.
- _____. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA JR., Hédio; SILVA, Mário Rogério. *Classificação racial: um pressuposto para adoção de políticas de promoção da igualdade racial*. In SILVA JR. Hédio *et al.* *Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial*. São Paulo: Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades. 1ª edição, 2010, pp. 29-45.
- SILVA, Jorge da. *120 Anos de Abolição: 1888-2008*. Rio de Janeiro: Hama, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SILVA, Rachel Cabral da. *Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2013. 179 p. Disponível em «http://w3.ufsm.br/ppggeo/images/dissertacoes/Rachel%20Cabral%20da%20Silva_Dissertao%20de%20Mestrado.pdf». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- SILVA, Silvio José Albuquerque e. *Combate ao racismo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.
- SILVA, Vagner Gonçalves da. *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil*

contemporâneo. Mana: Rio de Janeiro, v. 13, nº 1, pp. 207-236, Abr. 2007. Disponível em [«http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000100008&lng=en&nrm=iso»](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Tatiana Dias. *Panorama social da população negra*. In SILVA, Tatiana Dias; GOES, Fernanda Lira (org.). Igualdade Racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes. Brasília: Ipea, 2013, pp. 13-28.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SLAMA, Alain-Gérard. *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*. In Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. Nº 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, pp. 133-146.

SLATTERY, Brian. *Understanding aboriginal rights*. In La Revue du Barreau Canadien. Vol. 66, nº 4, 1987, pp. 727-783.

SMITH, Robert V. *Graduate research: a guide for students in the sciences*. Washington: University of Washington Press, 1998.

SMITH, Susan Lynn Smith, *Sick and tired of being sick and tired: black women's health activism in America – 1890-1950*. Studies in Health, Illness, and Caregiving. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1995.

SOUSA, Cleusa Teixeira de. *A ação para além da política social de D. Manuel I: o Decreto do Édito de Expulsão dos judeus de Portugal (1496)*. In XI Encontro Internacional de Estudos Medievais – imagens e narrativas, pp. 97-114. Disponível em [«http://abrem.org.br/revistas/index.php/anais_eiem/article/viewFile/270/230»](http://abrem.org.br/revistas/index.php/anais_eiem/article/viewFile/270/230). Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*. Tomo I. 5ª ed. Alfragide: Dom Quixote, 2014.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SOUZA, Arivaldo Santos de. *Direito e racismo ambiental na diáspora africana: promoção da justiça ambiental através do direito*. Salvador: EDUFBA, 2015.

- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Direito de Ser Povo*. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 475-495.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque (org.). Arquivos de direitos humanos, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 17-61.
- SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*. 2ª ed. Coleção Tendências. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.
- SOUZA, Vanderlei Sebastião de; SANTOS, Ricardo Ventura Santos. *O Congresso Universal de Raças, Londres 1911: contextos, temas e debates*. Bol. Mus. Emílio Goeldi. Cienc. Hum. Belém, v. 7, nº 3, set-dez 2012, pp. 745-760.
- SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: É Realizações, 2016.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Can the subaltern speak?* In ASHCROFT, Bill; GRITFFITHS, Gareth; TIFFIN, Helen (ed.). The pos-colonial studies reader. London: Routledge, 1995, pp. 24-28.
- STARCK, Christian. *Derechos fundamentales y derecho privado*. In Revista Española de Derecho Constitucional. n. 66 año 22. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 65- 89.
- _____. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 199-224.
- STASSE, François. *Pour les discrimination positives*. In Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. Nº 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, pp. 119-132.
- STEINERT, Marlis. *Hitler*. Lisboa: Verbo, 2006
- STERBA, James P. *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*. In COHEN, Carl; STERBA, James P. Affirmative Action and Racial Preference – A debate. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 191-278.
- STOURZH, Gérald. *Penser l'égalité. Cinq notions d'égalité chez Tocqueville*. In Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques. Nº 41. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, pp. 185-198.
- STROSSEN, Nadine. *Ballancing the rights of expression and equality: a civil liberties approach to hate speech on Campus*. In COLIVER, Sandra (ed.). Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 295-312.

- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*. In Columbia Journal of Transnational Law (2008), pp. 1-34.
- SUSTEIN, Cass R. *The Rights of Animals: A Very Short Primer*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper. Nº 30, 2002. Disponível em «http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=public_law_and_legal_theory». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. In Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre. v. 11, n. 12 (set. 1998). Porto Alegre: UE/Porto Alegre, 1998.
- TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition. Amy Gutmann (ed.). Princeton: Princeton University Press, 1994, pp. 25-73.
- TELLES, Edward; STEELE, Liza. *Pigmentocracia en las Américas: ¿cómo se relaciona el logro educativo con el color de piel?* In Perspectivas desde el Barómetro de las Américas: 2012. Número 73. Disponível em «<http://afrolatinoproject.org/wp-content/uploads/2012/04/Pigmentocracia-en-las-Américas.pdf>». Acesso em 9 de maio de 2019.
- TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. 2010. 282 p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (USP), 2010. Disponível em «<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/pt-br.php>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- THARAUD, Delphine; PLANCKE, Véronique van. *Imposer des «discrimination positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?* In GABORIAU, Simone; PAULIAT, Hélène (dir.). Justice, éthique et dignité. Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004. Limonge: Presses Universitaires de Limoges, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. São João do Estoril: Principia – Publicações Universitárias e Científicas, 2001.
- TOCQUEVILLE, Alexis de; GOBINEAU, Arthur de. *Del razzismo – Carteggio 1843-1859*. Introduzione di Luigi Micheli Tocci. Roma: Donzelli editore, 2008.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- TORRES, Jesús Garcia; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

- _____. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. São Paulo: Editora Renovar, 2003, pp. 1-38.
- TRAUTTMANSDORFF, Ferdinand. *The Rule of Law, Codification and the Role of Gerhard Hafner*. In *International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in honour of Gerhard Hafner*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TREFOUSSE, Hans Louis. *Historical dictionary of reconstruction*. British Library, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em <<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- TROUILLOT, Michel-Rolph. *An Unthinkable History – The Haitian Revolution as a Non-event*. In TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the Past – Power and the Production of History*. Boston: Bancon Press, 1995, pp. 70-107.
- TUCÍDIDES. *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Libros I-II. Trad. Juan José Torres Esbarranch. Madrid: Editorial Gredos, 1990.
- TÜRK, Danilo; JOINET, Louis. *The right of freedom of opinion: current problems of its realization and measures necessary for its strengthening and promotion*. In COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. United Kingdom: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 35-54.
- UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340.
- _____. *Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 149-165.
- VAN KESSEL, Ineke. *The African Diaspora in India*. Disponível em <<http://awaazmagazine.com/previous/index.php/archives/item/158-the-african-diaspora-in-india>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- _____. *Conference report: Goa Conference on the African Diaspora in Asia*. In *African Affairs*, 105/420. Orford University Press, 2006, pp. 461-464.
- VANQUICKENBORNE, Marc. *La structure de la notion d'égalité en Droit*. In BUCH, H.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). *L'égalité*. vol. I. *Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles*. Bruxelles: Bruylant, 1971, pp. 176-189.

- VARELLA, Santiago Falluh. *Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho*. In Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 5, nº 57, São Paulo, 2010, pp. 279-300.
- VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *Igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar*. Provas complementares de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- _____. *Discriminação positiva e vinculação da Administração Pública à promoção da igualdade racial – Análise à luz dos princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Provas complementares de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- _____. *Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa*. In MIRANDA, Jorge (dir.). Revista O Direito. Ano 149º, 2017, I. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 191-222.
- _____. *As Comissões de Verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais*. In DIAS Gleidson Renato Martin; TAVARES JÚNIOR, Paulo Roberto Faber. Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos. 1ª ed. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, pp. 32-79.
- _____. *Desmistificando a meritocracia*. Disponível em «<https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/351550/desmistificando-a-meritocracia>». Acesso em 21 de fevereiro de 2022.
- VAZ, Livia Sant'Anna; RAMOS, Chiara. *A Justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derechos de las minorías y tolerancia*. In CARBONELL, Miguel *et al.* (comp.) Serie Doctrina Jurídica, n. 28. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 207-222.
- _____. *Hacia una educación igualitaria y democrática*. In Estudios – Filosofía-Historia-Letras, Invierno 1994 – Primavera 1995. Disponível em «http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras39-40/texto12/sec_1.html». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- VEGA, René González de la. *Una nota sobre la tolerancia*. In Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Nº 32, abril 2010. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México: 2010, pp. 185-194.
- VIDE, D. Sebatião Monteiro da. *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro, 1853.
- VIEGAS, João. *O Padre António Vieira e o direito dos índios*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 4, jul/dez, 2004. São Paulo: ESDC, 2004, pp. 402-456.
- VIEIRA, A. Bracinha. *Racismo e teoria*. In LIMA, A. G. Mesquitela (org.). Racismo e Xenofobia. Ethnologia. Nova Série, n. 3-4, maio/outubro 1995. Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 23-38.

- VIEIRA, António. *Sermões*. Organização Alcir Pécora. Tomo I. 3ª reimpressão. São Paulo: Hedra, 2001.
- _____. *Carta a Roque Monteiro Paim, 2 de julho de 1691*. In HANSEN, João Adolfo (org.). *Cartas do Brasil (1626-1697)*. São Paulo: Hedra, 2003, p. 642-644.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- VIOLA, Francesco. *I volti della dignità umana*. In *Colloqui sulla dignità umana – Atti del Convegno Internazionale (Palermo, ottobre 2007)*. A cura di Alessandro Argiroffi, Paolo Becchi, Daniele Anselmo. Roma: Aracne, 2008, pp. 101-112.
- VIRALLY, Michel. *Réflexions sur le “jus cogens”*. In *Annuaire français de droit international*. Volume 12. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1966, pp. 5-29.
- VITORIA, Francisco de. *Doctrina sobre los indios*. Traducción de Ramón Hernández. Salamanca: Editorial San Esteban, 2009.
- _____. *Sobre el poder civil – Sobre los indios – Sobre el derecho de la guerra*. Traducción de Luis Frayle Delgado. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- WALDRON, Jeremy. *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* Disponível em «<http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/Waldron.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.
- _____. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- WALDT, G. van der; TOIT, D. F. P. du. *Managing for Excellence in the Public Sector*. 2ª ed. Juta and Company Limited, 1999.
- WALZER, Michael. *On Toleration*. New Haven and London: Yale University Press, 1977.
- WAREN, Charles. *The Supreme Court in United States History, vol. III – 1856 to 1918*. Beard Books, 1999.
- WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. France: Conseil de l’Europe, 2009.
- WEISSKOPF, Thomas E. *Affirmative Action in the United States and India - A comparative perspective*. London: Routledge, 2004.
- XAVIER, Ângela Barreto. *Purity of blood and caste. Identity narratives among early modern Goan elites*. In TORRES, Max S. Hering; MARTÍNEZ, María Elena; NIRENBERG, David (eds.). *Race and blood in the Iberian world*. Münster: Lit-Verlag, 2011pp. 125-150.
- YAMAMOTO, Toru. *Direito internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

ZACCARIA, Giuseppe. *Tolerancia y política de reconocimiento*. In Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Inmigración y tolerancia. Nº 49. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2003, pp. 107-124.

ZELLIOT, Eleanor. *From Untouchable to Dalit – Essays on the Ambedkar Movement*. New Delhi: Manohar Publishers, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Março de 2012. 226 pgs. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo (USP), 2012. Disponível em «<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

- LEGISLAÇÃO

ÁFRICA DO SUL. *The Native Labour Regulation Act*, de 1911.

_____. *Mines & Works Act*, de 1911.

_____. *Natives Land Act*, de 1913.

_____. *Education Proclamation*, de 1921.

_____. *Apprenticeship Act*, de 1922.

_____. *Immorality Act Immorality Act*, de 1927.

_____. *Prohibition of Mixed Marriages Act*, 1949.

_____. *Immorality Act*, de 1950.

_____. *Population Registration Act*, de 1950.

_____. *Suppression of Communism Act*, de 1950.

_____. *Group Areas Act*, de 1950.

_____. *Bantu Authorities Act*, de 1951.

_____. *Reservation of Separate Amenities Act*, de 1953.

_____. *Bantu Education Act*, de 1953.

_____. *Public Safety Act*, de 1953.

_____. *Industrial Conciliation Act*, de 1956.

_____. *Extension of University Education Act*, de 1959.

_____. *Public Service Act*, de 1994.

_____. *Labour Relations Act*, de 1996.

_____. *Constituição da África do Sul*, sancionada em 10 de dezembro de 1996.

_____. *Green Paper on Affirmative Action*, de 1997.

_____. *Employment Equity Act*, de 1998.

_____. *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, de 2000.

_____. *Broad-based Black Economic Empowerment Act*, de 2003.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, promulgada em 23 de maio de 1949.

_____. *Lei para Prevenção de Doenças Hereditárias*, em 14 de julho de 1933.

_____. *Lei de Saúde do Matrimônio*, de outubro de 1935.

_____. *Lei contra Criminosos Perigosos Habituais*, dezembro de 1933.

_____. *Lei das Medidas de Segurança e Reforma*, dezembro de 1933.

_____. *Lei para Restauração do Profissional do Serviço Civil*, abril de 1933.

_____. *Lei da Cidadania do Reich*, de setembro de 1935.

_____. *Lei da Proteção do Sangue e Honra Alemães*, de setembro de 1935.

ARGENTINA. *Constituição da Argentina*, de 1994.

AUTRÁLIA. *Commonwealth of Australia Constitution Act*, de 1901. Disponível em <https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution.aspx>. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

_____. *Commonwealth Nationality and Citizenship Act*, de 1948.

_____. *Ato da Terra Aborígine*, de 1970.

_____. *Racial Discrimination Act*, de 1975.

_____. *Aboriginal Land Rights Act*, de 1976.

BOLÍVIA. *Constituição Política da República da Bolívia*, promulgada em 3 de fevereiro de 1967.

_____. *Constituição da Bolívia*, de 1995.

_____. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, promulgada em 7 de fevereiro de 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1998.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006.

_____. *Lei nº 12.288*, de 20 de julho de 2010.

_____. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989.

_____. *Lei nº 12.990*, de 9 de junho de 2014.

_____. *Decreto nº 8.072*, de 20 de junho de 1910.

_____. *Lei nº 6.001*, de 19 de dezembro de 1973.

_____. *Constituição Imperial*, outorgada em 25 de março de 1824.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 16 de julho de 1934.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, outorgada em 10 de novembro de 1937.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 18 de setembro de 1946.

_____. *Ato Institucional nº 2*, de 27 de outubro de 1965.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 24 de janeiro de 1967.

_____. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969.

_____. *Decreto nº 1.775*, de 8 de janeiro de 1996.

_____. *Lei nº 5.371*, de 5 de dezembro de 1967.

_____. *Decreto nº 6.040*, de 7 de fevereiro de 2007.

_____. *Código Criminal*, de 1830.

_____. *Código Civil*, de 1916.

_____. *Decreto nº 119-A*, de 1890.

_____. *Código Penal*, de 1890.

- _____. *Código Penal*, de 1940.
- _____. *Decreto nº 2.912*, de 2001.
- _____. *Decreto nº 4.887*, de 20 de novembro de 2003.
- _____. *Lei Diogo Feijó*, de 7 de novembro de 1831.
- _____. *Lei Eusébio de Queiroz*, 4 de setembro de 1850.
- _____. *Lei de Terras do Brasil*, 18 de setembro de 1850.
- _____. *Decreto nº 1.331-A*, 17 de fevereiro de 1854.
- _____. *Lei nº 731*, de 5 de junho de 1854.
- _____. *Decreto nº 1.695*, de 15 de setembro de 1869.
- _____. *Lei nº 2.040*, de 28 de setembro de 1871.
- _____. *Lei nº 3.270*, de 28 de setembro de 1885.
- _____. *Lei nº 3.310*, de 15 de outubro de 1886.
- _____. *Lei nº 4*, de 10 de junho de 1835.
- _____. *Lei nº 3.353*, de 13 de maio de 1888.
- _____. *Decreto nº 528*, de 28 de junho de 1890.
- _____. *Decreto-Lei nº 406*, de 5 de maio de 1938.
- _____. *Decreto-Lei nº 7.967*, de 18 de setembro de 1945.
- _____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940.
- _____. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943.
- _____. *Lei nº 1.390*, de 1951, de 3 de julho de 1951.
- _____. *Decreto nº 30.822*, de 6 de maio de 1952.
- _____. *Lei nº 2.889*, de 1º de outubro de 1956.
- _____. *Lei nº 4.177*, de 27 de agosto de 1962.
- _____. *Lei nº 4.737*, de 15 de julho de 1965.
- _____. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967.
- _____. *Decreto-Lei nº 314*, de 13 de março de 1967.
- _____. *Decreto-Lei nº 510*, de 1969.

- _____. *Lei nº 6.620*, de 17 de dezembro de 1978.
- _____. *Lei nº 7.170*, de 4 de dezembro de 1983.
- _____. *Decreto nº 62.150*, de 19 de janeiro de 1968.
- _____. *Decreto-Lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969.
- _____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984.
- _____. *Lei nº 7.437*, de 20 de dezembro de 1985.
- _____. *Lei nº 9.459*, de 7 de abril de 1997.
- _____. *Lei nº 12.288*, de 2010.
- _____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990.
- _____. *Lei nº 9.029*, de 13 de abril de 1995.
- _____. *Decreto nº 65.810*, de 8 de dezembro de 1969.
- _____. *Lei nº 10.639*, de 9 de janeiro de 2003.
- _____. *Lei nº 11.645*, de 10 de março de 2008.
- _____. *Decreto-Lei nº 1.904*, de 13 de maio de 1996.
- _____. *Decreto nº 4.229*, de 13 de maio de 2002.
- _____. *Lei nº 12.711*, de 29 de agosto de 2012.
- _____. *Lei nº 12.033*, de 2009.
- _____. *Lei nº Lei nº 9.982*, de 14 de julho de 2000.
- BRASIL. Estado de São Paulo. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943.
- _____. *Lei nº 9.085*, de 17 de fevereiro de 1995.
- BRASIL. Estado da Paraíba. *Lei nº 3.443*, de 6 de novembro de 1966.
- BRASIL. Estado da Bahia. *Lei nº 3.097*, de 1972.
- _____. *Decreto-Lei nº 25.095*, de 15 de janeiro de 1976.
- _____. *Decreto Estadual nº 15.353*, de 07 de agosto de 2014.
- BRASIL. Estado do Rio de Janeiro. *Lei nº 3.524*, de 28 de dezembro de 2000.
- _____. *Lei nº 3.708*, de 9 de novembro de 2001.
- _____. *Lei nº 4.061*, de 2 de janeiro de 2003.

- _____. *Lei nº 4.151*, de 4 de setembro de 2003.
- _____. *Lei nº 13.182*, de 6 de junho de 2014.
- BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. *Lei nº 12.341*, de 2004.
- BRASIL. Município de Itu. *Lei nº 396*, de 2003.
- _____. *Lei nº 11.915*, de 2003.
- BRASIL. Município de Cotia. *Lei nº 1.960*, de 2016.
- BRASIL. Município de Criciúma. *Lei Complementar nº 32*, de 2004.
- BRASIL. Município de Salvador. *Decreto Legislativo nº 24.846*, de 2014.
- CANADÁ. *Constitution Acts, 1867 to 1982*. Disponível em «<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.
- _____. *Proclamação Real*, de 1763.
- _____. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*, de 1969.
- CHILE. *Constituição Política da República do Chile*, aprovada em 11 de setembro de 1980.
- CHINA. *Constituição da República Popular da China*, adotada em 4 de dezembro de 1982.
- COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*, promulgada em 13 junho 1991.
- EQUADOR. *Constituição do Equador*, de 1998.
- ESPAÑA. *Constitución Española*, de 27 de diciembre de 1978. 15ª ed. Madrid: Tecnos, 2008.
- _____. *Leis de Burgos (Leyes de Burgos)*, de 27 de dezembro de 1512.
- _____. *Leis Novas (Leyes Nuevas)*, de 20 de novembro de 1542.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Bill of Rights*, de 1776.
- _____. *Constituição de Massachusetts*, de 1780.
- _____. *Constituição Americana*, de 1787.
- _____. *Executive Order nº 10.925*, de março de 1961.
- _____. *National Research Act*, de 1974.
- _____. *Civil Rights Act*, de 1875.
- _____. *Executive Order nº 10.925*, de 6 de março de 1961.

_____. *Civil Rights Act*, de 1964.

_____. *Ordem Executiva nº 12.898*, de 11 de fevereiro de 1994.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789.

_____. *Constituição Francesa*, de 1791.

_____. *Declaração de Direitos*, de 1793.

_____. *Declaração de Direitos*, de 1795.

GUATEMALA. *Constituição da Guatemala*, de 1985.

HAITI. *Constitution Imperiale d’Haiti” (1805)*. In *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830. Primeras constituciones. Latinoamérica y el caribe*. Caracas: Academia Nacional de la Historia, 1961, v. 42, t. III, pp. 159-170.

ÍNDIA. *Constituição Indiana*, de 26 de janeiro de 1950.

IRÃ. *Constituição da República Islâmica do Irã*, aprovada em 1º de abril de 1979.

ITALIA. *Costituzione italiana*, di 1948. Milano: Modern Publishing House, 2007.

MÉXICO. *Constituição do México*, de 2001.

_____. *Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos*, promulgada em 5 de fevereiro de 1917.

NICARÁGUA. *Constituição da Nicarágua*, de 1987.

PANAMÁ. *Constitución Política de la República de Panamá*, promulgada em 11 de outubro de 1972.

PARAGUAI. *Constituição do Paraguai*, de 1992.

PERU. *Constituição Peruana*, promulgada em 31 de dezembro de 1993.

_____. *Constituição do Peru*, de 1979.

_____. *Lei das Comunidades Nativas*, de 1974.

PORTUGAL. *Constituição Política da Nação Portuguesa*, de 23 de setembro de 1822.

_____. *Carta Constitucional*, de 1826.

_____. *Ato Adicional de 5 de julho de 1852*.

_____. *Ato Adicional de 24 de julho de 1885*.

- _____. *Ato Adicional de 1895-1896.*
- _____. *Ato Adicional de 23 de dezembro de 1907.*
- _____. *Constituição Política da República Portuguesa*, de 19 de junho de 1911.
- _____. *Lei n° 635*, de 28 de setembro.
- _____. *Decreto n° 3.997*, de 30 de março de 1918.
- _____. *Lei n° 833*, de 16 de dezembro de 1918.
- _____. *Lei n° 854*, de 20 de agosto de 1919.
- _____. *Lei n° 891*, de 22 de setembro de 1919.
- _____. *Lei n° 1.005*, de 7 de agosto de 1920.
- _____. *Lei n° 1.154*, de 27 de abril de 1921.
- _____. *Constituição de 11 de abril de 1933.*
- _____. *Constituição da República Portuguesa*, promulgada em 2 de abril de 1976.
- _____. *Lei n° 134*, de 28 de agosto de 1999.
- _____. *Ordenações Afonsinas*, de 1446.
- _____. *Ordenações Manuelinas* de 1521.
- _____. *Ordenações Filipinas*, de 1603.
- _____. *Lei n° 64*, de 1978.
- _____. *Decreto-Lei n° 48*, de 15 de março de 1995.
- _____. *Lei n° 20*, de 6 de julho de 1996.
- _____. *Decreto-lei n° 111*, de 4 de julho de 2000.
- _____. *Lei n° 18*, de 11 de maio de 2004.
- _____. *Decreto-lei n° 251*, de 2002.
- _____. *Lei n° 99*, de 27 de agosto de 2003.
- _____. *Lei n° 34*, de 29 de julho de 2004.
- _____. *Decreto-Lei n° 4*, de 7 de janeiro de 2015.
- _____. *Lei n° 93*, de 23 de agosto de 2017.
- _____. *Lei n° 37*, de 3 de outubro de 1981.

_____. *Lei nº 55-A*, de 31 de dezembro de 2010.

VATICANO. Igreja Católica. *Bula Papal Sublimis Deus*, de 2 de junho 1537. Papa Paulo III.

VENEZUELA. *Constituição da República Bolivariana da Venezuela*, promulgada em 15 de dezembro de 1999.

- JURISPRUDÊNCIA

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional da África do Sul. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*. 2001 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.).

_____. *Motala v. University of Natal* (1995).

_____. *Western Cape Education Department v. George* (1996).

_____. *Public Servants Association of South Africa v. Minister of Justice* (1997).

_____. *Emma Smith Educational Fund v. The University of Kwazulu-Natal* (2010).

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 30, 1 (15/12/1970).

_____. BVerfGE 30, 173 (24/02/1971).

_____. BVerfGE 39, 1 (25/02/ 1975).

_____. BVerfGE 88, 203 (28/05/1993).

_____. BVerfGE 24, 119 (29/07/1968).

_____. BVerfGE 286 (1979).

_____. 90 BVerfGE 241.

_____. 90 BVerfGE 1 (1994).

ALEMANHA. Tribunal Federal Administrativo. BVerwGE 274 (1981).

_____. BVerwGE 14, 294 (296 s.).

_____. BVerwGE 48, 237 (238 s.).

_____. BVerwGE 69, 146 (154).

ALEMANHA. Tribunal Federal em Matéria Civil. BGHZ 75, 160 (163).

ALEMANHA. Tribunal Administrativo de Frankfurt. *Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt*, Decisão de 22 de fevereiro de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946-DF.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI-MC 1276.

_____. *Habeas Corpus* nº 82.424-2-RS.

_____. Ação Direta de Constitucionalidade nº 41.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.858/8.

_____. STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 983.531. Julgamento: 16/03/2017. Relator: Roberto Barroso.

_____. STF. Habeas Corpus nº 154248/DF. Julgamento: 28/10/2021. Relator: Edson Fachin.

_____. (STF - Recurso Extraordinário nº 494.601 RG/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Data: 28 de março de 2019).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 15155 RS 2000/0131351-7.

_____. STJ. RHC nº 19166. 5ª Turma. Julgamento: 24/10/2006. Publicação: 20/11/2006. Relator: Felix Fischer.

_____. STJ. Agravo em Recurso Especial nº 686.965-DF. Publicação: 18/06/2015. Relator: Ministro Ericson Marinho.

_____. STJ, HC 242.995/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003296555, Rel. Des. Rui Portanova, julgamento em 27/6/2002.

_____. TJ-RS – Apelação Cível – Processo AC 70059392894 RS. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 20/05/2014. Julgamento: 14 de Maio de 2014. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira.

_____. Processo TJ-RS – Apelação Cível – Processo AC 70065318990 RS. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2015. Julgamento: 30 de Setembro de 2015. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto.

_____. TJ-RS. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690. Constitucional. Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre, 28 de outubro de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. ADIN n. 115.767.0/3-00, TJ-SP.

_____. TJ-SP – ADI nº 2232470-13.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Salles Rossi. Data do julgamento: 17 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TJDFT. Apelação Criminal nº 0007727-50.2014.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 29/06/2017. Publicação: 07/07/2017. Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti.

_____. TJDFT. Apelação Criminal nº 0021055-18.2012.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 02/10/2014. Publicação: 10/10/2014. Relator: João Batista Teixeira.

_____. TJDFT. Apelação Criminal nº 2010 01 1 117388-3. 3ª Turma Criminal. Julgamento: 20/06/2013. Relatora: Nilsoni de Freitas Custódio.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. TJ-BA – APL nº 0032612-71.2003.8.05.0001. 5ª Turma. Data: 06/05/2013. Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano.

_____. TJ-BA – Mando de Segurança nº 0011106-85.2016.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano. Data do julgamento: 27/04/2017. Data da publicação: 17/05/2017.

_____. TJ-BA – Mandado de Segurança nº 0013029-49.2016.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Mauricio Kertzman Szporer. Data do julgamento: 06/06/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. TJ-SC – Apelação Cível em Mandado de Segurança, de Criciúma. MS 216457 SC 2005.021645-7. Relator: Luiz César Medeiros. Data de Julgamento: 09/06/2009. 3ª Câmara de Direito Público.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. TJ-PR 9179826 PR 9179826 PR (Acórdão). Relator: Guido Döbeli. Data de Julgamento 27/11/2012. 4ª Câmara Cível).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST- RR - 101100-94.2001.5.04.0561 Julgamento: 10/08/2005, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Publicação: DJ 26/08/2005.

_____. TST - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR 166300-10.2008.5.12.0002. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Data do julgamento: 14 de março de 2012.

_____. TST - Agravo de Instrumento nº TST-AIRR-2688-86.2012.5.02.0048. 7ª Turma. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Data do Julgamento: 20/05/2015).

BRASIL. 7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Ação Civil Pública nº 00732-2008-007-05-00-2. Juiz: Guilherme Ludwing. Data do Julgamento: 23 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. TRT-1 – RO nº 0010110-54.2015.5.01.0204. Relator: Desembargador Enoque Ribeiro dos Santos. 5ª Turma. Data do julgamento: 8/3/2016.

_____. TRT-1 – RO: 00005669220145010522 RJ. Relator: Ângelo Galvão Zamorano. Data de julgamento: 01/06/2015. 3ª Turma. Data de Publicação: 9/6/2015).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT-2 – RO 3988003720065020 SP 03988003720065020086 A20. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. Data de Julgamento: 13/08/2013. 4ª Turma. Data de Publicação: 23/08/2013).

_____. TRT-2 – RO: 00020542820105020059 SP A 28. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. Data de Julgamento: 24/03/2015. 4ª Turma. Data da Publicação: 10/04/2015).

_____. TRT-2 - RO 194200707502000 SP 00194-2007-075-02-00-0. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data do Julgamento: 12/02/2008. 4ª Turma. Data da publicação: 22/02/2008).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. TRT-3 RO 00775201014503008. Relatora: Alice Monteiro de Barros. 7ª Turma. Data de Publicação: 24/05/2011).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. TRT-4 – RO: 00213244220155040403. 6ª Turma. Relator: José Felipe Ledur. Data de Julgamento: 17/2/2017.

_____. TRT-4 – Agravo de Instrumento Nº 5005796-15.2012.4.04.0000. 3ª Turma. Relatora: Maria Inge Barth Tessler. Data do julgamento: 23/05/2012.

_____. TRT4 – Recurso Ordinário nº 0000992-27.2012.5.04.0511. 3ª Turma. Relator: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Data do julgamento: 15 de setembro de 2015).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. TRT-5. Recurso Ordinário nº 0073200-78.2008.5.05.0007. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Graça Boness. Data do Julgamento: 06/07/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. TRT-10 - RECURSO ORDINARIO nº 943200501510000 DF 00943-2005-015-10-00-0. Julgado em 13/02/2008. Publicado em 14/03/2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. RTOrd nº 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. TRT da 13ª Região. 18 de Janeiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. TRT-18 – RO: 0003500-44.2010.5.18.0181 GO. Relator: Aldon do Vale Alves Taglialegra. 1ª Turma. Data de Julgamento: 8/07/2011).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. TRF-1 - REOMS: 75100820104013700. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN. Data de Julgamento: 07/07/2014. 6ª TURMA. Data de Publicação: 22/07/2014).

_____. TRF-1 – AC: 122238720094013400, Relator: JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH, Data de Julgamento: 28/07/2014. 6ª TURMA. Data de Publicação: 08/08/2014.

_____. TRF-1 – AC: 00041040820124013700 e 00041040820124013700. Relator Desembargador Federal Néviton Guedes. Data de Julgamento: 22/06/2016. 5ª Turma. Data de Publicação: 30/08/2016 e-DJF1.

_____. TRF1 – Agravo de Instrumento nº 2015.00.00.008535-8, Des. Fed. Marcus Abraham, decisão monocrática proferida em 21.08.2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000. TRF 2ª Região Decisão Monocrática de 21.08.2015. Relator: Desembargador Marcus Abraham. Turma Especial III.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – AG: 6358 PR 2005.04.01.006358-2, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Data de Julgamento: 17/05/2005. 3ª Turma. Data de Publicação: DJ 01/06/2005.

_____. TRF-4 – AG: 3536 SC 2009.04.00.003536-4. Relator: Relator. Data de Julgamento: 10/03/2009. 3ª TURMA.

_____. TRF-4 - APELREEX: 3764 RS 2008.71.00.003764-6. Relator: ROGER RAUPP RIOS. Data de Julgamento: 24/11/2009. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 17/03/2010.

_____. TRF-4 - APELREEX: 1645 SC 2008.72.00.001645-1. Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Data de Julgamento: 13/07/2010, 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 28/07/2010.

_____. TRF-4. APELREEX 12867 SC 2008.72.00.012867-8, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 22/06/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 17/08/2010.

_____. TRF-4 - APELREEX: 432 SC 2009.72.00.000432-5. Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 17/08/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 23/08/2010.

_____. TRF-4 - APELREEX: 8830 SC 2009.72.00.008830-2. Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 17/08/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 23/08/2010.

_____. TRF-4 - AG: 60971820104040000 SC 0006097-18.2010.404.0000. Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER. Data de Julgamento: 30/06/2010. 4ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 12/07/2010.

_____. TRF-4 – EINF: 2224 RS 2008.71.00.002224-2. Relator: Jorge Antonio Maurique. Data de Julgamento: 04/11/2011. 2ª Seção. Data de Publicação: D.E. 23/11/2011.

_____. TRF-4 - APELREEX: 2237 RS 2008.71.00.002237-0. Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. Data de Julgamento: 20/01/2009. 3ª TURMA.

_____. TRF-4 - AC: 7180 PR 2005.70.00.007180-8. Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA. Data de Julgamento: 21/11/2007. 4ª TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/12/2007.

_____. TRF-4 - AG: 26766 PR 2009.04.00.026766-4. Relator: VALDEMAR CAPELETTI. Data de Julgamento: 07/10/2009. 4ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 19/10/2009.

_____. TRF-4 – Apelação Cível nº 2005.70.00.004708-9/PR. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Data do julgamento: 04/08/2009.

_____. TRF-4 – EINF: 4708 PR 2005.70.00.004708-9. Relator: Maria Lúcia Luz Leiria. Data de Julgamento: 08/07/2010. Data de Publicação: 16/07/2010).

_____. TRF-4 – APELREEX: 28751320094047102 RS 0002875-13.2009.404.7102. Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA. Data de Julgamento: 22/06/2010. 3ª TURMA. Data de Publicação: D.E. 21/07/2010.

_____. TRF-4 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003881-59.2012.404.7200/SC. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do julgamento: 08/10/2013.

_____. TRF-4 - AC 5002419-41.2010.404.7102. 4ª Turma. Relatora p/ Acórdão: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do julgamento: 14/08/2013.

_____. TRF-4 - AC: 50009239820154047102 RS 5000923-98.2015.404.7102. Relator: Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Data de Julgamento: 08/07/2015. 4ª TURMA.

_____. TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 50027950820114047000 PR 5002795-08.2011.404.7000. Data do Julgamento: 18/08/2015.

_____. TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 50058724420154047110 RS 5005872-44.2015.404.7110. Data do julgamento: 06/07/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. TRF-5 – AGTR: 69760 AL 0044186-25.2006.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto). Data de Julgamento: 21/06/2007. 3ª Turma. Data de Publicação.

_____. TRF 5 – Agravo de Instrumento TRF-5 – Agravo de Instrumento AGTR 61893 AL 2005.05.00.012284-1. Rel. Des. Federal Paulo Gadelha. Julg. 24/08/2006.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Rodriguez v. Brithish Columbia (Attorney General)* - [1993] 3 SCR 519 – Case number: 23476.

_____. *The Constitutional Questions Act, [1990] 1 S.C.R. 1123* – Case Number: 20581 (Can.).

_____. *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452 – Case number: 22191 (Can.).

_____. *Calder v. British Columbia* (1973).

_____. *Guerin v. The Queen* (1984).

_____. *Delgamuukw v. British Columbia* (1997).

_____. *Regina v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697 (1990).

_____. *R. v. Andrews and Smith*, (1990) 3 S.C.R. 870.

_____. *Taylor v. Canadian Human Rights Commission*, (1990) 3 S.C.R. 892.

_____. *Ross v. New Brunswick School District*, (1996) 1 S.C.R. 825.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. STC nº 69, de 1991

_____. STC nº 90, de 1995.

_____. STC nº 79, de 1991.

_____. STC nº 134, de 1996.

_____. STC nº 47, de 1993.

_____. STC nº 216, de 1991.

_____. STC nº 154, de 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.
DeShaney v. Winnebago Cnty. Dep't. of Soc. Servs., 489 U.S. 189, 195 (1989).

_____. *Campbel v. Wood*. US (1994) 18 F. 3d 662.

_____. *Atkins v. Virginia* (2002).

_____. *Indiana v. Edwards*. 554 U.S. 164 (2008).

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

_____. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

_____. *Griggs vs. Duke Power Co. Griggs vs. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971).

_____. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*. 551 U.S. 701 (2007).

_____. *Justice Kennedy, Cmty. Schs v. Seattle Sch. Dist. n° 1*, 551 U.S. 701, 797 (2007).

_____. *United States v. Libellants and Claimants of the Schooner Amistad* (1841).

_____. *Dred Scott v. Sandford* (1857).

_____. *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506 (1859).

_____. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

_____. *Berea College v. Kentucky* – 211 U.S. 45 (1908).

_____. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

_____. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

_____. *Brown v. Board of Education of Topeka*, U.S. 483 (1954).

_____. *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

_____. *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944).

_____. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

_____. *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950).

_____. *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

_____. *Boyton v. Virginia*, 364 U.S. 454 (1960).

_____. *Heart Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

_____. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U. S. 312 (1974).

_____. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

_____. *Gratz and Hamacher v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

_____. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

_____. *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014).

_____. *Fisher v. University of Texas at Austin et al*, 579 U. S. ____ (2016).

_____. *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313 (1880).

_____. *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).

_____. *Foster v. Chatman*, 578 U.S. ____ (2016).

_____. *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880).

_____. *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313 (1880).

_____. *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

_____. *Norris v. Alabama*, 294 U.S. 587 (1935).

_____. *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965).

_____. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

_____. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

_____. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 373 N.E.2d 21 (1978).

_____. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

_____. *Virginia v. Black et al*, 538 U.S. 343.

_____. *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

ESTADOS UNIDOS. Tribunal Distrital de Nova Iorque. *Local 28 of the Sheetmetal Workers Union v. EEOC*.

FRANÇA. Conselho de Estado. Decisão nº 136727, de 27 de outubro de 1985.

HAVAÍ. Suprema Corte do Havaí. *Baehr v. Lewin* 74 Haw. 852 P2D 44 (Hawaii 1993).

HUNGRIA. Corte Constitucional da Hungria. Decisão nº 23/1990, X. 31, AB, Recurso ABH 1990, 88.

ÍNDIA. Suprema Corte Indiana. Caso *Mullin v. Adm'r. Union Territory of Delhi*, (1981) 2 S.C.R. 516, 518 (Índia).

ITÁLIA. Corte Constitucional Italiana. Sentença nº 161, de 23 de maio de 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Wackenheim v. France*, CCPR/C/75/D/854/1999, 15 jul. 2002.

_____. Corte Internacional de Justiça. Decisão de 3 de fevereiro de 2006.

_____. Corte Internacional de Justiça. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, (Second Phase) I.C.J. Reports 1970.

_____. *Georgia v. Russian Federation* (2011).

_____. *Qatar v. United Arab Emirates* (2021).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *Robert Faurisson v. France*. UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

_____. Comitê de Direitos Humanos. *Ross v. Canada*, UN Doc CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. *Comunicação nº 29/2003*. CERD/C/68/D/29/2003.

_____. *Comunicação nº 40/2007*. CERD/C/71/D/40/2007.

_____. *Comunicação nº 46/2009*. CERD/C/80/D/46/2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo nº 18, de 17 de setembro de 2003.

- _____. *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010).
- _____. *Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001).
- _____. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (2005).
- _____. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname* (2007).
- _____. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010).
- _____. *Caso dos Povos Kaliña y Lokono vs. Suriname* (2015).
- _____. *Caso nº 1.068/03, Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira (Brasil)*, 21 de outubro de 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Ac. nº 44, de 1984.

- _____. Ac. nº 186, de 1990.
- _____. Ac. nº 213, de 1993.
- _____. Ac. nº 330, de 1993.
- _____. Ac. nº 411, de 1993.
- _____. Ac. nº 17, de 1994.
- _____. Ac. nº 203, de 1994.
- _____. Ac. nº 207, de 1994.
- _____. Ac. nº 209, de 1994.
- _____. Ac. nº 305, de 1994.
- _____. Ac. nº 644, de 1994.
- _____. Ac. nº 509, de 2002.
- _____. Ac. nº 396, de 2011.
- _____. Ac. nº 353, de 2012.
- _____. Ac. nº 187, de 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão referente ao Processo nº 97P1203.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *I v. United Kingdom*, nº 25680/94 (2002).

- _____. *Al-Adsani v. Reino Unido*, de 21 de novembro de 2001.
- _____. *Demir e Baykara v. Turquia*, de 12 de novembro de 2008.
- _____. *Moustaquim v. Belgium*, (nº 12.313/86), 18 de fevereiro de 1991.
- _____. *Timishev v. Russia*, de 13 de dezembro de 2005.
- _____. *Sejdić e Finci v. Bósnia-Herzegovina*, de 22 de dezembro de 2009.
- _____. *D.H. and Others v. The Czech Republic* (nº57325/00), 13 de novembro de 2007.
- _____. *Opuz v. Turkey* (nº 33.401/02), 9 de junho de 2009.
- _____. *Zarb Adami v. Malta* (nº 17209/02), 20 de junho de 2006.
- _____. *Hoogendijk v. The Netherlands* (nº 58641/00), 6 de janeiro de 2005.
- _____. *Pfeifer and Plankl v. Áustria*, (nº 10802/84), 25 de fevereiro de 1992.
- _____. *Hermi v. Itália* (18114/02), 18 de outubro de 2006.
- _____. *Jersil v. Denmark*, 19 EHRR 1 (1994).
- _____. *Belkacem v. Belgium*, ECHR 253 (2017).
- _____. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (nº33290/96), 21 de dezembro de 1999.

- DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

CANADÁ. *Report on Equality Rights of Aboriginal People*. Canadian human rights commission, 2013. Disponível em «http://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/equality_aboriginal_report.pdf». Acesso em 9 de maio de 2019.

_____. *Aboriginal Rights Resource Tool Kit*. Canadian Labour Congress – Anti-Racism and Human Rights Departement. Ottawa, 2015. Disponível em «<https://www.crrf-fcrr.ca/en/resources-2/clearinghouse/11-aboriginal-peoples/21765-aboriginal-rights-resource-tool-kit>». Acesso em 9 de maio de 2019.

_____. *The history of Aboriginal land rights in Australia (1800s-1980s)*. Queensland Studies Authority. Resources. Indigenous Perspectives. Res. 006, dec. 2007. Disponível em «https://www.qcaa.qld.edu.au/downloads/approach2/indigenous_res006_0712.pdf». Acesso em 9 de maio de 2019.

COMISSÃO ASIÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Asiática de Direitos Humanos* (1986).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - COUNCIL OF EUROPE. *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Handbook on European non-discrimination law*, 2018 edition.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Equality at work: tackling the challenges – global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. International Labour Organization, 2007.

JET – A Johnson Publication, *President Apologizes at White House for Errors in Tuskegee Case*. National Report, June 2, 1997, vol. 92, n. 2, Chicago – Illinois, pp. 4-6.

LIGA ARÁBE DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Árabe de Direitos Humanos* (2004).

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos* (1981).

_____. *Carta Africana sobre os Direitos das Mulheres em África* (2003).

_____. *Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar das Crianças* (1990).

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Comunicação n° 27*, de 1989.

_____. *Comunicação n° 49*, de 1991.

_____. *Comunicação n° 99*, 1993.

_____. *Comunicação n° 71*, de 1992.

_____. *Comunicação n° 156*, de 1996.

_____. *Comunicação n° 54*, de 1991.

_____. *Comunicação n° 61*, de 1991.

_____. *Comunicação n° 96*, de 1993.

_____. *Comunicação n° 98*, de 1993.

_____. *Comunicação n° 164-196*, de 1997.

_____. *Comunicação n° 210*, de 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura* (1926).

_____. *Carta das Nações Unidas* (1945).

- _____. *Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura* (1956).
- _____. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial* (1965).
- _____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* (1966).
- _____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966).
- _____. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher* (1979).
- _____. *Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção* (1981).
- _____. *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (1984).
- _____. *Convenção sobre os Direitos das Crianças* (1989).
- _____. *Convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (1997).
- _____. *Declaração e Plano de Ação de Durban* (2001).
- _____. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2006).
- _____. *Os Direitos das Minorias*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 18 – Rev. I (ACNUDH). Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria-Geral da República, 2008.
- _____. *Manual on Human Rights Reporting – under six major international human rights instruments*. Geneva: United Nations Publication, 1997.
- _____. *O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 12. Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria-Geral da República, 2008.
- _____. *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. New York and Geneva, 2010. Disponível em «http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf». Acesso em 9 de maio de 2019.
- _____. *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale – quatre-vingtième session (13 février-9 mars 2012)*. Assemblée générale, Documents officiels, soixante-septième session, supplément nº 18 (A/67/18). New York: Nations Unies, 2012.
- _____. *Statistical survey of individuals complaints considered under the procedure governed by article 14 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Disponível em

«<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cerd/pages/cerdindex.aspx>». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

_____. *Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General recommendation n° 32*. Disponível em «http://www.bayefsky.com//general/cerd_genrecom_32_2009.pdf». Acesso em 9 de maio de 2019.

_____. *Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System*. Fact Sheet n° 9, rev. 2. United Nations Human Rights – Office of the High Commissioner. New York and Geneva, 2013.

_____. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* (2007).

_____. *Declaração de Durban* (2001).

_____. *Plano de Ação de Durban* (2001).

_____. *Resolução 1.514*, de 14 de dezembro de 1960.

_____. *Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (1963).

_____. *Resolução n° 2.142 (XX)*, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 26 de outubro de 1966.

_____. *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, de 18 de dezembro de 1992.

_____. *Declaração Sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença*, de 1981.

_____. *Resolução n° 48/141*, de 1993.

_____. *Resolução n° 64/169*, de 18 de dezembro de 2009.

_____. *Resolução n° 68/151*, de 18 de dezembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. *Recomendação Geral n° 7*, de 1985.

_____. *Recomendação Geral n° 8*, de 1990.

_____. *Recomendação Geral n° 11*, de 1993.

_____. *Recomendação Geral n° 14*, de 1993.

_____. *Recomendação Geral n° 15*, de 1993.

_____. *Recomendação Geral n° 19*, de 1995.

- _____. *Recomendação n° 23*, de 1997.
- _____. *Recomendação Geral n° 24*, de 1999.
- _____. *Recomendação Geral n° 25*, de 2000.
- _____. *Recomendação Geral n° 27*, de 2000.
- _____. *Recomendação Geral n° 29*, de 2002.
- _____. *Recomendação Geral n° 31*, de 2005.
- _____. *Recomendação Geral n° 32*, de 2009.
- _____. *Recomendação Geral n° 34*, de 2011.
- _____. *Recomendação Geral n° 35*, de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução n° 134*, de 1° de abril de 1960.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. *Projeto sobre responsabilidade internacional dos Estados* (2001).

_____. *Projeto sobre normas imperativas de direito internacional geral (jus cogens)*, de 31 de maio de 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância* (2013).

_____. *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância* (2013).

_____. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969).

_____. *Protocolo Adicional à CADH em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1988).

_____. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (1994).

_____. *Resolução n° 2.550*, Reconhecimento do Ano Internacional dos Afrodescendentes (2010).

_____. *Resolução n° 2.693*, Reconhecimento e a promoção dos direitos dos(as) afrodescendentes nas Américas (2011).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La aplicación del Convenio Convención n° 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una compilación de casos*. Disponível em

«http://www.servindi.org/pdf/OIT_Aplicacion_C169_AL.pdf». Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

_____. *Convenção n° 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado* (1957).

_____. *Convenção n° 111, relativa à Discriminação em matéria de Emprego e Ocupação* (1958).

_____. *Convenção n° 107, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes* (1957).

_____. *Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais* (1989).

UNESCO. *Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino* (1960).

_____. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais* (1978).

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (2000).

_____. Conselho da Europa. *Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias* (1992).

_____. Conselho da Europa. *Recomendação 1201* (1993).

_____. Conselho da Europa. *Convenção Europeia de Direitos Humanos* (1950).

_____. *Diretiva 2000/43/CE*, relativa à igualdade racial (2000).

_____. *Diretiva 2000/78/CE* (2000).

_____. *Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais* (1995).

_____. *Carta Social Europeia* (1961).

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução de 1º de fevereiro de 2007*, sobre os direitos humanos dos *dalits* na Índia.

_____. *Resolução de 13 de dezembro de 2012*, sobre discriminação em razão da casta na Índia.

_____. *Resolução de 17 de janeiro de 2013*, sobre violência contra a mulher na Índia.

UNITED CHURCH OF CHRIST. *Toxic wastes and race at twenty: 1987-2007*. March 2007. Disponível em «<https://www.nrdc.org/sites/default/files/toxic-wastes-and-race-at-twenty-1987-2007.pdf>». Acesso em 9 de fevereiro de 2022.

UNITED NATIONS. *Yearbook of the International Law Commission 1966*. Volume II. Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations, 1967. Disponível em

«http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf&lang=EFS». Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

_____. *Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Fato Internacionalmente Ilícito* (2001).